

PROBLEMAS INSTITUCIONAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO¹

CARLOS BOLONHA²
JOSÉ EISENBERG³
HENRIQUE RANGEL⁴

RESUMO: O constitucionalismo contemporâneo, a partir da última década, apresenta uma nova preocupação sobre a atividade institucional. As provocações relativas à existência de dificuldades na ordem institucional vêm conduzindo à alteração do paradigma das teorias constitucionais. Os problemas institucionais centrais enfrentados pelo constitucionalismo contemporâneo são (I) a proliferação de institutos do Direito dentro da atual transição do *judicial review*; (II) a *polarização* encontrada no interior das Cortes; (III) a crítica sobre as capacidades institucionais, sobretudo do Judiciário; (IV) os efeitos sistêmicos imprevistos provocados pela deliberação institucional. Sobre estes e outros problemas relativos ao atual constitucionalismo, é possível enunciar alguns postulados a partir de uma análise das chamadas teorias dialógicas. Em verdade, deve-se verificar em que medida estão aptas a construir um pensamento constitucional atento a este paradigma. O fato de decorrerem da constatação de problemas institucionais não os faz, de plano, a própria solução. Por isso, o principal motivo da apresentação de tais problemas e algumas das propostas oferecidas é destacar a presente exigência de se conceber uma teoria institucional que organize os parâmetros fundamentais da atividade das instituições, ressaltando-se a necessidade de que sua estruturação siga um projeto cooperativo de harmonização institucional.

Artigo recebido em 15.09.2011. Pareceres emitidos em 17.10.2011 e 10.12.2011.

Artigo aceito para publicação em 20.12.2011.

¹ Este artigo foi elaborado com o auxílio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (CNPq), sendo referente àquela uma Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ) e a um projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital nº 9 de 2011 FAPERJ (Processo nº E-26/111.832/2011) e referente a este o projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital Universal 14/2011 CNPq (Processo nº 480729/2011-5).

² Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. carlosbolonha@direito.ufrj.br

³ Doutor em Ciência Política pela City University of New York e Professor Adjunto do Departamento de Teoria do Direito e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. jeisenberg@direito.ufrj.br

⁴ Bolsista em Iniciação Científica pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro e Graduando pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. henriquerangelc@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Contemporâneo; *Judicial Review*; Capacidades Institucionais; Diálogos Institucionais; Teoria das Instituições.

ABSTRACT: The contemporary constitutionalism, in the last decade, presents a new concern on the institutional activity. The difficulties in the institutional order conduct to a change in the paradigm of the constitutional theories. The central institutional problems faced by contemporary constitutionalism are (I) the Law institutes proliferation inside the current renewal of judicial review; (II) the *polarization* found in the interior of Courts; (III) the criticism of institutional capacities, specially concerning the judiciary; (IV) the dynamic effects caused by institutional deliberations not predicted. Related to these and others problems concerning the contemporary constitutionalism, it is possible to enunciate some postulates from analysis of the dialogic theories. We understand it is fundamental to check their abilities to develop a constitutional thought regarding this paradigm. To elapses from the detection of these institutional problems do not make than necessarily the solution itself. Thus, the main reason for working on such problems and those proposals is to highlight the importance of an institutional theory establishing fundamental principles of the institutional activity, in which a project of dialogue and cooperation represents a substantive value.

KEYWORDS: Contemporary Constitutionalism; *Judicial Review*; Institutional Capacities; Institutional Dialogues; Theory of Institutions.

SUMÁRIO: Introdução; 1. *Judicial Review* e “Revisão Constitucional”; 2. As Capacidades Institucionais e os Efeitos Sistêmicos; 3. Institucionalismo e Teorias Dialógicas; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. *Judicial Review* and “Constitutional Review”; 2. The Institutional Capacities and the Systemic Effects; 3. Institutionalism and Dialogical Theories; Conclusion; Bibliographical References.

INTRODUÇÃO

A partir da década passada, o constitucionalismo contemporâneo apresenta uma nova perspectiva de estudo. A preocupação se volta para a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político em seus momentos de deliberação, tanto através do desempenho de funções e competências intra-institucionais, quanto na relação dialógica interinstitucional. Esta tarefa de análise vem se mostrando bastante densa frente aos problemas que se encontram no campo pragmático do exercício das atividades institucionais.

A primeira questão, que nos chama a atenção, é a do *judicial review*. Houve uma alteração em seu eixo de debates e o que era antes discutido como papel da Corte Constitucional no plano da separação dos poderes passa a se inserir na dinâmica dos diálogos institucionais⁵. O próprio conceito

⁵ O termo “diálogos institucionais” foi cunhado, em 1997, por Peter Hogg e Allison Bushell, quando se tentou salientar a ocorrência de certos casos na jurisdição constitucional em que a Suprema Corte do Canadá manteve uma interlocução com outras instituições sobretudo o Parlamento. A metáfora do diálogo ganha maior sentido pelo fato de, geralmente, as respostas se darem com continuidade e rapidez, indicando uma comunicação fluida entre tais instituições. O debate, inicialmente, estabelecia-se sobre a *notwithstanding clause*, contida na Seção 33 da Carta Constitucional Canadense, segundo a qual o Parlamento poderia, sobre uma declaração de inconstitucionalidade do Judiciário, ignorá-la e aplicar a medida sem maiores obstáculos.

de supremacia judicial, com tal perspectiva, ganhou novo sentido. No lugar de autonomia e do poder de ditar a última palavra, o próprio conceito passou a significar independência para decidir singularmente ou conjugar-se a outras instituições⁶. Outro aspecto ainda relevante no campo da jurisdição constitucional é a possibilidade de a atividade decisória da Corte sofrer influências mais profundas sobre sua atuação política. Investiga-se, por exemplo, a ocorrência de um fenômeno judicial chamado *polarização*, a que se atribui o fato de se reproduzir, no interior da Corte, a radicalização política encontrada no campo democrático⁷.

Da mesma maneira, no âmbito da interpretação judicial, surgem algumas dificuldades de ordem institucional. Doutrinas vistas como perfeccionistas, isto é, buscam uma suposta efetivação plena de direitos e das normas constitucionais, defendem a aptidão do Judiciário de incorporar postura ativista, quando, na verdade, ignoram a existência de limitações relevantes de cunho institucional e permanecem cegas à existência de efeitos sistêmicos negativos que podem decorrer de sua atuação⁸.

Ante este quadro, as chamadas teorias dialógicas têm se preocupado somente com o desenho e a integração institucionais. Cremos que a proposta do diálogo institucional, como provocador de uma nova teoria das instituições, representa uma forma eficaz de, no mínimo, reduzir a possibilidade de déficit de legitimidade das instituições. É necessário, porém, investigar se os diálogos institucionais são suficientes para conferir um grau de segurança e estabilidade necessárias a um Estado Democrático de Direito, atendendo à leitura do constitucionalismo que se desenvolve

Embora pouco usada, a cláusula deu ensejo a um debate acerca da relação dialógica que se pode estabelecer entre as instituições que vem se alastrando por outros países. HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. "The *Charter* dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the *Charter os Rights* isn't such a bad thing after all". *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1, 1997.

⁶ Segundo Conrado Mendes, em sua dissertação de mestrado em Ciência Política pela USP, em 2008, haveria dois denominadores comuns nas teorias do diálogo. Em primeiro lugar, deve-se romper com a visão juricêntrica de que a interpretação constitucional é monopólio do Judiciário. Em segundo, é necessário resistir ao entendimento de que deva haver uma última palavra. Recentemente, o autor atualizou seus trabalhos. Cf. MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.

