

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA
MESTRADO EM DIREITO

LUIZ FELIPE MACHADO MURACA

ENTRE O DISSENSO E A RESPOSTA CORRETA: SUBSÍDIOS PARA
UMA TEORIA DA LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

RIBEIRÃO PRETO
2023

LUIZ FELIPE MACHADO MURACA

**ENTRE O DISSENSO E A RESPOSTA CORRETA: SUBSÍDIOS PARA
UMA TEORIA DA LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direitos
Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira.

RIBEIRÃO PRETO
2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento Técnico da
Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

MURACA, Luiz Felipe Machado, 1998-

M972e Entre o dissenso e a resposta correta: subsídios para uma teoria de
legitimação funcional do Supremo Tribunal Federal / Luiz Felipe
Machado Muraca. – Ribeirão Preto, 2023.

134 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Rafael Tomaz de Oliveira.

LUIZ FELIPE MACHADO MURACA

**ENTRE O DISSENSO E A RESPOSTA CORRETA: SUBSÍDIOS PARA UMA
TEORIA DA LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 18 de agosto de 2023

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
Presidente/UNAERP



Prof. Dr. Lenio Luiz Streck
Universidade do Vale do Rio dos Sinos



Prof. D. [Name] dade
União Educacional De Cascavel - UNIVEL

RIBEIRÃO PRETO
2023

*Para a(s) minha(s) mãe(s),
sustentáculo da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Ao mesmo tempo em que a pesquisa é um ato de solidão, também é um processo compartilhado. Seria demasiado pretensioso agradecer a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho. No entanto, algumas pessoas não podem deixar de ser citadas.

Agradeço primeiramente à minha família, especialmente à minha avó Maria Ilda e minha mãe Leila. Não me restam dúvidas de que, sem a união da força e da doçura dessas duas mulheres, eu jamais poderia sonhar em fazer aquilo que amo.

De especial importância foi a vivência com Gabriel Benedetti Marques Rodrigues e Marcela Helena Marcolino, amigos de tantos anos. Nossas leituras e diálogos fazem parte da estrutura teórica que sustenta este trabalho.

Agradeço, com muito carinho, a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, com especial menção ao nosso maestro Prof. Sebastião Sérgio da Silveira. A amizade e o apoio do Prof. Sebastião são dignos de todo o meu carinho e admiração.

Agradeço imensamente os professores do curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto e todos os funcionários da instituição. Os encontros diários naquela que se tornou a minha segunda casa me enchem de honra e alegria por poder contar com pessoas tão especiais.

Por fim, faltam-me palavras para agradecer o apoio e a parceria do meu amigo e mestre Prof. Rafael Tomaz de Oliveira. A paciência incondicional e as trocas diárias fazem com que eu me sinta privilegiado por ser digno da atenção e orientação daquele que considero o maior jurista brasileiro da atualidade. Não obstante, o que mais me deixa honrado é ser merecedor de sua mão amiga, que me apoia nos momentos mais difíceis. A você, toda a gratidão deste mundo.

RESUMO

Este trabalho ocupa-se de analisar as bases nas quais se fundamenta a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no contexto da Constituição Federal de 1988. O tema abordado, denominado por Alexander Bickel como "dificuldade contramajoritária", será discutido a partir das perspectivas de dois autores: Ronald Dworkin, que, com base em sua concepção constitucional de democracia, apresenta um argumento sólido em defesa do controle de constitucionalidade, e Jeremy Waldron, um opositor a esse instituto. Embora nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tenha adquirido destaque no espaço político brasileiro, observa-se uma considerável falta de compreensão sobre a sua função no âmbito do quadro funcional estabelecido pela Constituição Federal. Essa incompreensão atingiu o paroxismo com a tentativa de golpe ocorrida recentemente, que teve como um dos principais alvos a sede do Supremo Tribunal Federal. Para enfrentar essa temática, as teorias dos autores mencionados não serão transplantadas ao caso brasileiro de forma acrítica. Para realizar a filtragem dessas teses, o último capítulo as relacionará com as principais características das instituições políticas brasileiras. Deste modo, o questionamento central pode ser sintetizado da seguinte maneira: quais são as justificativas democráticas para a existência de uma instituição contramajoritária como o Supremo Tribunal Federal no Brasil contemporâneo? O argumento central deste trabalho é que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal se divide em duas dimensões distintas. A primeira delas é funcional e antecede a segunda dimensão. Sob essa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal deve ser encarado como um contrapoder necessário para a estabilidade democrática brasileira. A segunda dimensão da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é de natureza substantiva e se desenvolve por meio das decisões da Corte. De modo conclusivo, verificou-se que a existência dessas duas dimensões é uma decorrência necessária do movimento constitucional que se inaugurou no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: democracia; constitucionalismo; controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; legitimidade.

ABSTRACT

This work deals with analyzing the foundations on which the democratic legitimacy of the Brazilian Supreme Court is based in the context of the 1988 Constitution. The topic addressed, referred to as 'counter-majoritarian difficulty' by Alexander Bickel, will be discussed from the perspectives of two authors: Ronald Dworkin, who, based on his constitutional conception of democracy, presents a strong argument in defense of judicial review, and Jeremy Waldron, an opponent of this institution. Although the Brazilian Supreme Court has gained prominence in the Brazilian political landscape in recent years, there is a considerable lack of understanding about its role within the functional framework established by the Constitution. This misunderstanding reached its peak with the recent attempted coup, which targeted the headquarters of the Supreme Court. To address this issue, the theories of the mentioned authors will not be uncritically transplanted to the Brazilian case. To filter these theses, the last chapter will relate them to the main characteristics of Brazilian political institutions. Thus, the central question can be summarized as follows: What are the democratic justifications for the existence of a counter-majoritarian institution like the Supreme Court in contemporary Brazil? The central argument of this work is that the legitimacy of the Court is divided into two distinct dimensions. The first one is functional and precedes the second dimension. From this perspective, the Supreme Court should be seen as a necessary counterpower for Brazilian democratic stability. The second dimension of the democratic legitimacy of the Federal Supreme Court is substantive in nature and develops through the Court's decisions. In conclusion, it was found that the existence of these two dimensions is a necessary consequence of the constitutional movement that was inaugurated in Brazil after the promulgation of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: democracy; constitutionalism; judicial review; Supremo Tribunal Federal; legitimacy.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	10
<u>1. A BASE DO DEBATE: O APARENTE CONFLITO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA</u>	14
<u>1.1. A identificação do conflito na gênese do controle de constitucionalidade</u>	15
<u>1.1.1. O <i>Bonham`s Case</i> no contexto da cisão entre <i>jurisdictio</i> e <i>gubernaculum</i></u>	15
<u>1.1.2. O caso <i>Marbury vs. Madison</i>: a solução possível para uma complexa disputa política</u>	22
<u>1.2. A percepção teórica da tensão entre <i>judicial review</i> e democracia</u>	29
<u>2. RONALD DWORKIN: A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA E O FÓRUM DOS PRINCÍPIOS</u>	37
<u>2.1. Dificuldade contramajoritária?</u>	37
<u>2.1.1. Ação coletiva estatística e comunal</u>	41
<u>2.1.2. Liberdade e igualdade política</u>	42
<u>2.1.3. Pressupostos da ação coletiva comunal</u>	48
<u>2.2. O Fórum dos Princípios e a leitura moral da Constituição</u>	51
<u>2.2.1. A empreitada de Dworkin contra o positivismo jurídico: o debate com Herbert Hart</u>	52
<u>2.2.2. A distinção entre argumentos de política (<i>policy</i>) e de princípio na base da diferenciação entre cortes e parlamentos</u>	57
<u>2.2.3. A questão interpretativa na obra de Dworkin: a leitura moral da Constituição, o juiz Hércules e a similitude entre interpretação jurídica e literária</u>	62
<u>3. JEREMY WALDRON: A INEVITABILIDADE DOS DESACORDOS MORAIS E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO</u>	71
<u>3.1. Os desacordos morais como fato da democracia</u>	72
<u>3.2. A dignidade da legislação: uma defesa dos procedimentos majoritários</u>	78
<u>3.3. O núcleo do argumento contra a revisão judicial: a participação como “o direito dos direitos”</u>	89
<u>4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL</u>	92
<u>4.1. O controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito: a aposta na (re)valorização do Poder Judiciário para a implementação do projeto constitucional</u>	93
<u>4.2. Obstáculos ao novo paradigma: a persistência da “baixa constitucionalidade” (Streck) na contemporaneidade</u>	105

<u>4.3. Levando o dissenso a sério: o argumento funcional em defesa de uma atuação substantiva do Supremo Tribunal Federal</u>	110
<u>CONCLUSÃO</u>	121
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	130

INTRODUÇÃO

O debate acerca das condições de legitimidade das cortes e tribunais constitucionais¹ é uma questão central da Teoria da Constituição, com profundas raízes históricas. A verificação da compatibilidade entre o instituto do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos e o conteúdo normativo da democracia tem sido objeto de diversas teorias que propõem diferentes interpretações e soluções para essa questão. Essa dicotomia entre uma prática política consolidada e o ideal democrático foi denominada por Alexander Bickel como "dificuldade contramajoritária" e é de suma importância para a compreensão da estrutura constitucional brasileira. Desde 1891, o Brasil tem convivido com alguma forma de controle de constitucionalidade e, pelo menos desde 1988, tem buscado institucionalizar um regime político que se propõe democrático.

Torna-se necessário, então, investigar as condições de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, que, dentro do quadro institucional previsto na Constituição Federal, tem a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos emitidos por órgãos representativos nos diferentes níveis da federação e de atuar contingencialmente na concreção dos desideratos constitucionais. O Tribunal tornou-se um ator relevante na arena política brasileira, e suas decisões são constantemente comentadas em diversos setores da sociedade. Essa importância política pode ser comprovada pela análise das questões decididas pela Corte nos últimos anos. Desde regras do jogo democrático até a definição do início da vida humana, quase tudo passa pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Com tanta atenção voltada para sua atuação, seria esperado um aumento nas críticas às suas decisões. No entanto, os recentes ataques sofridos pela Corte não eram previstos. Não se trata de críticas cidadãs à sua atuação, mas sim ameaças à sua própria existência e à integridade física dos seus membros e suas famílias. Isso evidencia, de maneira clara, as manifestações da crise do constitucionalismo que afeta o Brasil.²

¹ Os dois termos em questão referem-se a tradições distintas que, de maneira geral, posicionam essas instituições de forma diferente dentro do quadro de compartilhamento das funções do Estado. Enquanto o termo "corte" é comumente utilizado para descrever a experiência dos Estados Unidos e de países que emularam de alguma forma sua fórmula institucional, o termo "tribunal" está associado à experiência da Europa continental, que prevê a criação de instituições ad-hoc para o exercício da jurisdição constitucional. No entanto, neste trabalho, que tem como objetivo descrever as condições de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, ambos os termos serão utilizados de forma intercambiável, uma vez que o sistema constitucional brasileiro foi estruturado com base em ambas as tradições.

² Essa afirmação não se atribui a mim, mas sim a Rafael Tomaz de Oliveira.

Em nossa perspectiva, os ataques sofridos pelo Tribunal nos últimos anos derivam, dentre outras coisas, da falta de compreensão por parte de diversos segmentos da sociedade sobre a função do órgão na democracia brasileira, inaugurada em 1988, principalmente sobre o seu caráter contramajoritário. O aumento na atuação do Supremo Tribunal Federal não despertou teóricos e cidadãos para a necessidade de oferecer justificativas razoáveis para sua existência. Além disso, a aposta na (re)valorização do Poder Judiciário para a efetivação do projeto constitucional parece não ter sido suficiente para superar a situação de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2004) que ainda se verifica no Brasil. Todos esses fatores combinados levaram-nos a situações como aquelas ocorridas em oito de janeiro deste ano, quando o país esteve à beira de um golpe de Estado e um dos prédios mais vandalizados foi justamente a sede do Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho pretende apresentar uma abordagem no campo da Teoria Constitucional que busca desenvolver uma teoria da legitimidade do Supremo Tribunal Federal adequada ao atual quadro institucional e à história política do Brasil. Muitos juristas que se dedicam a analisar esse tema frequentemente cometem dois equívocos fundamentais: i) restringem-se à repetição de teses estrangeiras que foram elaboradas por autores que nunca tiveram o Brasil como objeto de estudo; ii) consideram a questão da "dificuldade contramajoritária" inaplicável ao contexto brasileiro ou, alternativamente, como um problema já solucionado pela teoria constitucional. Os recentes acontecimentos parecem demonstrar, de maneira definitiva, o equívoco presente na segunda afirmação. Por outro lado, o primeiro ponto apresentado nos fornece a principal justificativa para a realização desta pesquisa. Neste trabalho, busca-se propor uma teoria da legitimidade do Supremo Tribunal Federal que utilize as teorias desenvolvidas fora do Brasil como instrumento para analisar sua realidade institucional.

As teorias de dois autores serão especialmente privilegiadas para esse propósito: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Essa seleção não foi feita de forma arbitrária. Dworkin é considerado um entusiasta da atuação das cortes no exercício do controle de constitucionalidade e desenvolveu uma teoria sofisticada para demonstrar que não há objeção democrática que possa ser oposta a essa prática. Por outro lado, Waldron é o autor que melhor respondeu às construções teóricas de Dworkin. Ele rejeita as explicações oferecidas por Dworkin, sempre fundamentando-se em argumentos sólidos, e procura demonstrar que a preferência pelas cortes como autoridade decisória não se sustenta. Para tanto, ele defende a importância da legislação. Com o cuidado de evitar uma mescla teórica sem um compromisso

metodológico, este trabalho se posiciona como uma abordagem intermediária em relação às reflexões desses dois autores. Ambos, na perspectiva aqui apresentada, oferecem argumentos que, quando confrontados com as instituições brasileiras, contribuem para a construção de uma teoria sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal.

Se a concepção constitucional de democracia dworkiniana se mostra uma atrativa teoria normativa, na qual as cortes desempenham o papel de "fórum dos princípios" na proteção dos direitos individuais, ainda assim persiste a necessidade de desenvolver uma teoria funcional que legitime a existência do Supremo Tribunal Federal sem que se dependa do acerto conteudístico de suas decisões. Isso ocorre porque, mesmo diante da objetividade das questões morais, é um fato que as decisões sobre direitos serão sempre objeto de discordância por parte da sociedade. É nesse contexto que Jeremy Waldron contribui para a nossa empreitada teórica. O autor adota uma abordagem mais realista e procedimental na distribuição de funções em uma democracia. Para ele, a questão central reside em determinar, de forma puramente procedimental, quais instituições têm a responsabilidade de decidir sobre quais questões em uma comunidade política. Ao focar esse aspecto, Waldron demonstra a indispensabilidade do desenvolvimento de uma teoria da autoridade, e qualquer estudo que se proponha a analisar a legitimidade das cortes deve levar isso em consideração.

O compartilhamento de funções é a principal característica do constitucionalismo democrático e, portanto, torna-se desejável a existência de uma instância decisória adicional no ciclo deliberativo estatal. Os tribunais são, assim, uma instituição de controle. Verificaremos que essa análise de adequação à realidade política brasileira. Trata-se, portanto, de uma explicação que é menos ambiciosa do que a tese de Dworkin e completamente distinta das conclusões de Waldron, para quem a revisão judicial não apresenta fundamentos procedimentais suficientes para justificar sua existência. Essa distinção decorre da análise que será realizada sobre os principais aspectos da história constitucional brasileira, os quais requerem não apenas um constitucionalismo forte e dirigente, mas também restrições institucionais que evitem arroubos autoritários.

Buscaremos, portanto, desenvolver uma teoria da autoridade que, juntamente com uma teoria substantiva, constituirá as duas dimensões da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Demonstraremos que a experiência constitucional brasileira autoriza o desenvolvimento de uma tese que justifica uma atuação substancialmente robusta do Supremo Tribunal Federal. Nessa concepção, os dois níveis se complementam. A

legitimidade da Corte decorre de: i) uma teoria da autoridade que, baseada na realidade jurídico-política nacional, confirma a necessidade da existência do Supremo Tribunal Federal como instância de controle do poder político; ii) uma teoria substantiva na qual, aliada a uma teoria da decisão judicial, a Corte atua de modo a concretizar as aspirações constitucionais brasileiras.

A legitimidade substantiva do Supremo Tribunal Federal pressupõe a existência de respostas constitucionalmente adequadas (Streck) e uma teoria normativa de democracia que, inevitavelmente, gerará dissensos. As decisões do Tribunal, podendo ser consideradas corretas ou não no âmbito de uma teoria da decisão judicial consistente, serão objeto de discordância. Elas agradarão a uns e não a outros. Além disso, dado o grande número de casos julgados pelo Tribunal anualmente, é natural que os ministros cometam equívocos em algumas decisões, o que diminui sua legitimidade substancial. Por esse motivo, é de fundamental importância o desenvolvimento de uma teoria da legitimação funcional. Esse contexto afasta qualquer tipo de ataque teórico à existência da Corte, uma vez que, mesmo admitindo sua falibilidade em determinados momentos e os desacordos em questões morais, demonstra de maneira consistente a relevância do órgão para a democracia brasileira.

1. A BASE DO DEBATE: O APARENTE CONFLITO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

A discussão acerca da legitimidade democrática das cortes e tribunais constitucionais não é recente, mormente se considerarmos a experiência constitucional estadunidense. Com efeito, dado o pioneirismo do país que, desde 1803, confere expressamente ao Poder Judiciário a prerrogativa de tornar nulos atos normativos editados pelos demais poderes, encontramos na literatura dos Estados Unidos da América as principais justificativas e objeções ao controle judicial de constitucionalidade. Por esse motivo, um trabalho que se propõe tratar do tema não pode desconsiderar as discussões que por lá são realizadas há mais de dois séculos. O presente trabalho não foge a essa regra, uma vez que pretende refletir sobre as condições de legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no quadro da democracia brasileira, inaugurada pós-1988. É necessário, para essas reflexões, a utilização de um instrumental teórico que permita-nos compreender as nuances desse complexo tema.

Entretanto, como já referido na introdução, este texto busca romper com uma longa tradição na teoria constitucional brasileira que, salvo honrosas exceções, realiza transplantes acríticos de teorias desenvolvidas para lidar com problemas oriundos de outros sistemas constitucionais. Significa dizer que, por um lado, o debate estadunidense em muito nos interessa, seja pela similitude entre os sistemas, seja pela relativa estabilidade por eles alcançada em um contexto constitucional de mais de dois séculos. Mas, por outro lado, existem consideráveis diferenças entre o constitucionalismo norte-americano e o constitucionalismo brasileiro. Por isso, a nosso ver, é necessário que seja realizada uma filtragem hermenêutica daquilo que autores que jamais trataram das instituições políticas brasileiras prescrevem. A opção metodológica deste texto, que se relaciona diretamente com a experiência de pesquisa realizada pelo grupo ao qual este trabalho está inserido, é realizar essa filtragem com o auxílio da história.

O adágio “*historia magistra vitae*”, direta ou indiretamente, é o fio condutor deste trabalho. Eis a justificativa deste capítulo inicial. Serão apresentadas as particularidades históricas do surgimento da *judicial review* no contexto estadunidense, bem como as críticas naquele momento formuladas por Thomas Jefferson. Essa contextualização possibilitará a

compreensão dos limites históricos e geográficos das teorias atinentes à relação entre controle de constitucionalidade e democracia desenvolvidas nos Estados Unidos. Verificar-se-á, outrossim, que parte das teses que legitimam ou criticam a *judicial review* se relaciona diretamente com o sistema jurídico estadunidense, fato que deve ser considerado por todo aquele que se propõe a refletir sobre as instituições brasileiras. Além do mais, muitos dos sofisticados argumentos desenvolvidos por autores nos séculos XX e XXI já eram, em alguma medida, encontrados em textos do início do século XIX. Na parte final do capítulo, será apresentada a identificação teórica da dificuldade contramajoritária nas obras de Alexander Bickel e John Hart Ely, que, reconhecendo a existência da tensão entre constitucionalismo e democracia, formularam teorias distintas que servirão de apoio para a compreensão do debate travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

1.1. A identificação do conflito na gênese do controle de constitucionalidade³

É comum afirmar que o *leading case* que estabeleceu a possibilidade do Poder Judiciário tornar sem efeito atos normativos de outros poderes é o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em fevereiro de 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Se lida superficialmente, essa afirmação pode sugerir a ideia de que a célebre decisão de lavra do juiz John Marshall emerge de um vazio de significados constitucionais. Não obstante o fato de que o precedente sistematizou as principais características do controle judicial de constitucionalidade e lançou o mais sólido argumento em favor da supremacia judicial, a decisão de Marshall reflete um movimento constitucional que já estava em curso na Inglaterra e nas suas colônias. Em outras palavras, a decisão em *Marbury vs. Madison* não representa apenas um ponto de partida, mas a manifestação institucional de um esforço centenário de limitação do poder político. Por essa razão, antes de examinar as circunstâncias que envolveram a decisão estadunidense e suas consequências, é necessário tecer breves considerações sobre o contexto constitucional inglês que a antecedeu.

1.1.1. O *Bonham's Case* no contexto da cisão entre *jurisdictio* e *gubernaculum*

É possível afirmar que o precedente do direito inglês que mais influenciou a decisão de Marshall foi o *Bonham's Case* (*The College of Physicians vs. Dr. Thomas*

³ A inspiração para o título, bem como a sistematização de grande parte dos fatos históricos apresentados se baseiam no trabalho de Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud (2014) denominado “a gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito”.

Bonham), julgado em 1610. Além do caráter pioneiro dessa decisão, há evidências de que o juiz Marshall consultava as decisões de *sir Edward Coke*, que atuou no caso *Bonham* (TOMAZ DE OLIVEIRA; ABBOUD, 2014). Conforme será demonstrado ao longo deste tópico, a decisão representou uma efetiva limitação ao poder político por parte de um tribunal (*Common Pleas*). Já no início do século XVII, houve o reconhecimento por parte de uma corte no sentido de que um ato normativo contrário a preceitos jurídicos superiores seria nulo e, portanto, inaplicável aos julgados. Esse padrão argumentativo está intrinsecamente ligado ao sistema do *common law* e aos seus principais caracteres. Assim, para que haja uma adequada aproximação com o caso, faz-se necessário destacar algumas das características mais relevantes do sistema jurídico inglês, que criaram um ambiente institucional propício para a decisão de Coke.

Há considerável confusão terminológica nos diversos ramos do direito brasileiro quando se trata dos institutos desenvolvidos no âmbito do *common law*. Exemplo disso é a insistência de vários autores na afirmação de que as alterações no sistema processual civil brasileiro o estão aproximando cada vez mais dos sistemas inglês e estadunidense. Para esses autores, o novo sistema de vinculação de “precedentes” dos tribunais seria a incontestada prova desse movimento em direção às tradições anglo-saxônicas. Essa afirmação se mostra excessivamente problemática e, no limite, revela um profundo desconhecimento sobre as diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Isso porque o Brasil não possui – e isso não foi alterado pelo Código de Processo Civil – uma doutrina de precedentes. Na sistemática processual brasileira, são chamadas de “precedentes” determinadas espécies decisórias dos tribunais superiores que possuem pretensão de vinculação (STRECK; ABBOUD, 2015).

Essas decisões vinculantes não se compatibilizam com uma verdadeira doutrina de precedentes. Isso ocorre porque, no sistema do *common law* e, especialmente, no sistema inglês, um precedente não surge necessariamente com essa qualificação. Isto é, qualquer decisão judicial destinada a resolver um problema concreto, mesmo que proferida por um órgão julgador que não seja uma corte superior, pode se tornar um precedente. Servir de parâmetro para decisões futuras é o objetivo secundário de uma decisão judicial, mesmo no sistema anglófono:

A decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal, pois na doutrina da *res judicata* as partes não podem tornar a discutir as questões já decididas. A

segunda função da decisão judicial, característica da tradição inglesa, é estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma (STRECK, 2018, p. 32).

Uma decisão judicial proferida por um juiz ou tribunal de jurisdição ordinária pode se tornar um precedente devido ao reconhecimento pela comunidade jurídica de que essa foi a correta aplicação do direito ao caso concreto. Esse reconhecimento levará naturalmente à aplicação daquele padrão decisório a outros casos análogos. É evidente, portanto, que aquilo que aqui chamamos de “precedente” não se adequa à tradição jurídica anglófona. Apesar de ter precedentes vinculantes (*stare decisis*), os sistemas de *common law* desenvolveram mecanismos para que o juiz possa deixar de aplicar o precedente ao caso levado a seu julgamento quando considerar que a situação em questão está fora do âmbito de incidência do precedente (*distinguishing*). No entanto, ao juiz brasileiro não é conferida essa prerrogativa, uma vez que, se trata de um “precedente” vinculante, ele não pode se furtar a aplicá-lo. De tradição romano-germânica, o sistema jurídico brasileiro historicamente confere papel cimeiro à lei, de modo que nunca se desenvolveu por aqui uma verdadeira cultura que enfrente as vicissitudes advindas da criação judicial do direito.

Não há, pois, qualquer tipo de aproximação entre o direito brasileiro e o sistema do *common law*, pois é exatamente a existência de uma doutrina de precedentes o atributo essencial deste sistema:

Assim, a diferença entre *civil law* e *common law* não se resume apenas à diferente posição das fontes do direito ou então dos processos históricos de sua formação, o próprio conteúdo jurídico dos institutos apresenta sensíveis diferenças entre cada um dos sistemas. Outrossim, diferença marcante entre os dois sistemas é a doutrina de precedentes e o sistema do *stare decisis* característicos da tradição do *common law* (TOMAZ DE OLIVEIRA; ABOUD; CARNIO, 2019, p. 356).

No direito inglês, esses precedentes podem ter efeito prospectivo meramente persuasivo ou vinculante, a depender do órgão prolator da decisão. A primeira hipótese é aquela já mencionada nos parágrafos anteriores: o reconhecimento pela comunidade jurídica de que aquela decisão aplicou o bom direito ao caso concreto. Já no caso das cortes superiores, quais sejam, *Supreme Court of Judicature* e Câmara dos Lordes, suas decisões constituem precedentes obrigatórios para todos os órgãos inferiores.⁴ Nesse caso, o que vincula os juízes é a regra enunciada na decisão, chamada de *ratio decidendi*. O sentido da vinculação obriga o julgador a enfrentar o precedente, isto é, demonstrar a adequação – ou não – daquela regra anteriormente anunciada ao caso *sub judice*. Como afirmado

⁴ Trata-se do instituto do *stare decisis*, abreviação do adágio “*stare decisis et non quieta movere*” que significa, em tradução livre, “mantenha-se a decisão e não se altere aquilo que já se encontra estabelecido”.

anteriormente, se o juiz, durante esse processo interpretativo, perceber que o sentido do precedente não se aplica ao caso em análise, o precedente deverá ser afastado (STRECK, 2018).

