

# QUEM DEVE SER O DETENTOR DA ÚLTIMA PALAVRA, JUDICIÁRIO OU LEGISLATIVO?

## WHO MUST HAVE THE LAST WORD, JUDICIARY OR LEGISLATIVE?

Vinicius Poli\*

### RESUMO

---

Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do Poder Legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no instituto da revisão judicial um grave escolho para sua tarefa. Quem deve ser o detentor da última palavra na conformação política da sociedade, Judiciário ou Legislativo? Sob qual justificativa um conjunto de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo poderia derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes? O principal objetivo desse artigo consiste em reavaliar criticamente algumas das mais influentes respostas apresentadas contemporaneamente.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Democracia; Controle judicial de constitucionalidade; Senso comum; Legitimidade.

### SUMMARY

---

Historically the democratic ideal has used the Legislative to express itself. Charged with the difficult mission to make feasible the self-government aspiration, this Power seems to find in judicial review a grave obstacle for its mission. Who must have the last word in societal political conformation, Judiciary or Legislative? Under what justification a group of unelected and unaccountable judges could strike down a political decision made by the majority of the people's representatives? The major scope of this essay is to reevaluate critically some of the most influential answers developed nowadays.

**Key-words:** Constitutionalism; Democracy; Judicial Review; Common Sense; Legitimacy.

---

\* Mestre e Doutorando em Direito do Estado (Largo São Francisco – FDUSP). Advogado. E-mail: [viniciuspoli@usp.br](mailto:viniciuspoli@usp.br).

## INTRODUÇÃO

*“O longo hábito de não pensar que uma coisa é errada lhe dá o aspecto superficial de ser certa.”*

*(Thomas Paine, sobre o senso comum)*

Compreendido como a faculdade outorgada ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei que contrarie formal ou materialmente preceitos constitucionais, o controle judicial de constitucionalidade, nascido e criado nos Estados Unidos, espalhou-se mundo afora e, cada vez mais, tem sido assimilado como um “modelo global para a democratização”<sup>1</sup>.

Deveria o Poder Judiciário gozar de tamanha autoridade? Vista sob uma perspectiva normativa, a própria conexão entre revisão judicial e democracia parece problemática. Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do Poder Legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no instituto da revisão judicial um grave escolho para sua tarefa. Seria possível justificá-lo?

As propostas são muitas e variadas. Genericamente consideradas, porém, elas podem ser distribuídas em duas grandes categorias: “teoria democrática” e “teoria constitucional”<sup>2</sup>. Nesta, proliferam as expectativas de superação da dificuldade que Alexander Bickel denominou de *contramajoritária*<sup>3</sup>. No extremo oposto, teoria democrática caracteriza-se pelo ceticismo quanto àquelas expectativas ao reiterar, como inexorável, o embaraço de se justificar a prevalência da autoridade de um corpo quase aristocrático em um regime que funda sua legitimidade na participação popular. Assim compreendidas, teoria constitucional e teoria democrática digladiam entre si em busca de uma solução para o seguinte problema: na conformação política da sociedade, quem deve ser o detentor da última palavra, Judiciário ou Legislativo?

Como será visto, as respostas aventadas no debate jurídico brasileiro, a despeito de algumas exceções, compõem um padrão mais ou menos unitário que densifica um aparentemente inquestionável e apático senso comum em favor da teoria constitucional. Esse senso comum não me convence e um dos meus propósitos, posso adiantar, consiste precisamente em desequilibrá-lo, tornando torrencial o marasmo que o acompanha.

<sup>1</sup> Waldron, 1998: 335. Para uma análise histórica acerca do nascimento e expansão do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, cf. Poli, 2012.

<sup>2</sup> Tomo esses termos emprestados de Mendes, C. H., 2008a. Tanto quanto ele, utilizarei essa nomenclatura como uma maneira didática de espelhar o debate sobre a (i)legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, sem, contudo, desconhecer a imprecisão dessas categorias, que quase nunca se distinguem de maneira tão nítida na literatura especializada.

<sup>3</sup> Bickel, 1986.

Baseada em promessas pomposas, a teoria constitucional brasileira tem expressado algumas facetas de um dos principais alvos combatidos nesse artigo: o segundo *segredinho sujo* identificado por Mangabeira Unger na teoria jurídica contemporânea. Evidenciado na criação “incessante de limitações à regra da maioria” e, conseqüentemente, na “hipertrofia de práticas e estruturas” que lhe são contrárias, no abandono “da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional”, na oposição a todo tipo de “reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, como ameaças ao sistema de direitos”, no esforço para obter judicialmente “os avanços que a política popular não consegue produzir”, e, fundamentalmente, na compreensão da política como “uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica”<sup>4</sup>, o *desconforto com a democracia* apresenta-se como um sentimento dominante em nossa cultura jurídica, ampliador daquele senso comum<sup>5</sup>.

A conexão entre esse *segredinho sujo* e as razões usualmente apresentadas para fundamentar o controle judicial de constitucionalidade é bastante evidente. Frequentemente, a democracia e a atividade legislativa são pintadas com cores soturnas como uma forma de dar credibilidade à ideia de revisão judicial e, ato contínuo, o retrato idealizado do julgar e o retrato de má fama do legislar são expostos e confrontados. De um lado, a tirania, a parcialidade, a paixão, o interesse, a barganha, o compromisso, a troca de favores, a falta de razoabilidade e a arbitrariedade da decisão tomada a partir da mera contagem numérica de cabeças. De outro, a justiça, a imparcialidade, a razão, o sopesamento otimizador, a coragem para desafiar maiorias tirânicas e a proteção de direitos a partir do bom argumento moral fundado logicamente. A assimetria comparativa, portanto, perpassa todo esse trajeto. E haveria razão para isso, como adverte Jeremy Waldron.

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado

<sup>4</sup> Unger, 2004: 95ss.

<sup>5</sup> Embora apresentado por Unger sem meias palavras, esse *segredinho* já havia sido percebido por Tocqueville quando de sua visita ao novo mundo. Se me “perguntassem onde situo a aristocracia americana”, escreveu o jurista francês, “responderia sem hesitar que não o faço entre os ricos, que não possuem nenhum laço comum que os assemelhe. A aristocracia americana está no banco dos advogados e na cadeira dos juizes” (1977: 206), na medida em que “encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, têm um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; *assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo*” (1977: 203, grifei).

indigno de questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter<sup>6</sup>.

Não compartilho desse sentimento e, neste artigo, inverterei a ordem dos fatores por ele amparada. Redirecionado o desconforto, adentrarei o debate “teoria constitucional *versus* teoria democrática” com a intenção de realçar as dificuldades que a entrega da última palavra ao Poder Judiciário acarreta. O objetivo imediatamente perseguido consiste em demonstrar parte do insucesso daquele senso comum em justificar democraticamente o instituto da revisão judicial. Para tanto, reavaliarei criticamente quatro das matrizes argumentativas mais comumente sustentadas pelos expoentes da teoria constitucional, demonstrando suas fragilidades. Mediamente, pretendo fazer crível que defender “o poder Legislativo” como resposta à pergunta que intitula este artigo não pode ser visto como algo tão *naturalmente* incorreto, tal qual assevera essa mesma teoria constitucional.

358

Antes, porém, faz-se necessário realçar a perspectiva teórico-normativa a partir da qual este artigo se desenvolve. Para tanto, algo sobre a falácia lógica de John Marshall deve ser dito<sup>7</sup>. Com bastante frequência, a defesa do controle judicial de constitucionalidade apresentada por Marshall em *Marbury versus Marshall* (1803) é tida como um majestoso exercício de lógica<sup>8</sup>. Nesse contexto, argumenta-se que sem revisão judicial, “garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição”<sup>9</sup>, não existiria constituição soberana e que de nada adiantaria a fixação de freios ao Legislativo se não se estabelecesse esse “mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele emanados à Constituição”<sup>10</sup>.