⁷ PILDES, Richard. "Why the center does not hold? The causes of hyperpolarized democracy in America". *New York University Public Law & Legal Theory Working Papers*, Nº 207, 2010.

⁸ No trecho a seguir, Sunstein caracteriza o perfil de uma doutrina perfeccionista e, em seguida, ressalta seu descompasso perante a ordem constitucional existente: "the view that the Constitution should be construed in a way that makes it best, and in that sense perfects it. Imagine a society - proudly called Olympus - in which the original public meaning of the document does not adequately protect rights, properly understood. Imagine that the text is general enough to be read to provide that protection. Imagine finally that Olympian courts, loosened from Thayerian strictures, or from the original understanding, or from minimalism, would generate a far better account of rights and institutions, creating the preconditions for both democracy and autonomy. In Olympus, a perfectionist approach to the Constitution would seem to be entirely appropriate". Cf. SUNSTEIN, Cass. "Second-order perfectionism". *Fordham Law Review*, Vol. 75, 6, 2006.

neste início de século. Apresentamos alguns dos problemas que devem ser considerados na (re)construção de uma nova teoria constitucional.

1. JUDICIAL REVIEW E A “REVISÃO CONSTITUCIONAL”⁹

Um dos mais importantes debates na Teoria Constitucional encontra-se na definição do papel do Judiciário e de sua Corte Constitucional e o limite de sua atuação legítima em revisar as normas de fonte majoritária. De uma forma ampla, iniciou-se uma divisão entre dois entendimentos: o papel de legislador negativo e o papel de legislador positivo. O primeiro funda-se no pilar do princípio da separação dos Poderes, retirando do campo de funções institucionais da Corte a possibilidade de avançar sobre as deliberações majoritárias. O segundo entendimento já identifica o Judiciário com um papel diverso, conforme um conceito de *supremacia judicial*¹⁰. Desta forma, seria possível revisar, sem maiores dificuldades, os diplomas majoritários, uma vez que os juízes e tribunais possuem legitimidade de atuação criativa na construção do Direito. A ideia de um *Juiz Hércules*, por exemplo, representa um importante instrumento de chancela da supremacia judicial, quando sob a perspectiva do perfeccionismo, considera-se o maior legitimador das questões democráticas o próprio Judiciário. Visões alternativas, entretanto, surgiram e alteraram o debate. Admitido um novo modelo de separação de poderes, baseado nos freios e contrapesos, os argumentos daquele primeiro entendimento passaram a ser fracos. O debate passou por uma mudança de foco¹¹. O papel do Judiciário e os limites do *judicial review* passaram a ser uma questão dentro dos diálogos institucionais. A supremacia judicial deixou de significar o modelo único de revisão, em que o Judiciário se destaca

⁹ O termo utilizado acima, *Revisão Constitucional*, deve ser entendido a partir de um espectro mais amplo de controle de constitucionalidade. O *Judicial Review* é um termo que se relaciona fortemente com a concepção de controle difuso de constitucionalidade exercido por uma entidade do Poder Judiciário. Quando trazemos diverso entendimento acerca da possibilidade desse controle, o termo usado não pode ser o mesmo. Afirma-se, aqui, a possibilidade, condicionada a certos critérios, de qualquer instituição democrática exercer controle de constitucionalidade. Concebendo o *Judicial Review* como um controle de constitucionalidade tipicamente judicial, *Revisão Constitucional* deve ser adotada como o controle de constitucionalidade de amplo espectro, a princípio, como atributo de qualquer instituição democrática. Ressaltamos, porém, a impossibilidade fática de sua implementação, ao menos no Brasil, sem que haja um processo de aprimoramento das capacidades institucionais em deliberar e dialogar.

¹⁰ Considerando-se um modelo de casos, a supremacia judicial representa, quando se estabelece a prática do controle de constitucionalidade, uma forma específica e incisiva de intervenção no campo normativo por meio de suas decisões. Vide o caso *Marbury v. Madison*. Cf. WILLIAM, Nelson. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of Judicial Review*. Lawrence: The University Press of Kansas, 2000.

¹¹ O sistema de freios e contrapesos é a aplicação que se faz no Brasil da proposta teórica norte-americana para uma nova separação de poderes – checks and balances. Ao invés de Poderes independentes uns dos outros, a divisão manteria seu caráter funcional, mas admitindo interferências de natureza fiscalizatória em si e a existência de poderes atípicos – poderes que, embora exercidos por determinado Poder de Estado, assemelha-se mais às funções típicas de outro. Cf. ACKERMAN, Bruce. “New separation of powers”. *Harvard Law Review*, Vol. 113, 633, 2000.

como órgão máximo de legitimação, para ser concebido outro modelo que promova a perspectiva dialógica institucional, isto é, o Judiciário é um ator dentro de um corpo sistêmico das instituições do Estado democrático.

Recentemente, alguns teóricos apresentaram novos parâmetros para uma atuação criativa no *judicial review* sem que se determinasse o *status* de supremacia judicial. As correntes do *constrained judicial review*¹² seguem nesta linha de reflexão, subdividindo-se nas seguintes teorias: *Constitucionalismo Popular*¹³, *Departamentalismo*¹⁴ e *Weak-Form of Judicial Review*¹⁵. Configura-se, pois, no presente, um modelo fortemente dialógico (*constrained judicial review*) ou um modelo de revisão que favoreça a autonomia do Judiciário (*judicial supremacy*). Note-se que, sobre este conceito, não há mais o controle jurisdicional com a supremacia judicial, mas com a sua autonomia para integrar ou não outras instituições ao processo deliberativo de controle – *strong judicial review*¹⁶.

Sobre o tema do *judicial review*, numa perspectiva pioneira norte-americana, seria adequado averiguar as implicações do debate no modelo brasileiro de controle judicial. O Supremo Tribunal Federal (STF), aparentemente, mantinha-se alinhado à perspectiva do *strong judicial review*, em postura altamente ativista. Alguns exemplos são notórios para comprovar este comportamento institucional, a partir de suas decisões sobre: a criação do município de Luís Eduardo Magalhães¹⁷, a greve dos servidores públicos¹⁸, a importação de pneus remoldados e reformados¹⁹, a necessidade de diploma

¹² Cf. SHINAR, Adam. HAREL, Alon. *Between Judicial and Legislative Supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 1º ago. 2011.

¹³ Representam esta corrente autores contemporâneos que combatem a capacidade de o Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis, defendendo um padrão democrático mais estabelecido no princípio majoritário, indo de encontro com a democracia constitucional dworkiniana e seus núcleos de princípios fundamentais de intangibilidade moral individual. Tratam-se de autores que rejeitam a noção de “trunfos contra a maioria” do contramajoritarismo atual. Pode-se afirmar que há a defesa de uma espécie de *legislature supremacy*. São importantes representantes do Constitucionalismo Popular Jeremy Waldron, Mark Tushnet, James Balkin, Larry Kramer e Sandford Levinson. Cf. TUSHNET, Mark. “Popular constitutionalism as political law”. *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 991, 2006.

¹⁴ Para o pensamento departamentalista, o sistema jurídico deve estar aberto para a atuação legislativa, porém, muito claramente definidos os limites do *judicial review*. Impede-se que haja interferências além de suas próprias competências, criticando uma postura ativista que avance sobre assuntos políticos atribuídos a diverso Poder. Cf. THAYER, James. “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review*, Vol. 7, 129, 1893.

