



**Entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia: as contribuições dos diálogos
constitucionais.**

**Between Constitutional Jurisdiction and Democracy: the contributions of constitutional
dialogues.**

Rubens Beçak*

Cristina Godoy Bernardo de Oliveira**

Lucas Paulo Fernandes***

Resumo: Aborda-se a (i)legitimidade democrática das cortes constitucionais. Esses tribunais estão inseridos numa interação político-institucional que os torna instituições políticas. A natureza do *judicial review* pode distanciá-lo da Democracia por permitir a revisão das escolhas majoritárias. Analisa-se a possibilidade de democratização da jurisdição constitucional, com destaque aos diálogos constitucionais. Nessa proposta, a interpretação da Constituição, com a participação de vários atores e instituições, possibilita a construção participativa das decisões. O caráter participativo passa a ser o traço marcante da revisão constitucional. A pesquisa é transdisciplinar com a Ciência Política e o método é dedutivo, viabilizada por meio de revisão bibliográfica.

Palavras-chaves: jurisdição constitucional; Democracia; diálogos constitucionais; legitimidade; revisão judicial.

Abstract: It examines the democratic (i)legitimacy of constitutional courts. These courts are inserted in a political-institutional interaction that makes them political institutions. The features of the judicial review may distance it from democracy by allowing the review of majority choices. It analyzes the possibility of democratization of constitutional jurisdiction, with emphasis on constitutional dialogues. In this proposal, the interpretation of the Constitution, with the participation of various actors and institutions, enables the participative

* Livre-docente em Teoria Geral do Estado, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP. E-mail: prof.becak@usp.br.

** Doutora em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia (TechLaw) do Instituto de Estudos Avançados (IEA RP USP). E-mail: cristinagodoy@usp.br.

*** Mestrando em Direito na Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP e Especialista em Direito Constitucional na ABDConst. Advogado especialista em Direito Público. E-mail: fernandes.lucas@usp.br.



construction of decisions. The participative character becomes the hallmark of the constitutional revision. The research is transdisciplinary with Political Science and the method is deductive, made possible through bibliographic review.

Key words: constitutional jurisdiction; Democracy; constitutional dialogues; legitimacy; judicial review.

Introdução.

A concepção contemporânea da divisão das funções estatais é um fenômeno fruto da progressiva construção dos desenhos institucionais. A função revisora das cortes constitucionais foi um postulado inaugurado na experiência constitucional norte-americana. A partir de então, passou a ser sistematicamente incorporada pelos Estados, cada qual, com as inflexões próprias dos processos políticos específicos. No caso brasileiro, observou-se a mesma sistemática.

Como decorrência deste fenômeno, não raras vezes, as cortes constitucionais – ora historicamente legitimadas ao múnus de atribuição semântica ao texto constitucional – passam a exercer um papel político significativo, compartilhando o mesmo espaço das vias políticas majoritárias, notadamente, os poderes legislativo e executivo. Insta colocar que esta posição ocupada pelo judiciário é acentuada pelas próprias inflexões entre Direito e Política.

Ocorre que o *judicial review*, muito embora incluso no arquétipo institucional democrático, desenha-se em desacordo aos mecanismos políticos ordinários. O *modus operandi* da jurisdição constitucional – questionável em face do sistema de freios e contrapesos e sob o aspecto institucional – desaproxima-se dos afãs participativos, que são a égide da Democracia. Nesta preocupação, exatamente, é que se segue a discussão deste artigo.

Investiga-se a atuação das cortes constitucionais na revisão judicial das escolhas políticas majoritárias, a fim de obter-se suportes dialógicos mínimos legitimadores do *judicial review*. Parte-se da problemática da legitimidade decisória das cortes constitucionais frente às instâncias majoritárias de deliberação política. Circunscrito ao problema, explora os contornos da democracia para identificar os elementos de legitimidade democrática das instituições.

O artigo divide-se em três partes. Inicialmente, discute-se os fundamentos da democracia e os contornos das instituições democráticas. No segundo momento, discute-se o posicionamento institucional do *judicial review* e da jurisdição constitucional. Ao final, aborda-



se a teoria dos diálogos constitucionais e a forma como este pressuposto dogmático pode contribuir para a democratização das cortes constitucionais.

O artigo insere-se no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política, com uma abordagem transdisciplinar. Para o desenvolvimento, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa por meio de investigação na literatura referente à matéria, a qual foi selecionada qualitativamente. Desenvolve-se a partir do método dedutivo, com base numa abordagem histórica e crítica.

1. Democracia, soberania popular e instituições políticas.

O eixo definidor da democracia, também pela etimologia do vocabulário, é a detenção do poder político pelo povo. No entanto, a pretensão de entender este regime político a partir da simples significação vocabular é insuficiente para expressar uma compreensão competente do sistema democrático, bem como de suas implicações para a modulação do Estado e, por consequência, das próprias instituições políticas.

