



**A CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE COMO FERRAMENTA FACILITADORA
DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS? APONTAMENTOS A PARTIR DA
SEÇÃO 33 DA *CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS***

THE NOTWITHSTANDING CLAUSE AS A FACILITATING TOOL FOR
INSTITUTIONAL DIALOGUES? NOTES FROM SECTION 33 OF THE CHARTER
OF RIGHTS AND FREEDOMS

Eduarda Peixoto da Cunha França¹

RESUMO: O presente trabalho tem como foco discutir as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário através do que a doutrina intitulou de “diálogos institucionais”. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica das teorias apresentadas por Christine Bateup na obra *“The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”* e, posteriormente, uma análise da experiência canadense após a adoção da Charter of Rights and Freedoms. Conclui-se que a ideia de diálogos institucionais permite que o controle de constitucionalidade transborde o âmbito judicial e tenha continuidade em outras instituições, de forma que o destino constitucional não fique, única e exclusivamente, nas mãos de uma única instituição, além de possibilitarem uma convivência harmoniosa do constitucionalismo com a democracia e um maior equilíbrio institucional.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Palavras-chave: Diálogos institucionais; ativismo judicial; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The present work focuses on discussing the relationship between the Legislative and the Judiciary through what the doctrine called “institutional dialogues”. To this end, a bibliographic review of the theories presented by Christine Bateup in the work “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue” will be carried out and, later, an analysis of the Canadian experience after the adoption of the Charter of Rights and Freedoms. It is concluded that the idea of institutional dialogues allows the control of constitutionality to overflow the judicial scope and to continue in other institutions, so that the constitutional destiny does not remain, solely and exclusively, in the hands of a single institution, in addition to allowing a harmonious coexistence of constitutionalism with democracy and a greater institutional balance.

Keywords: Constitutional dialogues; judicial activism; judicial review.

INTRODUÇÃO

Ao contrário do que acontecia no Estado Liberal de Direito, no qual o juiz “boca da lei” (MONTESQUIEU, 1748) era mero expectador da realidade social, o século XXI parece demandar soluções práticas e céleres dos magistrados. Esse novo cenário, no qual os juízes são cada vez mais solicitados e o controle da justiça mostra-se crescente sobre a vida coletiva, alastrou-se, sobretudo, no cenário pós Segunda Guerra, no qual verificou-se um ambiente político-institucional favorável à consolidação da jurisdição constitucional nos países da Europa Continental e da América Latina. Perante uma sociedade de litigantes (GARAPON, 1999), que vê na justiça um *locus* de proteção e reivindicação de seus direitos, é difícil imaginar um Judiciário cujo destino não se cruze com o da política. As atuações proativas dos magistrados, portanto, estão ligadas à própria dinâmica das sociedades democráticas atuais, que passaram a demandar desses atores manifestações em um extenso número de setores da vida social.

Apesar de gozarem de “legitimidade popular”, os sistemas representativos foram alvo de grande descrédito após o referido período. Isso porque, não raramente, seus membros encontravam-se envolvidos em todos os tipos de falcatruas ou quedavam-se inertes diante de questões que, originariamente, deveriam apreciar. Constatou-se, dessa forma, que os direitos fundamentais poderiam ser colocados em risco pela própria democracia, e passou-se a confiar sua tutela a instituições contramajoritárias (BRANDÃO, 2012, p.348), através da adoção de desenhos institucionais que permitissem um *strong judicial review*². A judicialização da política, dessa maneira, afetou diretamente o quadro de separação dos poderes e viabilizou a quebra da hegemonia parlamentar em detrimento da ascensão do Judiciário.

A interferência judicial em matérias de cunho fez com que a a dificuldade contramajoritária fosse recorrentemente suscitada (como juízes não eleitos podem invalidar leis e atos aprovados majoritariamente por aqueles que foram eleitos de forma democrática?), acarretando um debate acerca de que poder estaria apto a proferir uma "última palavra" em matéria constitucional. As soluções apresentadas são recorrentemente abordadas a partir de um viés binário, sem considerar uma terceira alternativa, mais ponderada, que poderia apresentar-se como o caminho a ser trilhado: os diálogos institucionais.

O presente trabalho busca explorar e conceituar o que se entende por “diálogos institucionais”, através de uma revisão bibliográfica de obras que se ocupam do tema e do estudo da experiência canadense após a adoção da *Charter of Rights and Freedoms*, documento que instituiu no país um *weak judicial review*. Serão analisadas as relações entre corte e parlamento após o advento da Seção 33 da Carta, a fim de confirmar ou refutar a hipótese central do estudo: a de que uma relação dialógica entre Legislativo e Judiciário se apresentaria como uma alternativa ao *strong judicial review* e mitigaria os questionamentos levantados acerca da dificuldade contramajoritária.

Para tanto, o artigo será dividido em quatro partes. A primeira buscará entender se é possível falar de diálogos sem ferir a ideia da separação de poderes e dentro de um

²O *strong-judicial review*, segundo Tushnet, caracteriza-se como um modelo no qual as cortes têm, em geral, autoridade para determinar o significado da Constituição e, mais além, como um modelo no qual a interpretação do Judiciário é tida como autoritária e vinculante para os outros poderes, pelo menos durante um curto ou médio período de tempo. O controle de constitucionalidade forte tornou-se um modelo adotado pelas cortes constitucionais após a Segunda Guerra Mundial. TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Mich. L. Rev.**, v. 101, p. 2781, 2002.

contexto em que os juízes são vistos como protagonistas, procurando decifrar, ainda, o porquê de não poder se falar em uma “última palavra”. A segunda, por sua vez, explorará as teorias dialógicas apresentadas por Christine Bateup em “*The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*”, a fim de melhor situar o leitor acerca de como se dão as relações dialógicas entre os poderes e o porquê do Judiciário ter papel fundamental em sua estruturação. Por fim, debruçar-se-á sobre a experiência canadense da *Charter of Rights and Freedoms* de 1982 e, sobretudo, sobre sua Seção 33, a cláusula do não obstante, em sua modalidade repressiva (*override*), abarcando ainda, as situações nas quais foi utilizada e o porquê dela representar um aparente equilíbrio entre supremacia judicial e supremacia parlamentar, destacando sua importância na promoção dos diálogos institucionais.