¹⁵ Cf. SHINAR, Adam. HAREL, Alon. *Op. Cit.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ ADI nº 2.240, Min. Rel. Eros Grau, 3 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

¹⁸ MI nº 670, Min. Rel. Gilmar Mendes, e MI nº 712, Min. Rel. Eros Grau, 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

¹⁹ ADPF nº 101, Min. Rel. Cármen Lúcia, 24 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista²⁰, a reserva indígena Raposa Serra do Sol²¹, uniões homoafetivas²² e a chamada *marchas da maconha*²³. Há, entretanto, indícios, a partir do ano de 2011 de uma possível alteração deste posicionamento. Em um primeiro momento, a Corte se mostrou mais contida no julgamento da lei do ficha limpa²⁴, quando preferiu dar segurança jurídica, conforme o art. 16 da Constituição, em detrimento das alegações pretendidas de aplicação do princípio da “moralidade eleitoral”. O caso da extradição do italiano Cesare Battisti²⁵ demonstra o quanto o STF, agora, preocupa-se em interagir dialogicamente com outra instituição – Poder Executivo – para firmar uma deliberação conjunta de responsabilidade democrático-constitucional. O caso foi marcado por uma discussão acerca de soberania do Estado, mas representou, na verdade, uma forte tensão entre os Poderes de Estado. Uma decisão contrária poderia gerar uma situação de crise institucional no País, uma vez que uma decisão do Presidente da República, em competência constitucional exclusiva – matéria de relações exteriores –, poderia ter sua decisão contestada pelo STF.

É possível encontrar, também, no debate sobre a legitimidade do Judiciário para rever as deliberações majoritárias, posicionamentos que vão além da simples competência jurisdicional do Poder Judiciário. A função de revisão constitucional é, neste debate, de legítima responsabilidade também de outras instituições desde que obedecidas condições e critérios específicos²⁶. Uma instituição, na dimensão democrático-constitucional, revestida de tais condições estaria apta a realizar uma legítima revisão constitucional das deliberações majoritárias.

Tal perspectiva teórica, defendida sobretudo por Christopher Zurn, reconhece, tanto condições que devem ser atendidas pela instituição a qual se imputa a função de interpretação institucional, quanto condições que não devem se apresentar. Entre as condições de preenchimento necessário, aponta-se: (I) a independência do processo político ordinário;

²⁰ RE nº 511.961, Min. Rel. Gilmar Mendes, 12 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²¹ Pet. nº 3.388, Min. Rel. Carlos Britto, 1º de julho de 2010 – acórdão republicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²² ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Min. Rel. Carlos Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²³ ADPF nº 187, Min. Rel. Celso de Mello, 24 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²⁴ RE nº 633.703, Min. Rel. Gilmar Mendes, 5 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²⁵ Ext. nº 1.085 e Rcl. nº 11.243, Min. Rel. Gilmar Mendes, 16 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²⁶ ZURN, Christopher. “A question of institutionalization: Habermas on justification of court-based constitutional review”. In: UNGUREANU, Camil. GÜNTHER, Klaus. JOERGES, Christian (eds.). *Jürgen Habermas’ discourse of Theory of Law and Democracy: from the Nation-State to Europe and postnational constellation*, Vol. 1. Farnham: Ashgate Publishing, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1845872>. Acesso em: 26 maio 2011.

(II) a abertura à ampla gama de razões e considerações propostas pelos cidadãos potencialmente afetados; (III) o potencial de racionalidade para verificar a coerência interna de um diploma legal e sua adequada aplicação; (IV) a segurança de um legítimo procedimento deliberativo democrático; e (V) o poder interventivo sobre os processos políticos ordinários inoperantes ou insuficientemente atuantes. Entre as condições que não devem ocorrer: (I) o poder criativo de normas substantivas ao sistema de direitos, exceto quando devidamente constituídos por participação e influência dos cidadãos; e (II) o poder decisório praticamente inalterável. Há, decerto, uma racionalização do processo de institucionalização da revisão constitucional. É preciso, porém, alertar que as duas últimas condições, que não devem estar presentes, representam um posicionamento crítico aos modelos de supremacia judicial e aos modelos de revisão das deliberações majoritárias. Superam-se as possibilidades de um maior ativismo nas revisões promovidas pela instituição de tal incumbência, limitando a exploração de interpretações mais criativas, bem como a possível superposição da instituição sobre demais entidades participantes do processo de deliberação democrática.

O debate norte-americano, recentemente, apresentou uma nova questão relevante no plano da teoria da decisão, fundamental para a compreensão do comportamento institucional quando centrado nas deliberações judiciais. Trata-se do fenômeno da polarização. A política partidária norte-americana se organiza de acordo com uma estrutura de predomínio de dois partidos, havendo, de um lado, o Partido Democrático e, de outro o Partido Republicano. Historicamente, a estrutura da Suprema Corte dos EUA é caracterizada por ter seus *Justices* nomeados, geralmente, por suas orientações alinhadas à ideologia que se encontra no comando do governo. Esta tendência sobre uma espécie de representação judicial das ideologias partidárias tem se acirrado sobretudo nos últimos anos. Como indica Epstein²⁷, o *personal belief* dos atores do cenário judicial tem sido algo cada vez indispensável nas indicações para a Corte. Inclusive, nos últimos anos, as nomeações têm rompido com uma tradição já consolidada. Não era aceita como adequada a nomeação de jovens à Suprema Corte, considerando-se uma carência de experiências em uma atribuição de alta responsabilidade e gerência na vida pública. Essa tradição, porém, perdeu sua continuidade e a nomeação de *Justices* jovens é constante. Ressalte-se que, ao contrário do Brasil, nos EUA este cargo é, de fato, vitalício, não havendo aposentadoria compulsória como em nosso regime jurídico. A influência da ideologia dominante do governo atual, portanto, descobriu uma forma de se manter na política judiciária da Corte por mais tempo. O atual *Chief Justice*, John Roberts, Jr., por exemplo, foi nomeado como tal aos 35 anos. A partir de então, é considerável que esse *personal belief* dos atores judiciais influenciam seu comportamento nos momentos de deliberação. Admitindo-se que a

²⁷ EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey; WESTERLAND, Chad. "The increasing importance of ideology in the nomination and confirmation of SC Justices". *Drake Law Review*, Vol. 56, 609, 2008.

Suprema Corte dos EUA é integrada, cada vez mais, por membros representantes de uma ideologia política, de um lado, liberal – nomeações do Partido Democrático – e, de outro, conservadora – nomeações do Partido Republicano, os *Justices* têm protagonizado situações de maior acirramento em suas decisões.

Com este quadro, ocorre uma intensificação no processo de divisão política do Tribunal e tal fenômeno, identificado por Pildes²⁸, ficou conhecido como *polarização*, no seguinte sentido: a Corte tem se inserido em um plano político de radicalização e tem se dividido em dois polos de maneira a reproduzir este contexto político em suas decisões. Pildes não identifica as causas da polarização²⁹. Observa, apenas, que a Corte tem sido vítima de uma acirrada divisão política que tem levado as decisões a *standards* radicalizados.

No Brasil, o quadro institucional do STF tem sido objeto de questionamentos sobre uma possível divisão política. Não há elementos suficientes, até então, para constatar se, de fato, isto ocorre. Muitas vezes, a dúvida repousa meramente no “placar” da decisão e, perante julgados em 6x5 – como no caso da lei do ficha limpa e no caso das células-tronco embrionárias – ou 5x4 – como nos primeiros plenários sobre a extradição de Battisti –, sustenta-se a situação de polarização. Não é propriamente com o número da divisão que se preocupa Pildes ao definir a polarização, mas com a radicalização dos conceitos políticos daqueles atores no momento da deliberação. A polarização é um fenômeno que representa um comportamento na lógica de grupos políticos. Quando atitudes são tomadas por um grupo em um nível de radicalidade que seus membros isoladamente não tomariam, tem-se a polarização³⁰.

