

Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?



No debate jurídico brasileiro, tornou-se frequente falar em “diálogos

institucionais”. Contudo, a popularidade da expressão nem sempre tem implicado compromisso com um conjunto de ideias bem determinadas.

Neste contexto, diálogos institucionais são tudo e são nada. Por um lado, são inflacionados como o grande ideal necessário nas relações entre Poderes. Por outro, são desacreditados como método ingênuo, até impossível, alheio ao contexto empírico das democracias contemporâneas^[1]. Assumem a função de fantasia, em que se idealiza algo, justamente para mantê-lo à distância.

A expressão “diálogos institucionais” surgiu a partir do contexto canadense^[2]. De modo geral, é usada para se referir a interações entre os Poderes nas quais o Judiciário não detém a “última palavra”. Em formulações mais ambiciosas, prescrevem uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições. O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial.

Com o passar do tempo, os diálogos vêm sendo associados a várias outras técnicas decisórias. No seu contexto de origem, já apresentavam seus limites e possibilidades. O enriquecimento (e a confusão) no contato com outras experiências, como a brasileira, cria todo um campo de teorias dialógicas da Justiça a ser descrito, historiado e classificado. Mais do que isso: provoca a imaginação sobre o que os diálogos institucionais devem ser.

Nesse quadro, especialmente para o Brasil, um problema mais específico diz respeito à velha questão do ativismo judicial. Na chave de leitura mais otimista em relação ao tema, o ativismo judicial seria um problema ultrapassado por essa nova forma de interação entre os Poderes. Os problemas de legitimidade judicial para a intervenção em questões políticas seriam minimizados pela abertura à “colaboração” com outros Poderes. Uma visão mais pessimista veria nisso a dissimulação do conflito, que é próprio da democracia.

A invocação de teorias dialógicas tem crescido nos julgamentos do STF. Contudo, vários deles têm despertado críticas por partirem de um decisionismo político em sua base. Nesse sentido, valerá a pena conferir obra (no prelo) de Lenio Streck analisando 30 decisões judiciais marcantes do STF desde a

promulgação da Constituição de 1988.

Em uma breve síntese, o que se tem visto com frequência é como são extrapolados os limites interpretativos na questão jurídica central, deixando-se questões derivadas para a atuação dos demais Poderes. É esse o ambiente que, por exemplo, dá origem a teses como as que defendem a possibilidade do que vem sendo chamado de “ativismo dialógico”.

Com o “ativismo dialógico” tem-se, então, o “melhor” dos mundos: a “bondade” do ativismo misturada com a abertura aos diálogos institucionais. Como uma postura (o ativismo) que concebe a tomada de decisão (na maioria das vezes, de conteúdo político) a partir da imposição de vontades — solipsismos, diria Lenio Streck — se concilia com a ideia de diálogo talvez seja o grande ponto de interrogação a ser colocado a partir de um ambiente que se caracteriza pela preocupação com o amadurecimento democrático, como é o caso brasileiro.

No STF, o grande artífice dos diálogos institucionais talvez venha sendo o ministro Luís Roberto Barroso, quem os têm citado frequentemente em seus votos e entrevistas. Contudo, é preciso observar que a peculiaridade do seu modelo concebe o STF como uma “vanguarda iluminista da nação” que deve “empurrar a história” diante das omissões políticas[3]. Na sua própria formulação, um componente elitista antecede o dialógico.

Portanto, o modelo dialógico de jurisdição não pode ser pensado como um remédio simples para o ativismo judicial, considerando que pode se somar a ele, abrindo detalhes da decisão para a colaboração de outros atores, mas sem redimir o decisionismo político na base da decisão. Em casos extremos, as teorias e técnicas dialógicas podem ser capturadas para um uso perverso em um contexto de grande acirramento dos conflitos políticos.

Como refere Gargarella, ao analisar alguns casos práticos, nem todas as decisões tomadas em períodos “ativos” dos tribunais poderiam ser facilmente defendidas. Ao contrário: alguma delas justamente “[...] excedían las virtudes dialógicas que los demócratas deliberativos alaban, y representan más bien la imposición de las perspectivas (en este caso progresistas) de la Corte sobre las autoridades políticas”[4].

Gargarella reconhece, assim, que há várias razões para desconfiar que a atuação judicial pode acabar contribuindo para a formação de uma supremacia do Judiciário. Por isso, faz a advertência de que assumir a tese dos diálogos institucionais não implica “uma intervenção judicial boba”, isto é, a existência de uma “decisão judicial tradicional” justificada por “bandeiras”, seja dos diálogos institucionais ou da deliberação democrática. Para o autor argentino, é preciso estar “[...] armados teóricamente frente a quienes, por comodidad intelectual, conservadurismo o mera conveniencia, sigan en la práctica de invocar los mejores ideales públicos, para la satisfacción de los peores y más personales intereses”[5].

Como se pode perceber, longe de invalidar o modelo dialógico, problematizar esse tema desafia seu aprofundamento, reclamando mecanismos institucionais, incentivos, sanções, desenhos, procedimentos que estruturam o diálogo. E pede também que se dê um passo atrás, um recuo em direção à parte mais substancial dos debates sobre ativismo judicial, especialmente no que diz respeito à questão interpretativa. A própria qualificação de uma decisão como ativista passa por isso.



Para finalizar, todas essas complicações parecem sinalizar que não há uma maneira puramente “institucionalista” de resolver o problema. Procedimentos e diálogos só fazem sentido se uma mínima base interpretativa for compartilhável, se pudermos reconhecer como autênticas as aplicações aos casos concretos dos princípios que fundam constituem uma sociedade. Equilíbrio talvez seja a palavra.

[1] Nem “necessários” nem “impossíveis”, os diálogos institucionais são uma opção jurídico-política na relação entre os Poderes, cuja realização exige tantas outras opções menores.

[2] Veja-se: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997. p. 75-124. Esse tipo de relação entre os Poderes foi fomentada pela Carta de Direitos e Liberdades, de 1982, e o caso *R v. Oakes* (1986). Os autores ressaltam que: “The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process” (p. 81). Assim, trabalham com seguinte conceito: “Accordingly, the ‘dialogue’ to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body. In all of these cases, there must have been consideration of the judicial decision by government, and a decision must have been made as to how to react to it. This may also have occurred in cases where a decision was not followed by any action by the competent legislative body. However, we have not essayed the difficult task of documenting all of the occasions when Charter cases were discussed within government but were not followed by legislative action” (p. 82).

[3] Estas suas famosas expressões culminaram no desenvolvimento teórico de: BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2915571>. Acesso em: 13.mai.2018.

[4] Neste trecho (p. 24-25), está comentando algumas decisões judiciais tomadas na Índia: GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*. Perf. latinoam., México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006.

[5] GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 20.

Date Created

19/05/2018