Assumindo o risco de incorrer em simplificações que, no entanto, não prejudicam a proposta geral deste tópico, pode-se inferir, com base no que foi exposto até o momento, que o sistema do *common law*, no que toca às fontes do direito, é centrado na relação costume-precedente. Trata-se de uma tradição que remonta à primeira metade do segundo milênio, período no qual os juízes da Ilha já apresentavam uma forte inclinação para decidir com base em parâmetros fixados em decisões anteriores (STRECK, 2018). Essa afirmação não leva à conclusão de que o direito legislado (*statutes*) não tem lugar no sistema jurídico inglês. O sistema romano-germânico e sua tendência codificadora exerceram, em níveis distintos, influência na grande maioria dos sistemas jurídicos ocidentais. No entanto, enquanto nos sistemas de *civil law* o direito legislado possui centralidade enquanto fonte do direito, nos sistemas de *common law* aquilo que conhecemos como lei é fundamento complementar das decisões judiciais.⁵

A utilização dos costumes como fonte direito também é uma característica distintiva do *common law*. Entretanto, naquela tradição, “costume” não se refere a todo e qualquer hábito praticado em algum lugar do Reino. Para que determinados padrões de conduta possam ser considerados costumes, é necessário que eles reúnam duas características principais: antiguidade e generalidade. Em outras palavras, para que uma decisão judicial possa ser fundamentada por um costume, o juiz tem o ônus argumentativo de demonstrar que esse padrão é replicado em diferentes áreas do território há muito tempo:

afirmar a existência imemorial do *common law* significa dizer que a validade e a cogência de cada nova regra de direito são dependentes não da proveniência da norma (de quem a promulgou ou criou, por exemplo), mas de sua efetiva recepção e aprovação no Reino Unido (VICTOR, 2015, p. 32).

⁵ Nos últimos anos, tem sido observado um considerável aumento na atividade legiferante em países de *common law*, notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos. No caso norte-americano, houve até mesmo uma inversão no percurso argumentativo das decisões judiciais. Antes de enfrentar os precedentes que se relacionam com o caso, os juízes têm buscado o fundamento de suas decisões judiciais nos atos legislativos. Portanto, é possível afirmar que, hodiernamente, a lei e os precedentes se encontram em condição de igualdade como fontes do direito estadunidense (STRECK, 2018). No entanto, tendo em vista o caráter histórico deste tópico, as observações gerais feitas fornecem uma orientação para a compreensão da argumentação que serviu de fundamento para as decisões ora analisadas.

Esses padrões de conduta subsidiam a criação judicial do direito (*judge made law*), que faz parte de um complexo sistema que busca integrar, por meio de uma racionalidade prática, diferentes elementos jurídicos em um processo de simbiose:

Ressalte-se que essa integração de costumes, legislação e decisões judiciais que veio a definir o *common law* não é simplesmente matéria de coerência e consistência lógica, mas antes de tudo é fruto do trabalho prático, inserido em seu contexto histórico. A integração dos elementos costume, legislação e decisões judiciais é tema inerente à prática jurídica, porque apenas por meio da efetiva utilização (pelas pessoas em geral, bem como pelos profissionais do Direito e oficiais públicos) das regras e dados que surgem no sistema é que os referidos elementos vão se integrando ao ordenamento. A empreitada é também histórica em razão do fato de que somente pelo decurso do tempo pode-se ter certeza de que determinada regra ou prática foi efetivamente integrada ao *common law* (VICTOR, 2015, p. 33).

A supracitada centralidade dos precedentes evidencia a relevância política dos juízes na criação de direitos em um sistema de *common law*. Essa importância era mitigada, ao menos em tese, pela constante referência aos costumes nos fundamentos decisórios, mesmo que isso ocorresse de modo meramente simbólico. Isso se deve ao fato de que o discurso judicial vigente há séculos na Inglaterra é de que os juízes, ao decidirem um caso, estão descobrindo o direito, e não criando-o. Ou seja, não se trata de uma criação jurisprudencial, mas sim da descoberta, por parte do julgador, de padrões que já são socialmente observados desde tempos longínquos. Essa descoberta é possível graças à especialização técnica dos juízes, agentes públicos que dedicam grande parte de suas vidas ao estudo sistematizado do direito. Por isso, Sérgio Victor (2015, p. 35) afirma que o *common law* pode ser interpretado como fruto de uma “razão artificial adquirida pelos operadores do direito, treinados por meio de longas horas de estudo, observação e experiência”. Conforme se observará nos parágrafos seguintes, essa noção de descoberta jurisdicional foi fundamental para o aresto de Coke no *Bonham's Case*.

O dissídio envolvia o Dr. Thomas Bonham, médico formado pela Universidade de Cambridge, e o Colégio de Médicos (*Royal College of Physicians*), instituição criada em 1518 por Henrique VIII com o objetivo de regular o exercício da medicina na Inglaterra. Após a criação do Colégio, em 1540 foi promulgada uma lei (*Act of Parliament*) que ratificava o ato real de sua criação, conferindo diversos poderes à instituição. Entre esses poderes se notabilizava a possibilidade de punir a má prática da medicina e o exercício sem autorização da profissão. As sanções variavam desde multas à prisão. Com base nesse ato normativo, Roger Jenkins, um médico que não se submetera à autoridade do colégio, foi condenado à prisão pelo exercício ilegal do ofício. Insatisfeito com a pena, Jenkins impetrou um *habeas*

corpus perante o *Common Pleas* buscando sua liberdade sob o argumento de que sua prisão era ilegal. O Tribunal decidiu em favor do Colégio de Médicos, afirmando que a lei era clara quanto às prerrogativas do órgão e, portanto, cabia ao Tribunal apenas a verificação procedimental das prisões efetuadas pelo Colégio. Assim, estabeleceu-se um precedente (*Jenkins Doctrine*) no sentido de que os poderes concedidos pelo Rei e posteriormente pelo Parlamento ao Colégio de Médicos eram legítimos.

Décadas depois, no ano de 1605, Thomas Bonham, ao concluir o curso de medicina, requereu ao Colégio de Médicos autorização para o exercício da profissão. O órgão indeferiu o pedido de Bonham que, irredimido, continuou exercendo a medicina. Quando a situação chegou ao conhecimento do Colégio, Bonham foi multado pela prática de medicina sem a devida autorização e convocado a prestar esclarecimentos. Na ocasião, o médico contestou a autoridade do Colégio e argumentou que suas prerrogativas não se aplicavam a médicos com formação universitária (sendo que, naquela época, poucos médicos possuíam qualificação formal). Suas respostas foram consideradas indecorosas pelo presidente do Colégio de Médicos, que imediatamente decretou a prisão de Bonham por desacato.

Inconformado com a prisão que considerava arbitrária, o advogado de Thomas Bonham impetrou um *habeas corpus*, cuja apreciação era de competência do mesmo Tribunal que anteriormente havia afirmado a legalidade do ato do Parlamento que conferia o poder do órgão. O argumento central do *writ* era semelhante àquilo que Bonham defendeu perante o colégio, isto é, que seus poderes não se estendiam a médicos formados em prestigiadas universidades, vez que a finalidade da lei era coibir a prática incorreta da medicina, o que não se discutia no caso. Por outro lado, o Colégio de Médicos argumentou que a lei e a doutrina Jenkins amparavam a medida adotada pela instituição no caso de Bonham.

Em 1610, o *Common Pleas*, sob a presidência de *sir* Edward Coke, decidiu o caso de forma favorável a Bonham. Ao fundamentar sua decisão, Coke distinguiu duas espécies de autoridade conferidas ao Colégio pelo Rei e posteriormente confirmadas pelo Parlamento: i) punir a má prática da medicina, hipótese em que a pena de prisão poderia ser aplicada; e ii) punir a prática de medicina sem autorização, na qual apenas a pena de multa seria aplicada. Coke invocou a razoabilidade ao afirmar que as condutas de quem pratica medicina sem autorização e de quem administra medicamentos que prejudicam a saúde de seus pacientes são distintas em suas consequências e, portanto, requerem tratamento legal diferenciado. O juiz afirmou que era legítimo que o colégio aplicasse pena de multa a quem não se submetesse

à sua autoridade, mas o poder de aprisionar médicos só poderia ser exercido se fosse comprovada a má prática da medicina.

Para os fins que interessam a este trabalho, a parte da decisão em que Coke afirma expressamente uma limitação ao poder político do Parlamento e do Rei se encontra em um argumento secundário (*obiter dictum*). Segundo o juiz, a possibilidade que o Colégio de Médicos possui de apenar a prática de medicina sem sua autorização contraria um preceito sedimentado no *common law*, segundo o qual ninguém poderia ser juiz da própria causa. Ao permitir essa situação, o ato do Parlamento de 1540 contém cláusula absurda (*repugnant*) que não pode ser aplicada ao caso, uma vez que contraria preceitos superiores do *common law*. Veja-se que essa consideração traz uma mudança paradigmática significativa em relação à função jurisdicional:

Na referida decisão, Coke destacou que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* fará seu controle e julgá-lo-á nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, esta somente adquire validade substancial, quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juizes do *common law* (TOMAZ DE OLIVEIRA; ABOUD, 2014, p. 5).

A decisão de Coke expressa várias das características históricas do *common law*, que já foram tempestivamente descritas. Ela representa, sobretudo, a superação de um precedente que anteriormente estabelecido pelo Tribunal (*Common Pleas*), qual seja, a *Jenkins Doctrine*. É um exemplo da regra subjacente ao *stare decisis* segundo a qual um Tribunal pode, a qualquer momento, superar um precedente que ele mesmo estabeleceu. Isso evidencia a platicidade das regras jurídicas em um sistema de *common law*. Uma doutrina de precedentes busca estabelecer um delicado equilíbrio entre a estabilidade institucional e a transformação social do direito. Essa transformação, no entanto, não decorre do arbítrio do julgador. A decisão que supera determinado precedente deve demonstrar, a partir de argumentos jurídicos, as razões pelas quais aquele precedente se mostra inadequado. É necessário que a nova decisão apresente uma superioridade argumentativa capaz de alterar o curso jurisprudencial do tribunal em questão.

Além do mais, verifica-se neste embrião do controle de constitucionalidade a importância da atuação judicial para o sistema constitucional inglês. Somente em uma realidade política que historicamente confere papel “criativo” aos órgãos julgadores seria,

naquele momento histórico, aceitável a existência de uma decisão judicial que expressamente considera nulo (*void*) um ato do Parlamento que, em última instância, incorporava a vontade do Rei veiculada no ato de criação do Colégio de Médicos. E, nesse tocante, a decisão de Coke no *Bonham's Case* é de grande relevância histórica. Isso porque ela não representa somente uma limitação aos atos do Parlamento. Ela é, sobretudo, fruto de um longo embate entre *sir* Edward Coke e o Rei James I, ou seja, entre o Parlamento e a Coroa.

A decisão de Coke, ao considerar nulo um ato do Parlamento, se coloca como uma defesa da autonomia deste mesmo Parlamento frente à Coroa. Isso porque havia, segundo Charles H. McIlwain (2007), naquele contexto, um forte movimento político-jurídico no sentido de cindir *jurisdictio* (função de criar e aplicar o direito) e *gubernaculum* (função de dirigir os rumos do Estado). Nas monarquias absolutistas, que se baseavam na doutrina da soberania, essas prerrogativas se concentravam em torno da figura do rei, autoridade legítima para criar, modificar e extinguir o direito (STOLLEIS, 2011). Como àquela época não havia distinção clara entre as funções das cortes (dizer o direito) e dos parlamentos (criar o direito), ambos se colocavam no mesmo pólo dessa tensão (BOYER, 2004). Como já foi dito, a lei de 1540 que foi declarada nula por Coke com fundamento na contrariedade ao *common law* confirmava os poderes que o Rei Henrique VIII havia, em 1518, conferido ao Colégio de Médicos. O caso pode ser interpretado então, como mais um capítulo do processo de cisão entre *jurisdictio* e *gubernaculum* em território inglês (VICTOR, 2015).

A decisão de Edward Coke, como não poderia deixar de ser, abrange diversas nuances que vão além das questões puramente jurídicas. Na verdade, decisões paradigmáticas como a de Coke no *Bonham's Case* e a de Marshall no *Marbury vs. Madison* sempre surgem em meio a tensões entre as forças políticas dominantes. Por conseguinte, há um grande desacordo em relação ao significado que pode ser extraído da interpretação dos registros do caso. No entanto, com Nicola Matteucci (2010), podemos afirmar que a grande contribuição do *Bonham's Case* para o constitucionalismo contemporâneo é o reconhecimento de que os atos normativos, independentemente de sua origem, devem se compatibilizar com padrões normativos superiores. Mais do que isso, havendo incompatibilidade entre um ato normativo e as normas fundantes do sistema, o julgador deve considerá-lo nulo e afastar sua aplicação do caso concreto, atuando como um verdadeiro agente limitador do poder.

1.1.2. O caso *Marbury vs. Madison*: a solução possível para uma complexa disputa política

Após a decisão de Coke, a utilização das regras e princípios do *common law* como norma superior que limita atos editados pelos detentores do poder continuou a ocorrer na Inglaterra. Do outro lado do Atlântico, o ideal de poder limitado pelo *common law* também influenciou significativamente a experiência política das colônias britânicas na América do Norte. Durante esse período houve, mesmo que de modo excepcional, o controle por parte da metrópole sobre os atos produzidos pelas colônias. Em certa medida, esse controle se liga ao *Bonham's Case*, uma vez que as colônias britânicas eram juridicamente consideradas corporações e a decisão de Coke, ao realizar uma limitação ao poder punitivo do Colégio de Médicos, criou um precedente acerca do controle jurisdicional de órgãos e corporações. Esse tipo de atuação era expressamente autorizado por um ato do Parlamento de 1504 que permitia às corporações definir suas próprias regras de funcionamento, que, no entanto, eram submetidas a controle jurisdicional por parte dos tribunais ingleses, que poderiam decidir sobre seu conteúdo com o objetivo de proteger os cidadãos de excessos e arbitrariedades.

No caso das colônias, à medida que sua população aumentava, surgiu a necessidade de regular o seu funcionamento por meio de órgãos e leis locais. Foram criados, então, símiles de parlamentos e cortes que, entretanto, estavam subordinados com *common law*, de sorte que suas decisões poderiam ser anuladas pelos tribunais ingleses, em conformidade com o ato do Parlamento de 1504. Portanto, desde os seus primórdios, os Estados Unidos da América conviviam com uma espécie de controle do poder político realizado por tribunais com base em uma lei superior (VICTOR, 2015). No entanto, à medida que as colônias foram criando um estilo de vida próprio, distinto daquele praticado na metrópole, sua população passou a apresentar resistência às limitações à sua autodeterminação que eram impostas pela Inglaterra. Isso ocorreu porque o *common law* inglês já não correspondia completamente às demandas coloniais, e sua população deixou de se identificar com esses costumes. Como é amplamente conhecido, essas tensões se intensificaram até se tornarem a base da guerra que resultou na independência das treze colônias.

A experiência colonial foi de grande relevância quando aquelas colônias se uniram para formar uma nova nação e redigir uma constituição. Na Convenção de Filadélfia, uma das reuniões de lideranças políticas responsáveis pela redação do texto da Constituição dos Estados Unidos da América, James Madison, um dos mais proeminentes delegados presentes, já defendia que o Congresso pudesse anular leis estaduais que contrariassem a constituição em elaboração. Essa proposta, que ficou conhecida como *Legislative negative*,

foi recusada pela maioria dos delegados e substituída pela *supremacy clause*, que exigia que juízes e tribunais, em caso de conflito entre leis estaduais e o direito federal - incluindo as disposições constitucionais -, afastassem a incidência do direito estadual e dessem preferência ao direito federal. Portanto, há uma disposição expressa de controle jurisdicional de leis estaduais com base na Constituição, mas o texto é silente quanto à possibilidade de o Poder Judiciário anular atos promulgados pelo Congresso.

Entretanto, essa omissão não implica que tenha sido considerada a possibilidade de incluir, entre as competências do Poder Judiciário, a revisão judicial dos atos do Congresso. Na verdade, nos escritos federalistas, textos publicados em jornais que tinham por objetivo influenciar a população das colônias durante o período de ratificação da Constituição, já havia um debate sobre a conveniência de se conceder tal prerrogativa ao Judiciário. Esses textos são de grande interesse ao estudo do Direito Constitucional, uma vez que os argumentos ali articulados são semelhantes àqueles lançados por Marshall na decisão de 1803 e, de certo modo, também se aproximam das contemporâneas teorias sobre a *judicial review*. Alexander Hamilton, em texto de 1787, defende expressamente a possibilidade de o Judiciário controlar atos dos demais poderes:

A completa independência das cortes de justiça é particularmente essencial no contexto de uma constituição limitada. Eu considero por constituição limitada aquela que contém certas limitações à autoridade do Legislativo, como, por exemplo, não aprovar “*bills of attainder*”, leis retroativas ou coisas semelhantes. Limitações dessa natureza não podem ser preservadas na prática senão por meio de cortes de justiça, cujo dever deve ser declarar todos os atos manifestamente contrários às disposições constitucionais nulos. Sem isso, todas as reservas de direitos não teriam nenhum efeito (HAMILTON; JAY; MADISON, 1787, p. 403).⁶

O argumento de Hamilton, para aquele momento histórico, é ao mesmo tempo inovador e sofisticado. Convém recordar que o momento constitucional inaugurado nos Estados Unidos a partir de 1787 é uma das primeiras – se não a primeira - experiências de limitação do poder por meio de uma constituição escrita. O país em formação rompeu com a centenária tradição inglesa e optou por promulgar um texto constitucional que se propunha a organizar o Estado por meio de técnicas de separação de funções. O cerne do argumento reside no fato de que, uma vez que a constituição se propõe a separar as funções do Estado, há

⁶ Texto original: “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such for instance as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.”

de se ter algum tipo de controle sobre a sua observância. Esse controle, para Hamilton, deveria ser exercido pelas cortes, uma vez que legisladores não podem ser juizes de sua própria causa:

Se se afirmar que o corpo legislativo é constitucionalmente o juiz de seus próprios poderes e que o modo como ele os interpreta vincula os demais órgãos do Estado, eu responderia que essa não é a presunção natural, desde que a constituição não a declare expressamente. Não é possível supor que a constituição tenha querido permitir que os representantes do povo substituam a vontade do constituinte pela sua própria vontade. É bem mais racional supor que as cortes foram designadas pela constituição para atuar entre o povo e a legislatura, especialmente para manter essa última no limite de suas funções. A interpretação das leis é mister específico das cortes. A constituição é e deve ser, de fato, considerada pelos juizes a lei maior. E como a interpretação das leis é função das cortes, a elas cabe também determinar o sentido da constituição e de todos os demais atos do Legislativo. Se houver uma incompatibilidade inconciliável entre lei e constituição, esta deve ser respeitada por ser uma obrigação superior; em outras palavras, a constituição deve ter preferência em relação a uma simples lei, ou a intenção do povo em relação à de seus representantes(HAMILTON; JAY; MADISON, 1787, p. 404).⁷

Alexander Hamilton, em seus escritos, se mostra um entusiasta da *judicial review*, mesmo sem usar essa terminologia (STRECK, 2018). Há em seu argumento a ideia de que a Constituição é a expressão maior de vontade do povo e que, portanto, deve prevalecer sobre os desejos momentâneos de uma comunidade política.⁸ A partir disso, surge o conceito de supremacia constitucional, que é fundamental para qualquer forma de revisão dos atos legislativos pelo Judiciário. De fato, por uma questão de coerência sistêmica, a existência do controle jurisdicional somente se justifica se a Constituição é considerada uma lei

⁷ Texto original: "If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the constitution. It is not otherwise to be supposed that the constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents."

⁸ Jon Elster foi um dos precursores da ideia de constituição como instrumento pré-compromissório de uma comunidade política (ELSTER, 2013). Para ilustrar sua ideia, o autor usa como metáfora o mito "Ulisses e as sereias" de Homero. Em síntese, o poeta grego narra que, em seu retorno a Ítaca, Ulisses sabia que teria de passar por duas sereias que, com seus cantos irresistíveis, seduziam os marinheiros. Diante da situação, Ulisses fez com que todos os tripulantes utilizassem cera nos ouvidos para não ouvirem o canto das sereias, bem como pediu a Cícero o amarrasse ao mastro da embarcação e não afrouxasse as cordas sob nenhuma circunstância. Ulisses assim o fez por estar curioso quanto ao canto das sereias. De fato, ao passar pelas sereias, Ulisses fez um sinal pedindo para que fosse solto, mas a tripulação não cedeu à sua súplica. Para Elster, as constituições modernas são como os mastros em que as comunidades políticas se atam para que, em momentos de histeria e tensão, não sejam feitas mudanças nas regras basilares da sociedade. No entanto, a possibilidade de uma geração estabelecer restrições à atuação política de gerações futuras leva àquilo que se denomina de "paradoxo geracional", isto é, uma espécie de ascendência do passado sobre o presente. Para um estudo sobre a questão no quadro do constitucionalismo democrático, ver: (RODRIGUES, 2022).

superior às demais. Portanto, a importância das ideias defendidas por Hamilton é inconteste. A base de legitimidade da *judicial review*, prática política adotada por grande parte das democracias contemporâneas,⁹ já se encontra sistematizada em um texto de 1787. Mas, além do argumento lógico, Hamilton também demonstra a deseabilidade do controle judicial sob o aspecto do compartilhamento de funções do Estado:

Quem atentamente observar os departamentos do Estado irá perceber que, em um governo no qual eles são rigorosamente separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, sempre será o menos perigoso para os direitos políticos da constituição, porque é o que possui menor capacidade de ferir-los. O Poder Executivo não só confere honrarias, mas também possui o monopólio da força; o Legislativo possui poder de taxaço e cria direitos e deveres que devem ser observados por todos; o Judiciário, por outro lado, não controla a força e nem as finanças da sociedade e não pode agir ativamente. Seria verdadeiro afirmar que o Poder Judiciário não possui força nem vontade, mas tão somente juízo, que, em última instância, depende do Executivo para ser efetivado.¹⁰ (HAMILTON; JAY; MADISON, 1787, p. 402)

As longas citações acima colacionadas são essenciais para a criação de uma base-comum teórica necessária para a compreensão da proposta geral deste texto. As razões apresentadas por Hamilton sobre a necessidade de revisão judicial dos atos do Congresso constituem o ponto de partida de um longo debate que, até os dias atuais, gera dissenso teórico. A naturalização da prática sob o fundamento de que ela seria inerente a toda e qualquer atuação jurisdicional, bem como a inclusão do instituto em um quadro de compartilhamento do poder político, são fortes argumentos que ainda hoje são invocados pelos defensores da *judicial review*. De toda sorte, fato é que não houve, no texto constitucional de 1787, a expressa autorização para que o Judiciário invalidasse atos normativos contrários à Constituição. Essa possibilidade foi afirmada institucionalmente pela primeira vez em um julgado da Suprema Corte, que será analisado nos próximos parágrafos.

Tal qual no *Bonham's Case*, o caso *Marbury vs. Madison* possui conotações políticas que foram determinantes para a decisão de Marshall. Convém salientar que, à época do julgamento do *writ* (1803), os Estados Unidos ainda se encontravam no início da sua experiência enquanto nação. O democrata-republicano Thomas Jefferson era apenas o terceiro

⁹ A afirmação pode ser verificada no seguinte estudo comparativo: (TATE; VALLINDER, 1995).

¹⁰ Texto original: "Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments."

presidente empossado no infante país. Era de se esperar que uma nação que se originou da junção de treze colônias diferentes enfrentasse crises políticas nos anos subsequentes à sua unificação, e isso é exatamente o que ocorreu. A eleição de 1800, que consagrou a vitória de Thomas Jefferson, opôs dois dos pais fundadores dos Estados Unidos. O candidato do partido federalista, derrotado nas urnas, era John Adams, o então presidente do país. A vitória de Jefferson e seu partido foi acachapante, uma vez que, além de elegerem o presidente, conquistaram uma confortável maioria no Congresso.

No período de transição, compreendido entre a derrota eleitoral e a posse do novo presidente, Adams, em uma tentativa de manter alguma influência política do partido federalista nas estruturas de poder, realizou uma série de reformas estruturais no Poder Judiciário. Essa estratégia visava garantir que, mesmo perdendo o controle dos outros poderes, o Judiciário continuasse a ser uma trincheira final para o partido derrotado nas eleições. Essa manobra ficou conhecida como *Midnight Judges Act* e incluiu, entre outras medidas, a nomeação de diversas pessoas alinhadas politicamente aos federalistas para o cargo de juiz de paz, uma posição de relevância na estrutura judicial da época (SLOAN; MCKEAN, 2009). Um desses juízes era William Marbury, designado pelo ato para exercer a função no distrito de Columbia. Ocorre que, devido ao tempo exíguo e às dificuldades técnicas do início do séc. XIX, o secretário de justiça de Adams, John Marshall, não emitiu os devidos diplomas para todos os nomeados, resultando na falta de formalização da situação de Marbury.

Após assumir a presidência, Thomas Jefferson iniciou uma contrarreforma judicial com o fito de neutralizar a influência do partido federalista nas estruturas do Poder Judiciário. Nesse contexto, Jefferson se recusou a dar posse aos juízes de paz nomeados por Adams e que não haviam sido empossados. Isso deixou a situação de Marbury demasiadamente precária: embora ele tivesse sido nomeado juiz de paz para o distrito de Columbia, o secretário de justiça se recusava a empossá-lo. Diante dessa situação, Marbury impetrou uma ação mandamental (*writ of mandamus*) diretamente na Suprema Corte, possibilidade estabelecida por um ato do Congresso de 1789. Àquela altura, a Corte era presidida por John Marshall, antigo secretário de justiça de Adams que havia sido nomeado *chief justice* pelo *Midnight Judges Act*, mesmo ato que nomeava Marbury como juiz de paz.

O clima político antes do julgamento era extremamente tenso. A Suprema Corte, até então uma instituição de interesse secundário no cenário político dos Estados Unidos,

recebia indicações claras de que uma decisão que obrigasse o secretário de justiça a nomear Marbury não seria cumprida. Isso é de enorme gravidade, uma vez que, conforme as considerações de Hamilton, o Judiciário é *the least dangerous branch* justamente porque suas decisões dependem da aceitação dos outros poderes para serem concretizadas. Além disso, durante todo o ano de 1802, a Corte foi impedida por Jefferson de funcionar regularmente. Em 1803, quando as sessões da Suprema Corte foram retomadas, o juiz Marshall se deparou com um impasse de difícil resolução no caso de Marbury. Seria desafiador imaginar uma decisão que abrangesse as duas dimensões que Marshall teria que enfrentar: manter a influência política do partido federalista e não desagradar o governo do momento, de modo a não colocar em risco a própria existência da Corte.