Outro aspecto importante é o controle das deliberações técnicas institucionais. Este controle acarreta constantemente dificuldades para a ordem democrática. Certas matérias de lei exigem uma deliberação por especialistas, pois demandam um profundo conhecimento técnico do assunto. Tem-se discutido, nos EUA, a tensão entre Legislativo e Executivo, nas suas relações dialógicas. A mesma instaura-se sobre as deliberações legislativas tomadas por especialistas, isto é, deliberações majoritárias acerca de assuntos específicos por parte daquela instituição democraticamente responsável e juridicamente competente. Tais decisões são desvirtuadas

²⁸ PILDES, Richard. *Op. Cit.*

²⁹ Apesar de Pildes mencionar não conhecer as causas do fenômeno da polarização, Cass Sunstein trabalha, dentro das *cascatas sociais*, com dois fatores que levariam à polarização: os *fatores informacionais* e os *fatores reputacionais*. São dois fatores que levam à polarização, pois, no primeiro, a falta de informações ou de confiança sobre suas fontes pode levar a um efeito cascata, no qual há uma aderência a quem aparenta ter maiores informações; e, no segundo, a possibilidade de alta reprovação social por decidir moralmente em discordância com o esperado pode levar a um abandono de suas próprias visões no seguimento dos demais grupos que aparentam sofrer menos juízos de reprovação social.

³⁰ SUNSTEIN, Cass. *Why Groups Go to Extreme*. Washington D.C.: The AEI Press, 2008.

pelas agências do Poder Executivo que, embora sejam instituições de especialistas por excelência, não possuem o mesmo grau de legitimidade dos representantes eleitos pelo voto popular³¹.

Este fenômeno, analisado na teoria norte-americana, conforma-se na realidade brasileira com a existência da tensão entre o Judiciário e o Legislativo. Ilustra-se a questão com a ADI nº 3.510 de 2008, discutindo o conteúdo do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105 de 2005), acerca da possibilidade de pesquisa científica com células-tronco embrionárias. Trata-se de uma lei, expressão da vontade majoritária, elaborada por especialistas no assunto e revista por uma instituição que não possui agentes competentes na matéria. Além disto, e talvez por causa disto mesmo, discute-se a própria legitimidade da revisão pelo órgão do Judiciário. Na tentativa de sanear tal dúvida quanto à legitimidade do Judiciário, foi utilizado um importante canal institucional de inclusão-participativa, tipicamente brasileiro, as audiências públicas, na referida deliberação. Há, contudo, que se questionar até que ponto o diploma legislativo, elaborado por especialistas na representação da vontade popular, pode ser revisto por um grupo de especialistas investidos da função participativa por um despacho convocatório. A discussão repousa, então, em saber como o grau de tensão institucional se firma na relação entre procedimento democrático e tecnicismo da matéria. Quando se trata de projeto que envolva um profundo grau de conhecimento técnico, a revisão de tal diploma causa grande embaraço aos revisores não especialistas, provocando um “desconforto” institucional e um possível déficit de legitimidade. Reduz-se – ou se elimina – a tensão quando a lei não é estruturada por especialistas. O problema em questão é tão delicado que se pode considerar que a tensão institucional ocorre mesmo quando a revisão é promovida por atores que possuem o conhecimento técnico. Isto porque estes agentes não vislumbram da mesma legitimidade democrático-constitucional.

2. AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E OS EFEITOS SISTÊMICOS

Atualmente, a Teoria das Instituições procura direcionar sua atenção para o que está relacionado aos processos de interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais, além de observar o desdobramento dessas atividades institucionais em um contexto jurídico-político. Chama-se isto de *capacidades institucionais* e *efeitos sistêmicos*³². Esta análise surge a partir da crítica em relação às chamadas visões perfeccionistas do Poder Judiciário e as Cortes Constitucionais. Tal enfoque, entretanto, não se restringe apenas ao Judiciário, mas a todas as instituições revestidas de atribuições em uma ordem deliberativo-democrática. Na verdade, os processos deliberativos democráticos devem considerar que, além de suas *capacidades institucionais*,

³¹ VERMEULE, Adrian. “The parliament of the experts”. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Research Paper*, Nº. 09-05, 2009.

³² VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº. 28, 2002.

tais como interpretação e decisão, devem conhecer dos resultados sistêmicos interinstitucionais a partir de sua atuação. Entende-se, desta forma, que os processos deliberativos devem, bem como a aptidão da instituição para decidir sobre uma determinada situação, considerar os resultados pretendidos e suas consequências.

Em se tratando de *capacidades institucionais*, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como exemplos de fatores indispensáveis para o aprofundamento da discussão decisional, pode-se apontar o fato de a instituição ser plenamente capaz de levantar recursos e informações que balizem sua decisão, bem como ela estar inserida em debates teóricos e empíricos sobre os fatos conexos àquela matéria. No que tange aos *efeitos sistêmicos*, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto. Desta forma, a partir das críticas encontradas nas chamadas *questões institucionais*, o processo de deliberação pode ocorrer, legitimamente, de maneira aprofundada e minuciosa, na medida em que for implementada a capacidade da instituição de lidar com o problema e previstas as decorrências sistêmicas de seu desfecho, sobretudo em relação aos seus reflexos sobre outras instituições. Do contrário, não deve a instituição arriscar-se em interpretações que muito se afastem dos termos legais, deixando as inovações para as instituições dotadas da respectiva capacidade exigida e para situações que elidam efeitos em sua dinâmica, incorporando um comportamento próprio das virtudes do formalismo, corroborando o que Bickel já cunhava de *passive virtues*³³.

A atividade sistêmica das instituições no plano de governo envolve-se fortemente com a realização de compromissos políticos³⁴ que, muitas vezes, podem representar vontades e ideologias por parte de seus agentes. Entre uma infinidade de necessidades públicas, é comum que se observem decisões do governo que se desvirtuam do interesse da coletividade, deixando de se representar a opinião e vontade que se formam. Agrava-se a situação nas recentes democracias que possuem uma sociedade civil pouco organizada e uma razão pública ainda incipiente³⁵.

³³ BICKEL, Alexander. "Foreword: the passive virtues". *Harvard Law Review*, Vol. 75, 40, 1961.

³⁴ LEVINSON, Daryl. "Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment". *Harvard Law Review*, Vol. 124, Nº 3, 2011.

³⁵ Conceitualmente, consideramos "razão pública" como uma ideia complementar na visão de Rawls e de Habermas: de um lado, a concepção rawlsiana, quando entendida sob uma perspectiva cultural da sociedade; e, de outro, a habermasiana, compreendida como um espaço comunicativo e deliberativo. Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

Uma solução para controlar a prática dos compromissos políticos, às vezes abusivos se contrastados aos interesses da população, é recorrer a instituições estáveis, com mecanismos de comprometimento credíveis, o que reduz a promoção dos interesses privados no interior do sistema de governo. A questão é como “blindar” as instituições das influências sócio-políticas que pretendam reorganizá-las ou substituí-las³⁶. Para revestir as instituições, as quais se atribuem estes mecanismos de compromisso legítimos de defesas contra alterações e influências externas, pode-se contar com dispositivos constitucionais como a revisão judicial e a própria organização do poder político de Estado, refletido na atuação de governo. Os compromissos constitucionais não assumidos, dessa forma, por agentes políticos podem ser atendidos pelas instituições. A estabilidade constitucional advém da permanência dos compromissos políticos assumidos na órbita institucional. É comum que governos de oposição que alcançam o poder tendam a romper com as tradições políticas mantidas até então, subordinando os compromissos político-constitucionais aos jogos de governo. Para romper com este sistema de compromissos políticos, as instituições permanentes e acreditadas como deliberativamente capazes de assumir compromissos constitucionais representam a possibilidade de conferir estabilidade ao regime político-jurídico estabelecido.