2. SUPREMACIA JUDICIAL E ÚLTIMA PALAVRA: É POSSÍVEL FALAR DE DIÁLOGOS?

Em 1748, com a publicação do “Espírito das Leis”, Montesquieu apresenta a Teoria da Separação dos Poderes, com o escopo de garantir a liberdade individual³ e evitar o abuso de poder. No período do iluminismo, a referida teoria tornou-se um elemento essencial à ideia de Estado de Direito. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, em 1789, praticamente todas as constituições ocidentais passaram a prever um esquema de divisão de funções (LIMA, 2007). As funções do Estado, dessa forma, passaram a ser divididas entre: Executivo, Legislativo e Judiciário, que exerceriam controle recíproco um sobre o outro⁴. Com o passar dos anos, a teoria desenvolvida por Montesquieu ganhou novos formatos e adaptou-se não só às realidades locais, como também às complexas sociedades do século XXI.

³ A tripartição dos poderes, para Montesquieu, era o que garantia a liberdade individual. Isso porque o exercício da liberdade somente seria possível, segundo o pensador, sob um governo moderado, em que não fosse permitido o abuso de poder.

⁴ O Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão dispunha que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Ao contrário do papel secundário que o Judiciário ocupava na teoria do referido filósofo (para quem a democracia tinha cunho representativo)⁵, a nova realidade concebeu os juízes como protagonistas legítimos na defesa dos direitos e garantias individuais. Após a “expansão global do Poder Judiciário” (TATE; VALLINDER, 1995), e da adoção do controle de constitucionalidade em grande parte das democracias emergentes⁶, a separação antes havida entre direito e política foi mitigada.

As Constituições analíticas e dirigentes, típicas da atualidade, positivaram um amplo leque de matérias, cuja guarda coube às Cortes Constitucionais. Dessa forma, passou-se recorrentemente a confundir Supremacia Judicial com Supremacia Constitucional, e a atribuir aos juízes a prerrogativa de dar “última palavra” sobre o sentido constitucional, desconsiderando o risco destes atores, ao interpretarem a Constituição, atuarem de forma solipsista. Não obstante as alegações acerca da “última palavra”, os sistemas constitucionais, em geral, possuem instrumentos que viabilizam, em suas constituições, que os demais poderes – sobretudo o Legislativo – possam reagir às decisões das Cortes Constitucionais, de forma que o debate acerca do futuro da Constituição não se encerraria com a decisão judicial.

A discussão acerca de quem detém a “última palavra”, por conseguinte, torna-se irrelevante quando, ao invés de nomear um poder como “legítimo” para proferir uma decisão final (que provavelmente será alterada no futuro), foca-se em como as instituições poderiam trabalhar de forma mais dinâmica ao invés de dar continuidade a um infundável jogo de poder. Fisher (1988) dispõe que há um colóquio contínuo entre os poderes do Estado e entre eles e a sociedade civil para definir o sentido da Constituição.

O cenário do Estado pós-moderno, no qual ocorre a erosão de fronteiras e a intensa circulação de ideias, determina uma nova forma de compreender o Direito. Diante da dificuldade contramajoritária, surgiu uma reivindicação para a atuação de novos agentes, a partir de uma visão que flexibiliza a autoridade de interpretar o sentido constitucional, tornando esse exercício mais democrático, menos controverso e mais estável. O terceiro

⁵ Nesse sentido ver: LIMA, Flávia Danielle Santiago. A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu. **Revista da AGU**, v. 6, n. 12, 2007 e WEFFORT, Francisco C. (org.). Os clássicos da política: I. São Paulo: Ática, 1997, p. 119

⁶ Apesar do controle de constitucionalidade ter sido, por muito tempo, uma característica exclusiva do modelo norte-americano, este mecanismo se universalizou de tal forma que, atualmente, 159 dentre 191 sistemas constitucionais possuem uma “positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional”. BRANDÃO, 2012, p.83). BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. **Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 283-284, 2012.

caminho a ser trilhado insere-se numa compreensão de constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno do Estado, distanciando-se dos modelos que gravitam em torno de decisões unilaterais e buscando conciliar constitucionalismo e pluralismo, além de encorajar uma relação de cooperação entre diferentes atores constitucionais. É uma nova forma de compreender a separação dos poderes pois, como dispõe Ackerman, “não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”, sendo necessário que se enxergue além dos encantamentos ritualistas de Madison e Montesquieu (ACKERMAN, 2009, p.2).