A decisão de Marshall demonstrou grande perspicácia política por parte do juiz. Ele buscou responder às seguintes questões: i) se Marbury foi regularmente nomeado juiz de paz e, portanto, tem direito ao cargo; ii) se havia algum meio processual para que Marbury buscasse tutela jurisdicional no caso; iii) se esse instrumento seria o *writ of mandamus*; e iv) se o *writ* seria de competência originária da Suprema Corte. A decisão de Marshall é extensa e para cada uma dessas questões o *chief justice* desenvolve complexa argumentação. De todo modo, para os fins que aqui interessam, é suficiente observar que a resposta de Marshall foi afirmativa para os três primeiros questionamentos (TOMAZ DE OLVEIRA; ABOUD, 2014).

É em relação à competência originária da Suprema Corte que Marshall desenvolveu o argumento que entrou definitivamente para a história do constitucionalismo. Segundo o juiz, o ato do Congresso de 1789 que garantia a qualquer cidadão a possibilidade de impetrar o *mandamus* diretamente na Suprema Corte ampliava as competências constitucionais da Corte. No entanto, ao alargar essas competências, o ato estaria maculado pela inconstitucionalidade, uma vez que o Congresso não poderia, por meio de uma simples lei, alterar a Constituição. Sendo a lei inconstitucional, ela não poderia ser aplicada ao caso concreto. Foi com base nesse argumento que Marshall encontrou a solução para o entrevero político envolvendo Marbury. Ao afirmar que Marbury possuía direito ao cargo, mas que a Suprema Corte não poderia determinar sua posse devido à inconstitucionalidade do ato normativo que embasava o *writ*, Marshall evitou submeter a Corte ao risco de descumprimento de sua decisão por parte de Thomas Jefferson ou de seu governo. A decisão, portanto, garantiu a sobrevivência institucional da Suprema Corte (LEÓN, 2010).

A decisão de Marshall, embora não tenha sido tomada com esse propósito específico, foi o primeiro ato público a afirmar que caberia à Suprema Corte verificar a constitucionalidade dos atos do Congresso. O argumento do *justice* em muito se assemelha aos escritos federalistas de Hamilton, uma vez que Marshall sustenta que é dever da jurisdição a aplicação do bom direito (lê-se, o direito constitucionalmente adequado) e, portanto, o Judiciário não pode aplicar um ato inconstitucional a um caso concreto. Marshall também antecipa possíveis críticas ao instituto afirmando que, ao exercer a revisão judicial, a Corte age em nome do povo, protegendo os cidadãos de uma atuação ilimitada do Congresso. Institucionalmente, a possibilidade de exercer a revisão judicial contribuiu sobremaneira para a afirmação da Suprema Corte como um agente político relevante no constitucionalismo estadunidense.

Mas, apesar da notável sagacidade política, a decisão de Marshall foi alvo de críticas incisivas por parte de Thomas Jefferson. O presidente não considerava a *judicial review* uma competência intrínseca à atuação judicial e afirmava que o instituto faria com que as decisões políticas se submetessem ao despotismo de uma oligarquia (JEFFERSON, 1854). Em uma carta dirigida ao juiz Spencer Roane, Jefferson expressou a sua preocupação ao afirmar que a sua interpretação sobre a Constituição “é que cada departamento é verdadeiramente independente dos demais e possui igual direito de decidir por si mesmo qual é o significado da Constituição nos casos submetidos à sua atuação e, especialmente, naqueles casos em que deve agir em última instância e sem recursos” (APPLEBY; BALL, 2004, p. 379).¹¹ Adotando-se essa tese, a Suprema Corte seria efetivamente suprema apenas em questões estritamente judiciais (BURNS, 2009).

Jefferson considerava que ao anular um ato legitimamente aprovado pelo Congresso, a Suprema Corte estaria prejudicando a independência desse poder e impondo sua própria interpretação da Constituição, em detrimento da interpretação previamente realizada pelos representantes do povo. Em sendo a Constituição a expressão máxima da vontade popular, a definição do alcance do seu conteúdo não deveria ser definida unilateralmente. Trata-se de um forte argumento em desfavor da *judicial review* que, aliado às justificativas de Hamilton e Marshall, são o cerne da discussão sobre o aparente conflito entre controle de constitucionalidade e democracia. Surge, assim, a questão de se é aceitável, do ponto de vista

¹¹ Texto original: “My construction [i.e. interpretation] of the Constitution is very different from that you quote. It is that each department is truly independent of the others, and has an equal right to decide for itself what is the meaning of the Constitution in the cases submitted to its action; and especially, where it is to act ultimately and without appeal”.

democrático, que os tribunais tenham a última palavra sobre o significado da Constituição. Para Hamilton e Marshall, sim; para Jefferson, não.

1.2. A percepção teórica da tensão entre *judicial review* e democracia

Após a decisão de Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte exerceu considerável autocontenção na prática da *judicial review*. Foi apenas em 1857 que a corte voltou a declarar uma lei inconstitucional (STRECK, 2018). Essa autocontenção evitou reações abruptas por parte do partido democrata-republicano, que endossou as críticas formuladas por Jefferson em seu posicionamento partidário (BURNS, 2009). No entanto, com a promulgação das chamadas “emendas de reconstrução”, a Corte gradualmente se tornou mais ativa politicamente. A postura inicial de autocontenção contribuiu para o arrefecimento do debate, de modo que, quando a Corte se tornou mais ativa, a sua legitimidade já era amplamente aceita pela sociedade. Todavia, o aumento da atuação da Suprema Corte na arena política desencadeou um amplo debate acadêmico sobre as condições de sua atuação. Desde então, esse tema se tornou central para as discussões sobre Teoria da Constituição ou, na realidade estadunidense, sobre Ciência Política e Direito Constitucional.

Sob esse aspecto, o livro “*The Least Dangerous Branch*” de Alexander Bickel (1986), cuja primeira edição foi lançada em 1962, é reconhecido por seu caráter inovador. Isso ocorre porque ele faz uma releitura dos principais argumentos dos séculos XIX e XX sobre a relação entre *judicial review* e democracia, além de oferecer uma teoria normativa que deveria orientar a atuação dos *justices* ao realizar o controle de constitucionalidade. De igual forma, é da criação de Bickel o conceito de “dificuldade contramajoritária”, central para esta proposta teórica. Em vista disso, serão apresentadas breves considerações sobre o texto de Bickel e, em seguida, será estabelecido um diálogo com a tese desenvolvida por John Hart Ely, considerada um esforço no sentido de limitar a atuação da Suprema Corte a questões processuais.

Logo no início de seu livro, Bickel leva a efeito uma interpretação da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*. O autor afirma que Marshall se equivocou quando, para justificar o caráter democrático da *judicial review*, afirmou que, naquelas circunstâncias, o Poder Judiciário agiria em nome do povo. Para ele, quando o *chief justice* se refere ao povo da forma que o fez, ele acaba por obnublar o conceito:

Mas a palavra “povo”, usada dessa forma, é uma abstração. Não é necessariamente uma abstração sem sentido ou perniciososa; sempre carregada de emoção, mas não representativa – uma abstração que obscurece a realidade de que quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma lei ou um ato do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do verdadeiro povo do aqui e agora; ela exerce controle não em favor da maioria dominante, mas contra ela (BICKEL, 1986, p. 16).¹²

Ele, de certo modo, reafirma a ideia do paradoxo geracional, uma vez que, ao afirmar que a Suprema Corte agiria em nome do povo, Marshall equipara os desejos momentâneos dos cidadãos aos do momento constituinte. É justamente ao refutar esse argumento que Bickel desenvolve o conceito de “dificuldade contramajoritária”. Essa ideia pode ser resumida da seguinte maneira: se a Suprema Corte não age em nome do povo ao declarar nulo um ato do Congresso ou do Executivo, sua atuação sempre terá um déficit democrático por não acompanhar a decisão dos órgãos cuja composição é definida por sufrágio. A atuação do Poder Judiciário, ao revisar judicialmente os atos editados por outros poderes, será sempre contramajoritária. Essa prática não possui nenhuma dimensão de representatividade.

Apesar disso, avançando em sua exposição, Bickel tentará demonstrar que a dificuldade contramajoritária não é o único impasse com o qual a democracia precisa lidar. O autor afirma que todas essas dificuldades decorrem da contraposição entre a democracia e o ideal correlato de autogoverno e a realidade política concreta. Por exemplo, enquanto uma teoria normativa da democracia sempre busca a maior participação possível dos cidadãos nos processos de tomada de decisão, a realidade é que não há uma participação ativa dos destinatários do poder na maioria das decisões tomadas pelos seus representantes. Indubitavelmente, essa situação cria uma tensão entre o ideal democrático e o plano fático, tornando-se uma das dificuldades com as quais as democracias contemporâneas têm que lidar. Esse é um problema inescapável. Bickel afirma, por outro lado, que a dificuldade contramajoritária se diferencia das demais, uma vez que se trata de um órgão não eleito e, portanto, sem *accountability* eleitoral, invalidando atos emitidos por agentes democraticamente eleitos.

Essa breve exposição pode levar à compreensão equivocada de que Alexander Bickel, por meio de sua teoria, é um crítico da revisão judicial. No entanto, isso não é

¹² Texto original: “But the word ‘people’ so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.”

verdade. Na realidade, após iluminar o debate ao reconhecer a dificuldade ínsita a esse tipo de atuação dos tribunais, Bickel busca estabelecer limites que possam orientar a atuação das cortes e incrementar sua legitimidade. Em vez de ignorar a questão, Bickel decide enfrentá-la corajosamente e empreende esforços para circunscrever a atuação da Suprema Corte a determinados parâmetros que possam contribuir para a sua legitimidade democrática. Entre outras recomendações, Bickel afirma que a Corte deve decidir com base em princípios neutros que derivam da tradição jurídico-política do país. De certo modo, isso é uma reminiscência do *common law*, permitindo que o juiz "descubra" os valores fundamentais daquela sociedade. Esses princípios, uma vez aplicados a casos concretos, devem ser generalizados. Dessa forma, a atuação da Suprema Corte garantirá igualdade aos cidadãos que se encontram em situações análogas.

A existência da dificuldade contramajoritária também leva, segundo Bickel, à necessidade de que a atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade seja feita com parcimônia. É o que ele chama de “virtudes passivas” (*passive virtues*). Esse requisito estabelece que, sempre que possível, a Corte deve evitar tomar uma decisão imediata. Essa moderação proporcionaria aos juízes a oportunidade de considerar os argumentos de diversos atores da sociedade em relação à questão em análise, aumentando, assim, a probabilidade de a Corte tomar uma decisão correta. Além disso, aguardar o desenrolar dos fatos permitiria ao juiz distinguir entre situações contingentes e verdadeiros princípios neutros que devem ser aplicados aos casos. De forma resumida, de acordo com Bickel, não há uma compatibilidade *a priori* entre controle de constitucionalidade e democracia. Porém, isso não conduz à negação da legitimidade desse instituto, como pretendia Thomas Jefferson. Para Bickel, a atuação da Suprema Corte seria legítima sempre que os juízes decidissem de acordo com as recomendações por ele prescritas. O que não significa dizer que, quando as cortes decidem assim, não há dificuldade contramajoritária. Essa dificuldade pode ser mitigada, mas jamais eliminada. Ao longo deste texto, será percebido que isso é uma constante entre os vários autores que abordam o tema. De uma forma ou de outra, a maioria dos juristas que tratam do assunto busca domesticar esse animal selvagem da política que é o controle de constitucionalidade.

Assim como Bickel, John Hart Ely procura estabelecer as fronteiras de legitimidade da Suprema Corte. Não obstante os textos se assemelharem em seus objetivos, a proposta metodológica e o instrumental utilizados pelos autores são completamente diferentes, assim como as conclusões às quais chegaram. Ely fundamenta a sua tese,

considerada procedimentalista¹³ ou minimalista, na história constitucional dos Estados Unidos e na experiência de um século e meio de decisões da Suprema Corte. Logo no início de “democracia e desconfiança” (2010), Ely empreende uma batalha com o objetivo de demonstrar que a divisão sedimentada entre as posturas interpretativas denominadas de interpretacionismo e não interpretacionismo é ilusória. Ele afirma que seu objetivo é apresentar uma terceira via entre essas correntes teóricas, que, segundo ele, são impraticáveis. O interpretacionismo, em certa medida, assemelha-se ao originalismo/textualismo. Vale dizer, é uma postura interpretativa que se pretende fiel ao texto da Constituição e à vontade de seus redatores (*founding fathers*). Por outro lado, o não interpretacionismo argumenta que, em sua atividade interpretativa, os juízes não podem se limitar ao que foi expressamente previsto no texto constitucional.

Os defensores dessa abordagem teórica baseiam-se no caráter bicentenário da Constituição de 1787, de forma que as transformações sociais ocorridas nesse hiato temporal devem ser levadas em consideração no processo de interpretação. Deveria ser realizada, portanto, uma interpretação que atualizasse o sentido do texto constitucional. Semelhante ao que Bickel propõe, essa atualização de sentido deveria ocorrer por meio de princípios neutros não verificáveis no texto constitucional, mas que servem de alicerce para a comunidade política. Ely não equipara interpretacionismo à autocontenção judicial e ao conservadorismo político, e disassocia o não interpretacionismo do progressismo. Para ele, essas posturas interpretativas podem levar a decisões consideradas tanto conservadoras quanto progressistas. O ponto central, para ele, não é o resultado das decisões, mas sim a pretensa fidelidade ao texto da Constituição:

O que distingue o interpretacionismo do seu oposto é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição. Que essa inferência completa não pode ser encontrada na Constituição – porque o caso em questão nem sempre foi previsto – é algo que ambos os lados concordam (ELY, 2010, p. 4).

¹³ A divisão das teses sobre a função das cortes em procedimentalistas e substancialistas foi proposta pela primeira vez por Luiz Werneck Vianna (2014) e se tornou comum em escritos sobre Teoria da Constituição no Brasil. Ao longo deste trabalho, por razões didáticas, às vezes recorreremos a essa classificação. No entanto, é importante ressaltar que não consideramos essa categorização como o melhor método de análise do problema. A primeira razão para isso é que a classificação de Vianna representa um pensamento dicotômico e simplificador, que acaba colocando autores com teses consideravelmente distintas no mesmo eixo teórico. Além disso, essa dicotomia pressupõe que procedimentalismo e substancialismo são incompatíveis e autoexcludentes. No entanto, Lenio Streck (2004) acerta quando afirma que todo autor considerado substancialista é, na verdade, além-procedimentalista. Não há, portanto, uma incompatibilidade apriorística entre procedimentalismo e substancialismo.

Para demonstrar a impraticabilidade de ambas as posturas, Ely realiza uma excursão pela história institucional estadunidense. Para o autor, da perspectiva democrática, o interpretacionismo parece aproximar-se mais do ideal de autogoverno, que é o aspecto central do constitucionalismo norte-americano. Isso porque, ao menos no plano retórico, os juristas interpretacionistas emulam Hamilton e Marshall ao afirmar que, ao anular um ato normativo, a Suprema Corte apenas faz valer a vontade do povo que estabelecida na Constituição. Diante dessa situação, John Ely dedica todo o primeiro capítulo à comprovação do argumento de que uma interpretação da Constituição que leve em conta somente o seu texto e a vontade dos *founding fathers* é impossível.

Uma das razões dessa impossibilidade é o fato de que a gramática constitucional opera com conceitos extremamente abstratos, especialmente nas declarações de direitos. A título exemplificativo, seria desafiador imaginar uma realidade na qual a proibição de “penas cruéis e desproporcionais” não gerasse uma disputa interpretativa. Além disso, mesmo reconhecendo que o contexto de elaboração da Constituição aponta para trilhas interpretativas legítimas, a captação da intenção dos constituintes não passa de uma utopia. Uma vez que os delegados se encontravam em convenções, a maior evidência de suas intenções enquanto grupo se encontra no próprio texto ali aprovado e posteriormente ratificado pelos estados-membros. A captura das diversas intenções individuais presentes naquele momento é inviável e, até certo ponto, desnecessária. Essas duas razões fazem com que o interpretacionismo sirva como um engodo para ocultar os juízos morais efetivamente realizados pelos juízes. Para Ely, essa imposição de valores por parte do Poder Judiciário não seria compatível com o espírito da democracia estadunidense.

Se até uma postura interpretacionista entra em rota de colisão com o ideal de autogoverno, o não interpretacionismo eleva ainda mais a tensão. Partindo da afirmação de que o texto constitucional não contém todos os sentidos necessários para a sua aplicação aos casos concretos, a tese não interpretacionista opta por conferir aos juízes a função de descobrir os valores fundamentais da sociedade e aplicá-los a esses casos. Trata-se, como já referido, de uma decorrência do *common law*, sistema jurídico no qual a distinção entre juízes e legisladores não é tão proeminente. Ocorre que Ely não considera ser possível que qualquer pessoa realize um processo de descoberta dos valores fundamentais da sociedade. Para ele, sempre que um juiz alega fazê-lo, está impondo seus próprios valores. Dessa forma, naturalizar a adoção de uma postura não interpretacionista tem como decorrência necessária permitir que um grupo de aristocratas imponha seus próprios valores à sociedade como um

todo. Em vista disso, Ely demonstra ceticismo em relação à ideia de princípios neutros, uma vez que a sua descoberta por parte de qualquer ser humano comum seria impossível:

Mesmo se supusermos – por autocontraditória que seja essa suposição – que *existe* um consenso que contradiz a decisão de nossos representantes eleitos, ainda assim restaria o argumento, suficiente por si só, de que esse consenso não é passível de ser descoberto, pelo menos não pelos nossos tribunais (ELY, 2010, p. 84).

A mencionada dificuldade/impossibilidade de encontrar princípios efetivamente compartilhados por toda a sociedade coloca os órgãos representativos em posição mais adequada do que as cortes. Devido ao fato de seus membros terem que enfrentar os eleitores periodicamente, o Congresso ou mesmo o Executivo tomariam decisões mais alinhadas com a vontade das pessoas em um determinado momento. Mas, com Ely (2010, p. 91), pode-se afirmar que “é descabido empregar juízos de valor da maioria para proteger as minorias dos próprios juízos de valor das majorias”. Há, aqui, um argumento em favor da atuação das cortes. Devido a seu isolamento político, os juízes tendem a proteger mais as minorias do que os órgãos representativos. Existem, portanto, argumentos favoráveis e contrários à *judicial review*. Qual seria então a função da Suprema Corte na democracia norte-americana?

Ely afirma que a imposição dos valores subjetivos dos juízes não é a única solução para os problemas decorrentes da interpretação da Constituição. Seguindo a metodologia empregada em todo o texto, Ely busca demonstrar sua teoria a partir de casos da Suprema Corte. Ao analisar sua atuação durante o período conhecido como Corte Warren, notabilizada pela afirmação de direitos das minorias, o autor afirma que o ativismo que a ela se atribui resulta da sua atuação no campo processual em geral. O conceito de processo utilizado aqui é mais abrangente do que o conceito empregado na prática jurídica brasileira. Processo, para Ely, engloba tanto o processo subjetivo quanto os procedimentos democráticos previstos na Constituição. Portanto, as decisões da Corte Warren não poderiam ser interpretadas como uma imposição de valores individuais, mas sim um ajuste nos procedimentos democráticos que não garantiam a devida isonomia a todos os cidadãos.

Essas decisões visavam reduzir as desigualdades fáticas que impediam o funcionamento adequado do sistema democrático, pois obstruíam os “canais de mudança política” ao impedir a representação de certos setores da sociedade. Como exemplo, a famosa decisão do caso *Brown vs. Board of Education* não seria uma imposição de valores individuais, mas sim a garantia da isonomia processual entre negros e brancos. Nesse tocante:

Não nos chamam a considerar se este ou aquele valor substantivo é excepcionalmente importante ou fundamental, mas sim se a oportunidade de participar quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meios desses processos foi restringida de modo indevido. (ELY, 2010, p. 102)

Ely fundamenta sua visão processual de democracia por meio da análise da Constituição de 1787. O autor observa que o texto original se ocupava de questões eminentemente processuais que, juntamente com a separação das funções do Estado, constituíam o que podemos chamar de “engenharia constitucional” (SARTORI, 1996). Essas disposições seriam o cerne da Constituição, isto é, a sua finalidade primordial. Segundo ele, o mesmo pode ser afirmado em relação às emendas posteriormente promulgadas, com exceção de alguns dispositivos que expressavam valores específicos e que não tiveram êxito social e humanitário (por exemplo, a escravidão e a lei seca):

A Constituição norte-americana, portanto, em sua maior parte, é e sempre foi uma Constituição propriamente dita, cuja preocupação principal são as questões constitutivas. O que a distingue, e o que de fato distingue os próprios Estados Unidos, é um processo de governo, não uma ideologia dominante. (ELY, 2010, p. 118)

Para John Ely, a simples garantia de participação igualitária no processo eleitoral (*input*) seria capaz de assegurar a participação de todos nos resultados do processo político (*output*). O autor afirma que uma maioria nunca poderia apropriar-se completamente dos benefícios do processo político. Isso ocorre porque o conceito de “representação virtual” deriva da cláusula de igual proteção estabelecida na Constituição dos Estados Unidos, o qual conecta os interesses dos representantes, dos representados e dos grupos sub-representados, uma vez que todos vivem na mesma nação. Portanto, todas as pessoas, em maior ou menor grau, estariam sujeitas aos custos e aos benefícios das decisões políticas. Isso impediria tratamentos discriminatórios injustificados, já que o ônus político seria distribuído igualmente entre todos os cidadãos. No entanto, caso esse ônus afetasse apenas grupos minoritários, seria justificável a atuação da Suprema Corte para garantir a igualdade em relação aos custos do processo político.

Resumidamente, a tese de Ely atribui à Suprema Corte a função de garantir a igualdade entre os cidadãos. Ao atuar com esse objetivo, suas decisões não seriam incompatíveis com a democracia e com o ideal de autogoverno. Na verdade, ao equiparar processos subjetivos e processos democráticos, Ely coloca os juízes em uma posição privilegiada para corrigir as desigualdades resultantes da democracia, uma vez que eles são agentes públicos que dedicam suas vidas ao estudo e à atuação em processos. Além disso, seu

isolamento político contribuiria para a missão de corrigir falhas no sistema representativo do país, uma vez que os juízes não são selecionados por esse mesmo sistema. Assim como Bickel, Ely é um defensor da atuação da Suprema Corte, mesmo em situações consideradas por muitos como limítrofes, como foi o caso da Corte Warren, desde que a Corte observe a sua verdadeira finalidade institucional.

2. RONALD DWORKIN: A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA E O FÓRUM DOS PRINCÍPIOS

A obra de Ronald Dworkin é, indubitavelmente, uma das mais amplas e complexas na teoria do direito. Como autor fundamental para o debate sobre o papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, Dworkin foi produtivo ao longo de décadas, de modo que uma compreensão adequada de suas teorias requer a articulação de diversos conceitos desenvolvidos ao longo de sua carreira. Esses conceitos formam um glossário bastante peculiar, que precisa ser apresentado com uma certa pretensão de completude. Portanto, antes de abordar a conhecida teoria dworkiniana de que as cortes são o "fórum dos princípios" e as suas teses sobre interpretação jurídica, é necessário estabelecer uma base-comum teórica em relação à sua concepção de democracia. Essas dimensões do pensamento de Dworkin estão intrinsecamente ligadas, tornando impossível apresentá-las separadamente sem comprometer o compromisso teórico-metodológico deste trabalho. Por isso, o primeiro tópico deste capítulo será dedicado à exploração de sua concepção constitucional de democracia. Em seguida, serão feitas considerações sobre suas críticas ao positivismo jurídico e, finalmente, será apresentada sua concepção do papel dos tribunais em uma democracia.

2.1. Dificuldade contramajoritária?

A regressão histórica feita no capítulo anterior demonstrou que, desde o seu nascedouro, o controle de constitucionalidade enfrenta objeções relacionadas ao seu suposto caráter antidemocrático. Com efeito, ao longo de mais de dois séculos, tem havido um

desconforto teórico em relação à atuação do Poder Judiciário ao anular decisões políticas tomadas por outros poderes. Um exemplo disso é a tese mencionada de Alexander Bickel, que, apesar de reconhecer que o Poder Judiciário é o menos perigoso dos poderes e que a revisão judicial é uma prática necessária, considera que ela entra em conflito com os ideais democráticos nos quais o constitucionalismo estadunidense se baseia. Portanto, sempre que o Judiciário anula um ato normativo criado pelos representantes do povo, age como uma instância limitadora da democracia e do ideal de autogoverno. Devido a esse conflito, foram desenvolvidas diversas teorias que advogam pela necessidade de o Poder Judiciário adotar uma postura de autocontenção nessas situações. Há autores que, diante do caráter antidemocrático da *judicial review*, vão ainda mais longe e defendem a completa abolição desse instituto.¹⁴

Buscando compreender os fundamentos da objeção democrática ao controle judicial de constitucionalidade das leis, Ronald Dworkin afirma que as constituições contemporâneas possuem dois tipos de disposições: estruturais e substantivas ou abrogatórias. As disposições estruturais se referem aos procedimentos que disciplinam o exercício do poder político, enquanto as disposições substantivas impõem limites materiais aos atos do Estado. Dworkin argumenta que, embora as disposições estruturais possam ser consideradas antidemocráticas em certos contextos,¹⁵ as principais objeções ao controle judicial de constitucionalidade residem nas hipóteses em que juízes declaram nulos atos normativos por supostamente contrariarem as disposições abrogatórias da Constituição. Isso ocorre devido à natureza aberta dessas disposições constitucionais, o que levanta a

¹⁴ Dentre os autores contemporâneos que defendem a abolição do controle jurisdicional de constitucionalidade – ou ao menos uma radical alteração no quadro de competências da Suprema Corte estadunidense, diminuindo sua interferência nas decisões políticas – está Mark Tushnet. O professor de Harvard, antes de mitigar suas posições e admitir um “controle fraco” de constitucionalidade, possuía uma postura de completa deferência às escolhas políticas. Para a constituição estaria mais bem protegida pelos cidadãos, por meio de seus representantes, do que por um pequeno grupo de intelectuais não eleitos. Nas palavras de Tushnet “No doubt, a self-enforcing Constitution would only imperfectly advance the Constitution’s values, because the incentives politicians have are not perfect: The Constitution is not perfectly incentive-compatible. Unfortunately, judges are not perfect either. They will make mistakes, or respond to imperfect incentives. So a judicially enforced Constitution will only imperfectly advance the Constitution’s values too. The real question is which of these two imperfect ways of organizing a government gets us closer to what we want. The case for self-enforcement is stronger than our current legal culture thinks it is” (TUSHNET, 2000, p. 108). Em texto recente, Mark Tushnet segue defendendo uma tese contrária à *judicial review*, propondo algo que podemos chamar de “constitucionalismo popular” (TUSHNET, 2020). O constitucionalismo popular refere-se a um grupo de teorias que afirmam que a interpretação da constituição deve ser realizada precipuamente pelos cidadãos afetados pelas decisões políticas e, em sua substância, é contrário à ideia de controle judicial de constitucionalidade (KRAMER, 2004).