Em consequência deste quadro político-institucional, comum sobretudo em democracias recentes, há uma presente situação de descontento dos cidadãos, no plano político, em relação aos resultados de seus governos. É comum que o móbil estatal siga por caminhos que nem sempre são os pretendidos por seus legítimos. Estes, quando intentam mudanças com uma nova representação, obtêm resultados que pouco se distanciam dos anteriores. Esta situação demonstra uma falta de representatividade da formação de opinião e vontade coletivas no comportamento deliberativo do governo. Cogita-se sobre quais seriam as estruturas características de uma democracia capaz de controlar os fatores que impedem o desenvolvimento de uma política legítima e comprometida com os valores coletivos; e, em seguida, quais seriam os meios concretos que se mostram aptos a solucionar tais impasses à democracia. Pergunta-se: “pode a deliberação ser institucionalizada?”³⁷ A pergunta procede, na medida em que as instituições, no seu papel constitucional, devem atuar como instâncias fundamentalmente democráticas. Neste sentido, Offe apresenta as estruturas fundamentais que caracterizam uma democracia: (I) *estabilidade*; (II) *Rule of Law*; (III) *competição política* e (IV) *responsabilização dos governantes*.

Segundo a teoria de Offe, a *estabilidade* institucional atende a dois critérios: (1) *legitimidade* e (2) *eficiência*. O governo adquire sua legitimidade quando o exerce porque foi legitimamente colocado naquela posição política

³⁶ RAWLS, John. *Op. Cit.*

³⁷ OFFE, Claus. “Crisis and Innovation of Liberal Democracy: can deliberation be institutionalized?” *Czech Sociological Review*, Vol. 47, 3, 2011.

de responsabilidade e poder e, da mesma forma, até o momento em que não exerce coerção desnecessária ou excessiva sobre seus governados. Por outro lado, é visto como eficiente quando, e à medida em que, consegue resolver os problemas sociais e constrói planos e projetos de melhoramentos para o futuro. A estabilidade institucional de base democrática advém da continuidade desses dois elementos de maneira reconhecida pela coletividade.

O conceito de *Rule of Law* representou, em um primeiro instante, a limitação das liberdades de atuação e de decisão políticas, ou seja, do exercício do poder de governo a partir de normas de matéria constitucional que consagram direitos essenciais a uma vida civil e política livre e igualitária. Atualmente, é compreendido como um regime de governo *autolimitado por direitos fundamentais*, isto é, que respeita as liberdades individuais e ainda provê prestações de ordem econômica, social e cultural para a sociedade, realizando concretamente normas de prestação positiva. Num segundo momento, representa uma estrutura de governo *limitada pela separação de poderes* que controlam suas atividades mutuamente. Por fim, um Estado de Direito possui a *limitação temporal do governo*. Por meio de um mandato eletivo, o governo é limitado temporalmente antes mesmo de seu início. Uma vez que o governo é temporalmente limitado, há uma situação de sucessão no exercício do poder político que precisa, em uma democracia, estar aberta à aquisição, por meios não violentos, a grupos organizados e com certa identificação político-ideológica. A *competição política* representa a possibilidade de alcance do poder por vias igualitárias, impedindo que abusos sejam cometidos e direcionando o governo à tirania. A competição deveria respeitar limites éticos e morais, mas não é o que se observa, por exemplo, nos governos populistas.

Os governos são eleitos após passar por promessas políticas e quando alcançam o poder, ganham direitos e prerrogativas, mas, indissociavelmente, atribuições e deveres. Dessa forma, os governantes quando deixam de cumprir ou falham em suas atribuições, precisam ser responsabilizados por seus atos, uma vez que é a eles que se atribui a atividade de deliberação, cujo funcionamento adequado é essencial ao regime democrático. Entre as formas de responsabilização dos governantes, os cidadãos deveriam dispor de prerrogativas de (1) retirá-los do poder, quando insatisfeitos com seu exercício, e (2) julgá-los em comissões parlamentares ou Cortes Constitucionais – ou similares – por transgressões de governo.

Para o teórico Offe, algumas situações concorreriam para a institucionalização do procedimento deliberativo³⁸: (I) distribuição aleatória das deliberações de acordo com princípios igualitários; (II) organização formal de tempo, lugar e temas de deliberação; (III) garantia do reconhecimento mútuo das opiniões dissidentes; (IV) garantia da civilidade dos discursos e da disponibilidade de informações; (V) visibilidade pública dos resultados da

³⁸ OFFE, Claus. *Ibidem*.

deliberação, sejam eles consensuais ou não. Tais situações, institucionalizando a deliberação, fortalecem um regime democrático caracterizado por sua *estabilidade*, seu respeito ao *Rule of Law*, sua *competitividade política* e sua *responsabilização dos governantes*.

Outros estudiosos críticos do pensamento perfeccionista³⁹, por sua vez, são surpreendidos por situações excepcionais em que o processo de deliberação explora certos mecanismos e canais que, para o caso em questão, elevam suas capacidades institucionais e melhoram a percepção quanto aos efeitos sistêmicos decorrentes de suas decisões institucionais.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que o debate sobre perfeccionismo está estritamente ligado a deliberações do Judiciário, uma vez que teve seu início a partir das discussões acerca da legitimidade e do papel do Tribunal em exercer o *judicial review*. Em segundo lugar, é preciso considerar que algumas críticas sobre o perfeccionismo cuida de desenvolver uma argumentação tendo por base, unicamente, os juízes nela inseridos. Quando analisam a capacidade institucional da Corte, deixam de considerar que outros atores podem participar do processo deliberativo e do espaço público ali remontado.

Existem institutos que podem ser entendidos como canais de inclusão-participativa, concebidos com a finalidade própria de elevar, por exemplo, as capacidades institucionais do Judiciário. No sistema jurídico brasileiro, destacam-se, entre eles, (I) o *amicus curiae* e, mais recentemente, (II) as *audiências públicas*. O primeiro representa uma espécie de manifestação de terceiro no processo judicial em razão de algum interesse próprio sobre a questão em litígio. É, no Brasil, objeto de debates sobre as divergências quanto a sua natureza jurídica; se seria um terceiro interessado ou terceiro não interessado, pela lógica do interesse jurídico. Entre as duas correntes principais de terceiro interessado e terceiro desinteressado, há a posição de Cassio Scarpinella Bueno⁴⁰, concebendo o *amicus curiae* como um terceiro a quem se atribui *interesse institucional* – uma vez que está comprometido em auxiliar com a prestação de informações necessárias à resolução do litígio. O debate norte-americano, por sua vez, funda-se em outra discussão. Busca entender a lógica do *amicus curiae* como um verdadeiro “amigo da corte”, comprometido com a solução de um conflito pelo caminho mais justo e devido ao prestar informações relevantes, ou se, em verdade, representa um “amigo da parte”⁴¹, auxiliando a Corte somente na medida em que seus

³⁹ LECLAIR, Jean. *Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien*. *Revue du Barreau du Québec*, avril 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 04 ago. 2011.