No final do século passado, encabeçada sobretudo por teóricos canadenses, deu-se início a uma ideologia que permitiria que outros atores, com suas próprias interpretações constitucionais, interferissem de forma legítima na tarefa de guarda da constituição: a dos Diálogos Institucionais. Através dos diálogos seria possível aproximar-se mais do Princípio Democrático e oxigenar as visões acerca de possíveis interpretações constitucionais, questionando a possibilidade de predomínio de uma instituição em detrimento das demais. Procuram, em especial, reconfigurar as relações existentes entre Cortes e Parlamentos, conciliando democracia, proteção de minorias, efetividade de direitos, e mirando o equilíbrio e harmonia entre os poderes. Seu debate tem sido enriquecido a partir da experiência de países que adotaram a *Commonwealth*, tais quais: o Canadá, a Austrália, o Reino Unido, e a Nova Zelândia.

Essa nova forma de enxergar a interpretação constitucional se adapta a cada novo conflito colocado em pauta. A depender do caso concreto, a Corte pode agir de forma proativa ou autocontida, neste último caso, dando espaço para que o órgão revestido de representação democrática delibere. Tudo depende do direito posto em questão. Assim, a ideia de supremacia judicial perde o sentido, uma vez que a proteção dos direitos passa a contemplar uma atuação interativa, de forma que cada ator constitucional é responsável por uma dimensão na tarefa de guarda da constituição. O escopo passa a ser encontrar o protagonista mais adequado para solucionar o dissenso em questão.

Os diálogos institucionais não condenam a prática do *judicial review* e nem buscam diminuir a importância do papel institucional das cortes constitucionais. Apenas desmistificam o viés juriscêntrico trazido pelo neoconstitucionalismo através de um processo de interação entre os três poderes, no qual todos eles estão aptos a transparecer fraquezas, conter excessos e, gradualmente, atingir um consenso em matérias constitucionais (FISHER, 1988, p.275).

Em suma, consistem num mecanismo que propicia a interação e cooperação de duas ou mais instituições de poderes distintos, a fim de que resolvam controvérsias legais e decidam a acerca de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predominância decisória de uma em relação à outra. São uma alternativa à ideia de que a Supremacia Judicial é insuperável, pois buscam soluções que viabilizem uma atuação cooperativa, balanceando o majoritarismo com a questão democrática. Eles não somente se preocupam em responder aos questionamentos levantados acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade, como motivam soluções intermediárias, ao invés do extremismo suscitado pela falsa afirmação da “última palavra”⁷. Seu objetivo, portanto, não é ofuscar a jurisdição constitucional (apesar de se opor ao *strong judicial review*), e sim, compartilhar a tutela de direitos e garantias individuais com outros poderes, democratizando a guarda da constituição.

Embora haja significativas diferenças na aplicação das teorias dialógicas de acordo com o sistema constitucional, realidade cultural, e características sociais de cada país, essas variações não são suficientes para descaracterizar seu objetivo principal: o de suavizar o controle jurisdicional de constitucionalidade e permitir que a “última palavra” em matéria constitucional seja debatida entre os poderes. Visam evitar, assim, a supremacia judicial e estabelecer um reequilíbrio entre as instituições.

3. AS TEORIAS DIALÓGICAS DESCRITAS POR CHRISTINE BATEUP

3.1 Teorias do Aconselhamento (*Judicial Advice-Giving*)

Sendo o primeiro método de Diálogos Institucionais apresentados por Bateup (2005), na classificação das “Teorias do Método Judicial”, a Teoria do Aconselhamento sugere que os juízes se utilizem de uma gama de interpretações proativas e técnicas de decisão a fim de recomendar determinadas ações para as instituições políticas e aconselhá-las de maneira a evitar problemas constitucionais. Assim, todas as formas de

⁷Nesse sentido, Fisher dispõe que o Legislativo e o executivo dividem com o Judiciário o papel de intérprete da Constituição, pois as Cortes não são infalíveis e suas decisões não são questionadas, na medida em que o “Congresso, a Presidência e a opinião pública as acham convincentes, razoáveis e aceitáveis. Caso contrário, os debates sobre os princípios constitucionais continuarão”. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, cit., 1988, p.234.

aconselhamento presumem que os juízes deverão orientar os demais poderes por meio de pareceres não vinculantes.

A Teoria do Aconselhamento pode ser utilizada em dois momentos distintos. O primeiro é quando o juiz invalida a legislação e aponta caminhos possíveis para corrigir o incidente inconstitucional (denominado de *constitutional roadmaps*). E o segundo é quando o Judiciário é encorajado a indicar a fragilidade e ambiguidade da solução existente sem, contudo, pronunciar a inconstitucionalidade da norma. Assim, ao indicar as falhas constitucionais dos ditames legais, o Judiciário estimularia as demais instituições a corrigi-las.

Um aspecto central dessa teoria é que as instituições políticas podem aprender maneiras de abordar problemas constitucionais e são encorajadas a elaborar respostas apropriadas. Os juízes, assim, atuam como servos fiéis do constitucionalismo e, ao mesmo tempo, agem como parceiros do Poder Legislativo.

Os problemas apresentados por Bateup para a teoria são dois: o primeiro é que ela assume que os juízes ou têm uma capacidade especial ou são mais confiáveis no que concerne à resolução de questões de cunho constitucional; e o segundo é que ela revela uma espécie de desconfiança na habilidade das instituições políticas, especialmente do Legislativo, de alcançar respostas aceitáveis sem a intervenção judicial. Isso porque os seus defensores acreditam que o Legislativo não está apto a realizar a tarefa de tomar decisões plausíveis acerca de valores constitucionais, devido a fatores de interesse próprio que frequentemente os compelem a priorizar questões de preferências majoritárias.

Em suma, para a autora, as teorias do aconselhamento judicial simplesmente encorajam as instituições políticas a fazerem o que o Judiciário determina.