A propósito, embora a democracia pareça ter-se consolidado “por sua própria força, percebe-se que sua evolução para este patamar foi bastante lenta e, de certa forma, recente; nunca retilínea” (BEÇAK, 2014, p. 49). Com efeito, inicialmente, preponderou uma ideia formal de que o regime democrático significaria a vontade de uma maioria, ora instrumentalizada (SILVA; PESSOA, 2017). No entanto, esta perspectiva foi superada pela incorporação da igualdade, enquanto elemento distintivo das tomadas de decisões democráticas⁴.

Marco importante para essa mudança de compreensão foram os ideais republicanos, os quais permitiram a distinção entre Estados democráticos e autocráticos, o que fora, sobremaneira, corroborado pelo aparecimento do Estado Moderno (BEÇAK, 2014). O traço disruptivo desta modificação foi a preocupação com aquilo que cercava o status público.

⁴ Silva e Pessoa (2017) indicam para a existência de dois fatores que demonstram a limitação do conceito formal de democracia, na atualidade: a corrupção, capaz de produzir influxos e efeitos sob as instâncias decisórias da política; e, a atuação de grupos de lobby contínuo junto aos representantes. Para os mesmos autores (SILVA; PESSOA, 2017, p. 607), “fica claro, por conseguinte, que o argumento de uma vontade da maioria veiculada pelos representantes eleitos é falacioso, a despertar a necessidade de uma concepção material ou substancial de democracia.”



Inclusive, a própria noção de governo representativo passou a ser tida como o ideal na forma de governo republicana (BEÇAK, 2014).

A partir de então, Bobbio (1986, p. 18 – 20), entende que a democracia se caracteriza por ser um conjunto de regras “que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos* [grifos do autor]”, ao que se soma outra condição, de que os tomadores de decisões “sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra”. Isto é, para além de ser um conjunto instrumental, a democracia implica no reconhecimento do sujeito-cidadão como partícipe efetivo da política. Rompe-se com uma lógica estanque, pelo que o próprio sujeito (cidadão) e sua condição de partícipe (cidadania) tornam-se predicativos “de ser humano portador de dignidade e direitos fundamentais” (SILVA; PESSOA, 2017, p. 607).

Estabelecida esta acepção contemporânea de democracia, os princípios que dela derivaram passaram a irradiar por toda estrutura estatal, tornando-se fundamento basilar das próprias instituições (BEÇAK, 2014). Por isso, pode-se afirmar que a modulação histórica das instituições democráticas faz parte do mesmo processo progressivo de desenvolvimento do regime político. Por óbvio, devem guardar identidades e compatibilidades com os ideais democráticos, porque, se tida como uma instituição democrática, tal qual também deve ser.

Em outras palavras, a legitimidade das instituições reside no caráter democrático do regime no qual estão inseridas, eis que esse é pressuposto de legitimação das próprias estruturas estatais. Como apresentam Chueiri e Godoy (2010), partindo da premissa de que a soberania é popular, o exercício do poder pelo povo passa a ser requisito de validade do Estado, o que se consolida no texto constitucional como eixo regente da realização político-institucional democrática.

Neste sentido, os autores (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 162) também consideram que “os poderes resultantes da Constituição estão e são submissos a um poder constituinte anterior, a vontade soberana popular”. Com isso, extrai-se que o fundamento de legitimação da arquitetura institucional é a soberania de exercício político pelo povo. Ou seja, o que torna as instituições democráticas é a natureza política popular.

Ocorre que, recorrentemente, existem discussões na teoria jurídica sobre o perfil institucional do Poder Judiciário (BARREIRO, CRUZ, 2021; BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2013), as quais expõem um tensionamento entre democracia e constitucionalismo. Especificamente, haveria uma dificuldade de compatibilização entre a atividade revisora



exercida pelas cortes constitucionais e a necessária tipicidade democrática, então alicerçada na soberania popular.

A propósito, vale pontuar que a própria configuração atual do modelo democrático de Estado acaba por posicionar o Poder Judiciário numa centralidade e, senão expansividade, da jurisdição no arquétipo institucional e em relação às demais instituições (BARREIRO, CRUZ, 2021; BARROSO, 2010). Soma-se a isso, também, o fato de que o desenho institucional dificulta a natureza democrática do *judicial review* (BARREIRO, CRUZ, 2021).

Nas linhas seguintes, passa-se a abordar a suposta dificuldade democrática da jurisdição constitucional para, ao final, examinar possíveis soluções que contribuam para o aprimoramento democrático do *judicial review*.

2. Perspectivas do *judicial review* e da Jurisdição Constitucional.

O debate acerca da jurisdição constitucional – inobstante os variados contornos institucionais possíveis, intimamente dependentes dos processos históricos estatais específicos –, possui especial relevo em se tratando dos Estados, em que, invariavelmente, reconheça-se a supremacia constitucional e, por decorrência lógica, a utilização das normas constitucionais como parâmetros de validação legislativa.