⁴⁰ BUENO, Cassio. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Athos%20Gusm%20E3o%20Carneiro-Homenagem%20Cassio%20Scarpinella%20Bueno.pdf>>. Acesso em: 15 ago.2011.

⁴¹ Para LOWMAN, o *amicus curiae*, nos EUA, configurava-se mais tendencialmente como um “amigo da parte”. Foi este o autor que cunhou o termo *litigating amicus* para designar a prática

interesses particulares estavam sendo assegurados. Quanto às audiências públicas, experiência mais recente e ainda pouco explorada⁴², a lei do procedimento da ADI e da ADC, Lei nº 9.868 de 1999, sustenta, em seu art. 9º, § 1º⁴³. Seguindo-se rigorosamente o texto, pode-se extrair o sentido de que os entes convidados a se manifestarem em audiência pública atuam com o único e exclusivo interesse de esclarecer a matéria ou circunstância de fato ou prestar informações além das contidas nos autos. Analisando, entretanto, a lógica deste canal inclusivo-participativo, é observável que as audiências públicas têm remontado uma figura de espaço público discursivo e argumentativo. Não há a figura institucional de um ente convocado a fornecer subsídios aos juízes para que estes construam, entre si, a decisão adequada. O decorrer das audiências sugere a tendência de uma situação participativa de deliberação, na qual os atores tratam de se associar a uma das partes litigantes e passam a representar interesses extrajurídicos – políticos, econômicos, filosóficos, teológicos, entre outros – de natureza particular.

3. INSTITUCIONALISMO E TEORIAS DIALÓGICAS

Ao contrário do que pensam as correntes teóricas do perfeccionismo, pelas quais o modelo democrático a ser adotado seria, como bem classifica Vermeule, o *first-best*, a estrutura institucional de um Estado Democrático de Direito e sua atividade devem se desenvolver pelo chamado modelo da *second-best democracy*⁴⁴. Isto porque as instituições deparam-se, em suas atuações com limitações, ignoradas pelos perfeccionistas. Deliberar além de seus limites estruturais pode levar a erros graves e grosseiros, causando danos aos cidadãos e complicações às demais instituições. Não é admissível, contudo, uma estrutura institucional isenta de limites e incapacidades, como se ela fosse apta a resolver os mais complexos e diversos casos de qualquer matéria, em quaisquer condições e não seria democrático atribuir tamanho poder deliberativo a uma instituição, previstos os resultados negativos que podem advir.

assistencialista desse instituto em questões de proteção a interesses próprios em litígios alheios. Cf. LOWMAN, Michael. "The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?" *American University Law Review*, Vol. 1243, 1257, 1992. Representando elementos desse trabalho no Brasil, Cf. MEDINA, Damares. *Amicus Curiae – amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva Editora, 2010.

⁴² No total, somente 5 audiências públicas foram realizadas, sobre (I) ações afirmativas – ADPF nº 186, (II) aborto de fetos anencefálicos – ADPF nº 54, (III) importação de pneus reformulados – ADPF nº 101, (IV) intervenção no sistema único de saúde – conjunto de Suspensões de Liminares, Suspensões de Tutela Antecipada e Suspensões de Segurança; e (V) pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI nº 3.510.

⁴³ "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria". Lei nº 9.868/99, Art. 9º, § 1º, *verbis*.

⁴⁴ VERMEULE, Adrian. "The interaction of democratic mechanisms". *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Nº 09-22, 2009.

O entendimento sobre o *second-best* é a importação para o Direito de uma lógica econômica. Quando é impossível atingir o *ponto ótimo*, em função de uma limitação existente, parte-se desta da limitação no sentido da solução que mais se aproxime desse *ponto ótimo*. Da mesma forma, sabendo que a estrutura democrática do Estado admite eventuais imperfeições, tais limites não podem ser desprezados, considerando que as instituições não podem transgredir, em suas deliberações, na busca de uma solução perfeita. O reconhecimento dos limites implica numa pretensão de alcançar a menor distância entre o ideal e o institucionalmente possível, definindo o que se entende como *second-best democracy*.

A saída para as imperfeições do sistema democrático não é redefinir radicalmente toda a estrutura constitucional do Estado, mas usar o potencial de racionalidade de cada discussão aberta nas instituições, em respeito aos fundamentos da Constituição e da Razão Pública; reconhecidas as limitações técnicas, econômicas ou políticas que impedem a solução *first-best*, para deliberar democraticamente. Surge, então, a necessidade de se *redesenhar* as instituições. Utilizar os recursos disponíveis na construção de um *design* para suas atividades funcionais.

Ao longo da década de 90, houve o desenvolvimento de propostas que se intitulavam como Neoinstitucionalistas. É possível, no entanto, analisá-las e identificar, pelo menos, três propostas distintas de Neoinstitucionalismo⁴⁵: (I) o institucionalismo histórico, (II) o institucionalismo da escolha racional e (III) o institucionalismo sociológico, cada um deles com propostas que seguem raciocínios diversos, com diferentes proposições, mas se apresentando enquanto alternativas às visões preponderantes até então, como o behaviorismo⁴⁶.

O institucionalismo histórico, termo cunhado por Steinmo⁴⁷, reúne alguns conceitos da ciência política e define-se como uma corrente de pensamento atenta à organização institucional da comunidade política a partir de grupos que interagem entre si no cenário político – estruturo-funcionalismo –, reconhecendo, como premissa necessária, o comportamento desses grupos no sentido de se apropriar ao máximo dos recursos escassos para alcançar situação política de poder privilegiada. Observada a questão da escassez, tal premissa implica, conseqüentemente, numa situação de detrimento do grupo oposto e as situações políticas existentes se

⁴⁵ HALL, Peter; TAYLOR Rosemary. "As Três Versões do Neo-institucionalismo". *Lua Nova*, nº 58, 2003.

⁴⁶ Cf. HALL, Peter. TAYLOR Rosemary. *Op. Cit.*, p. 1.

⁴⁷ STEINMO, Svan, et. al.. *Structuring Politics: historical institutionalism in comparative analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Para Steinmo, as instituições são responsáveis pela regulamentação do comportamento político, seja quando fundada em regras constitucionais e legais (instituições formais), seja quando fundada em regras culturais (instituição material). Cf. STAINMO, Svan. "The New Institutionalism". In: CLARK, Barry; FOWERAKER, Joe. *The Encyclopedia of Democratic Thought*. London: Routledge, 2001.

representam como respostas às exigências funcionais do sistema organizacional dessa comunidade. O que os definem como um institucionalismo de natureza histórica é seu entendimento sobre a dinâmica do sistema político e suas respectivas mudanças. Para eles, trata-se de um panorama formado a partir do fluxo dos eventos históricos: (I) períodos de continuidade e (II) *situações* críticas. Os momentos que representam os eventos históricos de ruptura estariam definidos como essas *situações críticas* e seriam responsáveis por espécies de bifurcação na estrutura institucional da comunidade política, levando-a a uma reorganização. Retiram, portanto, o que corresponde ao comportamento das instituições do papel de *influências* sobre a vida política, alocando-as nas *decorrências* do curso histórico de desenvolvimento político e seus eventos correlatos.