Há nessas posturas, todavia, uma flagrante confusão entre um problema prático e um problema lógico. O dever do Judiciário de não aplicar uma norma que efetiva ou pretensamente contrarie a constituição não pode ser expresso como algo *contingentemente necessário*, senão como algo *necessariamente contingente*. Argumentar que a não adoção da revisão judicial seja uma impossibilidade lógica ou que um tal sistema negaria a supremacia da constituição constitui uma grosseira confusão entre gênero (controle de constitucionalidade) e espécie (controle *judicial* de constitucionalidade).

<sup>6</sup> Waldron, 2003: 5.

<sup>7</sup> Para mais detalhes, cf. Troper, 2003, e Nino, 1996.

<sup>8</sup> Assim, por exemplo, Binenbojm, para quem a “lógica primorosa de Marshall, [...], ainda hoje aludida nos compêndios, não pode ser desconsiderada” (2004: 31).

<sup>9</sup> Ferreira Filho, 2009: 219.

<sup>10</sup> Ramos, 2010: 45.

Ao contrário do que afirmou Marshall e pretende fazer crer essa parcela dos estudos constitucionais brasileiros, conceber a constituição como norma suprema nada diz sobre qual órgão deve ser chamado a aplicá-la. Se a pergunta é “um órgão judicial deve ter a última palavra sobre interpretação da Constituição?”, a ideia de supremacia constitucional não lhe oferece resposta alguma<sup>11</sup>. Bem pode ser que o Judiciário seja o indicado. Não se pode perder de vista, todavia, que, sejam quais forem as justificativas para uma escolha como essa, elas devem ser apresentadas no âmbito de um debate *normativo* sobre o que deve ser compreendido como um bom sistema de governo, e não a partir de um pretensão raciocínio lógico.

### A REVISÃO JUDICIAL ASSEGURA VALORES ESSENCIAIS AO REGIME DEMOCRÁTICO?

Possivelmente inspirada pela proposta de fusão entre teoria moral e direito constitucional de Ronald Dworkin<sup>12</sup>, uma parcela da teoria constitucional brasileira tem compreendido o controle judicial de constitucionalidade como um mecanismo apto a proteger alguns dos valores mais caros à democracia. Argumenta-se que a “democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos”, e que a tutela desses valores “é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional”<sup>13</sup>, de tal forma que a “limitação da autodeterminação legislativa do Estado não há mais de ser questionada”<sup>14</sup>. Quando a justiça derruba leis ofensivas a tais valores, consequentemente, a intervenção judicial justificar-se-ia como algo “*a favor*, e não contra a democracia”<sup>15</sup>.

Seguindo com esse ponto de partida, a proposta desses autores parece bastante clara: juízes devem procurar por valores morais e anular decisões políticas dos outros Poderes quando elas os contrariarem. Muitos problemas se escondem por trás desse convite. Em primeiro lugar, é necessário perceber a reprodução de um erro comum identificável na suposta existência de algo assim chamado “a filosofia moral”, em sua majestosa unicidade<sup>16</sup>. Ainda que superável tal incorreção, por que razão seriam os juízes considerados atores privilegiados para identificar e colocar em prática essa pretensiosa moralidade?

Ficamos tentados a supor que não haverá nenhuma distorção sistemática na interpretação judicial do “raciocínio moral correto”, senão a que

<sup>11</sup> Atria, 2003: 321.

<sup>12</sup> Dworkin, 2010: 233ss.

<sup>13</sup> Barroso, 2011: 80.

<sup>14</sup> Tavares, 2005: 517.

<sup>15</sup> Binenbojm, 2004: 246.

<sup>16</sup> Retoma essa questão na nota 43, *infra*.

deriva naturalmente dos axiomas filosóficos a partir dos quais os juízes raciocinam (“Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós ganhamos por 6 a 3. Anule-se a lei”). Isso por si só seria ruim, *mas a situação tende a ser bem pior*. A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provem a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção<sup>17</sup>.

A situação bem pior indicada por John Hart Ely encontra respaldo no elitismo epistemológico que caracteriza o *princípio de Führer* presente nesse convite<sup>18</sup>. De fato, sustentar que a destreza intelectual seja mais importante para se encontrar respostas moralmente corretas do que a capacidade de equilibrar interesses de maneira imparcial resulta mais crível conforme aumentam as chances de que *seu próprio interesse* integre a resposta correta. Ora, uma série incrível de argumentos poderia ser apresentada para sustentar que juízes são melhores que os demais atores políticos na busca por tais decisões, e é bastante fácil perceber o apelo que esses argumentos produzem entre aqueles que engrandecem o controle judicial de constitucionalidade: identificados que são com os juízes, possivelmente frutos de um mesmo meio econômico-social e com a mesma educação e treinamento técnico, a chance de que seus próprios interesses sejam erigidos como a resposta moralmente correta sobe drasticamente quando a competência para encontrá-la é atribuição político-judicial, e não político-legislativa<sup>19</sup>.

Em segundo lugar, a formidável generalidade da perspectiva moral, em parcial oposição às normas jurídicas, bem como a indeterminada relação entre a moral atribuída ao direito, por um lado, e as convicções morais empiricamente identificáveis em uma sociedade, por outro, são capazes de produzir uma aparente camuflagem ao messiânico decisionismo judicial presente em tais argumentos. Ao assumir como pressuposto explícito que ninguém mais do que

<sup>17</sup> Ely, 2010: 78 (grifei).

<sup>18</sup> Segundo Ely, a “noção de que os valores genuínos do povo podem ser claramente decifrados por uma elite não democrática às vezes é chamada na literatura de *princípio de Führer*, e de fato foi Adolf Hitler quem disse: ‘Meu grande orgulho é que não conheço nenhum estadista no mundo que tenha maior direito que eu a dizer que é o representante de seu povo’” (2010: 90). Para um exemplo da utilização do *Princípio de Führer* no Brasil, cf. Ferreira Filho, 1972, argumentando que a única democracia possível na realidade “consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum” (p. 29).

<sup>19</sup> McConnel, 1997: 1269. Incisivas críticas ao elitismo epistemológico aqui analisado podem ser encontradas em Waldron, 2009, e Sadurski, 2009.

juízes possui a capacidade moral de argumentação e ao identificar como fator decisivo da interpretação jurídica o próprio entendimento pessoal do juiz sobre o conteúdo “objetivo” da moral social, essa corrente argumentativa parece tentar solver esse problema. Mas isso não é suficiente para desviá-la de uma encruzilhada ainda maior: a potencial imunização da atividade jurisprudencial perante a crítica democrática.

A inclusão da moral no direito [...] imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originalmente deveria estar sujeita. [...] *Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.* No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior” dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social<sup>20</sup>.

Ademais, a invocação de princípios ou valores morais superiores ao direito posto pode subsidiar a produção de decisões inusitadas, a partir das quais o âmbito de “proibições” legais passa a ser estendido arbitrariamente ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Nesse contexto, os espaços de liberdade individual transformar-se-iam em produtos casuísticos de decisões judiciais, já que somente *a posteriori* os cidadãos seriam capazes de identificar o profundamente incerto e vacilante “não permitido”<sup>21</sup>. Configuraria desatenção muito grave compreender essa objeção como simples janotismo teórico. A invasão moral nos tribunais apresenta profundas repercussões práticas, identificáveis, inclusive, no cotidiano de nosso Supremo Tribunal Federal. Marcelo Neves, a propósito, externando preocupações semelhantes às de Maus, chama a atenção para a maleabilidade da argumentação moral-principiológica de nossos Hércules, dentro da qual as mitigações são frequentes e a “exceção” pode converter-se em “regra”<sup>22</sup>.

Por fim, não é possível simplesmente desconsiderar um muito provável vício na autoatribuição circular de competências que uma tal proposta pode acarretar. A derivação de capacidades a partir de princípios genéricos que o próprio tribunal

<sup>20</sup> Maus, 2000: 186s (grifei).

<sup>21</sup> Maus, 2000: 189s.