O fenômeno da jurisdição constitucional passa a ser verificado quando o desacordo das normas infraconstitucionais ao ordenamento constitucional é passível de sanção, qual seja, justamente, a declaração de inconstitucionalidade das respectivas legislações (MENDES, 2020). A propósito, sob esta perspectiva, tal característica se torna elemento constitutivo da obrigatoriedade da própria Constituição (MENDES, 2020).

De tal sorte, a jurisdição constitucional surge como instrumento de defesa da Constituição, então entendida a partir da compreensão disruptiva como uma expressão axiológica social e política (SILVA, 2014). Com isso, a norma constitucional passou a desempenhar um profícuo papel de “instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade” (MENDES, 2020, p. 1183).

O marco fundante do controle de constitucionalidade foi o julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Malbury v. Madison*, quando se reconheceu a necessidade de que as demais esferas de poder e os atores políticos observassem os sentido e alcance das normas constitucionais (WILLEMAN, 2014).



Oportuno apontar que a decisão tomada pela corte norte-americana assentou-se numa interpretação dos pensamentos dos *found fathers*⁵, sobretudo, a partir do desenho institucional projetado pelos federalistas, os quais aperfeiçoaram o sistema de controle mútuo entre os poderes, inobstante não tenham previsto, àquele tempo, a revisão jurisdicional propriamente dita (CARVALHO, 2007).

Apesar das diversas roupagens e conformações sistêmicas da jurisdição constitucional⁶, atualmente, sobretudo diante da perspectiva inaugurada com a decisão da corte norte-americana, verifica-se – muito embora tal constatação não possa ser generalizada –, o deslocamento do exercício da revisão constitucional para um determinado tribunal⁷ detentor da atribuição funcional de verificação dos acordos ou desacordos das normas infraconstitucionais à Constituição do respectivo Estado.

O precedente norte-americano inaugurou o sistema de *judicial review*, ora fundado na supremacia judicial da interpretação do texto constitucional, cuja possibilidade de escrutínio do produto da atividade legiferante pelo Poder Judiciário “seria um corolário da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição” (BRANDÃO, 2017, p. 28).

Tal reconhecimento de atribuição às cortes – legitimado, exatamente, na suposta veiculação da vontade autêntica do constituinte pela decisão jurisdicional prolatada no âmbito interpretativo de conformidade legislativa com a Constituição (BRANDÃO, 2017) – provocou uma mudança de paradigmas, na medida em que rompeu com a então soberania do Parlamento e irradiou-se por vários países mundo afora (MENDES, 2020).

⁵ Em relação a referida interpretação dos preceitos federalistas, oportunas as colocações de José Ribas Vieira, Lilian Márcia Balmant Emerique e Jônatas Henriques Barreiras (2018, p. 280), segundo os quais: “A discussão sobre a competência da Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos emanados pelo Congresso foi, de certa forma, aberta em razão de uma omissão dos constituintes, que não afirmaram, ao menos de forma inequívoca, que a Suprema Corte possuiria esta competência. [...] Sendo assim, a questão relativa à intenção original dos constituintes estadunidenses, tão reverenciados, permanece aberta e mal resolvida ao ponto de existirem posições extremamente antagônicas como a de que a Constituição expressamente afirma o *judicial review* e a de que a competência fora omitida, porque os constituintes não estavam convencidos de sua necessidade.”.

⁶ Importa registrar que, ordinariamente, os sistemas de controle de constitucionalidade podem ser divididos em três, os quais, segundo José Afonso da Silva (2014), são categorizados e identificados da seguinte forma: a) modelo norte-americano, de caráter difuso e natureza técnico-jurídica, cuja análise volta-se ao caso concreto; b) modelo europeu, o qual possui característica político-ideológica, institucionalizando cortes constitucionais com atuação *in abstracto*; e, c) modelo misto, o qual combina a averiguação difusa e concentrada das (in)constitucionalidades normativas.

⁷ Em se tratando do modelo norte-americano, cujo controle é difuso, qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto possui, também, o dever de afastar a aplicação se verificada uma incompatibilidade com a Constituição (MENDES, 2020).



A propósito, pode-se dizer que esta alteração de perspectiva institucional se mostrou determinante para “o fortalecimento da supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava” (CARVALHO, 2007, p. 165), cujos fins últimos eram funcionalizados a estabelecer “barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo e a uma possível ditadura da maioria” (CARVALHO, 2007, p. 165).

Em que pese a experiência norte-americana ter contribuído significativamente para a ascensão da realização do controle de constitucionalidade pelas cortes, sobretudo, por constituir-se como vanguarda no redesenho institucional, o que se verificou na Europa contribuiu, igualmente, para o desenvolvimento do *judicial review*.

O modelo europeu desenvolveu-se a partir do pensamento de Hans Kelsen⁸, para o qual, sem o controle jurisdicional da Constituição, a própria Democracia estaria em risco (CARVALHO, 2007). Desse modo, “o órgão encarregado do controle de constitucionalidade deve ser distinto e independente dos poderes representativos, pois esses são os principais sujeitos a controlar por via das leis e regulamentos” (CARVALHO, 2007, p. 170), o que denota, tal como na experiência americana, o caráter contramajoritário das cortes constitucionais.