¹⁵ Exemplo dado pelo autor é uma disposição estrutural que limita o sufrágio a um pequeno grupo de cidadãos (DWORKIN, 1990).

preocupação de que os juízes, em suas decisões, substituam a vontade popular representada pela decisão política tomada por órgãos majoritários por suas próprias concepções morais.

Importa ressaltar que as objeções à *judicial review* não repousam somente no fato de que juízes não são eleitos, uma vez que, nas complexas democracias contemporâneas, diversos detentores do poder político não são diretamente eleitos por sufrágio (por exemplo, Ministros de Estado, Presidente do Banco Central, etc.). Na visão de Dworkin, o cerne do argumento em desfavor do controle de constitucionalidade reside na prescrição segundo a qual, em uma democracia, a maioria deve governar. Por outro lado, as cortes constitucionais são, por definição, contramajoritárias. Logo, espera-se que sua atuação, em situações de normalidade institucional, limite as deliberações majoritárias. Nas palavras do autor: “então a *judicial review* não é antidemocrática excepcionalmente ou quando está funcionando mal, como ocorre nas outras instituições, mas antidemocrática regularmente e quando funciona bem” (DWORKIN, 1990, p. 325).¹⁶

Diante dessa situação, algumas respostas foram propostas e Dworkin buscou demonstrar a insuficiência de cada uma delas. A primeira, baseada na premissa de que a Constituição é antidemocrática, afirma que a proteção dos direitos individuais é mais importante do que a vontade da maioria. Segundo Dworkin, essa tese contraria as bases nas quais uma comunidade deve tomar decisões caso se proponha democrática. Outra resposta encontrada na história constitucional estadunidense é uma tentativa de mitigar o caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade ao apelar para a "vontade" dos founding fathers, uma abordagem interpretativa conhecida como originalismo ou interpretacionismo. Dworkin considera essa solução contraditória, uma vez que, se os redatores da Constituição tivessem querido impor suas próprias concepções morais, assim teriam o feito expressamente. Ademais, essa abordagem interpretativa tende a levar a interpretações extremamente conservadoras. Na visão do autor, a resposta mais interessante para o problema é a tese desenvolvida por John Hart Ely. No entanto, mesmo a construção teórica de Ely apresenta limitações na proteção de direitos. Isso porque nem todos os direitos previstos na Constituição – expressamente ou implicitamente – podem ser considerados disposições estruturais e, portanto, não seriam passíveis de defesa por parte do Poder Judiciário se essa concepção fosse adotada (DWORKIN, 1990).

¹⁶ Texto original: “So judicial review is not just undemocratic exceptionally or when it is working badly, as other institutions are, but undemocratic steadily and when it is working well”.

Dworkin afirma que todas essas teses e objeções decorrem de uma espécie de confusão semântica. Essa confusão decorre do fato de que a ideia de dificuldade contramajoritária se baseia em um conceito de democracia que não representa as exigências morais sobre as quais se fundam os Estados Unidos da América. O autor destaca que existe, indiscutivelmente, um ideal democrático subjacente à história política estadunidense. No entanto, é necessário examinar qual dos conceitos possíveis de democracia melhor se ajusta à tradição constitucional do país. Para ele, a simples afirmação de que a democracia é o governo do povo não oferece uma resposta conceitualmente satisfatória para o problema. Ele buscará, então, construir um conceito de democracia para que se verifique a efetiva existência de uma contradição axiológica entre constitucionalismo e democracia.

Inicialmente, Dworkin constata que a democracia, tal qual outras formas de governo, se baseia na ação coletiva. É o tipo de ação coletiva que irá determinar o conceito de democracia que melhor satisfaz as exigências morais de uma determinada comunidade. Nesse contexto, verifica-se que o conceito de democracia que fundamenta a objeção ao controle de constitucionalidade é puramente majoritário, baseado em uma ação coletiva estatística. Entretanto, ao adotar o constitucionalismo, os Estados Unidos qualificaram sua democracia para além dos procedimentos puramente majoritários. Isso não significa negar a importância das deliberações majoritárias para Dworkin, mas sim reconhecer que uma decisão política não pode ser considerada democrática simplesmente por ter sido tomada por representantes eleitos (DWORKIN, 2010b). Dworkin defende, portanto, uma concepção constitucional de democracia baseada em uma ação coletiva comunal:

A concepção constitucional, em resumo, adota a seguinte atitude perante o governo majoritário. Democracia significa um governo sujeito a determinadas condições – podemos chamá-las de “condições democráticas” – de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, as decisões dessas instituições devem ser, por essa razão, aceitas por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e respeito são deficientes, não pode haver nenhuma objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem mais as condições democráticas (DWORKIN, 1996, p. 17).¹⁷

A concepção constitucional de democracia, conforme destacado, baseia-se em uma forma de ação coletiva que Dworkin denomina de comunal, em contraposição à ação

¹⁷ Texto original: “The constitutional conception of democracy, in short, takes the following attitude to majoritarian government. Democracy means government subject to conditions – we might call these the “democratic” conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better”.

coletiva estatística. A diferença entre esses dois tipos de ação coletiva será abordada no próximo tópico. Em seguida, serão apresentadas as condições estabelecidas por Dworkin para a ocorrência da ação coletiva comunal em um determinado contexto político. A adoção de uma concepção constitucional de democracia supera todas as objeções ao controle de constitucionalidade com base em seu caráter contramajoritário. Isso se deve ao fato de que, segundo essa concepção, majoritário e democrático não são adjetivos coincidentes. O trecho acima demonstra que, para Dworkin, há situações em que a deliberação majoritária produzirá resultados antidemocráticos e vice-versa. Isso é de fundamental importância para a discussão acerca do papel das cortes e tribunais constitucionais. Essas instituições são contramajoritárias - e devem ser assim em qualquer contexto político - mas isso não implica que suas decisões sejam antidemocráticas. Como veremos, para Dworkin, o que torna as decisões políticas (incluindo as decisões judiciais) democráticas não é necessariamente a adoção de um procedimento majoritário, mas sim o fato de que o conteúdo da decisão trata todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

2.1.1. Ação coletiva estatística e comunal

Tendo como ponto de partida o fato de que a democracia é o governo do povo, é notório que as ações em um governo democrático serão sempre coletivas. Segundo Dworkin, essas ações podem ser subdivididas em ações coletivas estatísticas e ações coletivas comunais. Na primeira situação, a ação do grupo como um todo é resultado dos atos individuais da maioria dos membros do grupo. Aqui, não há qualquer entidade coletiva distinta dos próprios membros do grupo, apenas ações individuais de cada indivíduo que, somadas, direcionam o grupo em determinada direção. Não há qualquer senso de pertencimento ou dimensão coletiva subjacente aos atos individuais, pois eles são praticados com o objetivo exclusivo de obter benefícios pessoais. Por outro lado, a ação coletiva comunal não se limita à somatória de ações individuais. Nessa hipótese, o grupo é um ente que se distingue do indivíduo, uma vez que seus integrantes, em seu conjunto, formam uma entidade supraindividual distinta. As ações não são isoladas, mas interconectadas, formando um resultado que se difere da soma das ações de cada membro do grupo. O indivíduo, nesse caso, age conscientemente como parte de um grupo, com a percepção de que sua atitude fará parte de um todo.

Nesta perspectiva, há de se indagar a respeito de qual seria o tipo de ação coletiva próprio das democracias contemporâneas. Isso tem enorme relevância prática. Se o ideal

democrático se baseia em uma ação coletiva estatística, as decisões tomadas devem ser fruto dos interesses de cada cidadão individualmente considerado. As decisões políticas seriam uma espécie de cálculo matemático que leva em consideração aquilo que a maioria dos cidadãos deseja naquele momento. De outra banda, se se afirmar que a democracia requer uma ação coletiva comunal, as decisões políticas devem ser tomadas pelo povo enquanto ente distinto dos indivíduos considerados em separado. Isso implica o compartilhamento de certos ideais e a noção de que a ação dos indivíduos gera uma decisão política que vai além da simples soma de atos individuais. Nas palavras de Dworkin:

A ação coletiva é estatística quando o que o grupo faz é tão somente uma questão de uma função, seja ela específica ou aproximada, daquilo que os membros do grupo individualmente considerados fazem por conta própria, ou seja, sem o senso de estar agindo como grupo. (...) A ação coletiva é comunal, por outro lado, quando ela não pode ser reduzida apenas a uma função estatística da ação individual, porque é coletiva no sentido mais profundo, exigindo que os indivíduos assumam a existência do grupo como um ente ou fenômeno distinto (DWORKIN, 1990, p. 329).¹⁸

Na tentativa de ilustrar o que seria uma ação coletiva comunal, Dworkin menciona o exemplo da culpa que os alemães sentem pelo terror nazista. Eles não se sentem culpados pelo que outros alemães fizeram, mas sim pelo que a nação à qual eles se identificam fez. Essa culpa, portanto, não depende de uma contribuição individual específica, bastando ser alemão para que o indivíduo se considere corresponsável pelo ocorrido. Com base em John Rawls, Dworkin apresenta um segundo exemplo: o da orquestra. Nenhum músico, por si só, é capaz de executar uma sinfonia, uma vez que isso requer uma ação coletiva. Essa ação coletiva é comunal, pois a sinfonia não é simplesmente a soma de performances individuais. Para que uma sinfonia possa ser executada com excelência, é necessário que cada músico contribua para a atuação do grupo como um todo, ou seja, como membro de uma entidade maior do que o próprio indivíduo (DWORKIN, 1990).

Conforme já mencionado, a existência de uma tensão entre constitucionalismo e democracia depende da adoção de uma concepção estatística de democracia. Dworkin afirma que os principais argumentos a favor dessa concepção puramente majoritária de democracia estão relacionados aos principais princípios morais das revoluções burguesas: igualdade, liberdade e fraternidade. No entanto, esses argumentos morais pressupõem a adoção de um conceito comunal de democracia e, por essa razão, não são capazes de justificar a preferência

¹⁸ Texto original: “Collective action is statistical when what the group does is only a matter of some function, rough or specific, of what the individual members of the group do on their own, that is, with no sense of doing something *as* a group. (...) Collective action is communal, on the other hand, when it cannot be reduced just to some statistical function of individual action, because it is collective in the deeper sense that does require individuals to assume the existence of the group as a separate entity or phenomenon”.

por uma concepção estatística de democracia (DWORKIN, 1996). Nesse ponto, Dworkin buscará demonstrar que a opção por um conceito comunal de democracia não compromete as dimensões da liberdade e da igualdade e, mais do que isso, que representa a concretização desses ideais.

2.1.2. Liberdade e igualdade política

Dworkin começa questionando se a adoção de mecanismos contramajoritários representa uma limitação à liberdade dos indivíduos. Essa liberdade, a toda evidência, está ligada à ideia de autogoverno, ou seja, à capacidade de uma determinada comunidade política governar a si mesma e tomar decisões políticas. Isso corresponde ao que Isaiah Berlin chama de liberdade positiva e Benjamin Constant chama de liberdade dos antigos (DWORKIN, 1996). A liberdade positiva, ou liberdade dos modernos, refere-se à proibição de que o Estado pratique ingerências na vida privada das pessoas. Portanto, se admitirmos que os mecanismos não majoritários comprometem a liberdade, estaríamos afirmando que o constitucionalismo sacrifica parte da liberdade positiva a fim de preservar a liberdade negativa dos indivíduos. Essa é uma afirmação que pressupõe uma visão estatística de democracia que, segundo Dworkin, não faz sentido. Isso porque, nas sociedades contemporâneas, a capacidade de influência individual é tão pequena que não se pode afirmar propriamente que o indivíduo mantém preservada a sua liberdade positiva. Então, a existência de mecanismos contramajoritários não representa uma restrição à liberdade individual.

Dworkin sustenta que a ideia de liberdade positiva somente faz sentido nas democracias contemporâneas se for compreendida sob uma perspectiva comunal. Nessa concepção, a relação ocorre entre o governo e o conjunto de cidadãos como um todo, e não entre o governo e cada cidadão individualmente considerado. Por conseguinte, a liberdade positiva ainda estaria conservada:

Na acepção comunal, por sua vez, o argumento recuperaria sua força. Nesta leitura, a liberdade não se mede pela relação entre governo e cidadãos, mas entre governo e toda a cidadania, entendida coletivamente como ente autônomo e orgânico. O povo, assim, seria livre porque governa a si mesmo, apesar de, no sentido estatístico, cada indivíduo não exercer plena liberdade de autogoverno. A realização da liberdade dos antigos residiria, para os modernos, na democracia. Pensamos que somos livres quando aceitamos a decisão da maioria como nossa. Exceções impostas à maioria transgrediriam essa suposição, seriam custos sofridos pela liberdade (MENDES, 2008, p. 56).

Ligada a essa noção está a ideia de que os indivíduos devem se sentir parte integrante do conjunto de cidadãos, mesmo que não tenham efetivamente contribuído para a

decisão tomada. Em certo sentido, trata-se de uma necessidade, mesmo na hipótese da adoção de uma concepção de democracia puramente majoritária. Como já foi dito, o poder de influência de um único indivíduo é muito diminuto. Além disso, dado que sempre haverá "perdedores" em tomadas de decisão majoritárias, a pequena influência dos cidadãos exige que eles aceitem o resultado dos processos majoritários. Na perspectiva comunal, o sentimento de pertencimento dos indivíduos só será possível se as instituições políticas concederem a cada um igual consideração e respeito. É essa igualdade de tratamento que permite aos cidadãos, mesmo quando não tiveram a oportunidade de contribuir para a formação da decisão ou quando discordam dela, aceitarem-na como se tivesse sido tomada por eles mesmos. Sem isso, não há possibilidade de uma concepção constitucional de democracia.

Resta saber, e isso é uma questão fundamental para Dworkin, se a previsão de procedimentos majoritários seria contraditória com esse sentimento de pertencimento e, conseqüentemente, se não seria compatível com uma concepção constitucional de democracia. Em outras palavras, existe alguma razão para supormos que instituições contramajoritárias tomarão decisões que ampliem o sentimento de pertencimento do indivíduo na comunidade? Segundo Dworkin, não há. No início do tópico, já foi mencionado brevemente que, para ele, não há incompatibilidade entre a previsão de procedimentos majoritários e a concepção constitucional de democracia. No entanto, os procedimentos majoritários se limitam a ser apenas uma forma de tomada de decisões. Eles podem produzir resultados justos – e muitas vezes o fazem –, mas também podem gerar decisões que não tratem os indivíduos com a mesma consideração e respeito. Nessas situações, não seria motivo de lamento, sob a perspectiva democrática, a atuação de uma instituição contramajoritária no sentido de restabelecer o status de igualdade entre os cidadãos. Toda a preocupação de Dworkin está voltada para o resultado, independentemente do procedimento adotado para alcançá-lo.

Dworkin passa, então, a analisar se o afastamento da premissa majoritária representa um custo à igualdade dos cidadãos. Trata-se da igualdade no sentido político, uma vez que outras dimensões da igualdade não seriam afetadas pela adoção ou não de procedimentos majoritários de tomada de decisão. Em outras palavras, o autor irá verificar se e em que medida a igualdade política entre os cidadãos seria prejudicada quando decisões sobre questões de princípio¹⁹ fossem tomadas por órgãos contramajoritários. De imediato, é

importante afirmar que Dworkin adota uma leitura da igualdade no sentido comunal, ou seja, uma interpretação que exclui a ideia de que a igualdade política entre os cidadãos deve ser considerada em termos individuais. Ele irá concluir que nenhum conceito de democracia, seja ele estatístico ou comunal, é capaz de proporcionar uma igualdade política genuína entre os cidadãos. Para tanto, ele buscará demonstrar que os conceitos de igualdade relacionados a uma visão estatística são indesejáveis ou impossíveis de serem alcançados na prática política das democracias complexas (DWORKIN, 1990).

Dworkin começa questionando a ideia de igualdade enquanto igualdade de poder político. Segundo essa concepção, somente haveria uma verdadeira democracia se todos os cidadãos, considerados individualmente, tivessem o mesmo poder político. Se esse for o conceito adotado, apenas a concepção estatística de democracia fará sentido, uma vez que a garantia de igualdade de poder político apenas poderia ser operacionalizada pela regra “uma pessoa, um voto”. Essa forma de igualdade abrange várias dimensões que são observadas em diferentes momentos do processo de tomada de decisões. Poder-se-ia analisar a igualdade política em sua dimensão procedimental ou de *input*, que se refere à ideia de que cada cidadão, pelo menos em teoria, tem a mesma oportunidade de influenciar nas decisões políticas. Uma vez que a igualdade de participação (*input*) é respeitada, forma-se uma maioria estatística que delibera sobre as questões em comum. Essa espécie de igualdade “recomenda um sistema político no qual a maioria é livre para privar as minorias da outra parte daquilo que a igualdade requer, que é uma participação igualitária nos resultados e no governo” (DWORKIN, 1990, p. 331).²⁰ Ou seja, a despeito de todos os cidadãos possuírem o mesmo peso no voto, os resultados do processo político (*output*) seriam aproveitados apenas pela maioria dominante.

Essa situação leva a um paradoxo: a igualdade procedimental conduz necessariamente à desigualdade nos resultados do processo político. Para lidar com esse paradoxo, Dworkin busca compreender a igualdade em outras duas dimensões, desta vez considerando a relação entre indivíduos: igualdade horizontal e igualdade vertical. Enquanto esta se refere à relação entre os cidadãos e os agentes políticos, sejam eles eleitos ou não, aquela trata da relação entre os próprios indivíduos. Para que haja efetiva igualdade política entre os cidadãos, as duas dimensões devem ser satisfeitas. Somente a igualdade horizontal,

¹⁹ A esse respeito, ver item 2.2.2.

²⁰ Texto original: “recommends a political system in which a majority is free to deprive minorities of the other part of what equality requires, which is an equal stake as well as an equal part in government”.

para Dworkin, não é suficiente para cumprir os requisitos normativos da democracia, pois mesmo em regimes totalitários pode-se observar igualdade entre os cidadãos. Por outro lado, não há qualquer tipo de arranjo institucional possível que garanta igualdade vertical em uma democracia representativa. A própria ideia de representação pressupõe que, na determinação das decisões políticas, os representantes possuirão maior poder do que os representados.

Portanto, até o momento, o estado da arte é o seguinte: a igualdade de entrada gera desigualdade quanto aos resultados do processo político, e, na tentativa de melhor compreender esse paradoxo, verificou-se que a igualdade horizontal é insuficiente e a igualdade vertical é inviável. Para lidar com essa situação, Dworkin propõe mais uma distinção: impacto e influência. O impacto está relacionado ao princípio de que o voto de todos os cidadãos tem o mesmo peso na eleição de representantes. Já a influência adiciona complexidade à igualdade, uma vez que se refere à capacidade de certos cidadãos influenciarem outros a compartilhar de suas visões políticas. Haveria igualdade de influência quando nenhum cidadão pudesse influenciar outras pessoas ou grupos a votar de acordo com suas próprias concepções. Se a igualdade de impacto no plano vertical é impossível em uma democracia representativa, no plano horizontal ela é insuficiente para caracterizar efetivamente um regime democrático. A democracia requer outras garantias, de modo que a mera observância da regra "uma pessoa, um voto" não assegura a existência de um sistema democrático: “mas isso em nada justifica uma suposição central que fazemos sobre a democracia, na qual a democracia requer não apenas o sufrágio universal, mas também a garantia da liberdade de expressão e associação, assim como outros direitos políticos e liberdades” (DWORKIN, 1990, p. 333).²¹

Diante da negação de que a igualdade possa ser entendida como igualdade de impacto, podemos questionar se a igualdade política requer igualdade de influência entre os cidadãos e entre estes e seus representantes. No plano vertical, mais uma vez, não parece possível prever um sistema em que o representante possa alinhar sua atuação política com o que a maioria de seus eleitores pensa em determinado momento, e sofrer sanções caso não siga essa orientação. Por um lado, nenhum representante possui um meio para verificar a posição da maioria dos seus eleitores acerca de determinado tema. De fato, devido à complexidade dos temas debatidos e das características da vida contemporânea, a maioria dos

²¹ Texto original: “But it does nothing to justify a central assumption we make about democracy, which is that democracy requires not only widespread suffrage but freedom of speech and association, and other political rights and liberties, as well.”

eleitores sequer possui opinião sobre a grande maioria das decisões tomadas por seus representantes. Por outro lado, não é viável anular completamente as concepções individuais dos representantes. Na verdade, Dworkin afirma ser salutar a existência de um processo de simbiose entre as concepções políticas dos representantes e dos representados. Nesse contexto, as opiniões dos representantes não seriam tão somente a manifestação exata do que pensam os seus representados, mas também influenciariam a opinião destes com suas próprias concepções políticas.

No plano horizontal, por outro lado, Dworkin afirma que a igualdade de influência pode parecer sedutora. Mas, para ele, os argumentos em favor dessa espécie de igualdade não são exatamente políticos. Pode-se argumentar que é injusto que certas pessoas tenham mais poder político simplesmente por serem mais ricas e, portanto, fazer um apelo à igualdade. A partir dessa afirmação, surgem duas posições defensáveis. A primeira delas é que toda e qualquer desigualdade de influência entre os cidadãos é injusta e, por essa razão, deve ser coibida. Outro argumento viável se baseia na afirmação de que as desigualdades econômicas são uma fonte ilegítima de desigualdade de influência e, portanto, não devem ser permitidas. As duas posições conduzem a conclusões muito diferentes: no primeiro caso, uma pessoa que se dedica à política, à oratória e ao estudo das questões comuns não poderia ter maior influência do que outros cidadãos que não se interessam por esses temas; por outro lado, se forem condenadas apenas as fontes ilegítimas de desigualdade de influência, esse mesmo cidadão poderia ser considerado legitimamente um líder e, portanto, possuir maior influência nas deliberações políticas.

Frente a essa situação, Dworkin afirma que o que causa incômodo no fato de pessoas muito ricas possuírem maior influência nas decisões políticas é a profunda desigualdade social como um fator ilegítimo de diferenciação entre os cidadãos, mas que fatores legítimos, como no exemplo apresentado acima, são próprios da democracia e até desejáveis. O que se condena aqui, afinal, não é a desigualdade de influência, mas sim o fato de essa desigualdade ter sido gerada por uma má distribuição de recursos econômicos. Há um deslocamento da igualdade política para a igualdade econômica. Nesse prisma, a igualdade de influência não seria, por si mesma, um ideal a ser perseguido; devem ser anuladas apenas as fontes ilegítimas de desigualdade política. A desigualdade legítima entre os cidadãos não é censurável, pois os cidadãos disputam argumentativamente diferentes concepções de bem comum, e aqueles que apresentam argumentos morais mais adequados terão, por essa razão,

maior influência política. Isso faz parte da própria democracia e é uma consequência do respeito à liberdade dos cidadãos.

Resumidamente, até esse ponto, Dworkin chegou às seguintes conclusões: i) a igualdade política meramente procedimental leva à desigualdade quanto ao proveito dos resultados; ii) a igualdade de impacto e influência no plano vertical é impossível em uma democracia representativa; iii) a igualdade de impacto no plano horizontal não atende aos requisitos da democracia; e iv) a igualdade de influência no plano horizontal não é um ideal desejável em uma democracia. Essas afirmações podem ser assim sintetizadas: Dworkin rejeita uma concepção de igualdade política entendida como igualdade de poder. Qual seria, então, o conceito de igualdade que se adeque ao mesmo tempo às exigências morais da democracia e às características das comunidades políticas contemporâneas?

Dworkin propõe uma leitura da igualdade política sob a perspectiva comunal. Nesse contexto, não haveria igualdade de poder, mas sim igualdade de *status* entre os cidadãos. Ele retoma, então, os requisitos de igual consideração e respeito. A igualdade política, assim compreendida, não seria comprometida pelo fato de que os representantes possuem maior poder do que os representados, bem como pelo fato de que alguns cidadãos têm maior influência do que outros no debate político. O que garante a igualdade política entre os cidadãos é o fato de que as decisões são tomadas com vistas a garantir a cada um deles igual consideração e respeito. O conteúdo da decisão política é o que realmente importa, e não o procedimento adotado para chegar a ela. Nesse sentido, a igualdade política também não seria prejudicada caso as cortes anulem atos emitidos por outros poderes. Pelo contrário, se o que realmente importa é o conteúdo da decisão, na hipótese de os representantes eleitos tomarem uma decisão que não concede a todos os cidadãos igual consideração e respeito, sua anulação por parte de um órgão contramajoritário estaria reestabelecendo a igualdade política entre os cidadãos.

Aqui, os procedimentos majoritários garantiriam apenas uma pequena dimensão da democracia: a igualdade de impacto entre os cidadãos. No entanto, ainda assim esses procedimentos são parte integrante da democracia e, portanto, não são descartados por Dworkin. Grande parte das questões deve ser decidida por órgãos representativos, uma vez que eles asseguram igualdade de impacto para todos. Não obstante, se esses órgãos falharem em garantir o conteúdo substancial da democracia aos cidadãos, não seria motivo de lamento a atuação de uma corte ou tribunal invalidando essa decisão política. De acordo com essa

construção teórica, haveria uma coincidência conceitual entre liberdade positiva, entendida nos termos ora apresentados, e igualdade política. Justamente por isso, as considerações feitas sobre o eventual prejuízo à liberdade que poderia resultar da adoção de mecanismos não majoritários também se aplicam à igualdade política. A relação entre Estado e cidadãos nunca pode ser considerada de forma individual, razão pela qual o foco, para Dworkin, é a igualdade de resultados (*output*), mesmo que ocasionalmente a igualdade procedimental possa ser prejudicada de alguma forma.

2.1.3. Pressupostos da ação coletiva comunal

Poder-se-ia objetar que, ao adotar a teoria da ação comunal, um sistema político tenderia ao totalitarismo. Isso ocorreria porque as considerações feitas até o momento podem levar erroneamente à conclusão de que a concepção constitucional de democracia dworkiniana implica na supremacia do Estado sobre o indivíduo. Ao prescindir, em certas situações, da regra da maioria, a ideia de filiação moral do indivíduo poderia levar ao sufocamento de sua liberdade individual. Teme-se, em outras palavras, que o indivíduo seja obrigado a aceitar qualquer tipo de decisão política tomada pelo Estado. Entretanto, essa interpretação não se adequa à concepção constitucional de democracia de Ronald Dworkin. Para rebater essas críticas, o autor apresenta alguns princípios que devem ser observados para que a ação coletiva comunal possa ser uma solução viável em uma determinada comunidade. Esses princípios possibilitam a integração entre os indivíduos e o grupo, e descartam qualquer interpretação da ação coletiva comunal que suponha a anulação da esfera de julgamento individual.