<sup>22</sup> “Na jurisdição constitucional brasileira, [o] problema persistente em relação ao manuseio de princípios [...] reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados [...] tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias” (Neves, 2013: 199).

desenvolve e aplica em sua atividade de controle normativo pode acarretar um esfacelamento dos limites de competência inicialmente positivados. Em uma tal situação, o dissimulado decisionismo judicial parece ressurgir vigorosamente e, junto com ele, o dilema: *quem vigia os vigilantes?*

[O *Judiciário*] submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. *Legibus solutus*: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição<sup>23</sup>.

Não menos ilustre que o argumento platônico segundo o qual a democracia é inimiga “da verdade” (ou da resposta moral correta, ou dos valores a serem preservados etc.), exposto e criticado aqui, é a alegação de que a democracia é inimiga dos direitos fundamentais, que analisarei no próximo item.

## A REVISÃO JUDICIAL EVITA A TIRANIA DA MAIORIA?

362

Com base no elitismo epistemológico indicado anteriormente, outros autores flertam com a compreensão dos direitos como trunfos políticos do ideal constitucionalista, caracterização também proposta por Dworkin<sup>24</sup>. Uma vontade popular majoritária sem freios contramajoritários “equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente”<sup>25</sup>. Esse é um bom resumo do argumento. A partir dessa

---

<sup>23</sup> Maus, 2000: 191s. Na jurisprudência brasileira, os exemplos mais notórios desse vício podem ser encontrados nas ADI 926 e 939, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que uma emenda constitucional pretensa ou efetivamente violadora da constituição estaria sujeita ao seu controle. Não é demais ressaltar que constituição capacita o STF a processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de *lei ou ato normativo* federal ou estadual, e que “extrair dessa expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou” (Mendes, C. H., 2008a: 146). Cf., também, Mendes, C. H., 2005. Também aqui a “lógica” dos argumentos apresentados pelo Supremo poderia servir como justificativa, e, nesse caso, também aqui haverá a confusão entre um problema prático e um problema lógico.

<sup>24</sup> Dworkin, 2010: XV. Retomo essa caracterização no item 4.

<sup>25</sup> Streck, 2004: 274. Para uma crítica a essa leitura convencional de Rousseau, cf. Bobbio, 1988, argumentando que, muito embora Rousseau tenha levado o princípio da vontade geral ao ponto de desconhecer a necessidade de limitar o poder do Estado, “atribuir a ele a paternidade da ‘democracia totalitária’ é uma polêmica tão generalizada quanto errônea” (p. 9).



poderosa imagem, procura-se oferecer o controle judicial de constitucionalidade como uma saída à bastante conhecida preocupação segundo a qual os procedimentos Legislativos podem veicular uma tirania da maioria, entregando ao Judiciário a tarefa de encerrar qualquer jogo político tendente a sacrificar tais direitos com base no número de votos. Afinal, a “experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”, experiência essa que legitimaria “o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis”<sup>26</sup>.

Ora, há aqui o mesmo erro presente no apego aos valores do item anterior. Tanto quanto os valores morais, os direitos não são uma exceção à necessidade de autoridade na política. Pessoas discordam sobre direitos em pelo menos três níveis complementares. Em primeiro lugar, há desacordo sobre o que seja um direito. Em segundo, sobre quais direitos possuímos. E por fim, há desacordo sobre o que o improvável consenso sobre quais direitos possuímos acarreta quando sua aplicação é o centro do problema. Nesse contexto, conceber os direitos como trunfos não oferece uma resposta para a complexa questão sobre quais cartas estão disponíveis e quais naipes valem mais que outros. Pelo contrário. Aparece como um mistério, conseqüentemente, que alguns autores pensem nos direitos como se, de alguma forma, eles estivessem fora da disputa entre concepções radicalmente opostas e incongruentes.

Se dizemos que a função dos direitos é impor-se como “trunfos” sobre as decisões majoritárias, deveríamos ser conscientes de que as pessoas discordam sobre quais direitos temos e oferecer alguma base que permita superar tais desacordos e determinar algo que seja suscetível de triunfar<sup>27</sup>.

Entregar a um conjunto de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo a missão de sanar tais desacordos pode ser defendido como uma base capaz de identificar esse “algo que deve triunfar”. Nesse caso, porém, o problema exsuriria do fundamento utilizado para justificar essa transferência: a tirania da maioria. Abordagens substancialistas como as analisadas nesse item assumem como necessária uma suposta conexão entre decisão majoritária em matéria de

<sup>26</sup> Mendes, Gilmar F., 1999: 32.

<sup>27</sup> Waldron, 2004: 12 (minha tradução). Acentuando o cinismo da constatação de Hobbes, Waldron continua o argumento da seguinte maneira: “We cannot play trumps if we disagree about the suits. Or if we do, we are open to what I regard as the unanswerable cynicism of Thomas Hobbes [...]: for people to demand that we treat *their* theory of rights as the one that is to prevail is ‘as intolerable in the society of men, as it is in play after trump is turned, to use for trump on every occasion, that suite whereof they have most in their hand’”.

direitos e tirania da maioria e, de atropelo, apresentam como remédio algum procedimento “contramajoritário”, como o controle judicial de constitucionalidade<sup>28</sup>. Teóricos substancialistas têm razão em pensar que uma maioria totalmente livre para agir é uma coisa perigosíssima. Como aponta John Hart Ely, porém, é preciso fazer um grande “salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma ‘constituição não escrita’ por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada *numa república democrática*”<sup>29</sup>. Tamanho o impulso necessário para um salto como esse que alguns pequenos, mas decisivos, *detalhes* acabam perdendo-se de vista. Entre eles, há um em especial cuja escamoteação parece profundamente ultrajante.

Quando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que eles acarretam, afirmar que esse desacordo não pode ser superado por procedimentos majoritários e que essa tarefa deve ser entregue a um pequeno grupo de juízes parece quase um insulto. Resulta particularmente insultante quando descobrimos que os juízes discordam entre si exatamente sobre os mesmos pontos sobre os quais discordam os cidadãos e seus representantes, e que *também os juízes tomam suas decisões por votação majoritária*<sup>30</sup>.

Não há muito tempo, o Supremo Tribunal Federal ofereceu uma das mais tragicômicas amostras desse detalhe perdido. Como é sabido, o art. 16 da Constituição estabelece que a lei que *alterar o processo eleitoral* entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Também é verdade, porém, que a leitura em voz alta desse artigo não é suficiente para saber se a Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, alterou ou não o processo eleitoral. Um dos *cidadãos* integrantes da Corte argumentou que sim, a referida lei modificava o processo eleitoral e, portanto, não poderia ser aplicada às eleições realizadas em 2010, sob pena de se desrespeitarem direitos. Em sua sustentação, perceptivelmente apaixonada, a despeito do que previam os velhos Federalistas, propugnava que, em uma democracia constitucional, não há povo soberano e tampouco Legislativo soberano, sem, ao que parece, perceber a implícita avocação de soberania que seu raciocínio acarretava.

<sup>28</sup> Para uma crítica à falácia da tirania necessária, cf. Waldron, 2006.

<sup>29</sup> Ely, 2010: 12s (grifei).

<sup>30</sup> Waldron, 2004: 15 (grifei, minha tradução). Em outro trabalho, esse argumento é rearticulado da seguinte maneira: “Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais [...] são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez *especialmente* após deliberação!). E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos” (Waldron, 2003: 156).

Depois de *mais de dez horas* de deliberação, quatro outros *cidadãos* aderiram a essa opinião. Outros cinco, não. Como resultado desse cinco a cinco, seguiram-se outras tantas horas de uma grotesca confirmação do óbvio: o Judiciário também decide mediante votação majoritária. Posteriormente, com a indicação de mais um *cidadão* que, como se viu, integrou o grupo do “sim, a lei altera o processo eleitoral”, os seis *cidadãos* que formaram maioria no Supremo Tribunal Federal acabaram por contrariar a opinião de cerca de 412 deputados federais, 76 senadores e mais de 2 milhões de outros *cidadãos*.