Isto posto, progressivamente, a partir de estruturas estatais particulares, estabeleceu-se um modelo em que “vigora a centralidade da constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, 2010, p. 8). Essa estrutura foi derivada de “um processo histórico de construção institucional, acompanhado dos efeitos de um sistema político fragmentado” (RESENDE; VIEIRA, 2006, p. 408).

No entanto, impende pontuar que – inobstante factual em várias experiências, inclusive, na brasileira – a pretensa supremacia judicial na atribuição semântica do texto constitucional apresenta-se problemática, sobretudo, porque em contraste com a lógica fundante do próprio constitucionalismo, como arremata Brandão (2017, p. 31):

É flagrante o risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, dotando as suas decisões de uma eficácia inclusive superior à das normas constitucionais. Em outras palavras, atribuir ao Judiciário a

⁸ Discorrendo sobre o pensamento kelseniano, Rodrigo Brandão (2017, p. 75) pontua que o jurista alemão, especificamente, desenhou um modelo que se posiciona entre as tradicionais constitucionais norte-americanas e europeias, isto é, “aproxima-se da primeira, pois a Constituição não mais se limita a um repositório de princípios políticos despidos de imperatividade [...] Por outro lado, a constituição ainda não é concebida como fonte de direitos e obrigações instituídos pela vontade constituinte do povo e exigíveis em face do Estado através do Judiciário, mas como norma de organização interna do Estado.”



função de interprete autêntico da Constituição [...], cujas decisões são incontrastáveis, significa transformar a supremacia da Constituição em *uma instância de justificação que ganha independência e fecha acesso à sua própria justificação*, de modo a legitimar toda e qualquer decisão do STF [...] por supostamente veicular a vontade autêntica do constituinte. [grifo do autor].

De qualquer sorte, como pontua Carvalho (2007, p. 172), diversamente do que houve na experiência norte-americana, “a expansão dos poderes judiciais foi propiciada por condições históricas extraordinárias”, em circunstâncias “em que o *status* político, econômico e social estavam deslegitimados ou foram destruídos por guerras ou graves crises”.

Com isso, nota-se que os tribunais constitucionais passam a estar diretamente aglutinados ao processo político, ocupando um espaço primaz na atribuição de sentido e abrangência da semântica constitucional. Às cortes cabe a incumbência de estabelecer a palavra final vinculante aos demais poderes estatais, pelo que, a “*supremacia judicial* quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática” (BARROSO, 2010, p. 19).

De qualquer sorte, o *judicial review* passa a apresentar-se como um instituto em contrassenso com a própria democracia, significativamente, em razão do grau de imunização das decisões judiciais em face da interferência normativa legiferante (RESENDE; VIEIRA, 2006). Há que se registrar que a atribuição de efeitos do pronunciamento judicial – qual seja, a coisa julgada – não possui o mesmo condão dos atos administrativos, destacando o caráter diferencial dos comandos emanados pelo Poder Judiciário.

Com efeito, assiste-se a um movimento de “transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2010, p. 8), de modo que o Poder Judiciário assume uma posição determinante no processo construtivo de significação, também, da própria política⁹.

Houve, com efeito, sobretudo a partir da proposta kelseniana, a tentativa de equilíbrio entre as noções contraditórias de supremacia da Constituição e da lei (BRANDÃO, 2017), isto é, entre o texto constitucional e o Parlamento. O órgão judicial, que anteriormente descartava o *judicial review* com base na discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e

⁹ Importante as colocações de Ernani Carvalho (2007, p. 174) sobre a judicialização da política, para o qual “o processo político pode ser descrito como judicializado quando houver possibilidade de censura constitucional futura ou quando uma decisão baseada na jurisprudência altera os resultados legislativos.”



a insindicabilidade judicial das questões políticas, passou a deter o múnus de conformação dos atos legislativos com base na Constituição (BRANDÃO, 2017).

Especificamente em relação ao Poder Legislativo, Mendes (2020), valendo-se das experiências constitucionais brasileiras, constata que – no empreendimento de averiguações de normas constitucionais e inconstitucionais, por meio do uso de princípios como a proporcionalidade e a igualdade –, não raras vezes, o Judiciário faz um juízo do comportamento legislativo tipificando-o como excessivo ou insuficiente. Justamente essa característica aponta para a recorrente e relevante prognose do Judiciário sobre os atos legiferantes.

Muito embora o fenômeno possa aparecer como circunstancial e decorrente de fatores estruturais da engenharia institucional – progressivamente, desenvolvidos no decorrer das experiências constitutivas dos arranjos estatais –, verifica-se que a “participação do judiciário no *policy making* (processo decisório) significa a remoção de responsabilidade das instituições representativas” (CARVALHO, 2007, p. 174).