3.2 Teorias Centradas no Processo (*Process-Centered Rules*)

Nas Teorias Centradas no Processo, os juízes são encorajados a determinar quando os atores políticos prestaram atenção o suficiente ou deliberaram adequadamente nos julgamentos políticos que afetaram seriamente valores constitucionais. Se for determinado que eles não prestaram, então o Judiciário pode forçar as instituições políticas a reconsiderar suas decisões com o nível apropriado de atenção a esses valores.

Ou seja, as regras centradas no processo somente procuram se certificar de que os atores políticos que promulgam as leis e deliberam acerca de políticas públicas levam em conta premissas constitucionais.

Outro processo trazido por essa teoria é o “segundo olhar”, utilizado quando o Legislativo atua com negligência; pressa; quando falta com respeito aos Direitos Fundamentais ou quando os aborda de forma superficial em suas decisões. Assim, ao admitir uma resposta do Legislativo à pronúncia de inconstitucionalidade e ao permitir que os juízes poderiam, em um segundo momento, apreciar a nova solução cunhada pelo Parlamento para aquela decisão, alguns teóricos defendem que as teorias centradas no processo facilitariam o diálogo entre as instituições.

Esta categoria diferencia-se substantivamente das anteriores, porque, em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do Judiciário à resposta do Legislativo, ela trilha o sentido oposto e preconiza que o julgador limite sua intervenção, de forma a deixar mais espaço ao parlamento para desenvolver a função que, na repartição constitucional de poder, lhe é própria. Essa abordagem é próxima das virtudes passivas recomendadas por Bickel (VALLE, 2010, p.15)

Bateup acentua que essa teoria continua a propor um papel ativo para o Judiciário nos diálogos institucionais, uma vez que privilegia a atuação dos juízes e faz com que o Poder Legislativo atue de forma meramente corretiva, o que não ajuda na desenvoltura de um diálogo entre as instituições.

3.3 Teorias do Minimalismo Judicial (*Judicial Minimalism*)

Em contraste com as teorias analisadas acima, que focam em como os juízes podem encorajar os diálogos com as instituições políticas, o minimalismo judicial consiste na autocontenção do Judiciário a fim de propiciar espaço para considerações e escolhas democráticas. A teoria é defendida por estudiosos como Alexander Bickel (1962), que defende as “virtudes passivas” e Cass Sunstein (1999) (principal proponente contemporâneo do minimalismo judicial).

As virtudes passivas são técnicas judiciais de “não fazer”. Elas permitem que os juízes reduzam seu envolvimento em questões controversas a fim de que se protejam das repercussões políticas (*backlash*) que aquela decisão pode causar. Ao mesmo tempo,

incentivam os diálogos institucionais, uma vez que dão às instituições políticas do governo, juntamente com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais polêmicas através de canais democráticos.

O minimalismo sustentado por Sunstein, por sua vez, prega que, no que concerne à decisão de casos, os juízes deveriam adotar a estratégia de dizer somente o necessário e deixar o máximo possível “não decidido”.

O elemento central do minimalismo judicial é a defesa de uma conduta da corte pautada pela solução do caso- e não no estabelecimento de regras abstratas e abrangentes, na feliz expressão de Sunstein, trata-se de um “uso construtivo do silêncio”. Entre as vantagens desta postura, estaria a redução dos ônus deliberativos inerentes ao processo de busca de consenso sobre questões polêmicas, bem como a diminuição do risco de erro e dos danos causados por decisões que atuam em ambientes de extrema complexidade. Todavia, mais fundamental seria a vantagem que o minimalismo judicial traria para a sociedade, ao deixar aberto o espaço para deliberação de atores sociais democraticamente eleitos e sindicáveis” (VALLE, 2010, p.67).

Ao criticar a teoria, a autora afirma que o minimalismo judicial vai longe demais em minimizar a legitimidade e a competência do judiciário para participar de decisões sobre o significado constitucional.

3.4 Teorias de construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*)

Outra teoria trazida pela autora é a da construção coordenada dos diálogos. Sendo a mais antiga concepção de interpretação constitucional de forma interativa entre os poderes, foi primeiramente sustentada por James Madison⁸ e, depois, por Thomas Jefferson (BATEUP, 2005), que defendia que cada poder teria uma responsabilidade fundamental na interpretação da Constituição. Refuta o autoritarismo constitucional; a premissa de que os tribunais são instituições mais competentes para discutir os princípios

⁸ Nesse sentido, embora reconhecendo que questões de interpretação constitucional, normalmente, recairiam sobre o judiciário, Madison rejeitou a opinião de que decisões judiciais tinham um status único, já que a Constituição não previa qualquer autoridade específica para determinar os limites da divisão de poderes entre os diferentes ramos. Da mesma forma, Thomas Jefferson considerou que os ramos do governo deveriam ser “coordenados e independentes” um do outro, e que cada ramo tem uma responsabilidade pela interpretação da Constituição no que diz respeito às suas próprias funções. ROBERT A. BURT, *THE CONSTITUTION IN CONFLICT* ch. 2 (1992). apud BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise- Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brook. L. Rev.**, v. 71, p. 33, 2005.

gerais da ordem política; e, conseqüentemente, a ideia de que a interpretação constitucional é tarefa única e exclusiva dos juizes, sustentando que a definição do sentido constitucional deve ser uma tarefa compartilhada entre poderes.

Receberam críticas de estudiosos que apontaram, como falha da teoria, o fato de que nela não existiria um poder apto a dar uma interpretação final à Constituição e, também, que essa independência dos poderes em relação a suas próprias funções era inconsistente com o sistema de freios e contrapesos.