A dificuldade em se justificar esse tipo de sobreposição é gigantesca. Direitos não podem ser tratados como verdades conhecíveis objetivamente, mediante as quais o procedimento democrático de tomada de decisões políticas possa ser imparcialmente testado e, ocasionalmente, provado defeituoso. Com bastante pertinência, Jeffrey Goldsworthy argumenta que nem sempre uma maioria estará certa, mas que nem sempre ela estará errada também, e a fatalidade dessa observação decorre de uma constatação necessária: não há nenhum método imparcial capaz de demonstrar quando ela está certa e quando ela está errada. Nesse sentido, aqueles que criticam alguma lei estatuída mediante procedimentos democráticos por violar determinado direito estão expressando um ponto de vista parcial já analisado e rejeitado na própria arena democrática. Consequentemente, permitir que um tribunal invalide tal lei significa autorizar a substituição de um ponto de vista parcial e majoritário por um também parcial ponto de vista, mas minoritário – e isso tudo *mediante votação majoritária*<sup>31</sup>.

365

Se, afastada a crença na superioridade da argumentação judicial (item 2), a única diferença identificável, quando desacordos sobre direitos são deslocados da legislatura para o tribunal, é uma diferença entre *grupos* constituintes da decisão, e não entre *métodos* de decisão, a promessa de um remédio contra a tirania da maioria oferecida aqui passa a ser, no mínimo, contestável: se a votação majoritária produz arbitrariedades e tiranias, grande parte do direito constitucional mundial é arbitrário e tirânico.

Essa interpelação pode ser derivada da resposta que Daniel Farber e Philip Frickey ofereceram ao *teorema de Arrow*. Kenneth Arrow procurou demonstrar que a premissa majoritária pode levar a resultados contra os quais se posiciona a maioria dos cidadãos. Conhecidos como *ciclos de votação*, esses resultados infringiriam o princípio da transitividade, já que poderiam ser estabelecidos de antemão por qualquer pessoa que, conhecendo a preferência dos votantes, controlasse a ordem da votação. Ademais, mesmo que tais resultados não fossem diretamente manipulados pelo definidor da pauta, eles não deixariam de ser arbitrários, pois, caso as alternativas tivessem sido enfrentadas em ordem diversa,

---

<sup>31</sup> Goldsworthy, 2001: 79.

o resultado teria sido diferente. Sem negá-lo diretamente, Farber e Frickey argumentam que a questão não enfrentada por Arrow é “*comparado a quê?*”. Se caos, tirania e incoerência são os resultados inevitáveis da votação majoritária, os tribunais (invariavelmente compostos por membros que decidem por votação majoritária) vão igualmente à bancarrota, e se aceitarmos a tese para as legislaturas, ficamos sem ter para onde nos voltar<sup>32</sup>.

Embora bastante instigante, um estudo aprofundado sobre o *teorema de Arrow* demandaria a interpretação de uma pesada literatura secundária, o que fugiria por completo da proposta deste artigo. Para seguir adiante sem desperdiçar mais espaço, assumo como correto o contra-argumento apresentado por Ian Shapiro, para quem não haveria razão para acreditar que o Legislativo esteja mais exposto que o Judiciário à possibilidade de resultados arbitrários, incoerentes ou manipulados. Ao contrário, tudo leva a crer que a possibilidade de os tribunais

passarem por ciclos é pelo menos igual à legislatura, e talvez estejam até mais sujeitos à manipulação. Os juízes que presidem os tribunais, sobre cuja pauta e ordem de encaminhamento das questões eles exercem um considerável controle, conhecem bem as posições de seus colegas, porque julgam muitos casos estritamente relacionados entre si e a renovação de pessoal é paulatina e lenta<sup>33</sup>.

## REVISÃO JUDICIAL, DESDE QUE ASSEGURE VALORES ESSENCIAIS AO REGIME DEMOCRÁTICO E/OU EVITE A TIRANIA DA MAIORIA?

Embora me pareça inegável a influência de Ronald Dworkin nos autores de teoria constitucional tratados até o momento, há uma faceta de seus argumentos estrategicamente não trabalhada por eles. Para Dworkin, a democracia seria um esquema de governo incompleto do ponto de vista procedimental: ela não poderia prescrever os processos a partir dos quais seria possível saber se as condições que ela exige para os processos que efetivamente prescreve são atendidas. Um regime verdadeiramente democrático<sup>34</sup> não se contentaria com arranjos formais, com a mera participação. Ele exigiria a caracterização de uma comunidade política

<sup>32</sup> Farber/Frickey, 1991: 55.

<sup>33</sup> Shapiro, 2006: 272.

<sup>34</sup> A recorrente caracterização dicotômica (melhor/pior, verdadeiro/falso, bom/ruim, etc.) bem como a reaproximação entre direito e moral a partir da valorização dos princípios como fonte de direito sugerem uma adesão por parte de Dworkin, ainda que implícita e incompleta, ao modelo jusnaturalista. Cf., a respeito, Gabel, 1977, e Richards, 1977. Como argumenta Marcello Neves, porém, não se pode perder de vista que em Dworkin “os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico” (2013: 54), o que enfraqueceria a possibilidade dessa ligação.

que observe determinadas condições democráticas e, como consequência, que trate seus membros com a mesma consideração e respeito. Em suma, democracia genuína, para Dworkin, exige associação entre forma e conteúdo. E para obtê-la, ele não vê outra opção senão usar um *cálculo de resultados*.

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições<sup>35</sup>.

Com essa passagem, Dworkin retoma a distinção princípio/política introduzida no debate travado com Hart, aprimorando-a<sup>36</sup>. Existiriam duas classes de decisões políticas: as *sensíveis* e as *insensíveis à escolha*. Questões sensíveis à escolha seriam aquelas cuja solução, para ser correta, depende exclusivamente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política. Decidir sobre investir algum fundo disponível na construção de uma estrada, de um hospital ou de uma praça esportiva, por exemplo, seria uma questão de escolha sensível. Por outro lado, decidir sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a descriminalização do aborto ou a pesquisa com células-tronco embrionárias seriam questões tipicamente insensíveis à escolha. Como tais, a proposição de uma resposta considerada correta independe da distribuição de preferências dentro da comunidade, e os argumentos contra ou a favor a quaisquer dessas questões seriam igualmente fortes em uma comunidade em que o povo aprova ou reprova, em sua maioria, tais argumentos. Evidentemente, haverá discordância sobre quais questões são sensíveis à escolha e quais são insensíveis. Não faria sentido, porém, que determinada questão insensível à escolha fosse considerada como tal apenas se uma maioria assim o dissesse. Consequentemente, “a questão de segunda ordem de se qualquer questão de primeira ordem é sensível ou insensível à escolha é, em si, insensível a esta”<sup>37</sup>.

A partir dessa distinção, Dworkin argumenta que uma democracia minimamente operante seria inviabilizada por qualquer mudança constitucional que concedesse a um grupo de juízes não eleitos o poder de derrubar *toda* decisão política que lhes parecesse “incorreta”. Questões sensíveis à escolha, por dependerem da distribuição de preferências dentro da comunidade política, não podem sofrer esse tipo de intervenção. Ainda que os juízes sempre “melhorassem” a decisão rejeitada, existiria uma injustificável perda de autogoverno que não poderia ser compensada pelo mérito ou “acerto” das decisões judiciais. Respostas

<sup>35</sup> Dworkin, 2006: 52.

<sup>36</sup> Cf. Hart, 2009, especialmente o “pós-escrito”. Sobre a distinção princípio/política, cf. Dworkin, 2010: 36ss.

<sup>37</sup> Dworkin, 2005: 281s.

corretas para questões de escolha sensível *invariavelmente* serão as que uma maioria indicar. Esse seria o contexto em que a mera participação esgota seu complexo ideal de democracia constitucional.