Por certo, o posicionamento deliberativo e as tomadas de decisões políticas, ordinariamente, alocam-se no âmbito dos poderes legislativo e executivo, os quais caracterizam-se como as instâncias políticas majoritárias, representativamente, pela existência de campanhas eleitorais, escolhas discricionárias e debates públicos (BARROSO, 2010). Ocorre que, com a virada institucional que se apresentou, impulsionada pelos estreitamentos com a política, passou-se a cogitar de uma possível substituição dos fóruns tradicionais pelo Poder Judiciário (BRANDÃO, 2017).

Sob este desenho institucional, semelhantemente ao que rigorosamente tem-se observado noutras experiências ao redor do mundo, insere-se o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, tanto quanto as demais cortes constitucionais, não está apartado do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação alcança (BARROSO, 2010).

Isto posto, concomitantemente à conduta devolutiva dos mecanismos deliberativos ordinários, existe, ladeado, um processo de adjudicação de espaços pelos órgãos da justiça. Com isso, a assunção de competências imediatamente aglutinadas no âmbito das instâncias majoritárias de deliberação pelo Poder Judiciário passa a reposicionar o problema para questões que envolvem a tripartição de poderes¹⁰.

¹⁰ Sob este ponto, Brandão (2017, p. 270), pontua que “o recente fenômeno da judicialização da política implicou um afastamento do modelo positivista-liberal de separação dos poderes” [grifo do autor].



A propósito, conforme pontua Brandão (2017), a própria engenharia constitucional de separação de poderes gera dificuldades de coordenação entre os departamentos estatais relativamente independentes, pelo que a solução das controvérsias internas passa a ser dada pelo próprio Poder Judiciário. De toda sorte, essa constatação denota a contribuição da repartição das funções estatais para o fenômeno da expansividade judicial.

Hodiernamente, com a ampliação das atividades estatais, os atributos demarcativos da separação de poderes ganharam novas roupagens, notadamente, impondo formas então não existentes de relacionamento entre os poderes Executivo e Legislativo, e destes com o Judiciário (SILVA, 2014). Este arquétipo, por certo, reposicionou as instituições na engenharia estatal, redimensionando as relações e capacidades entre os órgãos do Estado.

Nesta perspectiva, o sistema de freios e contrapesos passa a ser caracterizador da harmonia entre os poderes, pelo que a projeção constitucional de desenvolvimento do Estado apenas se concretizará com a subordinação dos órgãos estatais ao respectivo princípio harmônico, “que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [...] para evitar distorções e desmandos” (SILVA, 2014, p. 111).

Sob esta sistemática, importa registrar que o sistema de freios e contrapesos – traço marcante da tripartição de poderes –, originalmente, derivou da preocupação em evitar opressões mútuas entre os poderes estatais (GARGARELLA, 2016). A gênese da característica marcante da tripartição de poderes reside, exatamente, no conflito interinstitucional, perspectiva que, por certo, denota o comportamento beligerante das relações institucionais.

De tal maneira, a lógica sob a qual se fundamenta a sistemática de freios e contrapesos reside numa concepção agonística. Como destaca Gargarella (2016, p. 48), o mecanismo possui os fins últimos de “organizar e conter o conflito social, canalizando as energias de todos [...] em prol do benefício comum”, no intuito de conter os “impulsos expansivos e/ou opressivos próprios dos integrantes de cada uma das esferas do poder”.

De qualquer sorte, diante do contexto que se apresentou, pode-se afirmar que “a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática” (BARROSO, 2010, p. 33). Justamente nesta constatação específica é que se direciona o presente trabalho.

Nas linhas seguintes, no entanto, não se pretende discutir a legitimidade das cortes constitucionais para o exercício do múnus semântico sobre a Constituição. Em verdade, passa-



se a apresentar as possibilidades dialógicas da jurisdição constitucional, apontando para possíveis caminhos de reposicionamento do *judicial review*, a fim de prospectar um arquétipo institucional, qualitativamente, mais democratizante.

3. *Judicial review* e democracia: diálogos constitucionais para o aprimoramento democrático.

Com efeito, o posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal aloca-se numa sistemática conflitiva no arranjo institucional. O *judicial review* constitucional, ora garantia sistêmica de preservação do constitucionalismo, em verdade, desponta em confronto com a natureza deontológica das cortes constitucionais, qual seja, a proteção do texto democrático.

Inobstante a origem de fundamentação da revisão constitucional norte-americana a partir das premissas federalistas, o que fora definido pelos *founding fathers*, observa-se um distanciamento da autoatribuição de funções realizada pela Suprema Corte. Isso porque, na concepção fundadora da democracia estadunidense, o *judicial review* cumpriria com o objetivo de preservar o poder democrático frente aos excessos legislativos, cujo parâmetro conformativo seria o texto constitucional (WILLEMANN, 2014).

Ocorre que tal arranjo contribui para o enfraquecimento do processo democrático em sua perspectiva ampla. Isso, justamente, pelo aumento de intensidade na atuação contramajoritária das cortes constitucionais, o que subtrai dos demais atores responsabilidades políticas na fixação semântica da Constituição (RESENDE; VIEIRA, 2016).