Recentemente, a teoria foi adaptada e defendida por Neal Devins e Louis Fisher (DEVINS; FISHER, 2005), que propuseram que o Judiciário e os outros poderes interagissem de forma dialógica a fim de moldar o significado da Constituição. Assim, a teoria não levaria a uma anarquia interpretativa, pois cada um dos poderes seria “controlado” pelo outro, a fim de evitar excessos.

Ao tratar dos Diálogos Institucionais, Fisher (1988) dispõe que as cortes encontram-se engajadas num colóquio contínuo com as demais instituições políticas e com a sociedade como um todo, num processo através do qual o princípio constitucional é desenvolvido através da conversação e não aperfeiçoado unilateralmente. Assim, é o processo de dar e receber e de mútuo respeito que permite que uma corte não eleita funcione dentro de uma sociedade democrática. Um diálogo aberto entre o Congresso e a Corte, na visão do autor, seria o caminho mais frutuoso para a interpretação constitucional.

Bateup, entretanto, critica a teoria, pois afirma que esta atribui um viés competitivo para os diálogos, uma vez que o Poder mais apto a se pronunciar sobre aquela determinada questão acabaria impondo seu posicionamento aos demais. Dessa forma, questiona se um sistema competitivo, no qual as partes se preocupassem somente em defender seus pontos de vista, seria realmente a melhor forma de atingir respostas largamente aceitas e duradouras.

3.5 Teorias dos princípios jurídicos (*Theories of Judicial Principle*)

Ao contrário da teoria da constituição coordenada, que não propõe um papel especial para o Judiciário nos diálogos institucionais, as teorias dos princípios jurídicos defendem que os juizes têm uma função única nos diálogos institucionais, uma vez que

possuem uma maior competência para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos.

Existem dois desdobramentos desta teoria. O primeiro, sustentado por Bickel (1962), refere-se aos princípios e controles políticos sobre a corte. O autor expõe que o Judiciário tem uma espécie de habilidade especial de preservar, proteger e defender princípios jurídicos devido ao fato de estar isolado politicamente e, também, dele poder se utilizar do “maravilhoso mistério do tempo” a fim de amadurecer um “segundo olhar” sobre a questão colocada em pauta. Apesar de considerar que os juízes estão numa posição mais favorável que a dos atores políticos, Bickel acredita que a repercussão social de uma determinada decisão, pode levar à derrota de decisões judiciais com as quais a sociedade discorde. E é nesse ponto que entra a fiscalização política. Ou seja: havendo a possibilidade de erro por parte do Judiciário, o papel de fiscalizar o desempenho deste é atribuído aos poderes políticos.

O segundo desdobramento, por sua vez, refere-se ao “princípio e articulação legislativa da política”, e dispõe que os poderes políticos têm contribuições únicas para os diálogos, devido a sua competência em relação a objetivos políticos. Assim, o diálogo surgiria quando o Legislativo articulasse uma questão decidida pelo Judiciário ampliando-a aos objetivos políticos (VALLE, 2010, p.45)

O problema da referida teoria reside no fato de que, assim como outras, ela atribui ao Judiciário uma posição de privilégio no que concerne à interpretação de princípios constitucionais.

3.6 Teorias da Parceria (*Partnership Theories*)

A teoria da parceria centra-se no reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma maneira a não privilegiar o papel do Poder Judiciário. Reconhece que cada ramo do governo pode aprender com os insumos específicos dos outros ramos de uma ordem constitucional diversificada. Assim, o Judiciário e os atores não-judiciais são concebidos como participantes iguais em termos de decisão que, dialogicamente, podem contribuir para com a busca de melhores respostas como resultado de suas exclusivas perspectivas institucionais.

Janet Hiebert (2002), uma das autoras que defendem o referido princípio, dispõe que tanto as cortes quanto os parlamentos têm o dever de fazer julgamentos sobre os valores constitucionais e de avaliar a razoabilidade de suas próprias ações à luz desses valores. Apesar de dividirem essa tarefa, cada instituição tem uma relação diferente com o conflito constitucional, e isso porque cada uma delas traz perspectivas distintas e valiosas para o julgamento constitucional. Como resultado dessas distintas perspectivas e de suas posições separadas, mas interconectadas na ordem constitucional, o Judiciário e o Legislativo são capazes de se engajar em um diálogo sobre o significado constitucional no qual ambos devem exercer modéstia sobre suas próprias conclusões e ouvir e aprender outras perspectivas, modificando, se necessário, sua própria visão acerca do tema.

O princípio da Parceria não atribui um papel especial ao Judiciário e nem admite sua superioridade, deixando espaço suficiente para os poderes políticos trazerem resoluções democráticas para problemas constitucionais. Bateup afirma que a concepção de parceria do diálogo constitucional vale a pena porque fornece um dos relatos mais satisfatórios do papel judicial dialógico encontrado até o momento. Entretanto, aponta que o ponto negativo da teoria reside em direcionar seu foco para formas de Diálogos entre os poderes, deixando de lado as relações de conversa com a sociedade como um todo.

3.7 Teorias do Equilíbrio (*Equilibrium Theories*)

Por fim, as teorias do equilíbrio, segundo Bateup, apresentam um caminho alternativo ao entendimento de que o Judiciário possui um papel único nos diálogos constitucionais. Assim, a Teoria não reconhece nos juízes qualquer capacidade especial para lidar com questões constitucionais mas, tão somente, dispõe que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) facilita o processo de diálogos institucionais.