O institucionalismo da escolha racional se consagrou no interior de um debate da Ciência Política ocupado com uma questão de estabilidade e funcionamento das instituições. Buscavam entender o que viam como um paradoxo entre um funcionamento racional multidimensional que deveria gerar instabilidade interna à instituição e a concreta estabilidade dessas estruturas. Trata-se de uma estrutura de funcionamento interno em que se instauram negociações racionais com a finalidade estratégica de elidir os conflitos, considerando benefícios advindos de trocas e concessões para a elaboração de decisões mais estáveis. Dentro desta corrente, com maior rigor, é possível identificar uma outra corrente, um *neoinstitucionalismo econômico*, concentrada em resultados diretamente econômicos que beneficiem a estrutura institucional – a lógica desta corrente configura-se como o que chama a Ciência Política de *nova economia da organização*. Racional e estrategicamente, o funcionamento interno das instituições, por esta corrente, desenvolve-se *pari passu* a ideias empresarias de minorar custos de transação, de produção e de influência.

O institucionalismo sociológico se insere em um debate weberiano de distinção entre estruturas da esfera do mundo social e estruturas da esfera do mundo cultural. Aquelas primeiras seguem uma lógica burocrática de eficiência e aplicação de meios e fins que remontam a uma organização institucional. A lógica burocrática, porém, precisaria passar pelo entendimento sociológico de transmissão cultural, em que os processos e rituais são estabelecidos transculturalmente e adotados pela organização da esfera social, mesmo que não representasse propriamente uma finalidade de eficiência. Desta forma, o funcionamento de uma instituição tem seus contornos esboçados por valores culturais incorporados à estrutura de sua organização. Acreditam, por outro lado, alguns sociólogos que a própria profissionalização dessas organizações confere certo grau de legitimidade e autoridade para a criação de procedimentos internos desconexos ao recolhimento de valores da esfera do mundo cultural.

Existe entendimento recente reconhecendo, no plano da esfera cultural, o pluralismo, relacionando-o com a sistemática do autoritarismo das

instituições⁴⁸. Ressalta-se a possibilidade de a questão da heterogeneidade gerar uma situação de organização institucional autoritária, através da preponderância de um grupo cultural em detrimento de culturas distintas. Sugere-se, portanto, a criação de um *hibridismo institucional*, capaz de representar valores plurais de maneira a se evitar uma relação vertical de autoridade intercultural.

Note-se que essas três perspectivas distintas, encontradas no cenário neoinstitucional, traçam entendimentos que podem ser considerados como, em certo grau, complementares. Isso porque parece plausível que (I) o funcionamento das instituições sofram influências por parte dos eventos históricos; (II) que, simultaneamente, os agentes dessas instituições tenham condutas estratégicas, defendendo a estrutura que os comportam e (III) que existe uma relação interna à instituição sobre a esfera cultural e sua autoridade.

É preciso alertar que nenhuma das perspectivas apresentadas acima integra um debate de deliberação democrática, propriamente dito, e, menos ainda, um debate sobre um sistema dialógico interinstitucional de comportamento.

O debate sobre os diálogos institucionais não se restringe à relação entre Judiciário e Legislativo, mas este é o campo em que se encontram maiores propostas por parte das teorias. Os diálogos institucionais resumem-se como uma metáfora⁴⁹ definidora do mecanismo de atuação das instituições quando suas decisões afetam diretamente deliberações construídas por outra instituição. Remonta-se a ideia de que as instituições, em seu comportamento, precisam se ajustar à organização e às atribuições das demais, evitando colisões e atritos entre si que possam gerar alguma queda de legitimidade ou dificuldade, impasses no plano democrático ou complicações na concretização das normas constitucionais. Suas principais referências revelam-se no debate canadense e norte-americano.

O debate canadense sobre as teorias dialógicas gira em torno da atuação de sua Suprema Corte e a efetivação dos direitos fundamentais da Carta Canadense. Dixon⁵⁰ elabora uma das teorias dos diálogos institucionais mais instigantes. Preocupada com as relações entre o Judiciário e o Legislativo, formula um sistema de atuação no qual, ao invés de contrariar e suprimir as deliberações do Legislativo, o Judiciário deveria permitir que este lançasse um “segundo olhar” sobre a questão⁵¹. A partir de Dixon, é possível

⁴⁸ JAYASURIYA, Kanishka. “Institutional Hybrids and the Rule of Law as a Regulatory Project”. In: TAMANAHA, Brian. SAGE, Caroline. WOOLCOCK, Michael. (eds.) *Legal Pluralism and Development: dialogues for success*. Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1858045>. Acesso em: 04 ago.2011.

⁴⁹ LECLAIR, Jean. *Op. Cit.*

⁵⁰ DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference”. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 284, 2009.

⁵¹ “It may look as though the SCC is being asked to practice two different forms of review, but as the article explains, this approach to second look decision making should not be rejected out of a concern for judicial independence. Provided courts are mindful of its preconditions and rationale, such an approach will be fully compatible with the maintenance of judicial independence”. *Idem*, p. 4.

afirmar que a teoria canadense tem a preocupação de corrigir imperfeições no campo constitucional, mas fazê-lo sem grandes interferências em matérias reservadas a entes com papel próprio em uma estrutura com poderes distintos. A ideia do *second look cases* promovido pelo Legislativo, instituição que deliberou inicialmente a questão *sub judice* na Corte, caracteriza a teoria de Dixon como um padrão de comportamento institucional fundado no requerimento de autorreflexão sobre deliberações próprias, mantendo a Corte em aguardo de seu posicionamento, o que ela chama de *narrow statement ex ante*.

A teoria norte-americana, por outro lado, sob a perspectiva de Sunstein⁵², trata a questão diferentemente. O *minimalismo judicial* seria uma teoria dialógica a partir do momento em que a Suprema Corte, nos momentos de promover a revisão judicial, considera suas capacidades institucionais e os resultados advindos sobre suas decisões a partir de suas deliberações. Segundo tal teoria dialógica, a atuação da Suprema Corte em decidir somente sobre os assuntos estritamente necessários, desenvolve sua atividade a partir de dois critérios: profundidade e amplitude. Para Sunstein, uma atuação da Corte que decide somente o que é essencial na questão, tendo um padrão de atuação *shallow e narrow*, alcança resultados positivos. Quando alguma questão deixa de ser decidida pela Corte, desde que não implique prejuízos aos cidadãos, a responsabilidade repousa nos agentes democraticamente legítimos sobre a decisão. Chama-se a isto *democracy-promote minimalism*, um comportamento de caráter dialógico que alerta as instituições democraticamente responsáveis sobre deliberações que devem realizar. Em uma análise comparativa, é possível afirmar que o debate canadense estrutura-se sobre problemas relativos à questão democrática, *vis-à-vis* a situação de legitimidade que se pretende preservar. O debate norte-americano centra-se na questão institucional, versando sobre capacidades e resultados sistêmicos.

CONCLUSÃO

É preciso reconhecer que há um novo paradigma regendo o pensamento constitucional, liderado por teóricos, sobretudo, estadunidenses e canadenses desde a década passada. Ainda se atribui o devido valor à compreensão da Constituição a partir de suas normas, bem como à preocupação com a sua aplicação. Contudo, é de fundamental importância conceber as bases da atividade institucional – e avaliar como esta atividade vem se desenvolvendo –, pois somente a partir das instituições é possível concretizar os princípios constitucionais⁵³.

⁵² SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁵³ Dando continuidade à pesquisa que deu origem a este texto, outro trabalho está sendo desenvolvido adotando os princípios constitucionais como um dos parâmetros estruturantes de uma teoria institucional.