Neste ponto, vale a advertência de que o *judicial review* não se mostra absolutamente apartado dos parâmetros democráticos e da realização política, como pode parecer. Tanto porque, como identificado e defendido por Ginsburg e Versteeg (2013), a atribuição de funções e poderes de revisão constitucional e controle de constitucionalidade às cortes serve como uma espécie de seguro (*ensurance*) para as próprias classes políticas majoritárias, de modo a ser democraticamente estruturado para servir, exatamente, aos fins de realização da política.

Com isso, pode-se afirmar que, deontologicamente, o *judicial review* deriva de uma pretensão de realização democrática e foi funcionalmente projetado para tal. Os incentivos políticos domésticos tornaram-se elementares para a adoção do *judicial review*, pelo que as cortes constitucionais seriam partes integrais da configuração política (GINSBURG;



VERSTEEG, 2013). Desta forma, inseridas no modelo político sistêmico, esses tribunais estariam funcionalizados à realização democrática.

O que se problematiza, no entanto, é o modo de realização do controle de constitucionalidade e a forma de tomada de decisões pelas cortes constitucionais. Daí porque, sob esta lógica, o *judicial review* se mostraria como “um **instituto desviante da democracia**, especialmente diante do grau de imunização dos atos judiciais frente à interferência normativa legiferante” [grifo dos autores] (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 409).

Disto porque, emerge a crítica de que a “última palavra sobre o sentido concreto da Constituição remanesce com o povo, concebido como unidade real e não como instância abstrata legitimadora do que restara decidido pela Corte” (BRANDÃO, 2017, p. 234). A delegação de poderes de significação às cortes constitucionais seria, então, desviante do substrato estruturante da democracia, o poder do povo.

Isto é, na medida em que as cortes constitucionais passaram a possuir a prevalência e detenção interpretativa do texto constitucional, o constitucionalismo passou a carecer do atributo popular (BRANDÃO, 2017). Destaca-se que este elemento é gênese legitimadora do próprio constitucionalismo e das funções institucionais das próprias cortes constitucionais.

Daí porque, parece surgir uma suposta reducionista dicotomia entre representação e vontade popular – ora alocada no Legislativo – e o Judiciário no exercício não representativo da política, por meio do *judicial review*. No entanto, como destaca Silva (2009), a mencionada dualidade construída não se mostra suficiente para explicar e superar as circunstâncias de exercício de poder político pelo Poder Judiciário. Por isso, mostra-se “mais plausível pressupor a existência de um contínuo de possibilidades de arranjos institucionais diversos que extrapolam essa contraposição simplista.” (SILVA, 2009, p. 204).

Com isso, cabe a exploração de (re)organização institucional, a fim de melhor conformar o *judicial review* aos desígnios democráticos. O esforço encaminha-se num aprimoramento democrático da revisão constitucional, ao que corrobora para o fortalecimento, sob o ponto de vista estrutural, da própria Democracia.

3.1. As soluções dos diálogos constitucionais.

Justamente para acomodar institucionalmente a, mesmo se entendida aparente, dicotomia entre revisão constitucional e a democracia é que servem os diálogos constitucionais.



A partir da lógica dialógica, pretende-se tornar a “construção axiológica dos direitos constitucionais uma tarefa a ser desempenhada por todas as instituições políticas de uma democracia constitucional” (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013, p. 188).

Peter (2022) define os diálogos constitucionais como “o complexo de discursos, permeado de múltiplos argumentos, por meio dos quais os agentes, órgãos e membros de Poder da República constroem os sentidos das normas constitucionais”, sendo aquelas de direitos fundamentais as que possuiriam especial destaque na significação normativa.

De tal maneira, enfatiza-se que o Poder Judiciário não possui, descritiva e normativamente, o monopólio da interpretação constitucional (BARREIRO; CRUZ, 2021). A “última palavra” deixa de ser da corte constitucional, a qual permeia-se num espaço compartilhado de definição das normas constitucionais.

Sob esta perspectiva, a jurisdição constitucional passa a uma “relação dinâmica com as demais instituições que compõem o sistema” (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013, p. 171). Desta forma, as cortes constitucionais deixam de ser tribunais isolados, apartados institucionalmente da construção política. Os demais atores institucionais se tornam, também, legítimos intérpretes da Constituição, na medida em o *locus* de exercício da interpretação constitucional normativa desloca da centralidade da corte.

A propósito, Clèven e Lorenzetto (2015, p. 185), pontuam que os diálogos constitucionais provocam a cisão da dicotomia construída entre direito e política, a partir de uma noção em que o primeiro “é fruto da vontade majoritária da sociedade e de disputas políticas que são estabilizadas através da formulação de normas com pretensão de universalidade.”. Daí porque, afirma-se que a então separação pretendida torna-se fronteiriça, justamente, por legitimar a significação constitucional também aos atores políticos majoritários.