O Judiciário, dessa forma, é apenas um dos legitimados a discutir o sentido da Constituição, de maneira que permite-se à sociedade, como um todo, fazer parte dessa discussão, a fim de que seja alcançado um equilíbrio assente sobre o significado constitucional.

Assim, se os pronunciamentos dados pelas cortes constitucionais estiverem muito longe daquilo que anseiam as instituições políticas e a sociedade, a repercussão negativa daquela decisão vai fazer com que o Judiciário volte atrás. Para essa Teoria, a opinião pública tem um impacto significativo nas decisões judiciais, de forma que estas, geralmente, estão alinhadas com aquelas.

Um de seus defensores, Barry Friedman (2003), dispõe que a participação do tribunal nos diálogos é dinâmica- não só desencadeia um processo de discussão nacional, como também é afetada e moldada por essa conversa. Assim, quando uma decisão é proferida, está sujeita à discussão e debate dentro da sociedade. Ao longo do tempo, se houver discordância popular suficiente com a decisão do tribunal, a nova legislação poderá ser aprovada. Como resultado desta discordância e debate, o tribunal pode vir a reconsiderar e remodelar sua decisão. Sob este modelo, as perspectivas dos atores não-judiciais podem, portanto, influenciar o tribunal tanto, se não mais, do que o próprio tribunal influencia o resto da sociedade. Seria quase como que “testar” as decisões judiciais e ver como o povo responde.

Como cada instituição tende a promover sua própria “visão” do interesse público, um sistema eficiente seria aquele em que cada poder barganhasse estrategicamente com os outros sobre seus diferentes pontos de vista acerca da constituição. O foco seria menos em como os diferentes atores institucionais se envolvem em uma discussão para promover seus próprios pontos de vista sobre o significado constitucional, e mais sobre como os atores judiciais e não-judiciais aprendem a debater, adaptar ou modificar seus pontos de vista devido à sua participação em um diálogo constitucional.

O papel de canalizar e fomentar a discussão social reconhece que o tribunal não é simplesmente uma voz adicional no diálogo constitucional, mas se engaja ativamente em uma troca que leva a um equilíbrio estabelecido sobre o significado constitucional. Isso é normativamente desejável porque a moderação judicial e a facilitação das contribuições de diferentes participantes dialógicos auxiliam na busca de respostas mais amplamente aceitas e duradouras para questões constitucionais.

Bateup dispõe, por fim, que embora a teoria não resolva a dificuldade contramajoritária, ela é a mais adequada num diálogo substantivo entre as instituições.

4- *THE NOTWITHSTANDING CLAUSE*: UM EQUILÍBRIO ENTRE SUPREMACIA PARLAMENTAR E SUPREMACIA JUDICIAL?

Algumas técnicas, no direito interno viabilizam de forma mais efetiva e menos burocrática as relações de cooperação entre o Judiciário e o Legislativo. Uma alternativa de desenho institucional, que buscou criar um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais surgiu com a *Charter of Rights and Freedoms* de 1982, Carta de direitos entrincheirados, dotada de “status constitucional”. O documento canadense foi editado no bojo do processo de desvinculação do país dos atos do Parlamento inglês, tendo substituído o modelo anterior da *Canadian Bill of Rights* de 1960, que tinha força meramente de lei ordinária e podia ser modificada a qualquer tempo pelo Parlamento.

Apesar da ideia inicial do Primeiro Ministro Pierre Trudeau ter sido a de instituir um modelo constitucional semelhante ao norte-americano (Constituição rígida, revisão judicial e supremacia judicial), houve resistência por parte das províncias, que não desejavam abandonar o modelo de supremacia parlamentar (BRANDÃO, 2012, p.284). Logo, mesmo tendo positivado o controle de constitucionalidade, a referida Carta abarcou mecanismos que possibilitavam uma relação interativa entre os poderes e, portanto, um meio termo entre supremacia judicial e supremacia parlamentar, destacando-se a Seção 1 (que permite a reação legislativa através da imposição de limites razoáveis aos direitos fundamentais por meio de lei ordinária) e a Seção 33. A última, conhecida como “cláusula do não obstante” (*the notwithstanding clause*), encorajou outros *designs* de sistemas constitucionais, que criaram formas alternativas ao *strong judicial review*, tais como o *Bill of Rights* da Nova Zelândia e a *British Human Rights Act*, do Reino Unido (TUSHNET, 2002, p.1212)

A referida cláusula consiste numa ferramenta constitucional que permite ao legislador impossibilitar que uma lei recém-aprovada seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, quando utilizada de forma preventiva; ou que permite ao mesmo reeditar uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá (*overriding*), quando utilizada de forma repressiva. Assim, confere ao Parlamento ou às Assembléias Provinciais o poder de instituir legislações temporariamente isentas ao controle de constitucionalidade, de forma que até as decisões mais ativistas são passíveis de revisão em meio a um diálogo democrático.

A ideia do parlamento poder superar uma decisão judicial não surgiu com a Carta de 1982. A Seção 2 da *Canadian Bill of Rights* de 1960 dispunha que através de um ato parlamentar, uma determinada lei poderia vigorar não obstante o que o referido documento previa. A diferença é que enquanto na Carta de 1960 a cláusula poderia ser usada para invalidar qualquer direito nela previsto, na de 1982, somente poderia ser utilizada para invalidar os direitos previstos na Seção 2 (que engloba os direitos à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião) ou nas Seções 7 até a 15 (que tratam dos direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança da pessoa, entre outros).