De pronto, é relevante destacar um ponto fundamental da obra de Dworkin: todas as suas teorias são desenvolvidas sob o pano de fundo do liberalismo político (GUEST, 2012). Não faria sentido, mesmo em uma análise perfunctória, que a sua concepção de democracia permitisse a instalação de um regime totalitário. É uma contradição em termos. Dworkin esclarece esse ponto por meio da distinção entre responsabilidade e julgamento:

A ação comunal não depende de uma prioridade ontológica da comunidade sobre o indivíduo, mas sim de um certo tipo de atitudes compartilhadas entre os indivíduos. Quais atitudes? A resposta é complexa e requer um conjunto de distinções. Sempre que agimos de forma consciente, com a sensação de que o que fazemos é importante e pode ser bem ou mal feito, implicitamente fazemos duas suposições sobre a unidade de ação em jogo. Nós assumimos, em primeiro lugar, uma determinada unidade de responsabilidade, segundo a qual é a pessoa ou o grupo a quem se atribui o mérito ou demérito, conquista ou fracasso da ação, e, em segundo lugar, uma determinada unidade de julgamento, que significa que a pessoa ou o grupo cujas

convicções sobre o que é certo ou errado são apropriadas para nós usarmos na realização dessa avaliação (DWORKIN, p. 335).²²

Se fosse adotada uma teoria da ação coletiva estritamente estatística, a responsabilidade de cada indivíduo seria aplicada apenas às suas próprias ações. Isto é: a responsabilidade individual seria limitada às ações ou omissões realizadas pelo próprio indivíduo. Contudo, ao adotar uma teoria da ação coletiva comunal, a responsabilidade individual também é afetada. Sob essa diferente concepção, o indivíduo não se sente responsável apenas pelas suas próprias ações e omissões, mas também pelas ações e omissões de todo o grupo ao qual ele se considera filiado. É o caso já mencionado dos alemães que, mesmo não tendo nascido durante o regime nazista, se sentem responsáveis pelos horrores praticados pela nação alemã. Mesmo sem qualquer conduta individual que justifique a responsabilidade, o simples fato de pertencer a um determinado grupo é suficiente para responsabilizar o indivíduo. O indivíduo se torna responsável tanto por suas próprias ações e omissões quanto pelas decisões coletivas, mesmo que não tenha participado ativamente delas.

A diferença entre responsabilidade e julgamento conduz outra distinção conceitual: ação comunal monolítica e ação comunal integrada. Na ação coletiva comunal integrada, há uma responsabilidade coletiva, decorrência do afastamento em relação à ação coletiva estatística. Entretanto, os indivíduos do grupo conservam uma autonomia individual de julgamento, que não é suplantada pela coletividade. Mesmo considerando a decisão coletiva como sua própria, ainda é facultado ao indivíduo realizar julgamentos morais sobre a deseabilidade dessa decisão. Por outro lado, na ação coletiva comunal monolítica, as duas dimensões - responsabilidade e julgamento - são questões coletivas. Ao indivíduo não restaria sequer a possibilidade de julgar as decisões coletivas tomadas. O grupo se autojulga. Para Dworkin, essa não é uma solução adequada. A autonomia de julgamento individual deve ser preservada.

Em face do que já foi exposto, percebe-se que a concepção constitucional de democracia adiciona complexidade à máxima de que a democracia é o governo do povo. Para Dworkin, não é suficiente apenas ter procedimentos democráticos, que, vale ressaltar, são

²² Texto original: “communal action depends not on the ontological priority of community over individual, but on a certain kind of shared attitudes among individuals. Which attitudes? The answer is complex, and requires a set of distinctions. Whenever we act self-consciously, with a sense that what we do is important and can be done well or badly, we implicitly make two assumptions about the unit of action in play. We assume, first, a particular unit of responsibility, by which I mean the person or group to whose credit or discredit, achievement or failure, the action redounds, and, second, a particular unit of judgment, by which I mean the person or group whose convictions about what is right or wrong are the appropriate ones for us to use in making that assessment.”

importantes e destinados a lidar com grande parte das questões cotidianas da vida em comunidade. Ao buscar conciliar responsabilidade coletiva com julgamento individual, um regime democrático deve observar pelo menos três princípios para promover a filiação moral do indivíduo à comunidade: participação, reciprocidade e independência.

O princípio da participação refere-se à capacidade dos indivíduos de uma determinada comunidade de influenciar nas decisões coletivas. Uma parte dessa exigência é satisfeita por meio do sufrágio universal, eleições periódicas, representação adequada, entre outros mecanismos. No entanto, a participação não se limita apenas à participação eleitoral dos indivíduos. Como afirmado repetidamente, a existência de procedimentos não majoritários é aceita naturalmente por Dworkin. Portanto, outra exigência decorrente do princípio da participação está relacionada à atuação efetiva do indivíduo na comunidade. Ele deve desempenhar um papel no corpo comum e, além disso, ser tratado como igual em relação aos outros membros desse corpo. Além disso, para que os cidadãos possam verdadeiramente fazer parte da comunidade e influenciar nas decisões comuns, é necessário garantir a todos o respeito às liberdades individuais. O grupo não pode suprimir, por exemplo, a liberdade de expressão e de associação de seus membros.

No entanto, apenas a observância do princípio da participação não é suficiente para tornar possível a ação coletiva comunal. É necessário que haja reciprocidade entre o grupo e o indivíduo, ou seja, deve haver também algum grau de igualdade nos resultados do processo político. As decisões políticas devem tratar todos os membros do grupo com igual consideração e respeito, pois somente assim eles se sentirão pertencentes à comunidade. Portanto, ao decidir sobre qualquer assunto, o Estado deve levar em conta o impacto daquela decisão em relação a todos os indivíduos, não permitindo a segregação de grupos ou pessoas dos resultados do processo político. Se o princípio da participação se refere à dimensão procedimental da democracia, o princípio da reciprocidade se preocupa com a distribuição dos ônus e benefícios das decisões políticas. Isso não significa que todas as pessoas serão afetadas da mesma maneira pelas decisões, uma vez que isso é uma meta impossível de alcançar. O que o princípio da reciprocidade exige é que a situação dos indivíduos seja considerada e que todos sejam tratados igualmente como cidadãos. Como se percebe, ao unir os dois princípios, Dworkin dissolve a distinção entre procedimento e substância. Uma verdadeira democracia deve satisfazer ambas as exigências.

Por fim, na esteira do que já foi descrito, a ação comunal integrada busca conciliar o julgamento individual com a responsabilidade coletiva. Em outras palavras, os cidadãos devem se considerar parte de um empreendimento coletivo quando confrontados com uma decisão política, mesmo que não concordem com o resultado. No entanto, eles têm o direito de criticar e buscar, de maneira institucional, promover mudanças naquela decisão com a qual não concordam. Com o princípio da independência, evita-se que a teoria da ação comunal suprima a esfera individual dos cidadãos. A integração do indivíduo à comunidade requer a preservação de suas concepções de moralidade política.

2.2. O Fórum dos Princípios e a leitura moral da Constituição

Conforme o exposto no item anterior, a tese de Dworkin sobre a democracia apresenta uma inovação significativa no debate sobre a dificuldade contramajoritária. Enquanto Bickel e Ely, cada um à sua maneira, reconhecem uma incompatibilidade apriorística entre constitucionalismo e democracia e estabelecem teses para circunscrever a atuação dos tribunais dentro de certos parâmetros, Dworkin derruba essas teorias ao conciliar as restrições antimajoritárias com a democracia. A atuação dos tribunais, objeto deste trabalho, jamais seria motivo de comprometimento democrático se o conteúdo de suas decisões contribuir para a integração do indivíduo à comunidade. Mas, considerando que tanto os parlamentos quanto os tribunais coexistem em uma democracia, surge a questão sobre a diferenciação entre as funções de cada um deles no quadro democrático. Qual seria, então, a função dos tribunais e dos parlamentos em uma democracia entendida em sua concepção constitucional? Existe uma teoria de interpretação adequada às exigências morais da democracia? Este tópico se dedicará a esclarecer essas questões.

2.2.1. A empreitada de Dworkin contra o positivismo jurídico: o debate com Herbert Hart

Em casos difíceis,²³ isto é, em situações para as quais o direito não oferece uma resposta clara e objetiva, como deve o juiz decidir? Para Herbert Hart, diante de um caso difícil, é concedida ao juiz a possibilidade de decidir discricionariamente (HART, 2009). Isso significa que, na ausência de uma regra específica que regule o caso, o juiz deve criar posteriormente um padrão decisório e aplicá-lo ao caso concreto. De maneira similar à proposta de Hans Kelsen (2006), o conceito de direito de Hart resume-se a um sistema de

²³ Sobre a inadequação paradigmática da cisão entre casos fáceis e casos difíceis, ver (STRECK, 2011). De todo modo, dado o caráter descritivo deste capítulo, não há prejuízo epistemológico em assim classificá-los.

regras que podem ser observadas a partir da análise das práticas sociais. Dworkin irá contestar essas teorias positivistas²⁴ nesse aspecto. Para ele, a ausência de regras não seria uma justificativa para a discricionariedade judicial. Isso ocorre porque ele redefinirá a relação entre direito e moral ao apontar para a existência de outro padrão normativo que fundamenta as decisões judiciais: os princípios. Portanto, mesmo quando não há uma regra aplicável ao caso, o juiz deve buscar construir uma decisão com base em princípios de moralidade política. Dworkin defende a tese de que, para todos os casos, existe uma resposta correta,²⁵ mesmo que em certos momentos essa resposta não possa ser demonstrada. Como veremos nos próximos parágrafos, a existência de uma resposta correta altera significativamente as teorias sobre a função jurisdicional, uma vez que os juízes têm a responsabilidade de buscar, de maneira franca, os direitos das partes:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que juristas e juízes sensatos irão divergir sobre direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos (DWORKIN, 2010b, p. 127).

O debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin teve início com a publicação, em 1967, do artigo "O Modelo de Regras I", posteriormente incluído como o segundo capítulo do livro "Levando os direitos a sério" (DWORKIN, 2010b). Nos anos seguintes, o texto de Dworkin foi objeto de um intenso debate e recebeu várias objeções de autores positivistas

²⁴ O positivismo jurídico é um fenômeno complexo e heterogêneo, de sorte que não se pode falar apenas em um positivismo, mas sim em diversas teorias positivistas. Com efeito, Lenio Streck afirma que “quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade que foi se forjando ao longo dos séculos” (STRECK, 2020, p. 263). Esses positivismos “têm um ponto em comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista. As proposições descritivas produzidas pelo positivismo, em sua pretensão de negar qualquer tipo de metafísica (no sentido ontoteológico da palavra, é claro), tratam a verdade como uma adequação do intelecto ao objeto: com Smilg Vidal (2016, p. 47-48), podemos dizer que, nesse paradigma, o mundo é compreendido como um conjunto de substâncias que possuem determinadas propriedades. A função do intelecto humano consistiria, basicamente, em captar essa realidade e expressá-la usando a linguagem como ferramenta” (STRECK, 2020, p. 265).

²⁵ Lenio Streck desenvolve o conceito de “resposta constitucionalmente adequada”. Partindo do caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica, Streck afirma que, assim como na filosofia a “descoberta” da linguagem levou à superação do esquema sujeito-objeto, no direito um texto jurídico deve sempre estar em conformidade com outro que lhe é superior: a Constituição. Portanto, a ideia de “verdade” no direito sempre se relaciona com a tradição constitucional. Uma interpretação constitucionalmente adequada pode ser considerada, em termos gadamerianos, autêntica, ao passo que uma interpretação inconstitucional é inautêntica: “a autenticidade da interpretação exsurgirá da possibilidade de o jurista/intérprete *apropriar-se* do que foi compreendido. A *apropriação do compreendido* passa a ser a sua condição de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetivante representado por esse *habitus dogmaticus* (o sentido comum teórico dos juristas, que, efetivamente, representa aquilo que se pode denominar ‘tradição inautêntica do direito). O *poder apropriar-se* é a chave para *escancarar as portas do mundo inautêntico do direito*” (STRECK, 2011, p. 348).

(RAZ, 1972). Em 1994, na segunda edição de "O Conceito de Direito" (2009), Hart acrescentou um pós-escrito em resposta às críticas de Dworkin, que por sua vez produziu uma réplica em 2004, posteriormente inserida em "A Justiça de Toga" (2010a). É evidente, portanto, que se trata de um amplo debate, talvez o mais influente na Teoria do Direito no século XX. Por isso, importa ressaltar a observação de Scott Shapiro de que esse debate deve ser interpretado como algo dinâmico, uma vez que ambos os autores foram ajustando suas teorias para lidar com as críticas ao longo do tempo (SHAPIRO, 2007). Aqui será feita uma tentativa de sintetizar os principais argumentos apresentados por Hart e Dworkin, com o objetivo de proporcionar uma leitura sistemática da obra deste último.

O positivismo, na leitura dworkiniana, se baseia em três pontos fundamentais:

i) O direito de uma comunidade pode ser identificado por um critério específico baseado em testes que não se ligam ao seu conteúdo, mas sim ao seu *pedigree* ou a maneira pela qual foi adotado ou criado; ii) o direito se resume a um conjunto de regras jurídicas válidas, de modo que se a solução de um determinado caso não estiver expressamente contida nesse conjunto de regras (porque nenhuma se mostra apropriada, ou porque aquelas que se mostram apropriadas são vagas ou por qualquer outra razão) ele não será decidido pela aplicação da lei. O caso deverá ser decidido por alguma autoridade, como um juiz, exercendo sua discricionariedade; iii) dizer que alguém possui uma "obrigação jurídica" é o mesmo que dizer que seu caso se amolda a uma regra jurídica válida que o obriga a fazer ou deixar de fazer algo (SHAPIRO, 2007, p. 6).²⁶

Com efeito, a descrição que Dworkin faz do positivismo se baseia em grande medida na obra de Herbert Hart.²⁷ Isso se deve ao fato de que a teoria de Hart sobre o fenômeno jurídico é fortemente dependente do conceito de "regra", como afirma Dworkin na passagem anteriormente citada por Shapiro. Para Hart, é impossível realizar uma descrição adequada do direito sem identificar as regras jurídicas que regem a comunidade. Essas regras podem ser divididas em duas categorias: primárias e secundárias. As regras primárias impõem deveres jurídicos aos indivíduos, ou seja, determinam o que eles devem ou não fazer de forma necessária. Por outro lado, as regras secundárias "outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados" (HART, 2009, p. 105). Elas permitem que as pessoas criem, extingam ou modifiquem as regras primárias. Segundo Francisco José Borges Motta:

²⁶ Texto original: "(1) 'The law of a community can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed.' (2) 'The set of these valid legal rules is exhaustive of 'the law,' so that if someone's case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seem appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by 'applying the law.' It must be decided by some official, like a judge, 'exercising his discretion.'" (3) 'To say that someone has a 'legal obligation' is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something.'"

²⁷ Dworkin afirma que a obra de Hart é "o mais claro exemplo da teoria positivista" e a "mais influente versão contemporânea do positivismo" (DWORKIN, 2010b, p. 11 e 74).

As regras secundárias surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas regras primárias. Hart ilustra seu argumento propondo que o leitor imagine uma comunidade primitiva onde houvesse, apenas, regras primárias: uma estrutura social sem poder legislativo, juízes ou qualquer tipo de agente público. Haveria, somente, regras de conduta de caráter costumeiro identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade. A partir das deficiências dessa estrutura é que Hart pretende demonstrar a necessidade de se introduzir as regras secundárias (MOTTA, 2021, p. 124).

A inexistência de regras secundárias pode resultar em uma série de situações indesejáveis, como, por exemplo, a falta de sanções para os transgressores, a impossibilidade de alteração institucional das regras primárias e a indefinição em relação ao conteúdo das normas válidas. Portanto, os sistemas jurídicos contemporâneos, devido à sua complexidade, compostos de regras primárias e secundárias. Essa composição possibilita a constante adaptação das regras primárias às necessidades sociais, o estabelecimento de sanções para indivíduos que agiram contrariamente às disposições das normas primárias e a determinação de quais regras sociais possuem validade jurídica.

É com o objetivo de solucionar o problema da validade das regras jurídicas que Hart desenvolve o conceito de “regra de reconhecimento”. Ao considerar que as normas primárias estabelecem padrões de conduta para os cidadãos, surge a seguinte questão: como as autoridades, cujas prerrogativas são conferidas por normas secundárias, podem determinar quais regras de conduta fazem parte do sistema jurídico? A resposta de Hart é a regra de reconhecimento. Ela é o critério pelo qual uma autoridade pública deve avaliar a validade de determinados padrões de conduta. Se esses padrões forem válidos, ou seja, se forem normas primárias e, portanto, compuserem o sistema jurídico, as autoridades investidas pelas normas secundárias poderão aplicar sanções quando de seu descumprimento. Por outro lado, os padrões de conduta que não “passarem no teste” não são juridicamente válidos. Veja: há, aqui, um método segundo o qual se avalia o *pedigree* da regra, isto é, sua proveniência e apoio por parte da comunidade. Por conseguinte, a teoria de Hart possui um forte caráter empírico. Para ele, o fenômeno jurídico é uma questão de fato e se baseia na aceitação social das regras:

A resposta de Hart pode ser resumida da seguinte maneira. Os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento constitui uma regra social e impõe um dever. Suponhamos que um grupo de igrejeiros siga a seguinte prática: (a) todo homem tira o seu chapéu antes de entrar na igreja; (b) quando lhe perguntam por que tira o chapéu, ele se refere à “regra” que exige que ele proceda assim; e (c) quando alguém esquece de tirar o chapéu ao entrar na igreja, é criticado e até mesmo punido pelos demais. Nessas circunstâncias, de acordo com Hart, as condições para a prática de uma regra que impõe deveres estão satisfeitas. A comunidade “tem” uma regra

social que estabelece que os homens não devem usar chapéu na igreja e essa regra social impõe um dever (*a duty*) de não usar chapéu na igreja. Essa regra, ao criar um dever, retira a questão relativa a usar ou não usar chapéu na igreja da esfera mais geral das questões que podemos debater em termos do que é recomendável que façamos (*ought to do*). A existência de uma regra social é, portanto, a existência do dever, é simplesmente uma questão factual (DWORKIN, 2010b, p. 80).

Apesar de extensa, a transcrição acima sintetiza a importância da pressão social nas teorias de Hart e seu consequente empirismo. Para que essa pressão seja exercida, é necessário que as regras sejam compartilhadas entre os indivíduos. No exemplo mencionado, é necessário que os homens compreendam o seu dever de tirar o chapéu ao entrar na igreja. Depreende-se disso que o conteúdo das regras constitutivas de uma determinada comunidade é transmitido por meio da linguagem, conceito fundamental para Hart. Dependente da linguagem que é, a aplicação do direito pode ser prejudicada pela vagueza ou ambiguidade das regras. Segundo Hart, essas situações não podem ser eliminadas por meio do uso de cânones interpretativos, uma vez que eles também dependem de conceitos linguísticos. Por isso, quando as regras são ambíguas ou omissas em relação às situações cotidianas, é facultado ao intérprete utilizar a discricionariedade para decidir (HART, 2009). Deslocando-se a questão para as autoridades judiciais, ainda que elas devam aplicar tão somente as regras que tenham sido previamente reconhecidas pela sociedade, a transmissão do seu conteúdo necessariamente irá gerar ambiguidades interpretativas que deverão ser solucionadas por critérios de livre escolha do julgador.

O modo como Hart lida com a inevitabilidade da linguagem confere um grande poder aos juízes, que em uma miríade de situações podem decidir com base em critérios de sua escolha. A utilização de argumentos nos quais uma das partes possui um direito que deve ser observado pela outra, muitas vezes, não passa de um engodo, uma vez que é o próprio órgão julgador que retroativamente cria uma regra com base em sua livre convicção. Esse ponto é um dos centros da discordância que Dworkin apresenta em “O Modelo de Regras I” (DWORKIN, 2010b). Ele afirma que a existência de um outro padrão decisório que, assim como as regras, vincula as decisões dos juízes. Trata-se dos princípios. Assim, a atividade jurisdicional não se restringiria à aplicação de regras válidas, mas também deve obedecer ao caráter vinculante dos princípios. A adesão aos princípios decorre da necessidade de se considerar, no ato decisório, padrões de moralidade política que sejam justificados no âmbito de uma teoria moral compartilhada (DWORKIN, 1986).

A existência dos princípios como padrões decisórios vinculantes está diretamente relacionada à concepção constitucional de democracia apresentada anteriormente. Conforme

já mencionado, a ideia de democracia segundo Dworkin se baseia na integração entre o indivíduo e a comunidade, de forma que as decisões políticas, incluindo as judiciais, devem tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração. Dentro de uma teoria democrática abrangente como a de Dworkin, não seria admissível que juízes estabelecessem padrões decisórios retroativamente sem considerar a existência ou não de um direito judicialmente pleiteado. Portanto, a questão central em qualquer disputa são os direitos dos cidadãos, sendo moralmente imperativo buscar esses direitos. Reconhecendo a insuficiência das regras como único instrumento de afirmação de direitos, Dworkin passa a reconhecer a existência dos princípios, que também poderão enunciar direitos dos cidadãos. Há, portanto, uma conciliação entre a função judicial e as exigências morais do conceito de democracia desenvolvido por Dworkin.

A introdução de um outro tipo de padrão decisório gera, pelo menos, dois problemas: o primeiro deles diz respeito à distinção entre regras e princípios; o segundo se refere à existência de uma potencial contradição entre essas duas formas normativas. Sobre a diferença entre regras e princípios, Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 201) afirma que:

Não há uma cisão radical entre regras e princípios que estão, de modo permanente, implicados na prática interpretativa que é o direito. Há uma diferença entre regra e princípio porque quando nos ocupamos das controvérsias jurídicas e procuramos argumentar para resolvê-las, somos levados a nos comportar de modo distinto quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios. Há um elemento transcendente nos princípios, porque quando argumentamos com eles sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerente (re)construído, que, todavia, sempre se dá como pressuposto em todo processo interpretativo.

Verifica-se, portanto, uma complementariedade entre regras e princípios. Tanto a aplicação de regras quanto a aplicação de princípios demandam que a interpretação jurídica ocorra a partir de uma *framework* moral. Isso porque os princípios servem de sustentáculo das regras. Conforme será destacado posteriormente, argumentos que afirmam que a introdução dos princípios como padrões decisórios vinculantes permite que juízes se baseiem exclusivamente em seus conceitos morais não fazem sentido. Isso decorre de que, segundo a argumentação de Dworkin, os princípios promovem o fechamento do sistema jurídico (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008). O conceito de princípio de Dworkin surge exatamente para responder às teorias positivistas que dão azo à discricionariedade judicial.²⁸ Eis a importância

²⁸ O autor privilegiado nos textos de Dworkin, pelas razões já expostas, foi Herbert Hart. No entanto, vários autores positivistas incorrem no mesmo equívoco, qual seja, o de não enfrentar a questão da decisão judicial como elemento central de uma teoria do direito. Exemplo disso é Hans Kelsen, grande expoente do positivismo no século XX, que no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito afirma que o direito positivo não possui

deste tópico para o presente trabalho: promover uma aproximação junto ao conceito de princípio apta a subsidiar as reflexões que serão desenvolvidas. Por fim, conforme já mencionado, importa destacar que o debate de que trata este tópico não se encerrou com as objeções de Dworkin ao positivismo hartiano. Efetivamente, trata-se de um debate longo e que merece grande dedicação de teóricos do direito. No entanto, esta breve excursão se presta aos fins a que se dedica este trabalho.

2.2.2. A distinção entre argumentos de política (*policy*) e de princípio na base da diferenciação entre cortes e parlamentos

A função jurisdicional difere radicalmente entre essas duas teorias e, segundo Dworkin, essa diferença decorre de duas interpretações distintas sobre o Estado de Direito (*rule of law*). Os positivistas baseiam-se em uma noção de Estado de Direito na qual os indivíduos possuem um conjunto limitado de direitos estabelecidos em atos normativos formais (*rulebook conception*). Dessa maneira, situações que não estão contempladas nessas regras são uma questão de discricionariedade por parte do juiz. Por outro lado, Dworkin afirma que sua concepção de Estado de Direito é mais ambiciosa quanto à proteção de direitos individuais (*rights conception*). Segundo essa concepção, o conteúdo substancial do Estado de Direito se liga à proteção dos direitos dos cidadãos e, portanto, esses direitos não se resumem às leis em sentido formal. Mais uma vez, as leis também fazem parte do conjunto de direitos dos indivíduos, mas não se pode negar a existência de direitos morais para além daqueles reconhecidos pelo Estado (Dworkin, 2000b).

O posicionamento do juiz em casos difíceis dependerá, então, da concepção de Estado de Direito adotada. Se houver associação direta entre direitos individuais e regras, se demandará do juiz uma atuação no sentido de criar uma solução jurídica completamente nova, uma vez que ele não pode se abster de decidir um caso levado ao seu conhecimento. De outra banda, se reconhecermos que os direitos dos cidadãos existem independentemente do reconhecimento estatal e, portanto, a cidadania não depende de qualquer espécie de

condições de oferecer decisões corretas: “a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” (KELSEN, 2006, p. 393). Kelsen diferencia, então, a ciência do direito (ato de conhecimento) da questão interpretativa (ato de vontade). Para ele, a aplicação do direito se daria a partir de uma escolha política, baseada na vontade.

reconhecimento formal de direitos, caberá ao juiz buscar nos precedentes, nos padrões de moralidade política compartilhada e na história institucional a solução para o caso. Trata-se de uma tarefa complexa que, entretanto, se parece mais adequada à concepção constitucional de democracia. No entanto, a possibilidade de juízes empregarem expressamente juízos de moralidade no julgamento de lides levadas a seu conhecimento parece dar brechas ao “solipsismo judicial”.²⁹

Dworkin rebate essas críticas, pois o seu conceito de direito como integridade foi desenvolvido com o objetivo de destacar o fato de que não é possível, em nenhuma situação, que juízes possam decidir livremente. Um dos indicativos da inadequação dessas objeções às teorias dworkinianas é a distinção realizada pelo autor entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*). Os argumentos de princípio invocam direitos morais dos indivíduos, ao passo que os argumentos de política se referem a decisões relativas ao bem-estar da comunidade e à melhor alocação dos recursos comuns. A diferenciação entre as funções legislativa e jurisdicional depende do tipo de argumento utilizado nas decisões tomadas. Aos parlamentos é defesa a utilização de ambos os padrões argumentativos. Por outro lado, as cortes só podem decidir um caso tendo como fundamento argumentos de princípio, isto é, argumentos que afirmam direitos dos indivíduos. É possível se constatar aqui, assim como em toda a obra de Dworkin, uma preocupação de resultado. A aferição da responsabilidade política dos juízes depende precipuamente do tipo de padrão argumentativo utilizado nas decisões judiciais.