Situação diversa se dá com questões insensíveis à escolha. Nesse departamento, o aspecto quantitativo do processo de participação cederia espaço à qualidade das decisões políticas. Essa passagem reflete o ponto de discrepância entre democracia comunitária integrada (ou democracia constitucional) e a democracia meramente majoritária<sup>38</sup>. A democracia constitucional defendida por Dworkin apoia a utilização de procedimentos “não majoritários” em ocasiões em que tais procedimentos possam promover as condições democráticas, e o faz sem admitir nenhuma espécie de arrependimento moral. A razão para tal apoio deriva dessa releitura da dicotomia princípio/política. Boas respostas para questões políticas insensíveis poderiam ser obtidas independentemente do procedimento adotado. Se forem alcançadas por votação majoritária legislativa, devem prevalecer *porque são corretas*, e não porque espelham a vontade de uma maioria. O que dizer, porém, quando a votação majoritária produzir uma resposta incorreta?

Com essa questão, Dworkin especifica o vínculo entre o referido cálculo de resultados e o papel do Poder Judiciário em uma democracia constitucional. Para compreendê-lo, ele pede que imaginemos a seguinte situação: (i) o Legislativo aprova uma lei que considera crime a queima da bandeira nacional em sinal de protesto; (ii) tal lei é contestada como inconstitucional na Corte Suprema sob a acusação de restringir a liberdade de manifestação; (iii) o tribunal aceita a acusação e derruba a lei. Como avaliar essa decisão? Seria ela legítima ou, ao menos, justificável? Para os críticos do controle judicial de constitucionalidade, não. Para Dworkin, *depende*.

Se a decisão estiver correta, não se poderia concebê-la como antidemocrática em nenhum sentido coerente. Se, de fato, a lei contraria as condições democráticas estabelecidas na Constituição, declará-la inconstitucional faz prevalecer a democracia, além de torná-la melhor. Nesse caso, nenhum cidadão teria ficado em pior situação em qualquer dimensão dos valores políticos democráticos. Se o poder Judiciário não tivesse cumprido o papel de guardião dos direitos morais, vale dizer, se não tivesse sacado o trunfo político que condiciona a existência de uma democracia verdadeira e a lei continuasse em vigor, todos os cidadãos estariam em pior situação em qualquer das dimensões democráticas, e seria uma perversão injustificável compreender isso como uma vitória do ideal democrático. Quando o Judiciário intervém na busca por soluções corretas para questões insensíveis, a velha arenga da falta de representatividade popular não poderia

---

<sup>38</sup> Cf., a propósito, Dworkin, 1990 e 2006: 1ss.

mais ser levantada. O fórum do princípio, segundo Dworkin, compõe a instância máxima da democracia comunitária integrada. Juízes são representantes do povo, mas do “povo ele mesmo”, um ente coletivo, etéreo, distinto do “povinho” real, palpável.

Democracia verdadeira imporia a observância de um conteúdo mínimo de justiça: as condições democráticas. Quando em pauta questões insensíveis à escolha, nenhum procedimento seria justo ou injusto *per se*. Votação majoritária legislativa e revisão judicial serão justas ou injustas de acordo com o produto final de tais procedimentos (*output*). Nesse contexto, não interessaria *quem* decide, mas *como se decide*. Como consequência, porém, *se* a decisão da Corte estiver errada, todo o argumento exposto até aqui desaba. *Se* a lei que proíbe a queima da bandeira efetivamente favorece aquele conteúdo mínimo de justiça, declará-la inconstitucional prejudica a democracia e coloca em uma situação pior todos os cidadãos. Seria justificável, diante dessa possibilidade, impedir que o fórum do princípio assumira a liderança na busca por respostas corretas para questões insensíveis? Dworkin acredita que não.

A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada<sup>39</sup>.

A despeito desse final categórico, Dworkin condiciona a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade à apresentação de respostas corretas. Como ponto positivo, a defesa que ele faz desse instituto supera repostas apresadas como as apresentadas nos dois itens anteriores (“é legítimo *porque* protege direitos, ou valores, ou evita a tirania etc.”). Como ponto negativo, todavia, a expressão condicional de argumentos imposta pelo teste de resultados obriga Dworkin a defendê-lo não propriamente como uma *tese*, mas como simples *hipótese*, em seu sentido literal: uma tese fraca<sup>40</sup>.

Ora, também aqui, ao basear a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade no acerto das decisões judiciais, Dworkin tangencia o erro presente na caracterização dos direitos como trunfos. Afinal, uma lei que criminalize a queima da bandeira nacional ofende ou não as condições democráticas, contraria ou não aquele “algo que deve triunfar”? Responder “depende”, nesse caso, equivale a não responder coisa alguma. Uma cidadania que discorda sobre direitos discordará sobre o acerto ou justiça de qualquer decisão política baseada na interpretação

<sup>39</sup> Dworkin, 2006: 50.

<sup>40</sup> Dworkin, 2006: 51.

desses direitos, seja ela legislativa ou judicial, e esse dado reflete a impossibilidade de se demonstrar a condição de legitimidade estabelecida por Dworkin e, como dito, estrategicamente desconsiderada pela teoria constitucional nacional. Bem sintetizado por Conrado Hübner Mendes, o argumento é o seguinte:

[...] se não pode haver resposta teórico-normativa para questão empírico-descritiva, e se “respeitar direitos”, condição de legitimidade da revisão judicial [...], é questão empírica (substantiva, não meramente procedimental), a teoria constitucional tem o ônus de demonstrar que o Judiciário “respeita direitos”. Mesmo que perseguisse este propósito e lançasse mão de análises de jurisprudência para avaliar a correção das decisões, como o fez Dworkin, esta busca seria pouco frutífera para justificar a revisão judicial, uma vez que *o respeito a direitos não se prova de maneira incontroversa*<sup>41</sup>.

Também aqui, poder-se-ia defender a caracterização do Judiciário como o órgão identificador dessa posição única, e também aqui o problema exsurgiria do fundamento utilizado para justificar essa opção. Quando argumenta que, em um regime verdadeiramente democrático, não importa *quem* decide, mas apenas *como* se decidem questões insensíveis à escolha, Dworkin barateia a enorme diferença que há entre decidir uma questão política *sobre condições democráticas* e decidir uma questão política sobre condições democráticas *por meios democráticos* e, com isso, inverte a própria ordem de prioridades que caracteriza uma democracia.

Em outras palavras, é precisamente porque a questão “quem decide?” importa pelo menos tanto quanto a questão “como se decide?”, que um regime democrático pode ser diferenciado de uma monarquia ou de uma aristocracia, seja ela judicial ou não. Nossas preocupações sobre o caráter democrático ou não democrático de um procedimento político de decisão não se esvaem simplesmente porque o referido procedimento está sendo utilizado para solucionar uma questão sobre a natureza de um regime democrático. Consequentemente, e de maneira inevitável, *há* algo que se perde, desde uma perspectiva democrática, quando um reduzido número de pessoas não eleitas e irresponsáveis politicamente decide, em última e inapelável instância, sobre o que uma democracia requer<sup>42</sup>. Se decide de maneira correta, seja lá o que isso queira dizer<sup>43</sup>, haverá

<sup>41</sup> Mendes, Conrado H., 2008b: 9s (grifei).

<sup>42</sup> O que se perde, afinal? Essa é uma questão que não será completamente explorada nesse artigo. Posso afirmar, porém, que toda declaração de inconstitucionalidade (dificuldade contra-majoritária) ou de constitucionalidade (paternalismo judicial) pressupõe o desrespeito a um *direito* fundamental: a participação. Cf., a propósito, Waldron, 2004: 232ss.

<sup>43</sup> Lênio Luiz Streck talvez seja, entre os brasileiros, o maior defensor da existência daquilo que ele chama de *a* resposta correta (constitucionalmente adequada). Cf., entre outros trabalhos, Streck, 2010. Não compartilho dessa crença, ao menos por duas razões interligadas. Em



algum ganho para compensar essa perda – o que, porém, *não equivale a não existir perda alguma*<sup>44</sup>.