A cláusula do não obstante, segundo Peter Russell(1991, p.293), dá ao Canadá a oportunidade de ter “o melhor dos dois mundos”. Apresenta-se como um ponto de equilíbrio entre o constitucionalismo Americano (notoriamente conhecido pela supremacia judicial) e o Britânico (que preza pela supremacia parlamentar), países que mais influenciaram o desenvolvimento do constitucionalismo Canadense. Segundo o autor, não existem atores políticos infalíveis, e os juízes, não raramente, tomam decisões questionáveis, razão pela qual um mecanismo como a *override* é tão relevante.

Ao adotar a Carta de 1982, o Canadá assumiu o compromisso de poder questionar os limites dos direitos e liberdades determinados em última instância pelo Judiciário. Os constituintes de 1982, através da cláusula do não obstante, buscaram promover uma parceria entre a Suprema Corte Canadense (SCC) e o Parlamento. Como dispõe Russell (1991, p.293), frequentemente aceita-se o pronunciamento da SCC acerca de questões relativas a direitos. Mas, ocasionalmente, existirão situações em que os cidadãos concluirão, através do debate, que a decisão judicial desses direitos não foi adequada e, conseqüentemente, desejarão mudá-la. Segundo o autor, essas são as situações nas quais deve-se aproveitar os benefícios da *override*.

O estudo pioneiro acerca do tema foi feito por Peter Hogg e Allison Bushell(1997, p.80). Os autores dispõem que quando uma decisão judicial, baseada na Constituição, declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma e é garantido ao parlamento a possibilidade de revertê-la ou modificá-la, qualquer preocupação acerca do controle de constitucionalidade é diminuída, de forma que o *judicial review* dificilmente levantaria uma barreira absoluta contra o posicionamento das instituições democráticas e, ainda, reforçaria o sistema democrático, uma vez que provocaria um debate público no qual os

valores constitucionais teriam um papel imprescindível, o que não ocorreria se o controle judicial não tivesse acontecido.

Não obstante alguns autores sustentarem que a cláusula do não obstante seria uma forma de tentar manter a soberania parlamentar, o mecanismo (RUSSEL, 1991, p.200) da *override* não deve ser entendido dessa forma, e sim como uma oportunidade de debater, com responsabilidade e cautela, questões que envolvem direitos. Assim, seu propósito só estaria comprometido se as legislaturas, cuja função numa democracia não é somente a de fazer com que a vontade da maioria prevaleça, mas também a de promover debates, utilizarem-na sem que haja uma efetiva deliberação política acerca do problema em questão.

Apesar do tema ser controvertido até os dias de hoje (devido ao fato de muitos afirmarem que a simples existência dessa ferramenta apresenta uma ameaça à proteção de Direitos pela Suprema Corte e um verdadeiro retrocesso, tendo em vista a possibilidade do Parlamento superar decisões Judiciais relativas à questões constitucionais⁹), Kent Roach (2005, p.537) aponta que a cláusula do não obstante deve ser compreendida como uma ferramenta facilitadora do diálogo entre a corte e o parlamento. O referido mecanismo permite uma interação entre poderes, pois o legislador, diante de uma decisão judicial, pode reagir: a) não se opondo às decisões judiciais; b) reeditando nova lei em conformidade com os limites e características estabelecidos pela corte; ou, por fim, c) utilizando a *override clause*. Apesar de não garantir uma resposta correta e final acerca de quesitos relativos à justiça política e social levantados pela Carta, a *override* aumenta a possibilidade de que questões controvertidas acerca de direitos sejam amplamente debatidas, de modo que os cidadãos participem e sejam responsáveis pelo resultado proveniente da discussão.

Tanto os tribunais quanto as legislaturas são capazes de ser irracionais e, de diferentes formas, proteger seus interesses institucionais. Ao fornecer um contrapeso ao poder judicial, a Carta Canadense estabelece um sistema de freios e contrapesos que reconhece a falibilidade tanto dos tribunais quanto dos legisladores e não encerra o debate nas decisões de nenhum deles. Apesar de poder utilizar-se da *override*, o Legislativo não tem a palavra final, visto que sua validade expira em cinco anos. Após o referido período,

⁹ Nesse sentido: JOHANSEN David, ROSEN, Phillip. The Notwithstanding Clause of the Charter. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook, p.8-11.

o uso da cláusula pode ser revisto, mas não sem reabrir o assunto para o debate e discussão pública (RUSSEL, 1991, p.220)

O custo político de anular direitos fundamentais em favor de uma legislação ordinária é muito alto, o que acaba desencorajando o uso frequente da Seção 33. Tal afirmativa pode ser verificada ao observar-se o ínfimo número de vezes em que ela foi utilizada¹⁰. Seu uso se deu, primeiramente, assim que a Carta de Direitos de 1982 entrou em vigor, tendo sido invocada de forma preventiva pela província do Quebec (que foi contra a aprovação da reforma constitucional que deu ensejo ao referido documento) em relação a toda a legislação provincial, a fim de evitar sua sujeição aos novos poderes concedidos aos juízes (LEITE, 2012, p.200).

A situação mais emblemática de seu uso, entretanto, ocorreu no caso *Ford v. Quebec* (1988), no qual a Suprema Corte Canadense declarou a inconstitucionalidade de parte da *Bill 101* da província do Quebec, que restringia a exposição no espaço público de propagandas em outro idioma que não fosse o francês. A alegação do Tribunal foi a de que a referida Lei violava os direitos à liberdade de expressão e à isonomia dispostos na Carta. Após a referida decisão, o Quebec utilizou-se do uso repressivo da cláusula e manteve a restrição determinada em sua lei (LEITE, 2017, p.230) Após os cinco anos de vigência, como prevê a Seção 33, o Parlamento do Quebec não renovou a cláusula do “não obstante” e, em 1993, aprovou uma nova lei admitindo a utilização de outros idiomas nas propagandas, ressalvando, todavia, que a língua francesa fosse o idioma prevalecente.