O que fundamenta a distinção entre argumentos de princípio e de política é a existência de duas espécies distintas de decisões políticas: as de preferências sensíveis e as de preferências insensíveis. As primeiras podem ser consideradas corretas na medida em que a maior proporção numérica de cidadãos as apoie. Por outro lado, quando a decisão política envolver questões de preferências insensíveis, o apoio da maioria dos cidadãos é insuficiente para a verificação do acerto da decisão (DWORKIN, 2000a). Dworkin afasta, com isso, um antigo argumento em contra a *judicial review*, que sustenta que, em uma democracia, a maioria tem maior probabilidade de acertar ao tomar qualquer tipo de decisão política. Essa

²⁹ “Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. [...] No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma mais explícita quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese de que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou sua consciência. E que o juiz pode apreciar livremente a prova” (STRECK, 2020, p. 411-413).

afirmação conteria uma meia verdade, pois, para Dworkin, ela só é aplicável se a decisão envolver escolhas sensíveis. No entanto, quando se tratar de escolhas insensíveis, não há elementos que demonstrem a correção da afirmação. Ele afirma, inclusive, que a definição de quais escolhas podem ser consideradas sensíveis ou insensíveis é, por si só, uma escolha insensível, na qual a vontade da maioria não representa uma maior chance de acerto:

É evidente que as pessoas discordarão a respeito de quais questões são sensíveis ou insensíveis. Mas a questão de segunda ordem de se decidir se uma questão de primeira ordem é de escolha sensível ou insensível é em si uma escolha insensível. Não faz sentido se afirmar que uma determinada questão é de escolha sensível simplesmente pelo fato de que a maioria pensa assim (DWORKIN, 2000a, p. 204).³⁰

Diante dessa distinção, a questão procedimental é de fundamental importância para as escolhas de preferência sensível. Devido à sua natureza, esse tipo de escolha requer a fixação de procedimentos que distribuam, da melhor maneira possível, igualdade de impacto horizontal entre os indivíduos. É possível, então, a fixação prévia de um procedimento que irá propiciar maior chance de acerto contencioso da decisão. Por não envolver diretamente fundamentos morais, os cidadãos podem escolher livremente de acordo com suas próprias necessidades. Distintamente, quando se trata de escolhas insensíveis, a questão procedimental se torna mais complexa. Isso porque não há, a princípio, um único procedimento capaz de assegurar o acerto em decisões desse tipo. Na verdade, por envolver direitos morais dos indivíduos sob a perspectiva da resposta correta, o que importa é o conteúdo da decisão política tomada. Quando uma comunidade se depara com questões de preferência sensível, a questão é escolher uma entre várias possibilidades políticas legítimas; por outro lado, nas questões de preferência insensível, não há uma diversidade de possibilidades, mas sim uma única resposta correta.

Mesmo assim, Dworkin afirma que alguns arranjos institucionais favorecem a decisão correta em escolhas insensíveis. Se a garantia de igualdade de impacto horizontal não fornece razões suficientes para que se afirme o acerto em decisões que envolvem escolhas insensíveis, Dworkin busca um procedimento distinto que possa, ao menos, aumentar a possibilidade de decisões corretas nessas questões. Mesmo que isso implique em certa desigualdade entre os cidadãos, ele afirma que o controle de constitucionalidade faz parte de um arranjo institucional que aumenta as chances de boas decisões sobre escolhas insensíveis.

³⁰ Texto original em inglês: “Of course people will disagree about which issues are choice-sensitive and which, if any, are choice-insensitive. But the second-order question whether any particular first-order question is choice sensitive or insensitive is itself choice insensitive. It makes no sense to say that a particular question is choice sensitive if, but only if, a majority of people think it is or want it to be.”

No primeiro tópico deste capítulo, ao tratar da concepção constitucional de democracia, afirmamos que as objeções à atuação das cortes e tribunais ao reformar decisões políticas anteriormente tomadas se baseia, em grande medida, em uma concepção puramente majoritária de democracia. No entanto, ao adotar uma visão constitucional da democracia, qualquer tipo de objeção desse tipo não faz sentido. As afirmações feitas por Dworkin vão além: ele sustenta que um arranjo que prevê procedimentos antimajoritários, como a revisão judicial, torna mais prováveis decisões acertadas em questões de preferências insensíveis. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade, além de não ser antidemocrático, fundamenta a própria democracia ao assegurar os direitos morais dos indivíduos.

O relevante, segundo Dworkin, é o ambiente que um arranjo institucional com controle de constitucionalidade propicia. A ideia de “fórum dos princípios” força a inserção da moralidade nos debates políticos em suas mais diversas manifestações. Nesse aspecto, os cidadãos continuam a participar das deliberações, desta vez não diretamente, mas argumentativamente. A abertura das decisões políticas à moralidade, portanto, qualifica as discussões sobre as questões comunitárias (DWORKIN, 2000a). Portanto, quando o Poder Judiciário anula ou altera decisões políticas majoritárias que decidem questões insensíveis, ele contribui para a correção daquela decisão e de futuras decisões. O constitucionalismo, com suas restrições antimajoritárias, não apenas não prejudica, mas também contribui para a democracia e para a qualidade das decisões políticas. Entretanto, apesar de Dworkin reconhecer que determinados arranjos institucionais possam favorecer a adequação da decisão, ele não pode ser considerado um “procedimentalista”. A construção da tese do “fórum dos princípios” tem todo o seu argumento voltado para o resultado. Embora o arranjo institucional seja capaz de favorecer decisões corretas do ponto de vista de uma teoria moral consistente, não há garantia de que essas decisões ocorrerão efetivamente. Nenhum arranjo institucional, para Dworkin, anula a possibilidade de erros. No caso das cortes, quando anulam atos normativos tendo como fundamento questões de escolha sensível, elas estarão atuando de modo contrário à concepção constitucional de democracia, incorrendo naquilo que se denomina “ativismo judicial” (TASSINARI, 2013). Não há nenhuma garantia de que a previsão institucional do controle de constitucionalidade irá efetivamente proporcionar a proteção dos direitos da cidadania. Tampouco que a sua inexistência favorecerá a democracia. Trata-se de um diagnóstico no sentido de que, potencialmente, um arranjo institucional que prevê a prática da *judicial review* tende a gerar decisões moralmente mais consistentes se comparado a realidades políticas que não possuem o instituto.

Uma vez que os indivíduos possuem direitos morais que prescindem de prévio reconhecimento formal por parte das instituições representativas, as cortes podem anular atos normativos sempre que os argumentos políticos suprimirem direitos individuais. Esses direitos, decorrentes do ideal de integridade e do requisito de tratar dos cidadãos com igual respeito e consideração, têm preferência em relação a qualquer espécie de deliberação política majoritária, uma vez que são superiores a essas escolhas. Dworkin dá o exemplo da escolha sobre a destinação de recursos públicos para a construção de um estádio, de um parque ou de uma estrada. Nesses casos, um procedimento puramente majoritário é suficiente para a verificação das preferências da comunidade, uma vez que todas as opções envolvidas são legítimas e não envolvem diretamente questões morais. Por outro lado, a discussão sobre a relação entre pena capital e direito à vida depende de um tipo de argumentação moral que não se contenta com a mera contagem de cabeças (DWORKIN, 2000a). Lidos nesse sentido, os direitos seriam “trunfos contra a maioria” e imporiam limites à vontade da maioria. É evidente que esses trunfos não podem ser arguidos quando os direitos da cidadania forem previamente respeitados, hipótese em que a decisão dos órgãos majoritários deve ser mantida (DWORKIN, 2010b).

A ideia de direitos como trunfos contra a maioria criaria algum tipo de desconforto democrático apenas na hipótese da adoção de uma concepção de democracia baseada na ação coletiva estatística. Nesse caso, a *judicial review*, mesmo quando a decisão puder ser considerada correta, limita a possibilidade de autogoverno dos cidadãos. Mas, como muitas vezes afirmado, essa não é a concepção adotada por Dworkin. O respeito aos direitos morais dos indivíduos por parte dos órgãos majoritários é parte fundamental da construção de um senso de filiação moral do indivíduo à comunidade. Tratar todos os cidadãos com respeito e dignidade é pressuposto fundamental para que uma decisão política possa ser defendida moralmente. Justamente por isso, no arranjo institucional dworkiniano (se é que ele existe), as cortes são o “fórum dos princípios” (DWORKIN, 2000b). Elas são o último bastião dos direitos individuais e, quando atuam na defesa desses direitos, estão contribuindo para a criação de uma verdadeira democracia no sentido constitucional. É evidente, por outro lado, que há limites para a atuação das cortes. As decisões majoritárias devem ser mantidas sempre que se respeitarem os direitos da cidadania, não podendo ser anuladas pelo Poder Judiciário com base em argumentos de política. Se isso ocorrer, a decisão judicial irá carecer de legitimidade.

2.2.3. A questão interpretativa na obra de Dworkin: a leitura moral da Constituição, o juiz Hércules e a similitude entre interpretação jurídica e literária

Verificou-se, nos tópicos anteriores, que a atuação das cortes na defesa dos direitos morais dos indivíduos, especialmente por meio da revisão judicial, é perfeitamente adequada à concepção constitucional de democracia e à teoria dos princípios. Elas têm a função de reestabelecer um *status* mínimo aos cidadãos, sem o qual não há de se falar em genuína democracia. Porém, ao exercerem controle de constitucionalidade, as cortes devem interpretar as disposições constitucionais. Como, na concepção de Dworkin, elas devem fazê-lo? Ele não prescreve um método de interpretação da Constituição que garanta resultados principiologicamente adequados, mas oferece indícios sobre a postura que deve ser adotada pelos juízes na interpretação da Constituição. Trata-se da leitura moral da Constituição, primeira preocupação deste tópico. Seguidamente, apresentart-se-á o tipo ideal de Hércules, que demonstra como deveria ser, no campo ideal, a postura interpretativa de um juiz. Esta parte do texto, aliada ao debate Hart-Dworkin, se destina a afastar argumentos no sentido de que a tese dos princípios e a leitura moral da Constituição são um chamado à discricionariedade judicial. Ainda buscando afastar esse tipo de argumento, o tópico será concluído com a relação que o autor faz entre interpretação jurídica e literária.

Sobre a leitura moral da Constituição, é fundamental salientar o que ela não é: um método de interpretação do texto constitucional. Ela não estabelece procedimentos mecânicos para que o intérprete chegue à resposta correta em casos constitucionais. Na verdade, Dworkin rejeita a possibilidade de se estabelecer qualquer método que produza resultados satisfatórios em todas as situações em que ele é aplicado. A leitura moral da Constituição é um contramétodo. Ela destaca o fato de que a alegação dos juristas de usar um método que supostamente neutralize suas concepções morais é apenas uma artimanha para evitar que o intérprete enfrente abertamente os argumentos apresentados pelas partes. Portanto, como uma postura do intérprete em relação ao objeto, a leitura moral da Constituição é adotada por todos aqueles que buscam compreender o sentido das disposições constitucionais ab-rogatórias. É indubitável, por outro lado, que a sua importância se torna ainda maior quando o intérprete possui uma posição institucional que o autoriza a anular decisões políticas anteriormente afirmadas por órgãos majoritários.

Dworkin afirma que a leitura moral da Constituição não é uma abordagem revolucionária em relação à Constituição e aos direitos nela declarados. Na verdade, ela é um

modo de encarar a interpretação constitucional usado diuturnamente nos tribunais e em outras instituições. Argumentos que invocam direitos e que inserem a moralidade política no âmbito da interpretação constitucional são verificados aos montes na história institucional estadunidense. No entanto, é relevante observar que, embora comum, a leitura moral da Constituição não é abertamente defendida por aqueles que a praticam. Isso porque “os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público” (DWORKIN, 2019, p. 3). Essa visão é, de certo modo, endossada por John Ely, que demonstra ceticismo quanto à possibilidade de juízes conhecerem objetivamente o que ele chama de “valores fundamentais” da sociedade.

A facilidade com que os órgãos de imprensa rotulam juízes como liberais ou conservadores é um demonstrativo, para Dworkin, da inevitabilidade da leitura moral da Constituição. Nessa classificação está pressuposta a ideia de que os juízes, em suas decisões, manifestam-se de acordo com o conteúdo moral decorrente dos seus posicionamentos políticos quando interpretam as cláusulas abstratas do texto constitucional. Nas palavras de Dworkin:

É evidente que as opiniões dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais; e, embora fosse fácil para eles explicar essa influência pelo fato de a Constituição exigir uma leitura moral, eles nunca o fazem. Antes, indo contra toda evidência, eles negam a influência e procuram explicar suas decisões de outras maneiras, aliás constrangedoramente insatisfatórias. Dizem, por exemplo, que estão dando eficácia a obscuras “intenções” históricas ou apenas expressando uma “estrutura” constitucional geral porém inexplicada, que supostamente seria compreensível de maneira não-moral (DWORKIN, 2019, p. 5).

Como afirmado antecipadamente, alguns padrões normativos, denominados “regras”, seriam mais claros em seus comandos e, portanto, demandariam menor densidade argumentativa moral. Podemos citar como exemplo duas disposições presentes no art. 101 da Constituição Federal. Entre os requisitos para um cidadão se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal, há um piso etário de trinta e cinco anos. Essa disposição é suficientemente clara e, a despeito de também exigir interpretação, é uma regra que não requer um apelo direto à moralidade política para sua aplicação em um caso concreto. A moralidade, no entanto, permeia todo o processo interpretativo, uma vez que os princípios morais subjazem às regras e fornecem parâmetros para a sua interpretação.

Por outro lado, os requisitos de “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” requerem uma leitura moral direta para que sejam interpretados (ou aplicados). Como se pode perceber, não cabe ao intérprete decidir se utilizará ou não a moralidade política para

interpretar a Constituição, uma vez que essa exigência é apresentada pelo próprio texto. Nessas situações, também não se trata de um erro dos constituintes, como se, na tentativa de criar um texto imune à moralidade, eles tivessem falhado. Se houvesse uma disposição política durante a Assembleia Nacional Constituinte para fixar explicitamente o que aqueles cidadãos consideravam como "reputação ilibada", os constituintes o teriam feito. Por outro lado, se optaram por incluir disposições textuais que exigem uma atividade interpretativa moral, fizeram isso de forma deliberada, deixando ao intérprete a tarefa de estabelecer o conteúdo objetivo dessas disposições:

De fato, agora se pode ver que a própria prática de chamar essas cláusulas de "vagas", prática à qual aderi, envolve um erro. As cláusulas são "vagas" somente se considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encararmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas (DWORKIN, 2019, p. 214).

Relacionando a leitura moral da Constituição com as críticas feitas por Ely às posturas interpretacionistas e não interpretacionistas, a ideia de que os constituintes agiram livremente ao incluir "conceitos vagos" no texto constitucional resolve o impasse entre essas duas correntes. De um lado, temos juristas que defendem uma interpretação estrita do texto constitucional; do outro, estão aqueles que dizem atualizar o sentido do texto por meio da interpretação, sugerindo agem além dos limites pré-estabelecidos. A leitura moral da Constituição, ao reconhecer que os redatores do texto optaram por utilizar conceitos vagos na Constituição e delegaram ao intérprete a definição de seu sentido, supera essas duas posições. Se os constituintes tivessem desejado fixar as consequências concretas das disposições constitucionais de acordo com os padrões de moralidade corrente naquele momento histórico, teriam feito isso dentro dos limites semânticos próprios para tal, assim como fizeram em vários trechos da Constituição. Se não o fizeram, é porque compreenderam que a leitura moral da Constituição é inevitável em uma comunidade política genuinamente democrática.

Se a interpretação da Constituição demanda juízos morais e se não há um método que torne possível a neutralização dos pré-juízos dos julgadores, como fugir da discricionariedade? Dito de outro modo: se é inevitável que a Constituição seja lida sob uma perspectiva moral, como se aproximar dela a partir de um horizonte compartilhado de sentidos, em vez de atribuir a ela concepções morais puramente individuais? A resposta para esse questionamento se liga diretamente à introdução dos princípios como padrões decisórios que devem ser aplicados pelos tribunais. A existência desses padrões faz com que, mesmo em

casos difíceis, haja uma única resposta correta e não simplesmente respostas distintas justificáveis dentro de um quadro de possibilidades a ser explorado discricionariamente pelo juiz (DWORKIN, 2010b). Essa é uma tese inovadora que se insere em uma concepção moral mais ampla que vê o fenômeno jurídico como integridade e, portanto, não pode se satisfazer com teses que aceitam passivamente a discricionariiedade. No entanto, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2022, p. 248) nos atenta para o fato de que:

Fundamentalmente, a tese da única resposta correta não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem mesmo a exigência para se chegar, ainda que aproximadamente, a uma solução ideal. A tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas e autorreflexivas, críticas, construtivas e fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e no exercício da jurisdição por aquele exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*.

Portanto, a tese da única resposta correta se refere precipuamente a uma postura que os intérpretes devem possuir ao julgar os casos levados ao seu conhecimento. Mesmo que se discorde do resultado da decisão, a ideia de uma teoria do direito centrada nos direitos individuais dos cidadãos implica certos requisitos posicionais³¹ que favorecem o empreendimento coletivo que é a construção de uma decisão judicial. Aqui se evidencia de forma mais clara a ruptura que Dworkin representa para a teoria do direito. O autor foge das abordagens positivistas e realistas do fenômeno jurídico, buscando uma justificativa superior para esse conjunto de práticas sociais. Nesse contexto, surge o arquétipo de Hércules, um juiz com aptidões técnicas e humanísticas sobre-humanas que personifica a obediência aos requisitos posicionais desenvolvidos por Dworkin para legitimar a prática jurídica:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, 2010b, p. 163).

E por meio de Hércules que Dworkin demonstra o esforço envolvido na tomada de decisões judiciais sob uma perspectiva construtiva. No entanto, existem muitos mal-

³¹ Chamo aqui de “requisitos posicionais” as indicações de Dworkin sobre a postura interpretativa exigida dos juízes ao buscar a solução para os casos sob sua análise.

entendidos acerca da função de Hércules na obra de Dworkin, que acabaram por ocultar o verdadeiro significado do arquétipo. A figura de Hércules possui uma função normativa, servindo para auxiliar os juízes reais na identificação de seus próprios erros.³² Nenhum juiz real é ou poderia ser Hércules. Juízes e juristas são falíveis e devem reconhecer isso. No entanto, é necessário que o juiz faça um esforço interpretativo para que prevaleça “a ideia de que o direito só consegue exercer domínio sobre uma comunidade na medida em que os membros dessa comunidade, sejam eles juízes, legisladores ou cidadãos, assumam certas responsabilidades” (BUSTAMANTE, 2021, p. 549). Essa tarefa hercúlea não pode ser realizada isoladamente, como na leitura que Michelman (1986) faz do arquétipo dworkiniano, mas, pelo contrário, requer um empreendimento coletivo. É justamente o aspecto coletivo da postura interpretativa de Hércules que será destacado nesta análise.

Buscando afastar as críticas de que Hércules conduziria a uma personificação da jurisdição, toma lugar cimeiro na tese de Dworkin a metáfora do “romance em cadeia”, derivada da aproximação que ele faz entre interpretação jurídica e literária (DWORKIN, 2000b). A ideia de romance em cadeia aplicada à decisão judicial chama atenção para o caráter coletivo da interpretação e argumentação jurídica, criando “um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos da moralidade política, que dão sentido a essa história” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2022, p. 252). Portanto, observa-se que há uma construção coletiva da resposta correta, na qual vários atores contribuem para a consolidação histórica de decisões fundamentadas em princípios de moralidade política. A metáfora do romance em cadeia surge na medida em que Dworkin considera o direito como um fenômeno interpretativo que, assim como outras áreas do conhecimento humano, necessitam de um esforço de interpretação que se assemelha. Por isso, Dworkin considera os cânones jurídico-interpretativos carecedores de plausibilidade, pois desconsideram as discussões de outros campos do conhecimento sobre os problemas gerados pela interpretação: “poderemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura” (DWORKIN, 2000b, p. 217).

³² Habermas critica veementemente o arquétipo de Hércules por supostamente relegar os direitos da cidadania à consciência individual dos juízes (HABERMAS, 2003). Para Habermas, Dworkin aposta em um modelo subjetivista de adjudicação que não se adequa às exigências da democracia contemporânea, especialmente o respeito ao pluralismo. No entanto, vale a observação de Lenio Streck, para quem a figura de Hércules deve ser interpretada como uma metáfora que pretende demonstrar certas atitudes do juiz-intérprete no exercício de sua função (STRECK, 2011). Pelas razões aqui expostas, uma leitura de Hércules que aposta no solipsismo seria um contrassenso no quadro conceitual de Dworkin.

A compreensão dos enunciados jurídicos não difere muito da compreensão de uma obra literária, uma vez que ambas demandam um esforço analítico semelhante. Faz sentido, portanto, buscar nas teorias literárias os fundamentos das discussões sobre interpretação, pois “na literatura foram defendidas muito mais teorias da interpretação que no Direito, inclusive teorias que contestam a distinção categórica entre descrição e valoração, que debilitou a teoria jurídica” (DWORKIN, 2000b, p. 221). Esse enfraquecimento decorre do fato de que os enunciados jurídicos não podem ser interpretados com base em descrições neutras ou meras valorações. São, na verdade, “interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas” (DWORKIN, 2000b, p. 219).

Nesse contexto, Dworkin busca possibilidades interpretativas que analisam a obra em sua totalidade, não se limitando ao significado de pequenos fragmentos do texto. Aparece, então, o conceito de hipótese estética:

A interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam quanto a essa hipótese, pois pressupõem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura, para que serve e o que faz uma obra de literatura ser melhor do que a outra (DWORKIN, 2000b, p. 222).

Dworkin não pretende, por meio da hipótese estética, sustentar algum tipo de teoria relativista. Isso porque essa espécie de interpretação literária tem como objetivo interpretar a obra em sua melhor luz, sem permitir que o intérprete crie uma obra completamente diferente. Há, portanto, uma distinção entre interpretação e modificação da obra, e a hipótese estética é uma postura interpretativa, jamais criativa (DWORKIN, 2000b). É evidente, porém, que essa atividade pressupõe um fundamento normativo. Interpretar a obra literária da melhor maneira possível implica fazer um julgamento sobre o que é a literatura e qual é a sua função na humanidade. Isso levará a divergências sobre diferentes concepções de integridade literária, e diversas teorias surgirão para lidar com essa questão. No entanto, o compromisso interpretativo de se aproximar da obra literária com o objetivo de apresentá-la da melhor maneira possível não desaparece.

Por outro lado, a ideia de hipótese estética, ao apelar para juízos normativos sobre o que constitui uma boa obra de literatura, pode parecer trivial na medida que parece recorrer ao subjetivismo. Em outras palavras, não haveria “a esperança de resgatar a objetividade na interpretação” (DWORKIN, 2000b, p. 227). Mas, para Dworkin, a hipótese estética foge da

trivialidade ao rejeitar a distinção por demais propagada entre interpretação enquanto descrição e crítica literária. Por outro lado, a questão da objetividade opera em um nível distinto. Segundo o autor, caso se equipare objetividade com a inexistência de dissensos a respeito da melhor interpretação, de fato, a hipótese estética seria subjetivista, pois “não se pode oferecer nenhum argumento em favor de uma interpretação que seja, com certeza, do agrado de todos” (DWORKIN, 2000b, p. 228). Neste ponto, Dworkin se valhe da metáfora do “romance em cadeia” para demonstrar que a hipótese estética não se resume a um mero subjetivismo:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são ‘realmente’; que motivos os orientam; qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento; até que ponto algum recurso ou figura literária, conscientemente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas (DWORKIN, 2000b, p. 235).

Aqui ele, por razões diferentes, chega à mesma conclusão de Ely sobre os métodos interpretativos originalistas, qual seja, de que se trata de uma busca incapaz de oferecer resultados viáveis ou necessários à interpretação, na medida que o processo interpretativo prescinde de qualquer verificação da intenção dos autores. Na longa citação acima colacionada, Dworkin demonstra o caráter intersubjetivo da interpretação. Não se trata, portanto, da imposição autoritária das próprias concepções do intérprete a respeito da obra, mas sim de um empreendimento coletivo que tem por objetivo interpretá-la de acordo com a hipótese estética. Os capítulos do exemplo dado por Dworkin não podem ser interpretados como partes bastantes em si mesmas, mas sim como parte de um todo que faz sentido com e através das partes. Portanto, até mesmo os autores do romance em cadeia devem interpretar o sentido da obra que está sendo redigida, pois somente assim será criado um texto coeso e não uma colcha de retalhos sem um sentido maior. Dworkin afirmará que, de certo modo, as decisões dos casos difíceis se assemelham ao romance em cadeia:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu

estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então (DWORKIN, 2000b, p. 238).

Assim como ocorre na interpretação literária, ao buscar fundamentos para sua decisão, o juiz deve interpretar a história institucional na qual está inserido, e não criar uma nova história que ele considere mais adequada de acordo com seus próprios julgamentos. Ademais, é perceptível que o ambiente institucional pensado por Dworkin possui uma tradição de *common law*. Conforme salientado no primeiro capítulo deste trabalho, ele é um sistema no qual os juízes possuem a incumbência de buscar na tradição e na história institucional as razões que sustentam a decisão do caso em estudo. Portanto, primeiramente, a decisão deve ajustar-se à história institucional, assim como faz o romancista em cadeia. Não há, contudo, uma fórmula apta a demonstrar se a interpretação do caso se adequou ou não à história institucional daquele local, uma vez que se trata de uma construção argumentativa (DWORKIN, 2000b). Portanto, o simples respeito à dimensão do ajuste pode gerar interpretações diferentes, pois “dois princípios podem, cada um, encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para satisfazer qualquer teoria plausível de adequação” (DWORKIN, 2000b, p. 241). Dworkin insere, então, outra dimensão da resposta correta: a da justificação política. A decisão deve se inserir argumentativamente no âmbito de uma teoria moral consistente que se verifica nesse horizonte compartilhado de sentidos.

Ao demandar a compatibilização entre as duas dimensões, a interpretação jurídica deixa de ser uma mera pesquisa histórica dos fundamentos decisórios. Se fosse assim, estaríamos criando uma espécie de originalismo diferente, desta vez ligado aos "intérpretes oficiais", que também impediria o ajuste dos conteúdos jurídicos à sociedade. Há, portanto, um segundo momento interpretativo aberto aos argumentos políticos relacionados ao caso. Ou seja, além da verificação do direito como ele acontece em uma perspectiva histórica, que se satisfaz com a dimensão do ajuste, a interpretação jurídica possui uma dimensão de *dever-ser*, que necessariamente tem um fundamento político e moral. Assim como o intérprete de uma

obra literária deve basear-se em uma teoria normativa sobre a função da arte, o intérprete jurídico deve contar com uma teoria normativa sobre o direito. O conteúdo dessa dimensão normativa é profundamente alterado pelas concepções políticas do juiz. Inserido em uma comunidade de princípios, esse juiz, liberal ou conservador, deve buscar a melhor decisão possível com base em princípios que invocam direitos das partes. O juiz, nessas situações, deve argumentar francamente com base em uma estrutura principiológica consistente. Somente assim a decisão judicial contribuirá para a integração do cidadão à cidadania, de modo que os indivíduos percebam que são governados em uma “comunidade de princípios” em sua melhor acepção (DWORKIN, 1986).