## A REVISÃO JUDICIAL BARRA O TERROR?

Em geral acompanhado de barbaridades históricas, esse é um argumento particularmente problemático em favor do controle judicial de constitucionalidade. Diz-se, nesse contexto, que a “experiência nazista aponta-nos que a simples regra da maioria não é suficiente para assegurar uma associação política baseada na igualdade e autonomia dos indivíduos”<sup>45</sup>. Afinal,

[...] como se viu em passado recente, quando fascistas e nazistas, ascendendo ao poder pelos caminhos que as instituições democráticas lhes franquearam, prontamente se puseram a desacatar essas coisas pequeno-burguesas e atentar contra os direitos individuais e as liberdades públicas, em cumprimento, talvez, ao *destino trágico* do Estado de Direito, que, por mor estrita coerência com os seus princípios, é obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo, a quem não se pode impor que viva em liberdade se *livremente* ele se decidir a perdê-la. [...] [S]ob essa perspectiva de coerência suicida, o valor do Estado de Direito será o da sua tragédia: suprimir-se a si próprio, nisso consistindo a sua grandeza e também a sua miséria<sup>46</sup>.

---

primeiro lugar, pela impossibilidade de conciliá-la com qualquer projeto normativo de democracia minimamente desejoso de se desvincular daquele segredinho sujo. Afinal, o que poderia significar “a resposta correta” (ainda que não seja a melhor ou a única, como paradoxalmente pretende o autor) em um contexto de insuperável desacordo (*dissenso*, não *consenso*!), senão uma afronta ao pluralismo, base estruturante da ideia de “compartir” presente no direito fundamental à participação? Em segundo lugar, desde a radical ruptura paradigmática produzida pela filosofia nietzschiana, é cada vez mais insustentável a existência de *algo em si*. Ora, “há muitos olhos. Também a esfinge tem olhos; consequentemente, há muitas verdades e, consequentemente, não há nenhuma verdade” (Nietzsche, 2008: 282). Se não há fenômenos morais (e não há), mas apenas uma interpretação moral desses fenômenos, não há, igualmente, fenômenos jurídicos (tampouco fenômenos jurídicos corretos), mas apenas uma interpretação jurídica (que se pretende correta) de tais fenômenos. “E se existem apenas perspectivas sobre a verdade”, assevera Paulo Queiroz, “não existe, por conseguinte, a verdade; consequentemente, não existe a resposta constitucionalmente adequada (ou correta etc.), mas apenas perspectivas sobre a resposta constitucionalmente adequada. A resposta constitucionalmente adequada/correta é uma ficção inútil, portanto. Porque o que quer que possa ser pensado, como quer que seja pensado, por quem quer que seja pensado, sempre poderá ser pensado de diversas outras formas e, por isso, conduzir a resultados diversos. Dito de outro modo: [...] o correto e o incorreto não são qualidades daquilo que designamos como tal, mas uma relação (interação) entre o sujeito e a coisa assim designada. Consequentemente, nada existe de [...] correto em si mesmo, mas apenas perspectivas sobre a [...] correção” (2013: 123s).

<sup>44</sup> Waldron, 2004: 293s.

<sup>45</sup> Viera, 1999: 113.

<sup>46</sup> Coelho, 2011: 9.

Em sua empreitada procedimentalista, John Hart Ely fora o principal alvo desse conhecido ataque substancialista<sup>47</sup>. “Ora”, poder-se-ia argumentar, “negar a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade significa que os tribunais deveriam confirmar a constitucionalidade de uma lei que \_\_\_\_\_!”. O preenchimento dessa lacuna costuma apelar ao terror para ser convincente. Depois do Holocausto, argumenta Michel Perry de modo ilustrativo, é praticamente impossível defender a tese de que o processo Legislativo é um valor maior do que o conteúdo das leis<sup>48</sup>.

Embora o que esteja em jogo não seja, propriamente, a aceitação ou rejeição da tese cética criticada por Perry, mas a aceitação ou rejeição de um modelo de tomada de decisões políticas que não vê contradição entre ser politicamente liberal (ou conservador ou qualquer outra coisa que o valha) e, ao mesmo tempo, sustentar, em virtude do respeito pelo procedimento democrático, que tribunais não deveriam intervir nos juízos de valor do Legislativo<sup>49</sup>, há uma gigantesca diferença entre liberalismo ou conservadorismo políticos (sejam quais forem os seus contornos) e o antisemitismo alemão capitaneado por Hitler, e é *essa* diferença que parece fazer a crítica de Perry tão atraente. “Ora”, poder-se-ia continuar o argumento, “isso significa que, impossibilitados de rever qualquer decisão política, os tribunais deveriam confirmar a constitucionalidade do Holocausto!”. Há uma resposta curta para essa objeção, efetivamente apresentada por Ely, e outra um pouco mais longa, que acredito implícita em seu argumento. Concentro-me nesta última.

372

Não basta responder que o Holocausto não poderia acontecer nesse país. Podemos rezar e pedir que isso nunca ocorra. Acredito que não seja possível, mas ainda assim temos de planejar nossas instituições baseando-nos na premissa de [que] essa catástrofe é uma possibilidade (*seja qual for a barreira oposta por qualquer teoria constitucional a tal situação*)<sup>50</sup>.

A cursiva presente nessa citação permite entrever o tom da resposta mais longa. Ao menos por duas razões, o ressuscitamento cotidiano de Hitler pela

---

<sup>47</sup> É bom que se diga que a crítica que faço *a partir de* John Hart Ely não implica minha concordância com seu modelo “estritamente” procedimentalista de controle judicial de constitucionalidade. Para uma crítica à pretensamente pura separação forma/conteúdo em Ely, cf. Tribe, 1980.

<sup>48</sup> “Surely the skeptical view that the process of policymaking is a higher value than the content of policymaking is a difficult position to defend in this post-Holocaustal age. I share Professor Levinson’s view in this regard: ‘[Paeans] to law as the ‘value of values’, where the specific content of values is left undefined, [are] [...] symptomatic of our contemporary intellectual bankruptcy” (Perry, 1978: 1216s).

<sup>49</sup> Ely, 2010: 95.

<sup>50</sup> Ely, 2010: 244.

teoria constitucional contemporânea é, em sua essência, uma estratégia vã, uma retórica vazia. Em primeiro lugar, porque há um problema lógico nessa preocupante ritualística, já indicado anteriormente como a falácia da tirania necessária<sup>51</sup>. A relação revisão judicial/proteção de direitos não é algo tão direto e evidente como pressupõe grande parte da teoria constitucional brasileira. Direitos são mais bem protegidos no Brasil do que no Reino Unido, nos Estados Unidos do que na Holanda? Como observa Wojciech Sadurski, qualquer comparação que se intente fazer correrá o grave e óbvio risco de tirar conclusões precipitadas e ilegítimas sobre o efetivo papel do controle judicial de constitucionalidade na proteção de direitos. Tais conclusões poderiam ser consideradas legítimas *se todos os outros dados fossem iguais* e a única variável fosse a adoção ou não da revisão judicial. O *ceteris paribus*, porém, não pode ser alcançado entre duas experiências diversas e, conseqüentemente, não há igualdade possível no “tudo o mais”, de modo que os variáveis fatores de desigualdade afetam profundamente o nível de proteção de direitos em cada uma das culturas confrontadas<sup>52</sup>. Como sugere Mark Tushnet, em termos mais simples, um mundo sem revisão judicial pode, certamente, assemelhar-se à Rússia stalinista ou à Alemanha nazista, *tanto quanto*, porém, ao Reino Unido ou à Holanda contemporâneos<sup>53</sup>.