Identifica-se uma modificação nos debates sobre o instituto do *judicial review* como exemplo desse momento de transição pelo qual passa o pensamento constitucional. O que se defende, no entanto, é que a nova compreensão de *revisão* ainda não contempla um paradigma de atividade institucional construído a partir da cooperação. Existe ainda uma resistência em reconhecer às instituições em geral o poder que, até então, somente se imputa ao Judiciário. Mesmo se exigindo árduas condições para sua implementação, sustentamos que seja legítima a qualquer instituição – que, de fato, configure-se democrática – a prerrogativa de revisar deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional. Um modelo institucional robustamente estruturado em uma sistemática cooperativa deve reconhecer a aptidão de quaisquer de suas instituições democráticas para exercer, no espectro do controle de suas atividades, *revisões* baseadas na Constituição⁵⁴.

No que tange à *polarização* das Cortes Constitucionais, não há como sustentar que sua lógica deliberativa deva ser isenta de orientações políticas. O problema se encontra na seguinte hipótese: em que medida o aumento da radicalização política reproduzida em seu interior pode resultar em um desequilíbrio entre os planos jurídico e político que deveriam orientar o processo de deliberação? O excesso de caráter político na Corte pode desequilibrar suas funções e toda a estrutura institucional de Estado se concebida por uma perspectiva dialógica e sistêmica, podendo, ainda, corresponder ao abandono da técnica normativa na jurisdição constitucional – a mais influente e de maior potencial de repercussão em todo o ordenamento.

Em relação às formas de interpretação do constitucionalismo contemporâneo, em um primeiro momento, não há que se negar o importante papel por elas desempenhado de ampliar o campo da eficácia dos direitos fundamentais. O legítimo objetivo de concretizar as normas constitucionais se sobrepôs à compreensão, por exemplo, de direitos prestacionais enquanto normas programáticas e sem normatividade. Houve um avanço significativo, sobretudo em relação aos direitos sociais, na concretização de uma ordem prestacional de direitos constitucionalizados. A dificuldade que se apresenta, quanto a isto, é que vem sendo exigido do Judiciário uma postura cada vez mais criativa, quando “direitos fortes” nem sempre requerem uma “Corte forte”⁵⁵. Há impasses que exigem todo um aparato e uma estrutura especializada para sua resolução da qual não dispõe o Judiciário. São nestes momentos em que a Corte deve reconhecer suas limitações de ordem institucional, admitindo-se que um comportamento *self-restrained* de sua parte represente uma decisão mais segura de seu

⁵⁴ A *revisão constitucional* por nós defendida não seria uma revisão de amplo espectro, mas a partir de *standards* seguros para seu compartilhamento com a Corte Constitucional.

⁵⁵ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

acerto e, ainda, um menor risco de danos a direitos alheios. Quando o juiz não domina profundamente a matéria ou não possui um leque de informações que sustente sua investigação, por exemplo, o caminho mais correto será o formalismo e o textualismo, pois respeitará suas *capacidades institucionais* e evitará a ocorrência de *efeitos sistêmicos* indesejados.

A análise das atividades e do comportamento das instituições, entretanto, não deve ser feita somente por uma perspectiva singularizada. Falham as teorias *neoinstitucionalistas* por não perceberem a órbita institucional enquanto sistêmica. Somente a partir de uma visão interinstitucional se pode iniciar esforços no sentido de conceber uma teoria institucional, sobretudo quando se pretende instaurar como foco do modelo uma cooperação. As teorias dialógicas, ao contrário das neoinstitucionais, absorvem as relações interinstitucionais em suas análises. Contudo, pretendem repensar um ou alguns mecanismos, em especial, que viabilizem o diálogo, geralmente entre o Judiciário e o Legislativo. Entender as instituições por uma teoria de base cooperativa significa definir parâmetros deliberativos que representem fundamentos comuns. A partir do momento em que se compartilham os mesmos fundamentos jurídico-políticos, a atividade das instituições se desenvolveria de maneira uniforme e legítima, fazendo dos mecanismos dialógicos uma característica elementar do sistema.

Assim, a questão deixa de ser *quem deve interpretar* ou *que Poder deve fazê-lo*. Diante dos problemas apresentados e do novo panorama do constitucionalismo contemporâneo, a questão é *por que as deliberações das Cortes não se harmonizam com as do Parlamento e com as de quaisquer outras instituições democráticas? Como podem as instituições exercer suas atividades uniformemente, beneficiando os direitos fundamentais e a vontade popular?* A resposta parece indicar a necessidade de se buscar uma teoria institucional construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. "New Separation of Powers". *Harvard Law Review*, Vol. 133, 633, 2000.

BATEUP, Christine. "Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective". *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, Nº 06-37, 2006.

BICKEL, Alexander. "Foreword: the passive virtues". *Harvard Law Review*, Vol. 75, 40, 1961.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2000.

DIXON, Rosalind. "Weak-form Judicial Review and the American exceptionalism". *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 348, 2011.

GOODIN, Robert. *Teoría del Diseño Institucional*. Trad. María Luz Melon. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.
- _____. *Direito e Moral*. Instituto Piaget, Lisboa, 2008.
- HALL, Peter. "As Três Versões do Neo-institucionalismo". *Lua Nova*, Nº 58, 2003.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison; "The Charter dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the Charter os Rights isn't such a bad thing after all". *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1, 1997.
- JAYASURIYA, Kanishka. "Institutional hybrids and the Rule of Law as a regulatory project". In: TAMANAHA, Brian. SAGE, Caroline. WOOLCOCK, Michael. (eds.) *Legal Pluralism and Development: dialogues for success*. Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1858045>. Acesso em: 04 ago. 2011.
- LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau du Québec*, avril 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 04 ago. 2011.
- LEVINSON, Daryl. "Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment". *Harvard Law Review*, Vol. 124, Nº 3, 2011.
- LOWMAN, Michael. "The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?" *American University Law Review*, Vol. 1243, 1257, 1992
- MEDINA, Damares. *Amicus Curiae – amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva Editora, 2010.
- MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.
- OFFE, Claus. "Crisis and innovation of liberal democracy: can deliberation be institutionalized?" *Czech Sociological Review*, Vol. 47, 3, 2011.
- PILDES, Richard. "Why the center does not hold? The causes of hyperpolarized democracy in America". *New York University Public Law & Legal Theory Working Papers*, Nº 207, 2010.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- SHINAR, Adam. HAREL, Alon. *Between Judicial and Legislative Supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Unpublished working paper, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 1º ago. 2011.
- STEINMO, Svan. "The new institutionalism". In: CLARK, Barry. FOWERAKER, Joe. *The Encyclopedia of Democratic Thought*. London: Routledge, 2001.
- STEINMO, Svan. et al., *Structuring Politics: historical institutionalism in comparative analysis*. Cambridge University Press, 1992.
- SUNSTEIN, Cass. "Incompletely theorized agreements in Constitutional Law". *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 147, 2007.
- _____. *One Case at a Time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. "Second-order perfectionism". *Fordhan Law Review*, Vol. 75, 6, 2006.
- _____. *Why Groups go to Extreme*. AEI Center for Regulatory and Markets Studies, 2008.

- THAYER, James. "The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, Vol. 7, 129, 1893.
- TUSHNET, Mark. "Against Judicial Review". *Harvard Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 09-20, 2009.
- _____. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VERMEULE, Adrian. "Foreword: system effects and the Constitution". *Harvard Law Review*, Vol. 123, 4, 2009.
- _____. "The interaction of democratic mechanisms". *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Nº 09-22, 2009.
- _____. "The Parliament of the experts". *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Nº 09-05, 2009.
- VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. "Interpretation and institutions". *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 28, 2002.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- ZURN, Christopher. *A Question of Institutionalization: Habermas on the justification of the court-based constitutional review*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1845872>. Acesso em: 26 maio 2011.