3. JEREMY WALDRON: A INEVITABILIDADE DOS DESACORDOS MORAIS E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

As teses de Jeremy Waldron sobre a relação entre constitucionalismo e democracia e, em especial, sobre a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis, ampliaram de forma significativa a discussão sobre o tema. A nosso ver, Waldron é quem melhor respondeu às teorias de Dworkin sobre essa relação. Deste modo, apresentar, neste trabalho, as posições dos dois autores sobre o tema é profundamente profícuo para que se possa abordar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. Waldron rejeita a distinção realizada por Dworkin entre argumentos de política e de princípio, que se encontra na base da teoria de que as cortes são o “fórum dos princípios”. Para Waldron, essa distinção não encontra verificação na vida política de uma comunidade e, em última análise, oculta o fato de que pessoas de boa-fé também discordam em questões relacionadas a direitos. Na visão de Waldron, o argumento de Dworkin esconde um certo preconceito em relação às deliberações majoritárias, uma vez que afirma a existência de respostas corretas em questões de princípio que, do ponto de vista institucional, teriam maior probabilidade de serem alcançadas pelos tribunais.

O seu argumento pode ser sintetizado na frase de abertura de um dos seus livros, onde ele afirma que “há muitos de nós, e discordamos sobre justiça” (WALDRON, 1999, p. 1).³³ Para ele, o desacordo em relação aos direitos, em todas as suas dimensões, não é a exceção, mas a regra da vida política de uma comunidade. Diante desse fato, Waldron irá desenvolver seu argumento para concluir que, dada a inevitabilidade do dissenso, as cortes não seriam o foro adequado para a tomada de decisões políticas, mesmo quando essas decisões envolverem direitos fundamentais. Segundo ele, a teoria jurídica idealizou os juízes, especialmente com o desenvolvimento do arquétipo de Hércules, enquanto não fez o mesmo em relação aos legisladores (WALDRON, 2003).

Então, reestabelecer “a dignidade da legislação” é uma das principais tarefas do seu empreendimento teórico:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o

³³ Texto original: “There are many of us, and we disagree about justice”.

tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito (WALDRON, 2003, p. 2).

A dignidade da legislação é um ponto fundamental na discussão sobre a legitimidade da *judicial review*. Isso porque essa legitimidade se basearia, por um lado, em uma perspectiva idealizada de atividade jurisdicional, e, por outro, no preconceito quanto ao conteúdo das leis. Uma vez reestabelecida essa dignidade, para Waldron, não há razões para supor que as cortes seriam melhor protetoras dos direitos individuais do que os parlamentos. Pelo contrário, o reconhecimento da existência e da importância dos desacordos morais razoáveis como traço definidor das democracias contemporâneas favorece a proteção de direitos e, portanto, é desejável que as questões objeto de desacordo sejam decididas em instituições representativas que sejam realmente sinceras quanto às motivações de suas decisões. É isso que passaremos a examinar neste capítulo. Em primeiro lugar serão feitas breves considerações acerca da persistência dos desacordos morais nas questões de princípio para que, em um segundo momento, o esforço de Waldron para reestabelecer a dignidade da legislação seja apresentado como o ponto nevrálgico de sua obra.

3.1. Os desacordos morais como fato da democracia

Para Waldron, dado o problema do desacordo, os filósofos que se propuseram a tratar de política se limitaram a desenvolver teses morais que se propõem hegemônicas como solução para os impasses próprios da vida em sociedade. Isso, segundo ele, prejudica a compreensão das instituições sob uma perspectiva procedimental, vez que coloca o desacordo em segundo plano. Waldron afirma que, além de teses sobre a justiça, os filósofos também devem se ocupar de questões institucionais tendo como pano de fundo o desacordo. Tomando emprestado o conceito de John Rawls de “circunstâncias de justiça” (RAWLS, 1997), Waldron desenvolve a ideia de “circunstâncias da política” (WALDRON, 1999). Essas circunstâncias se referem à necessidade enfrentada pelos membros de uma determinada comunidade política de construir estruturas aptas a resolver os problemas decorrentes da vida em sociedade. Essas instituições pressupõem a existência de mecanismos por meio dos quais os cidadãos ajam conjuntamente no processo de tomada de decisões políticas. As circunstâncias da política decorrem, naturalmente, da existência e da persistência dos desacordos, inclusive quando a decisão a ser tomada se refere a questões de cunho moral.

Waldron afirma que é natural que cidadãos de boa-fé discordem sobre a alocação de recursos públicos e sobre a promoção do bem-estar social, questões que Dworkin classifica

como políticas (*policy*). Nesse ponto, ambos concordam que o *locus* adequado para a deliberação deve ser constituído de modo que os grupos que integram a sociedade sejam adequadamente representados e possam defender os seus interesses. Mas, para Waldron, os desacordos não se resumem às questões de política. Em uma democracia, todas as questões de caráter público são objeto de opiniões divergentes, inclusive e sobretudo os temas morais ou de princípios. E esse desacordo não desaparece quando uma corte ou tribunal decide essas questões. As pessoas continuarão a discordar a respeito de quais direitos temos, qual o seu significado e qual é o seu âmbito de incidência (WALDRON, 1999). Por essa razão, as circunstâncias da política, que envolvem a existência de desacordos e a necessidade de tomar decisões com base em uma ação coletiva, requerem a existência de uma teoria da autoridade que fixe procedimentos para que as questões controversas sejam decididas de um modo institucionalmente legítimo.

Portanto, a grande preocupação de Waldron é procedimental, isto é, se volta à construção de instituições com base em procedimentos que levem a sério os dissensos e, deste modo, possam gerar decisões políticas legítimas por terem considerado os diversos interesses em jogo. E é justamente no contexto do desenvolvimento institucional que Waldron verifica certa indisposição da teoria política para com os parlamentos (WALDRON, 2016). Seus argumentos apontam para o sentido contrário: ele busca desconstruir as bases nas quais se funda a legitimidade dos mecanismos decisórios contramajoritários para demonstrar a legitimidade dos parlamentos enquanto a melhor fórmula de engenharia constitucional para lidar com o desacordo. O autor alerta, no entanto, que a sua oposição ao controle judicial de constitucionalidade e a consequente deferência às decisões majoritárias somente serão consideradas uma solução operante em uma sociedade que reúna alguns requisitos democráticos básicos:

Devemos imaginar uma sociedade na qual: (i) as instituições democráticas funcionam razoavelmente bem, incluindo um legislativo representativo, eleito com base no sufrágio universal adulto; (ii) há um conjunto de instituições judiciais, também em bom funcionamento, construídas sobre uma base não representativa para conhecer ações individuais, resolver controvérsias e proteger o Estado de Direito; (iii) há um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e das autoridades com a ideia de direitos individuais das minorias; (iv) há discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, sobre o que significa o comprometimento com os direitos e suas manifestações práticas) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2016, p. 203).³⁴

³⁴ Texto original: “We are to imagine a society with: (i) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (ii) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle

Pode-se afirmar, apesar de ser difícil de comprovar, que assim como a Inglaterra e os Estados Unidos da América, que foram objetos de observação de Waldron, o Brasil também possui tais características. É natural que haja pessoas que discordem dessa afirmação, mas partiremos desse pressuposto para o desenvolvimento deste trabalho. Além disso, embora o Brasil tenha passado por um período conturbado do ponto de vista político, isso é um fenômeno verificável em muitas democracias ocidentais. Portanto, aqueles que afirmarem que o Brasil não possui as características mencionadas por Waldron também terão dificuldades em verificá-las nos Estados Unidos e na Inglaterra. Em sociedades que possuem essas qualidades, não haveria razão para apartar dos procedimentos majoritários as questões morais ou de princípio. É bem verdade que Dworkin jamais afirmou que as questões de princípio não poderiam ser decididas pelos parlamentos. Na verdade, como já mencionado em um tópico específico, o autor afirmou que os parlamentos podem desenvolver os dois tipos de argumentos, tanto os de política (policy) quanto os de princípio.

Em todo caso, Waldron questiona a própria divisão entre esses tipos de argumento, uma vez que ela leva à defesa do controle de constitucionalidade para proteger os direitos individuais. Essa defesa, para Waldron, decorreria de um “pequeno segredo sujo”, na expressão utilizada por Mangabeira Unger (WALDRON, 1999). Trata-se de um desconforto com a democracia que parte da comunidade jurídica possui. Isso se expressa no crescente volume de instituições e procedimentos contramajoritários e na quase inexistência de preocupações teóricas que tenham como objeto os procedimentos majoritários e suas instituições. Os juristas, para Waldron, estão “intoxicados pelas cortes e cegos para quase tudo o mais pelas delícias da adjudicação constitucional” (WALDRON, 1999, p. 9).³⁵ Esse desconforto desconstrói as bases fundantes da democracia, uma vez que a luta pelo seu estabelecimento não previa restrições ao ideal de autogoverno. Há suficientes elementos que apontam para o fato de que as questões de cunho eminentemente moral despertam debates ainda mais intensos do que as discussões sobre políticas públicas.

Para ele, as justificativas para o controle judicial de constitucionalidade derivam, principalmente, da ideia de que os direitos morais dos indivíduos estão acima de quaisquer

disputes, and uphold the rule of law; (iii) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; (iv) persisting, substantial, and good-faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights in (iii) actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights”.

³⁵ Texto original: “intoxicated with courts and blinded to almost everything else by the delights of constitutional adjudication”.

desacordos e do temor de uma espécie de "tirania das maiorias". Esse temor decorre da alegação de que maiorias legislativas irão naturalmente ferir os direitos individuais dos sub-representados. Nesse conflito de interesses, os grupos com maior articulação política e apoio popular tendem a ter maior influência no procedimento decisório. Por outro lado, grupos efetivamente minoritários não dispõem da mesma capacidade de mobilização, tornando provável a supressão dos seus direitos caso todas as questões políticas sejam passíveis de deliberação majoritária. Do medo generalizado da tirania das maiorias decorre quase que naturalmente a adoção de procedimentos contramajoritários aptos a salvaguardar um rol mínimo de direitos para todos os cidadãos, que independem da articulação política de qualquer grupo.

Waldron confronta esses argumentos com o objetivo de demonstrar que o medo gerado pela possibilidade de tirania das maiorias é exagerado. Na verdade, para o autor, a existência de procedimentos majoritários não tem como decorrência lógica a supressão de direitos individuais. Isso só seria verdade caso considerássemos que todas as pessoas atuam politicamente com base em interesses meramente particulares, desconsiderando as necessidades dos demais indivíduos. No entanto, se considerarmos que os cidadãos, de boa-fé, possuem concepções diferentes acerca de quais direitos possuem e do seu conteúdo, a relação entre representados, representantes e sub-representados se torna diferente. Nessa concepção, quando um cidadão vota de acordo com determinada agenda, ele não o faz simplesmente porque ela o beneficia, mas sim porque ela é, de acordo com os valores daquele indivíduo, a melhor interpretação sobre os direitos da cidadania e sobre o bem-comum. Nesse contexto, se a opinião de um grupo de indivíduos não prevalecer no resultado da deliberação política, isso não significa necessariamente que os direitos dessas pessoas estão sendo violados. Em qualquer processo deliberativo, haverá vencedores e perdedores, mas isso não implica automaticamente que o processo tenha representado uma tirania da maioria:

O ponto a ser lembrado aqui é que nada tirânico acontece comigo simplesmente em virtude do fato que a minha opinião não foi seguida pela comunidade da qual faço parte. Desde que a opinião vencedora leve em conta os meus interesses, assim como os de todas as demais pessoas, o fato de não ser a minha opinião não representa em si uma ameaça à minha liberdade ou bem-estar (WALDRON, 1999, p. 13).³⁶

³⁶ Texto original: "The point to remember here is that nothing tyrannical happens to me merely by the virtue of the fact that *my opinion* is not acted upon by a community of which I am member. Provided that the opinion which is acted upon takes my interests, along with everyone else's, properly into account, the fact that it is not *my opinion* is not itself a threat to my freedom or well-being".

Portanto, se um indivíduo em particular foi tratado com respeito e consideração, de modo que sua opinião tenha sido levada em conta no momento da tomada de decisões, independentemente da matéria em questão, não há um prejuízo efetivo aos seus direitos individuais caso o conteúdo da decisão não corresponda integralmente às suas expectativas. Mais uma vez, o fato do desacordo é fundamental. Sempre haverá discordâncias em relação ao conteúdo da decisão. Independentemente da correção da decisão política, sempre existirá um grupo significativo de pessoas que não teria decidido da mesma maneira por si mesmas. O que importa, então, é que tenham sido estabelecidos procedimentos que permitam que essas pessoas participem do processo, mesmo que sua opinião não tenha prevalecido.

Isso também é válido quando a decisão envolve direitos morais. Aqui, a objetividade é irrelevante. Mesmo se aceitarmos a afirmação de Dworkin de que, para questões de princípio, existe apenas uma resposta correta, o fato é que, mesmo quando essa resposta é alcançada, haverá um considerável grupo de cidadãos que não a considerará correta para o caso em questão. A legitimidade da decisão decorre do acordo prévio de que o maior número possível de cidadãos teve a oportunidade de influenciar seu curso. Existem diferentes e sinceras visões sobre o que constitui a resposta correta, e, portanto, não há razões para excluir a maioria das pessoas da possibilidade de decidir sobre seu conteúdo. Há de se distinguir, portanto, os direitos que as pessoas efetivamente possuem dos direitos que elas alegam possuir. Há uma diferenciação relevante entre essas duas dimensões que, entretanto, nem sempre é levada em consideração. Uma pessoa não possui determinado direito simplesmente porque o alega veementemente, assim como um determinado grupo minoritário não teve seus direitos fundamentais violados simplesmente por alegar que foram:

Eu presumo que ninguém gostaria de dizer que um indivíduo tem um direito apenas porque ele acredita que tem. Uma vez que isso seja aceito, nós temos que ser muito cuidadosos em nossa análise das disputas morais e políticas para distinguir entre os direitos individuais ou de minorias que são objeto de discordância e as opiniões mantidas por um indivíduo ou por uma minoria sobre os seus direitos ou sobre os direitos dos outros. Se fizermos essa distinção, veremos que não há um argumento baseado em direitos que permita que as opiniões da minoria prevaleçam, embora opiniões de minoria (ou da maioria) possam argumentar a favor de permitir que certos interesses da minoria prevaleçam. Portanto, não há uma conexão necessária entre a ideia de decisão da maioria sobre direitos e a ideia de tirania da maioria (WALDRON, 1999, p. 14).³⁷

³⁷ Texto original: "I presume that nobody wants to say that an individual has a right just because he thinks he does. Once this accepted, we must be very careful in our analysis of moral and political disputes to distinguish between the individual or minority rights which are the subject of disagreement and the opinions held by an individual or a minority about their rights or the rights of others. If we make that distinction, we will see that there is no rights-based case for allowing minority *opinions* to prevail, though minority (or majority) opinions may make a good case for allowing certain minority *interests* to prevail. There is, accordingly, no necessary connection between the idea of majority-decision about rights and the idea of the tyranny of the majority".

Seria verificável, para Waldron, que pessoas atuam na esfera pública de boa-fé, muitas vezes deixando de lado seus desejos pessoais e agindo racionalmente em favor do bem-comum. Apesar de algumas vezes isso não corresponder à realidade, uma teoria normativa acerca das instituições depende de que sua análise seja feita sob a melhor luz. Se, ao contrário, afirmar-se que as pessoas agem politicamente de modo egoístico, então a autoridade da legislação enquanto meio adequado de solução de dissensos morais não se sustenta. Como essa não é a posição de Waldron, o autor assume que os indivíduos possuem autonomia e preocupação com as questões de interesse comum e, portanto, seria acintosa a existência de um procedimento de tomada de decisões que é desenvolvido com o objetivo de superar a opinião dos representantes desses indivíduos autônomos e dotados de boa-fé:

Quando os cidadãos ou os seus representantes discorram sobre quais direitos nós temos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isto não é algo que lhes é permitido resolver por meio de um procedimento majoritário, mas que a decisão final deve ser atribuída a um pequeno grupo de juizes. É particularmente aviltante quando eles descobrem que esses juizes discordam entre si exatamente nos mesmos termos que os cidadãos e seus representantes, e que juizes tomam suas decisões, também, por um critério majoritário. Os cidadãos podem sentir que, se desacordos a respeito dessas questões são decididos pela contagem de cabeças, então são as suas cabeças ou as de seus representantes que deveriam ser contadas (WALDRON, 1999, p. 15).³⁸

No trecho acima, diante da pluralidade de interesses e opiniões, bem como da inevitabilidade dos desacordos morais razoáveis, a atenção de Waldron se volta para a questão da autoridade decisória. Se não há uma instituição capaz de resolver definitivamente o desacordo, por uma razão prática, alguma instituição deve ter a última palavra sobre essas questões. Portanto, é imperioso desenvolver justificações teóricas para estabelecer a supremacia de uma determinada instituição em relação a outra. Segundo Waldron, não há razões suficientes para afirmar a preferência por instituições contramajoritárias em detrimento das instituições formadas com base em critérios majoritários. Isso se deve ao fato de que, conforme será explicado ao longo deste capítulo, Waldron enxerga nas instituições contramajoritárias, especialmente nos tribunais, o mesmo tipo de procedimento adotado pelos parlamentos. No entanto, diferentemente destes, os tribunais não são representativos e, portanto, não podem ser considerados aprioristicamente mais adequados para decidir sobre

³⁸ Texto original: “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or about what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or those of their accountable representatives that should be counted”.

qualquer tipo de questão, seja ela de princípio ou de política. Sob uma perspectiva funcional, não há motivos para que uma democracia prefira as cortes como órgão decisório. Retoma-se, então, a preocupação com a análise da legislação em sua melhor forma: explicitamente fruto do dissenso e, por essa razão, dotada de dignidade própria. Seus argumentos a esse respeito serão mais bem apresentados no próximo tópico deste capítulo.

3.2. A dignidade da legislação: uma defesa dos procedimentos majoritários

O último tópico encerrou-se com as seguintes conclusões: i) o desacordo é uma característica inafastável das comunidades políticas contemporâneas e não se resume às metas políticas da sociedade; ii) a objetividade moral, aceita por Waldron, não afasta o dissenso nas questões de princípio, pois mesmo que uma decisão possa se inserir no contexto de uma teoria moral consistente, ainda haverá uma quantidade razoável de cidadãos que discordarão do seu conteúdo; iii) por essa razão, não há qualquer motivo empírico para supormos que, *a priori*, cortes ou parlamentos tenham maior chance de acerto em decisões que envolvem questões de princípio. Há de se verificar, nessa linha, qual instituição possui condições de produzir decisões legítimas sob a perspectiva da teoria da autoridade, tendo em conta o fato de que essas decisões sempre desagradarão muitas pessoas.

Distintamente do que ocorre com as cortes e os seus ritos, o processo legislativo é explicitamente conflituoso e, muitas vezes, o conteúdo dos debates não se coaduna com as melhores aspirações de uma teoria política normativa. Isso pois o cerne dos procedimentos legislativos é o dissenso. Ao contrário das cortes, no âmbito legislativo, o desacordo é previsível e os procedimentos são desenvolvidos para privilegiar o debate nesses termos. Além disso, o conteúdo argumentativo também difere entre essas instituições, uma vez que as cortes utilizam termos técnicos que, a princípio, podem ser mais palatáveis para a população em geral.

Isso significa que cortes são preferíveis aos parlamentos para decidir questões principiológicas? Waldron diz que não. Para ele, a previsão de procedimentos que respeitam a regra da maioria e que permitem a articulação dos diversos interesses presentes na sociedade, sob uma perspectiva democrática, é um meio adequado para a solução de impasses contenciosos. Até aí, ao menos parcialmente, Dworkin concordaria com o neozelandês. A concepção constitucional de democracia dworkiniana não ignora a importância dos procedimentos democráticos, inclusive para as questões de princípio, mas afirma que, nesses

casos, o foco deve ser o conteúdo e não o procedimento. Para ele, independentemente do conteúdo da decisão, o procedimento majoritário é preferível para a resolução das questões de princípio. Não haveria, em nenhuma circunstância, compatibilidade entre mecanismos contramajoritários e democracia, como quer Dworkin. Os argumentos de Waldron que sustentam essas afirmações serão agora mais bem desenvolvidos.

Portanto, cabe à política não apenas definir as metas a serem perseguidas por uma determinada comunidade, mas também determinar quais direitos temos, assim como seu significado e consequências concretas. “Política é sobre princípios e políticas públicas”,³⁹ afirma Waldron (1999, p. 243). É natural que nem decisões judiciais nem leis alterem o conteúdo objetivo dos direitos jurídicos, nem mesmo a opinião das pessoas sobre esses mesmos direitos. No entanto, a controvérsia em relação a eles só pode ser resolvida por meio de um processo essencialmente político. E, uma vez que os requisitos políticos mencionados anteriormente sejam respeitados, não há exceção a essa regra que permita invalidar as escolhas dos representantes dos indivíduos:

Direitos, em outras palavras, não são uma exceção à necessidade geral de se definir a autoridade na política. Como as pessoas têm visões diferentes sobre direitos e nós precisamos estabelecer uma visão comum sobre isso, devemos nos perguntar: ‘quem terá o poder de tomar decisões sociais, ou por meio de quais procedimentos essas decisões devem ser realizadas, sobre as questões práticas que as teorias concorrentes de direitos pretendem abordar?’ Como filósofos políticos, nossa tarefa é investigar os princípios e critérios pelos quais essa questão de autoridade deve ser respondida. A afirmação que temos examinado – aquela na qual a participação política é um direito – constitui uma resposta, ou pelo menos parte de uma resposta, à questão da autoridade (WALDRON, 1999, p. 243).⁴⁰

Nessa passagem, Waldron difere de Dworkin não apenas por considerar a participação política apenas sob a perspectiva de *input*, mas também por lançar luz sobre a questão de teoria da autoridade. Talvez a maior contribuição de Waldron para a proposta teórica deste texto seja justamente a sua percepção sobre a necessidade de se definir uma autoridade que irá decidir sobre os direitos dos cidadãos, levando em conta que essa decisão será necessariamente controversa. Waldron propõe ao menos duas alternativas para essa questão. Uma delas consiste em permitir que as próprias pessoas afetadas pelas decisões

³⁹ Texto original: “Politics is about principle as well as policy”.

⁴⁰ Texto original: “Rights, in other words, are no exception to the general need for authority in politics. Since people hold different views about rights and since we have to settle upon and enforce a common view about this, we must ask: ‘Who is to have the power to make social decisions, or by what processes are social decisions to be made, on the practical issues that competing theories of rights purport to address?’ As political philosophers, our task is to inquire into the principles and criteria by which this question of authority is to be answered? The claim we have been examining – the claim the political participation is a right – constitutes an answer, or at least part of an answer, to the question of authority”.

políticas, ou seja, os sujeitos de direito, possam tomar essa decisão com autonomia. Se suas vidas serão afetadas por qualquer decisão, é necessário, por uma questão de emancipação e autodeterminação individual, que eles tenham a oportunidade de influenciar aquela decisão, mesmo que sua opinião não seja a vencedora. Trata-se da mesma lógica atribuída às questões de políticas públicas: do mesmo modo que os cidadãos devem poder escolher entre construir um estádio ou uma via pública, a eles deve ser permitido decidir sobre a (i)licitude do aborto. Se um sistema político adotar essa perspectiva, muitos arranjos são possíveis para operacionalizá-la. A título de exemplo, as pessoas poderão se valer de mecanismos diretos de escolha ou do mecanismo da representação, amplamente difundido na atualidade (LOEWENSTEIN, 1979).

Outra possibilidade de resolução para o problema da autoridade, também aceita por Waldron, é a previsão institucional de mecanismos contramajoritários, geralmente jurisdicionais, para ter a palavra final em questões que envolvem direitos. Contudo, para Waldron, ao adotar essa posição, uma determinada comunidade estará hipervalorizando as concepções políticas de um pequeno número de juízes não eleitos que possuem a prerrogativa de ab-rogar decisões anteriormente afirmadas pelos indivíduos diretamente ou por meio dos seus representantes, como se afirmou na primeira hipótese. Ele fundamenta sua posição do seguinte modo:

O valor político mais naturalmente associado à legislatura moderna e à autoridade do seu produto – a legislação como direito positivo – é a legitimidade democrática. Nem todos os juristas aceitam essa associação. Alguns menosprezam o aspecto democrático das leis, pois têm dúvidas sobre o sucesso do Parlamento ou do Congresso em representar o povo, ou porque eles estão fascinados pelas dificuldades formais da teoria da decisão política, ou porque eles simplesmente não consideram que a democracia possui mais do que um valor derivado ou instrumental. Ainda assim, a maioria dos estudiosos da legislação acredita que uma reivindicação de legitimidade democrática – se pudesse ser sustentada – seria a melhor coisa que se poderia dizer sobre a autoridade de uma lei. As credenciais democráticas e representativas do Legislativo, como elas são, constituem supostamente a melhor razão que um cidadão ou um tribunal pode ter para ser deferente com as suas decisões (WALDRON, 1999, p. 53).⁴¹

⁴¹ Texto original: “The political value most naturally associated with the modern legislature and with the authority of its product – legislation as positive law – is *democratic legitimacy*. Not all jurists accept the association. Some disparage the democratic credentials of statutes, because they are doubtful about Parliament’s or Congress’s success in representing the people, or because they are bewitched by the formal difficulties of public choice theory, or because they simply do not regard democracy as anything other than a derivative or instrumental value. Still, most students of legislation figure that a claim of democratic legitimacy – if it could be sustained – would be the best one could say for the authority of a statute. The democratic and representative credentials of the legislature, such as they are, are supposed to be the best reason a court or a citizen can have for deferring to its decisions”.

Não obstante o exposto por Waldron, essa não é a posição de muitos autores que se dedicaram ao tema. A teoria jurídica e a filosofia política teriam disseminado diversos receios quanto à dignidade dos parlamentos e do produto dos seus trabalhos, a legislação. Alguns deles já foram expostos, como por exemplo a afirmação de que conferir a essas instituições o poder de decidir sobre os direitos das pessoas pode gerar uma “tirania das maiorias”. Mas os argumentos em desfavor dos parlamentos não são apenas dessa ordem. Há, por exemplo, certa desconfiança em relação à capacidade deliberativa de instituições compostas por muitos membros. Para quem expressa essa objeção, a pulverização da capacidade decisória paralisaria as discussões e seriam um óbice à racionalidade exigida pelo direito. O fato de as leis serem “o produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho” (WALDRON, 2003, p. 37) dá a entender que as pessoas não agem racionalmente no processo de criação da legislação.