Não desconheço que um teórico substancialista pode depurar a crítica de Perry, preservando-lhe o caráter atrativo. O que se acentua, diria ele, não é a conexão entre a inexistência de controle judicial de constitucionalidade e o Holocausto, mas a possibilidade de apor obstáculos à insanidade coletiva, capazes de evitar a utilização de mecanismos democráticos para fins tão medonhos. Dessa reformulação, porém, derivaria a segunda razão pela qual o apelo ao terror não pode servir como justificativa à revisão judicial. Estaríamos *de fato* convencidos de que um tribunal capacitado a controlar a constitucionalidade de atos políticos poderia impedir a ascensão de Hitler?

Como indica Fernando Atria, há uma maneira menos cínica – e mais convincente – de expressar esse contra-argumento: o direito não pode proteger quando o direito está suspenso<sup>54</sup>. Os tribunais não foram desenhados para *barrar* o terror, e, quando o terror emerge, ou eles são *cooptados* ou são *calados*. Invariavelmente. Na recente e militarizada história do Supremo Tribunal Federal brasileiro (1964/1988), vários ministros poderiam exemplificar essas duas possibilidades. Veja por si mesmo. Ou mantenha os olhos na própria

<sup>51</sup> Cf. *supra*, nota 29.

<sup>52</sup> Sadurski, 2002: 275s.

<sup>53</sup> Dito de outra maneira, “we do not have to have a court that will strike down laws – a court with the power of judicial review – to have a vibrant language of fundamental rights available to us” (Tushnet, 2000: 168).

<sup>54</sup> Atria, 2003: 323.

Alemanha da década de 1930/1940 e lembre-se de que o *Führer* teve seu próprio constitucionalista.

Quando dissecados, portanto, os argumentos que apelam ao terror para justificar o controle judicial de constitucionalidade podem subsidiar uma interpelação bastante rigorosa: a revisão judicial é desnecessária em um regime de normalidade democrática e inútil em um estado de exceção.

### AFINAL, O QUE É REVISÃO JUDICIAL?

Política envolve princípios, tanto quanto regras procedimentais a partir das quais políticas concretas são especificadas. O processo político não é capaz de mitigar o senso crítico dos cidadãos sobre quais direitos temos ou deveríamos ter, tampouco superar a existência de profundos desacordos sobre seus próprios resultados. Todavia, dada a inevitabilidade desses desacordos, a resolução dessas questões controvertidas depende de uma intrincada rede de procedimentos aptos a definir, além de objetivos sociais, o conteúdo e a distribuição dos direitos que os cidadãos possuem.

Dado que as pessoas sustentam diferentes concepções sobre os direitos, e que temos que chegar a um acordo e fazer valer uma concepção comum, devemos perguntar: “Quem deve ter o poder de tomar decisões [...] sobre as questões práticas que as teorias dos direitos pretendem resolver?”<sup>55</sup>.

374

Ao menos duas alternativas podem ser apresentadas. Uma delas consiste em afirmar que os sujeitos de direitos cujas relações serão reguladas por tais decisões devem ter o poder para decidir diretamente entre si ou mediante complexos mecanismos de representação legislativa, por meio do debate, deliberação e voto. A outra possibilidade seria um sistema igualmente complexo, qualificado pelo sobrepeso atribuído aos votos de um pequeno grupo de juízes capacitados a derubar decisões coletivas tomadas diretamente pelos portadores de direitos ou por seus representantes. Sejam quais forem os argumentos utilizados para fundamentar a adoção de quaisquer dessas opções, é de fundamental importância perceber que o modelo de supremacia judicial não oferece uma alternativa ao desacordo, tampouco à tríade “debate, deliberação e voto”<sup>56</sup>. Instituições políticas devem ser descritas de maneira *procedimental*, e não há como fugir dessa exigência. O que está em jogo, portanto, não é a substituição de um procedimento majoritário por outro não majoritário, mas de um procedimento majoritário direta ou indireta-

---

<sup>55</sup> Waldron, 2004: 243s.

<sup>56</sup> Waldron, 2002: 7.

mente conduzido por milhões de portadores de direitos por outro procedimento majoritário conduzido por 11 integrantes da Suprema Corte<sup>57</sup>.

A disputa pela última palavra entre Legislativo e Judiciário costuma ser conduzida *pela teoria constitucional* como um conflito entre duas tradições filosóficas divergentes: Locke, do seu lado, defensor de limites ao poder político, e Rousseau, pelo lado da teoria democrática, idealizador da noção de vontade geral ilimitada. Desconsidera-se, com essa polarização, a clássica reflexão hobbesiana: o poder soberano não poder ser impugnado pelo conteúdo de seus atos<sup>58</sup>. Decisões tomadas em sede de controle judicial de constitucionalidade não valem porque asseguram valores essenciais ao regime democrático, ou porque evitam a tirania da maioria ou barram o terror e, conseqüentemente, elas não deixam de valer quando não cumprem qualquer dessas metas. Todos esses objetivos são, evidentemente, louváveis, mas nenhum deles representa caminho efetivo algum para a compreensão do papel que um Judiciário dotado do poder de revisão judicial exerce, qual seja: *suplantar desacordos com autoridade*, independentemente do que qualquer teoria da justiça possa dizer sobre sua decisão, e seja ela “correta” ou “incorreta”. Como expõe Conrado Hübner Mendes:

*“Auctoritas, non veritas, facit legem”*. Quem decide por último? Essa é a pergunta que interessa à descrição procedimental, não o que se decide. Interessa a forma, não a substância. Se a decisão se legitimasse pelo seu conteúdo (se devêssemos obediência a ela pela sua substância), as pessoas que não concordassem com ela iriam desobedecer. Seria, na concepção hobbesiana, um retorno ao estado de natureza. Essa a descrição puramente hobbesiana do sistema constitucional: supremacia da Constituição é um *nonsense*, porque a supremacia não se define pelo apontamento de restrições substantivas (declarações de direitos, cláusulas pétreas etc), mas pelo procedimento, pela indicação da autoridade que deve decidir. Hobbes diria: há supremacia do Tribunal constitucional, não da Constituição. Não se deve descrever o controle de constitucionalidade de maneira idealista, pois ele não tem como assegurar a proteção da Constituição ou dos direitos. Simplesmente decide por último. É sob esse enfoque que deveríamos perguntar: e a democracia?<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Waldron, 2003: 110s. Democracia e majoritarismo são conceitos que devem ser desagregados. Não há, de modo efetivo, nada de especialmente democrático em uma votação majoritária: democracia é um ideal político; votação majoritária é método de decisão. Conseqüentemente, “[i]nstead of talking impersonally about ‘the counter-majoritarian difficulty’, we should distinguish between a court’s deciding things by a majority, and lots and lots of ordinary men and women deciding things by a majority” (Waldron, 1993: 50).

<sup>58</sup> “This is one of Thomas Hobbes’s contributions to political philosophy: any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people *disagree* about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority” (Waldron, 2004: 245).

<sup>59</sup> Mendes, Conrado H., 2008a: 100.

Além de “quem decide por último?”, “e a democracia?” seria outra pergunta fundamental para o desenvolvimento de qualquer teoria da autoridade. A relação entre direitos e democracia representa uma via de mão dupla, e o não reconhecimento dessa característica explicaria a explícita ou velada demanda por intervenção judicial no processo político. Nesse sentido, um teórico substancialista como Ronald Dworkin e seus adeptos não deveriam caracterizar os membros de uma maioria democrática como predadores egoístas e irresponsáveis, pois, assim fazendo, sucumbem a uma vergonhosa contradição. Por outro lado, teóricos constitucionais de alguma forma preocupados com a democracia, como John Hart Ely e seus seguidores, não deveriam aceitar a presunçosa indiferença de um procedimentalismo frente ao destino dos direitos individuais em um sistema de decisão majoritária, pois muitos desses direitos são baseados no respeito à capacidade moral individual que a própria democracia pressupõe e acarreta<sup>60</sup>.