Com isso, tornam-se pertinentes as considerações de Peter (2022), a qual elenca os princípios da interdependência dos poderes e do devido processo constitucional como fundamentos dos diálogos constitucionais. Esses pressupostos fundamentam as práticas dialógicas. Isso porque – considerando que tanto as cortes constitucionais, como os demais atores políticos são intérpretes da constituição –, naturalmente, faz-se necessário um arranjo institucional que possibilite os diálogos entre as instituições. Nesse compasso, a legitimidade de uma atuação interdependente deriva da observância do devido processo legal, no qual se alicerça o próprio Estado Democrático de Direito.



Importa pontuar, neste contexto, que a função típica das cortes constitucionais – de interpretar e proteger a Constituição, inclusive, disposta como tal no próprio texto constitucional brasileiro –, não passa a ser flexibilizada ou diminuída. Tampouco se questiona a definitividade processual das decisões dos referidos tribunais. O que se propõe, a partir dos diálogos constitucionais, é que os pronunciamentos destes tribunais não possuiriam a condição de vetos, pelo que deveriam expressar a interação entre os atores políticos para a aplicação e interpretação normativa (BARREIRO; CRUZ, 2021).

A propósito, verifica-se um reforçamento mútuo entre o constitucionalismo e a democracia, num processo de conformação entre ambos. Neste movimento, o regime democrático “exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166). Isto é, a aplicação da Constituição é elemento distintivo de realização democrática¹¹. Daí porque, a notável compatibilização do *judicial review*, ora expressão central do constitucionalismo, com a democracia.

Em verdade, a democracia e o constitucionalismo estabelecem-se num mesmo eixo de reciprocidade. Explicando, a primeira “tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário.” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166). Com isso, a sustentação e expressão de um, significa a manutenção e reforço do outro.

De toda sorte, as propostas dialógicas passam a implicar uma alteração substancial no regime democrático e nas tomadas de decisões. Exige-se da estrutura lógico-organizacional das instituições um novo paradigma organizativo, tal como é destacado por Gargarella (2016, p. 44):

[...] o funcionamento de um sistema de democracia deliberativa requer uma lógica de organização institucional diferente da que oferece o sistema de freios e contrapesos. *Enquanto que o tradicional sistema de check and balances [...] se orienta a evitar e canalizar a guerra social; um sistema dialógico se orienta em direção aos fins, de modo a organizar e facilitar um diálogos estendido e entre iguais.* [grifos do autor]

¹¹ A respeito disso, Chueiri e Godoy (2010, p. 11) defendem que “a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seu exercício, inclusive, o direito de dizer que uma norma é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedece-la. [...]”



Com isso, a interação entre as instituições seriam um “mecanismo legítimo para a defesa e interpretação de direitos” (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013, p. 175). Daí porque, sob a lógica da dialogia, as interpretações constitucionais podem extravasar o âmbito da jurisdição, tendo um alcance para além das cortes (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Os diálogos institucionais, ao harmonizarem as dinâmicas típicas da democracia, capitalizam “as vantagens institucionais das Cortes em conjugação com a devida atenção à vontade política [...]” (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 414). Daí porque, em situações de profundo desacordo social, as soluções dialógicas serviriam à resolução dos dissensos, representando sua natureza essencialmente dialética (PETER, 2022), portanto, genuinamente democrática.

Aparece, com isso, o que Bolonha, Ganem e Zettel (2013, p. 175) apresentam como uma “noção de reciprocidade institucional como expressão de um cenário em que cada ator institucional desempenha seu respectivo papel na materialização dos direitos constitucionais”. Observa-se aquele mesmo eixo de interrelação recíproca entre democracia e constitucionalismo, pelo que é possível sugerir que a compatibilização institucional na interpretação normativa implicaria, também, na conformação dos primeiros.

Daí porque, reforça-se a inexistência de última palavra¹² no exercício da interpretação constitucional (PETER, 2022). Com efeito, os diálogos constitucionais passam a enfatizar, de modo normativo, as funções ocupadas pela fiscalização constitucional (CLÈVE; LORENZETTO, 2015). As propostas dialógicas centralizam-se, exatamente, sob o parâmetro das funcionalidades institucionais, também, da própria corte constitucional.

Com isso, pode-se observar, como fazem Bolonha, Ganem e Zettel (2013, p. 176) que a “interpretação e a capacidade decisória sobre os direitos constitucionais é ampliada para o nível institucional”, no qual os variados órgãos e instituições políticas passam a formar “um sistema constitucional global”. A atribuição de sentidos à Constituição surge a partir de um processo de construção interpretativa, então realizado por todos os participantes envolvidos na realização constitucional. Este aspecto, inclusive, reforça a tipicidade democrática das propostas dialógicas.

¹² Sobre a questão da última palavra na interpretação constitucional, sob as lentes dos diálogos constitucionais, Clève e Lorenzetto (2015, p. 197) afirmam: “A premissa de que a última palavra se torna relativa está pautada pela possibilidade de [que] os poderes submetidos à *accountability* disputem o espaço político eventualmente ocupado pelo Judiciário.”