Curiosamente, o ordenamento Brasileiro, na Constituição de 1937, em um contexto completamente diferente, adotou um instituto semelhante. Em seu artigo 96, o referido documento dispunha que seria dado ao Congresso Nacional o direito de vetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de leis. Essa possibilidade de veto ao controle de constitucionalidade poderia ser provocada pelo Chefe do Executivo quando este entendesse que a lei era necessária ao bem estar do povo. As leis ratificadas pelo Congresso (após serem declaradas como “inconstitucionais” pelo Supremo) receberiam o *status* de emenda constitucional. O objetivo da cláusula presente na Constituição “Polaca” não era, entretanto, o de promover um constitucionalismo

¹⁰O fato de ter sido utilizada poucas vezes faz com que alguns constitucionalistas sejam céticos quanto à sua utilidade. Em defesa da Seção 33, outros estudiosos dispõem que a cláusula não foi instituída com o propósito de que seu uso fosse frequente e, portanto, estaria cumprindo com seu objetivo. - TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 2781, 2002.

dialógico; mas, tão somente, de permitir um maior controle do Chefe do Executivo sobre os outros Poderes, uma vez que, na prática, o direito de veto às decisões do STF era exercido por Getúlio Vargas (isso porque os poderes do Congresso Nacional, nos períodos de recesso ou dissolução do Parlamento, eram delegados ao Presidente da República; e o Poder Legislativo, durante o Estado Novo, permaneceu fechado.

CONCLUSÃO

Países que não possuem mecanismos como a *override* em suas constituições, têm outros mecanismos que permitem a reversão de decisões judiciais. Em nenhuma democracia constitucional as questões relativas a direitos são encerradas com uma “última palavra” do Judiciário. O meio mais comum é através de emenda constitucional, apesar deste consistir num procedimento extraordinário e mais difícil (RUSSELL, 1991, p.20).

No Brasil, além da emenda constitucional, em seu artigo 102, inciso segundo, a Constituição de 1988 dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, só terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, não alcançando o Poder Legislativo e, conseqüentemente, dando ao Parlamento a prerrogativa de reagir às decisões judiciais (de forma que se assim não o fizer, é por sua própria escolha política). Além disso, pode-se dizer que dispositivos como as audiências públicas o *amicus curiae* abrem mais uma possibilidade do Supremo dialogar.

A ideia de diálogos institucionais permite, desse modo, que o controle de constitucionalidade transborde o âmbito judicial e tenha continuidade em outras instituições, de forma que o destino constitucional não fique, única e exclusivamente, nas mãos de uma única instituição, além de possibilitarem uma convivência harmoniosa do constitucionalismo com a democracia e um maior equilíbrio institucional. Louis Fisher sustenta que a ideia de superioridade das cortes é um legado que estas não podem

carregar, pois tal responsabilidade ocasionaria, eventualmente, uma decepção; uma frustração proveniente da demasiada criação de expectativas em um só poder¹¹.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 2009.
- BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. *Brook. L. Rev.*, v. 71, p. 1109, 2005.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Editora Fórum, Belo Horizonte, v. 2, p. 39-41, 2009.
- DIXON, Rosalind. **The Supreme Court of Canada, charter dialogue, and deference**. *Osgoode Hall LJ*, v. 47, p. 235, 2009.
- FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FISHER, Louis. **Interpreting the constitution: More than what the Supreme Court says**. *Extensions*, Carl Albert Congressional Research and Studies Center, University of Oklahoma, 2008.
- GARGARELLA, Roberto et al. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, n. 2, (dic. 2013). ISSN: 1851-684X, 2013.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, v. 20, 2001.
- HIEBERT, Janet L. **Charter conflicts: what is parliament's role?**. McGill-Queen's Press-MQUP, 2002.
- LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. **A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu**. *Revista da AGU*, v. 6, n. 12, 2007.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Martins Fontes, 2000.
- HOGG, Peter W. E BUSHELL, Alisson. **The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)**. *Osgood Hall Law Journal*, v.35, n.1. P 78-80, 1997.
- JOHANSEN David, ROSEN, Phillip. **The Notwithstanding Clause of the Charter**. *Ottawa:*

¹¹ “The belief in judicial supremacy imposes a burden that the Court cannot carry. It sets up expectations that invite disappointment if not disaster.” FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, cit., 1988, p.278-279)

Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua nova, v. 57, p. 113-133, 2002.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, James B. **Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell**. Osgoode Hall LJ, v. 37, p. 513, 1999.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. **Constitutional dialogue: An overview**. Utrecht L. Rev., v. 9, p. 123, 2013.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The democratic constitution**. Oxford university press, 2015.

RUSSELL, Peter H. **Standing up for Notwithstanding**. Alta. L. Rev., v. 29, p. 293, 1991.

ROACH, Kent. **Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience**. Texas International Law Journal: Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 537-576.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal et al. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. NYU Press, 1995.

TREMBLAY, Luc B. **The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures**. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. **Alternative forms of judicial review**. Mich. L. Rev., v. 101, p. 2781, 2002.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Sur, Rev. int. direitos human.(Impr.), v. 4, n. 6, 2007.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política: I**. São Paulo: Ática, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lirio; VIEIRA, José Ribas. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.