Reconhecer que não há contradição entre direitos e democracia, todavia, não impõe a aceitação de uma estrutura institucional que atribua ao Judiciário a última palavra em questões sobre as quais discordamos, mas apenas que, seja qual for a objeção *democrática* lançada à revisão judicial, ela deve, concomitantemente, estar baseada em *direitos*. E esse não é um obstáculo de impossível superação. Muito pelo contrário. A maneira como a ideia de direitos emergiu no pensamento político moderno deveria servir como um lembrete de que os *portadores de direitos* foram originariamente concebidos como respeitáveis *idealizadores de direitos*, e não como meras vítimas em potencial, cujos interesses careceriam de proteção. Refletir sobre os direitos de uma pessoa, nesse sentido, não é a mesma coisa que refletir sobre a preservação de um prédio histórico. Quando argumentamos sobre os direitos de um indivíduo, é provável que esse indivíduo (o objeto da argumentação) possua um ponto de vista meditado sobre a matéria. Na medida em que o objetivo precípuo de qualquer argumento sobre direitos relaciona-se ao respeito devido a esse indivíduo, torna-se impossível afirmar que essa argumentação toma a sério seus direitos se, concomitantemente, ignoramos qualquer coisa que ele tenha a dizer sobre a questão<sup>61</sup>. E ignorar (sobrepondo ou avalizando) o que determinado indivíduo tenha a dizer sobre uma questão é precisamente o que um tribunal dotado de autoridade para suplantar desacordos *via* revisão judicial faz.

O atrativo da participação como princípio da autoridade reside no fato de ser ela uma *solução democrática baseada em direitos* aos problemas do desacordo e da necessidade de coordenação, o que, todavia, não pressupõe uma concessão ao subjetivismo ou ao relativismo moral. Reconhecer a necessidade de uma au-

---

<sup>60</sup> Waldron, 2004: 282s.

<sup>61</sup> Waldron, 2004: 250.

toridade no âmbito da justiça, da política ou dos direitos e entregá-la aos cidadãos ou seus representantes não são uma decorrência do rechaço da objetividade nesses campos, mas uma reação justificável ante o fato de que, ainda que houvesse (e não há) isso que se chama “a resposta correta” para cada questão nessas áreas, seguiríamos discordando sobre qual seria ela<sup>62</sup>.

Teorias da autoridade (“quem decide?”) e teorias da justiça (“como se decide?”) exercem funções distintas, portanto, e, como consequência, não é necessário abandonar a esperança em reflexões edificadoras de *perspectivas substantivas pretensamente corretas*. Mecanismos institucionais de decisão coletiva precisam de *inputs*, vale dizer, a autoridade precisa de conselhos (ou de uma teoria de si mesma), e essa é a função de qualquer teoria da justiça: reflexionar sobre questões substantivas, sem ser dissuadida pela insuplantável existência de desacordos ou de teorias alternativas.

Não é possível, todavia, que qualquer perspectiva substantiva que se pretenda correta seja tomada como a teoria da autoridade de que necessitamos frente ao desacordo. Não basta, nesse sentido, que repitamos como um mantra “que direitos triunfem”, “que a verdadeira concepção prevaleça”, “que os valores essenciais sejam protegidos”, “que a tirania seja evitada”, “que a resposta correta seja alcançada” ou qualquer outra expressão vazia desse tipo. Seja qual for a teoria da autoridade indicada, ela deve oferecer alguma especificação capaz de superar a fonte original dos desacordos.

Frequentemente, haverá, no âmbito da participação enquanto teoria da autoridade, uma dissonância entre o que consideramos a decisão correta (*minha perspectiva sobre a decisão correta*) e a decisão que efetivamente investimos de autoridade em questões coletivas (a perspectiva *compartilhada* pela maioria). Um idealizador de direitos que cultive uma teoria política completa (uma teoria da autoridade e uma teoria da justiça) pode sustentar o prevalecimento de uma decisão coletiva que lhe pareça incorreta. Esse seria o paradoxo que lhe permite defender uma decisão X como a decisão correta a ser implementada, e a decisão Y como a decisão a ser implementada por ser considerada correta *pelas instituições democráticas*<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Cf., *supra*, nota 44.

<sup>63</sup> Tanto quanto a existência de desacordos, esse paradoxo é inevitável, embora *não seja exclusividade da teoria da autoridade baseada na participação*. “Sometimes we talk carelessly as though there were a *special* problem for the legitimacy of popular majority decision-making”, assevera Waldron, “a problem that does not exist for other forms of political organization such as aristocracy or judicial rule. Because the phrase ‘tyranny of the majority’ trips so easily off the tongue, we tend to forget about other forms of tyranny; we tend to forget that legitimacy is an issue that pertains to *all* political authority. Indeed it would be very odd if there were a *graver* problem of legitimacy for popular majoritarian decision-making. Other political systems have all the legitimacy-related dangers of popular majoritarianism: they may get things wrong;

Esta, evidentemente, não é a única teoria da autoridade disponível. Em vez de entregar a última palavra aos cidadãos ou aos seus representantes eleitos, poder-se-ia confiar a autoridade política final a uma elite acadêmica ou judicial, a partir de qualquer dos argumentos analisados e criticados nos itens anteriores. Negar a existência de tal possibilidade não foi um dos meus objetivos neste trabalho. Afirmar a impossibilidade de compreendê-la como uma alternativa democrática, sim.

## REFERÊNCIAS

- ATRIA, Fernando. El Derecho y la Contingencia de lo Político. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26, 319-345, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação. In: Gustavo Zagrebelsky. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7-30.
- DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review* 28, #2, 324-346, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GABEL, Peter. Reviewed works: taking rights seriously by Ronald Dworkin. *Harvard Law Review* 91, #1, 302-315, 1977.

---

they may have an unjust impact on particular individuals or groups; in short; they may act tyrannically. But they have in addition one legitimacy-related defect that popular majoritarianism does not have: they do not allow a voice and a vote in a final decision-procedure to every citizen of the society; instead they proceed to make final decisions about the rights of millions on the basis of the voices and votes of a few” (2004: 299).



## Quem deve ser o detentor da última palavra, Judiciário ou Legislativo?

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Legislation, interpretation, and judicial review. *University of Toronto Law Journal* 51, 75-86, 2001.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na *sociedade órfã*”. *Novos Estudos CEBRAP* 58, 183-202, 2000.

McCONNEL, Michael W. The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin’s *moral reading* of the Constitution. *Fordham Law Review* 65, 1269-1293, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. Constitutions and institutions: justice, identity, and reform. Judicial review of constitutional amendments in the brazilian supreme court. *Florida Journal of International Law* 17, # 3, 449-462, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 219f, 2008b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NINO Carlos Santiago. *the constitution of deliberative democracy*. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

PERRY, Michael J. The abortion funding cases: a comment on the supreme court’s role in american government”. *The Georgetown Law Journal* 66, # 5, 1191-1245, 1978.

POLI, Vinicius. *We, (afraid of) the People*. Controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público* 1/2012, 01-29, 2012. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 19 set. 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*, Parte Geral. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no brasil: perspectivas e evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICHARDS, David A. J. taking *taking rights seriously* seriously: reflections on Dworkin and the american revival of nature law. *New York Law Review* 52, #6, 265-1340, 1977.

SADURSKI, Wojciech. Judicial review and the protection of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies* 22, # 2, 275-299, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Rights and moral reasoning: an unstated assumption – a comment on Jeremy Waldron’s *Judges as moral reasoners*, *I-Con* 7, # 1, 25-45, 2009.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos sociais em *terrae brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 4, 272-308, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Edusp, 1977.

TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *The Yale Law Journal* 89, 1063-1080, 1980.

TROPER, Michel. The logic of justification of judicial review. *International Journal of Constitutional Law* 1, 99-121, 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VIERA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford University Press* 13, # 1, 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. *The Journal of Political Philosophy* 6, # 4, 335-355, 1998.

380

WALDRON, Jeremy. Introduction: disagreements on justice and rights. *NYU Journal of Legislation and Public Policy* 6, # 5, p. 5-10, 2002.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal* 115, 1346-1407, 2006.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *I-Con* 7, #1, 2-24, 2009.

Data de recebimento: 01/08/2014

Data de aprovação: 12/03/2015