Isto é, o embasamento legitimador da interpretação constitucional é a própria participação política, a partir do reconhecimento de que a autoridade da Constituição depende da própria democracia. Neste mesmo sentido, entendem Resende e Vieira (2016, p. 418 – 419):

[...] a post-compreensão da Constituição deverá ser alimentada também pelas experiências e vontades dos **partícipes da realidade constitucional**, em uma clara postura inclusiva de base fundamentalmente democrática.

[...]

Desponta a concepção de constitucionalismo democrático, na condição de modelo de análise da construção histórica dos direitos constitucionais, a partir da premissa de que a autoridade da Constituição possui dependência intrínseca e dinâmica com a sua **legitimação democrática**. Admitida a existência de uma tensão aberta ou implícita entre direito e política, é preciso avaliar o grau de aquiescência dos cidadãos no processo de assimilação dos significados constitucionais externalizados pela Corte. [grifos dos autores].

De tal forma, os diálogos constitucionais conformam o *judicial review* num modelo construtivo da interpretação constitucional.

Encaminha-se à convergência de aprimoramento da democracia, a partir do reconhecimento de que a autoridade da Constituição passa por uma aplicação difusa e significação compartilhada das normas constitucionais. Por isso, afirma-se que, ao mesmo passo em que aprimora o caráter democrático da jurisdição constitucional, as propostas dialógicas contribuem, progressivamente, ao processo de afirmação da própria democracia.

Conclusão.

A partir da exploração bibliográfica realizada, constatou-se que a elementaridade do regime democrático é a manifestação do poder político pelo povo. Apesar da insuficiência de encerramento num conceito hermético, a democracia constitui uma forma de tomar decisões políticas pela maioria, estando todos os cidadãos no mesmo paradigma de igualdade decisória.

Além disso, verificou-se que a legitimação das instituições políticas democráticas reside, exatamente, na exigência de uma correspondente identidade. Daí porque, o próprio Poder Judiciário, enquanto instituição democrática, deve guardar compatibilidade com a democracia.

No entanto, também se identificou aparentes limitações democráticas das cortes constitucionais no exercício do *judicial review*. Muito embora o fenômeno da revisão judicial de decisões tomadas nas instâncias políticas majoritárias seja, progressivamente, um fenômeno



amplamente verificável e difundido, observou-se que a própria ideia de supremacia da Constituição engendrou um processo de (auto)afirmação do *judicial review* e das cortes constitucionais. A atuação revisora destas instituições, então, contrapõe-se à essência do regime democrático, eis que distanciada do substrato legitimador da democracia, a soberania popular.

Por vezes, assumindo um papel contramajoritário, as cortes constitucionais possuem a “última palavra” sobre questões que envolvem a política e a realidade na qual os cidadãos são inseridos. Desta forma, surge a necessidade de arranjos institucionais que democratizem o *judicial review*, ao que serviriam as soluções dos diálogos constitucionais.

As alternativas de diálogos constitucionais aproximam as decisões tomadas pelas cortes a um processo decisório construtivo e de interpretação compartilhada do texto constitucional. Atores diferentes dos juízes e outras instituições tornam-se partícipes, embora não substitutos dos tribunais, no estabelecimento dos significados da Constituição, a partir de um *modus operandi* que viabiliza a concatenação de dissensos.

Por isso, os diálogos constitucionais mostraram-se alternativa capaz de contribuir para o aprimoramento democrático da jurisdição constitucional, justamente, por proporem a ampliação da participação decisória no *judicial review*.

Referências.

BARREIRO, Guilherme Scoleder de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira, **Revista de Investigação Legislativa**, Brasília, a. 58, n. 231. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Jurisprudência**, v. 12, n. 96, p. 5 – 43, 2010.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: razão pública, ética do discurso e Backlash. **Direitos Fundamentais e Justiça**, a. 7, n. 25, p. 170 – 190, out./dez. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 267 – 271, 2007.



CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, p. 159 -174. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 18 – 206, set./dez. 2015.

GARGARELLA, Roberto. O novo Constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta (org.). **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **30 Journal of Law, Economics and Organization**, v. 578, p. 1 – 50, 2013.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1180 – 1574.

PETER, Christine. Diálogos constitucionais interpelam decisão sobre criminalização da homofobia. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-29/observatorio-constitucional-dialogos-constitucionais-interpelam-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 11 abr. 2022.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial review de Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 405 - 430, 2006, p. 408.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Orlando Sampaio da; PESSOA, Flávia. O risco de esvaziamento da legitimidade democrática habermasiana da Jurisdição Constitucional Brasileira. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 595 – 623. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197 -227. 2009.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3. p. 277-302, set./ dez. 2018

WILLEMANN, Mariana Montebello. O *judicial review* na perspectiva da “geração fundadora” e a afirmação da supremacia judicial nos Estados Unidos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição especial, p. 157 – 176, 2014.