Se comparados aos tribunais, os parlamentos parecem ser ainda mais desqualificados. Enquanto qualquer pessoa pode se tornar um representante do povo, para ser juiz, o indivíduo deve passar por um árduo treinamento que o capacita para o exercício da profissão. Ademais, mesmo os órgãos judiciais colegiados são compostos de poucos membros se comparados às assembleias, de sorte que se torna muito mais fácil para um cidadão responsabilizar politicamente um juiz do que, por exemplo, um deputado. Waldron se baseia em Condorcet para afastar esse argumento, uma vez que ele “provou aritmeticamente que o governo da maioria torna mais provável que um grupo ofereça a resposta certa a alguma pergunta do que o membro médio do grupo” (WALDRON. 2003, p. 38). O autor enxerga razões suficientes para afastar esse dogma que remonta ao período iluminista, uma vez que afirma que instituições compostas por um grande número de pessoas, por essa razão, possuem maior probabilidade de oferecer boas soluções para os impasses cotidianos de uma comunidade em comparação com órgãos compostos de um pequeno número de membros.

Ainda que se supere a questão do preconceito quanto ao grande número de membros dos parlamentos, ainda resta a crítica de Madison no sentido de que as assembleias, representativas que são, estão suscetíveis às paixões e histerias momentâneas. No primeiro capítulo do texto, já citamos Madison como um entusiasta dos mecanismos contramajoritários, ainda no contexto de elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América. Ele via os parlamentos com certo ceticismo e considerava que as limitações à vontade das maiorias, que o constitucionalismo representa, constituem o antídoto para esse mal (HAMILTON; JAY; MADISON, 1787). Além disso, as assembleias estariam sujeitas a

influências oligárquicas, que poderiam afastar os trabalhos legislativos da busca pelo bem-comum. Waldron também não considera essas preocupações um empecilho à dignidade da legislação. Para ele, se o desenvolvimento das instituições representativas tivesse ocorrido efetivamente como Madison temia, a fórmula da representação não estaria tão disseminada mundo afora. Ele busca, ainda, apoio em Maquiavel para afirmar que a suposta calma e a inexistência de conflitos explícitos não são desejáveis. O conflito, nesse contexto, é um auxílio para a preservação dos direitos do cidadão e não uma disfuncionalidade das sociedades modernas.

Afastadas essas críticas, Waldron irá afirmar que a rejeição por grande parte da comunidade política em relação à lei como forma superior de encerrar direitos e obrigações não deriva somente da pretensa estabilidade que os tribunais representam, mas, também, e sobretudo, da ideia de *rule of law*, segundo a qual deve ser instituído um governo de leis (aqui utilizadas em seu sentido geral) e não de homens. As assembleias, devido à sua estrutura, parecem não contribuir para esse objetivo fundante:

Quando afirmei anteriormente que os juristas se sentem mais à vontade com a legislação por corpos que negam estar legislando do que com a legislação por corpos legislativos que anunciam isso agressivamente como a sua intenção, não quis dizer que eles valorizavam a timidez e a modéstia em si. Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens. E o perigo da concentração na legislação é que, enquanto fonte do direito, ela é *por demais humana*, por demais associada a decisões explícitas, datáveis, feitas por homens e mulheres identificáveis, no sentido de que estamos sujeitos a *estas* regras, não *àquelas* (WALDRON, 2003, p. 29).

Portanto, quando um tribunal decide fazendo referências às regras jurídicas ou aos costumes, como ocorre nos sistemas de *common law*, eles estão despersonificando a sua atuação. Isso parece, ao menos a princípio, se adequar mais ao conteúdo normativo decorrente da ideia de Estado de Direito. Enquanto se verifica com facilidade nos meios de comunicação que um determinado parlamentar vota de acordo com os interesses de desse ou daquele grupo de interesses, nem sempre representativo da maioria da população, os argumentos jurídicos se articulam de modo que os juízes raramente afirmam expressamente os compromissos políticos que possuem. Se cabe a eles apenas a descoberta do conteúdo do direito, uma decisão judicial parece ser mais digna do que uma lei, fruto explícito da compatibilização de interesses individuais. Muitas pessoas, no entanto, não concordam que as cortes são mais impessoais do que os parlamentos. Trata-se de um longo debate que, para Waldron, não se estende aos

argumentos legislativos. Basta a percepção de que as leis são decorrência explícita da vontade humana, e Waldron considera esse o seu melhor atributo.

Retomaremos, agora, o argumento de que a preferência pelas cortes deriva, de um lado, da leitura excessivamente pessimista da figura do legislador, e, de outro, da idealização dos juízes. Por isso, parafraseando Waldron, poderíamos afirmar que a Teoria da Constituição se tornou uma Teoria da Jurisdição Constitucional.⁴² Nas palavras do jusfilósofo:

Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, “Hércules”, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório. [...] Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresenta a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios (WALDRON, 2003, p. 1).

Portanto, quando pretendemos analisar a questão da autoridade decisória em uma democracia, sob a luz de uma teoria normativa, devemos ter o mesmo nível de boa-fé para com as instituições e seus membros. Cabe questionarmos se, ao conferir dignidade à legislação, os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade ainda assim se mantêm moralmente aceitáveis. Waldron dirá que não, pois a má-vontade da teoria jurídica para com a legislação deriva da necessidade encontrada pelos autores de legitimar a prática da *judicial review*, já sedimentada em solo norte-americano e exportada para grande parte dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial. Da importância da legislação decorre a prescindibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis (WALDRON, 2016).

Waldron, para demonstrar a indispensabilidade da participação popular no ato de criação do direito, traça um paralelo histórico entre o direito costumeiro e o processo de criação das leis. Retomando as considerações feitas no primeiro capítulo, pode-se afirmar que os costumes, em um sistema de *common law*, são uma relevante fonte do direito. Todavia, esses costumes não se identificam com hábitos particulares praticados em tempos recentes. Na verdade, para ser considerado uma fonte do direito, o costume deve ser verificável desde tempos imemoriais. Além disso, a referência aos costumes seria apenas uma das dimensões da legitimidade da atividade jurisdicional. Essa legitimidade também derivaria de um consentimento tácito dos cidadãos em relação à utilização dos costumes como fontes do direito. É a partir da aceitação por parte das pessoas afetadas pela utilização das regras

⁴² Devo essa observação ao olhar atento de Rafael Tomaz de Oliveira.

costumeiras que elas se tornam um padrão de conduta legítimo e exigível. Waldron irá afirmar que o mesmo ocorre quando a autoridade do direito, em algumas realidades políticas, se transfere para a legislação. Entretanto, nas democracias representativas, quando os representantes do povo se unem em uma assembleia para determinar os rumos políticos da comunidade, eles o fazem com base no consentimento expresso dos cidadãos. Portanto, o consentimento, seja ele tácito ou expresso, está na base da legitimidade de qualquer fonte do direito (WALDRON, 1999).

Essa interpretação sobre a transição entre direito costumeiro e direito legislado é fundamental para o argumento de Waldron, pois carrega a afirmação de que “a autoridade legislativa da cidade está na vontade livre do seu próprio povo e não em uma submissão à vontade de qualquer outra autoridade” (VICTOR, 2015, p. 174). A questão do consentimento, mesmo no direito costumeiro, carrega problemas inerentes à vida comunitária. Vale dizer, mesmo durante a idade média, em sociedades com complexidade diminuta se comparadas às sociedades contemporâneas, era impossível obter o consentimento de toda a população. Usos e costumes também podem ser rejeitados por uma parte da população, portanto o consentimento em relação a eles deve ser expressado pela maioria. Isso não significa que aqueles indivíduos que não concordam com esses costumes estejam necessariamente sendo tiranizados. O mesmo ocorre em relação aos procedimentos de criação das leis. Deve ser adotado um processo que busque verificar o consenso da maior parte dos cidadãos, levando em conta que alguns deles, por diversas razões, não concordarão com o conteúdo daquele ato normativo. Esse procedimento faz com que o processo de produção do direito seja um empreendimento coletivo:

No caso tanto da legislação quanto dos costumes, a base da autoridade legislativa está relacionada a um processo (formal ou informal) que reúne as experiências e opiniões plurais e diversas daqueles que terão que viver com a norma em questão. No que diz respeito às leis, o processo pode envolver uma reunião literal de pessoas ou (mais comumente) algum tipo de conselho eleito. O ponto é que, nessa abordagem, a legislação não poderia ser concebida com base no modelo de ação individual (WALDRON, 1999, p. 66).⁴³

Essa digressão histórica demonstra que a questão do consentimento é a característica central da dignidade da legislação. Waldron passa a buscar, então, fundamentos filosóficos consistentes para a questão do consentimento dos cidadãos. O ponto de partida da

⁴³ Texto original: “In the case of both statute and custom, the basis of legal authority has to do with a process (formal or informal) that brings together the plural and disparate experiences and opinions of those who are going to have to live with the norm in question. So far as statutes are concerned, the process may involve a literal assembly of the people or (more commonly) some form of elected council. The point is that, on this approach, legislation could not possibly be conceived on the model of one man’s action”.

sua defesa do majoritarismo deriva, em grande medida, da seguinte explicação oferecida por Locke:

Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o consentimento da maioria; do contrário, torna-se impossível que haja ou que se mantenha como um corpo único, uma comunidade única, tal como concordaram devesse ser os indivíduos que nela se uniram – de modo que todos estão obrigados por esse consentimento a decidir pela maioria. E, portanto, vemos que, nas assembleias que têm poder para agir segundo leis positivas em que nenhum número é fixado por essa lei positiva que lhes confere o poder, o ato da maioria passa por ato do todo e, é claro, determina, pela lei da natureza e da razão, o que é o poder do corpo inteiro (LOCKE, 1998, p. 469).

Locke oferece, nessa passagem, uma explicação sobre o consentimento necessário para as deliberações majoritárias com respaldo nas ciências naturais. Para Locke, uma vez que essa comunidade, unida, forma um corpo único, ele se moverá necessariamente na direção pretendida pelas forças dominantes, ou seja, pela maioria dos seus membros. Waldron considera que essa leitura fisicalista não é a melhor forma de entender os procedimentos majoritários. Isso pois, para que esse corpo uno siga a determinação da maior parte dos seus membros, é necessário que alguns pressupostos estejam presentes. O primeiro deles é que esse corpo permanecerá unido, apesar de as várias forças que o compõem atuarem em direções diferentes. Além disso, pressupõe também que o movimento do corpo se encaminhará para apenas uma das direções pretendidas pelas forças que o constituem. Por fim, o argumento de Locke presume que a influência exercida por cada uma das partes, consideradas individualmente, seja exatamente a mesma (WALDRON, 2003).

Transportando esses pressupostos para os domínios da política, pode-se inferir, em primeiro lugar, que a força da maioria será eficaz somente se a coesão do sistema político for mantida. Se a minoria, diante da derrota, optar por não mais fazer parte daquele grupo, a força necessária dos vencedores para manter a coesão do grupo e impor sua decisão pode ser muito maior do que suas capacidades. Em segundo lugar, “o vetor ou modelo resultante parece prover uma descrição melhor do resultado de tal conflito político do que um modelo de uma direção ou outra” (WALDRON, 2003, p. 161). Finalmente, a ideia de que os indivíduos possuem a mesma força na determinação das questões comuns é uma afirmação despida de qualquer tipo de lastro real. Os recursos políticos de cada indivíduo ou grupo, assim como sua

capacidade de influenciar os demais cidadãos, são diferentes. Aqui, Waldron parece referir-se à igualdade de influência que Dworkin afirma ser impossível e nem mesmo desejável igualar.

A questão da coesão do corpo, segundo Locke, parece ser algo dado, mas Waldron discorda dessa percepção. Quando se trata de política, a coesão de uma comunidade específica é construída pela conduta de seus membros. Ele diz que “as próprias pessoas são exortadas (a) a aquiescer à opinião da maioria também são as que são exortadas (b) a não se separarem e a fazerem a sua parte para manter o corpo coeso” (WALDRON, 2003, p. 163). Essa afirmação de Locke sugere que o filósofo considera a tomada de decisões majoritária como a única alternativa possível para uma sociedade. Entretanto, de acordo com o que já foi afirmado, Waldron considera a existência de outras possibilidades de processos decisórios. Além disso, uma vez que a afirmação de que o corpo se moverá na direção estabelecida pela maioria depende de uma segunda afirmação, que é a de que a minoria concordará com a situação e não romperá o tecido social, uma “descrição baseada na força da permanência da sua coesão, a versão fiscalista do argumento a favor da decisão majoritária é necessariamente incompleta” (WALDRON, 2003, p. 164). Significa dizer que é necessário que se desenvolva uma explicação antecedente sobre as razões pelas quais o corpo permanece unido e os vencidos no processo político aceitam a sua derrota.

Partindo das observações de Locke, Waldron busca as razões que justificam a utilização da regra da maioria para além do mero argumento fiscalista. Essa questão antecedente será necessariamente normativa, pois não há uma descrição generalista o bastante que responda suficientemente a esse questionamento. E, uma vez normativo, esse argumento não se compatibilizará com uma tese fiscalista. Se a questão anterior da coesão do corpo não se alinha com o argumento fiscalista, então ele perde o sentido. De acordo com Waldron, “se o argumento fiscalista não pode cumprir *toda* a função, não vale a pena tê-lo para *nenhuma* parte dela” (WALDRON, 2003, p. 164). A grande questão a respeito das formas majoritárias de decisão é justamente a vinculação das minorias às decisões em que seus argumentos foram superados pelos de outros grupos. Como, ainda assim, essas minorias podem considerar essa decisão como sua própria? Além disso, pode-se questionar se a respeitabilidade de uma lei decorre tão simplesmente do fato de ser fruto de uma assembleia representativa. Portanto, uma decisão baseada na força se presta a realizar uma simples descrição do modo como as minorias se obrigam nas decisões majoritárias, desconsiderando o aspecto do *dever-ser*.

Para resolver essa questão, Waldron faz uma releitura dos argumentos de Locke, substituindo a centralidade da força pelo consentimento. A questão fundamental não é, então, a representação física da força, mas sim o consentimento dos cidadãos em relação às escolhas políticas grupais. A força própria do consentimento não seria física, mas moral. Essa interpretação revela-se mais adequada às questões políticas. A questão aceitação por parte dos indivíduos da decisão majoritária, na leitura que Waldron faz de Locke, é subsquente ao estabelecimento do contrato social. Em um primeiro momento, no qual as pessoas se vinculam em forma de comunidade, o consentimento assume a forma de “veto como triunfo” (WALDRON, 2003, p. 166). Isso porque, para Locke, o contrato social exige unanimidade dos indivíduos que se vinculam a ele. Se o indivíduo não consentir, ele não fará parte do corpo social. No entanto, ao aceitar fazer parte da vida em sociedade, os indivíduos o fazem com o objetivo de estabelecer instituições de deliberação majoritárias, também baseadas no consentimento. Nesse caso, a decisão é vista como um ato da própria comunidade e de seu povo. E esse ato, ainda segundo Locke, nada mais é do que uma função das opiniões individuais.

No processo de tomada de decisões, é natural que haja discordância entre aqueles que serão afetados por ela. O caráter argumentativo das deliberações políticas é o que guiará uma determinada comunidade em uma direção específica. A tomada de decisão sobre os objetivos que uma comunidade deve perseguir é baseada no consentimento, o que leva a uma reinterpretção das três suposições que sustentam a física do consentimento. A primeira delas é a de que o corpo social permanecerá unido. Na física do consentimento, essa união é baseada na aquiescência dos indivíduos. Essa interpretação é relativamente simples, uma vez que a comunidade já está unida pelo contrato social. Quando as pessoas se unem com a intenção de estabelecer uma vida em sociedade, devem estar dispostas a conviver com desacordos:

O pressuposto também recebe mais força da insistência de Locke em que ninguém pode pensar que um grupo composto de muitas pessoas será capaz de subsistir e atuar com base na unanimidade. O consentimento unânime de todos os membros é “quase impossível de conseguir” se considerarmos as vicissitudes que manterão alguns distantes da assembléia e dividirão os interesses e opiniões dos outros (II: 98). Como todos sabem disso quando dão o consentimento original para serem membros do corpo, ninguém pode fundamentar razoavelmente a adesão ao corpo com base na exigência de que ele atue apenas quando houver unanimidade (WALDRON, 2003, p. 168).

Dada a inevitabilidade dos dissensos nas comunidades políticas, os indivíduos devem aceitar e continuar a fazer parte do grupo mesmo quando sua opinião não seja

predominante, da mesma forma como fazem quando estão em maioria. É impossível estabelecer uma comunidade política na qual a convivência entre os indivíduos dependa da unanimidade de opiniões. O consenso original, expresso na teoria do contrato social de Locke, exerce grande influência na defesa das decisões tomadas pela maioria das pessoas. Esse consentimento inicial se baseia em razões e se assemelha muito à escolha racional. Dessa forma, se um grupo de pessoas se une para perseguir um objetivo e, posteriormente, o grupo age de forma a impedir a realização desse objetivo ou a buscar uma meta diferente, essa organização perde sua legitimidade constitutiva. Isso também se aplica ao contrato social, já que Locke afirma que, se um ato do governo coloca os cidadãos em uma situação pior do que o estado de natureza, aquela comunidade perde sua legitimidade. Existem, portanto, alguns limites para as deliberações majoritárias, que não podem avançar sobre direitos inalienáveis ou tornar a vida dos cidadãos pior do que seria em estado de natureza. Waldron, como já mencionado, afirma que as pessoas discordam sobre direitos, mas não contesta o fato de que elas os possuem.

A segunda suposição que deve ser interpretada à luz da física do consentimento é aquela segundo a qual o corpo se movimenta em uma direção ou em outra. Ele não se move, para Waldron, como um corpo físico, isto é, como um vetor de forças. Isso porque, quando se trata de política, a movimentação ocorre pelo consentimento individual. O consentimento dos indivíduos tem dúplice função: determina, em um primeiro momento, o leque de escolhas possíveis e, subsequentemente, opta por uma delas. Isso quer dizer que o corpo social não caminha para nenhuma direção a não ser que ela tenha sido, explícita e anteriormente, proposta por um dos seus membros:

A segunda interpretação insiste em que a escolha política não é feita a partir de um leque de opções *dadas* ou *pré-ordenadas*, mas a partir de um leque de opiniões propostas especificamente por membros individuais da comunidade. Nessa exposição, uma posição de consenso pode não ser selecionada, a menos que seja *a opinião de alguém* quanto ao que deve ser feito. E se é a visão de alguém, então, deve colocar-se como tal em uma disputa por votos da maneira comum. Assim, a lógica do consentimento individual como força motriz na política é que o corpo político não deve mover-se em nenhuma direção a não ser na direção que foi explicitamente proposta e em que alguém consentiu como proposição (WALDRON, 2003, p. 173).

Todavia, a física do consentimento altera mais significativamente a terceira suposição. Para Waldron, muitos autores afirmam que o argumento de Locke se baseia na ideia de que o consentimento possui a mesma intensidade entre os cidadãos. Essa posição, no entanto, parte do pressuposto que o consentimento pode ter intensidades variáveis, o que

Waldron rejeita. O consentimento pode estar presente ou não, não existem meio termos ou diferentes níveis de força no consentimento. Por ser uma teoria normativa, não se faz qualquer afirmação sobre a intensidade da participação de cada indivíduo. O que importa efetivamente é o seu consentimento, que permite a movimentação desse corpo.

Subsiste ainda o questionamento se a vontade da maioria realmente prevalecerá. Esse argumento, sob o ponto de vista fiscalista, leva em consideração a agregação das forças físicas. Mas, por ser uma questão moral, o consentimento não opera da mesma maneira. Ele é uma força que legitima um sistema político e autoriza as suas ações. Não se trata de analisar se a decisão da maior parte das pessoas é a correta, mas sim se ela é legítima. É para isso que o consentimento é útil: emprestar legitimidade às decisões políticas no âmbito de uma teoria da autoridade. Portanto, a utilização de procedimentos majoritários não está relacionada com a maior ou menor probabilidade de a maioria estar certa a respeito das diretrizes políticas ou dos direitos que a cidadania requer, mas sim baseia-se na ideia de que uma decisão política será considerada legítima, em uma análise normativa, se contar com a participação dos cidadãos. Em situações de desacordo, a única solução para a questão da legitimidade seria o majoritarismo. São os próprios indivíduos que devem apresentar e escolher entre as opções de ação política que uma comunidade necessita.

3.3. O núcleo do argumento contra a revisão judicial: a participação como “o direito dos direitos”

A física do consentimento, juntamente com a inevitabilidade dos desacordos morais entre os indivíduos, lança luz sobre a relação entre cortes e parlamentos: trata-se de determinar quem deve tomar decisões em uma democracia. Ao buscar apresentar a dignidade da legislação, produto dos trabalhos de um órgão representativo por excelência, Waldron tenta afastar as difundidas críticas no âmbito do Direito Constitucional de que elas são um meio potencial de violar os direitos dos indivíduos. Em geral, essa crítica fornece elementos que fundamentam a opção pela previsão constitucional do controle judicial de constitucionalidade, visto como o último baluarte dos direitos fundamentais. Para os críticos dos parlamentos, não seria adequado permitir que essas instituições deliberem sobre questões principiológicas, uma vez que, pela sua natureza, a mera soma de vontades individuais não atenderia aos requisitos de uma teoria normativa da democracia. A solução natural para isso é a existência das cortes como o "fórum dos princípios", que, por serem compostas por um pequeno grupo de sábios, teriam uma maior probabilidade de acertar nesses temas complexos. Para Waldron, a

possibilidade de acerto é simétrica. A questão fundamental é a legitimidade da decisão, uma vez que qualquer instituição pode, em potencial, tomar más decisões.

Waldron argumenta que, se é verdade que há algum tipo de arbitrariedade no método de contagem de cabeças, ela também se estenderia aos procedimentos adotados pelas cortes. Ele apresenta, inclusive, um amplo conjunto de questões relevantes para a vida política dos Estados Unidos da América que foram decididas pela Suprema Corte com um placar de cinco votos a quatro (WALDRON, 2016). Por isso, para ele as cortes não seriam uma instituição contramajoritária em termos procedimentais. Essa afirmação, como não poderia deixar de ser, provoca diversas críticas, especialmente devido ao fato de que o contramajoritarismo das cortes não se refere ao seu procedimento decisório, mas sim à sua forma de composição. De toda sorte, para Waldron, a distinção entre parlamentos e cortes não se refere à forma decisória adotada, mas sim à representatividade que essas instituições possuem e que as cortes carecem. Dessa forma, o consentimento mencionado por Locke e adaptado por Waldron confere uma dignidade especial aos trabalhos legislativos, na medida em que eles se justificam sob a perspectiva moral. A interpretação que Waldron faz de Locke concentra-se no procedimento, o que significa que a adoção de procedimentos majoritários não se relaciona com a (in)justiça do conteúdo da decisão, mas sim com a legitimidade que reveste uma decisão que conta com o consentimento dos cidadãos (VICTOR, 2015). Trata-se, então, de uma justificativa política muito menos ambiciosa do que a proposta por Dworkin em relação à função das cortes.

A legitimidade de uma instituição, seja ela a corte ou o parlamento, não pode depender da substancialidade de suas decisões. O que importa, para Waldron, é o procedimento adotado para a sua obtenção. A interpretação procedimental das instituições não tem uma relação necessária com o relativismo moral. Waldron não se considera um relativista. No entanto, o autor argumenta que, independentemente do mérito da decisão, a vontade da maioria dos juízes irá prevalecer em um sistema que convive com a revisão judicial. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade nada mais é do que uma técnica decisória adotada por uma determinada comunidade política. Não se pode garantir que as cortes efetivamente irão proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, mas é possível adotar um procedimento decisório que leve em consideração as opiniões dos diversos interessados na decisão, tornando-a assim legítima. Assim como os parlamentos, as cortes tomam muitas decisões controversas. A título de exemplo, Dworkin considera a decisão do caso *Bush vs. Gore* um dos piores arestos da Suprema Corte estadunidense (DWORKIN, 2002). Mas,

mesmo assim, a decisão foi cumprida e alterou significativamente a vida política do país. A sua falta de consistência moral não prejudicou a sua cogência.

Por isso, para Waldron, a participação é “o direito dos direitos” (WALDRON, 1999, p. 232). Isso não se deve a uma espécie de preferência ontológica do direito à participação política em relação aos demais direitos fundamentais. Mas a participação é fundamental quando os cidadãos discordam de quais direitos possuem. É por essa razão que ela é o direito dos direitos, uma vez que antecede a definição de todos os demais. O direito à participação é o fundamento moral da teoria da autoridade de Jeremy Waldron, ao passo que todos os demais direitos se inserem no âmbito de uma teoria da justiça. Esse direito requer não somente que os indivíduos possam participar da vida política da comunidade, mas também que a cidadania como um todo seja decisiva na formação da decisão. De modo conclusivo, pode-se afirmar que Waldron considera os parlamentos, respeitadas as condições por ele apresentadas, preferíveis em relação aos tribunais no processo de tomada de decisões em uma democracia. Uma vez que não há garantia sobre o conteúdo dessas decisões – inclusive aquelas que abordam questões morais-, é mais adequado que os próprios titulares dos direitos em questão possam determinar seu alcance.

4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL

As diferenças teóricas entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são acentuadas. Dworkin considera completamente despropositadas as objeções formuladas por diversos autores ao controle de constitucionalidade das leis. Isso porque, para ele, o centro da discussão deve ser o conteúdo das decisões políticas, sejam elas majoritárias ou contramajoritárias. O que importa efetivamente, aqui, é que os direitos dos cidadãos sejam respeitados. Segundo Dworkin, o constitucionalismo altera o conteúdo normativo da democracia, que deixa de ser estatística para se tornar comunal. Por essa razão, não há qualquer tipo de comprometimento democrático se uma decisão judicial deixar de aplicar uma lei que não se amolda às exigências morais representadas pelo constitucionalismo. Haveria, sim, risco democrático na manutenção de uma decisão política que não trata a todos com igual consideração e respeito.

Já para Waldron, o conteúdo da decisão política é de pouca relevância. Mesmo que haja uma interpretação autêntica dos conceitos envolvidos, sempre haverá indivíduos que discordarão do seu conteúdo. O dissenso é um fato inerente ao processo político, não dependendo de qualquer aspecto objetivo, e constitui um desafio com o qual as instituições políticas devem lidar em todas as suas decisões. Por essa razão, a única fonte de legitimidade de uma decisão política é de natureza procedimental. Vale dizer: dado o fato do dissenso, há de se criar procedimentos decisórios que façam com que os cidadãos, mesmo eventualmente discordando do conteúdo de uma decisão, a considere como sua própria. Nesse ponto, ele desenvolve o conceito de “dignidade da legislação”. A interpretação que Waldron faz da física do consentimento de Locke confere às atividades legiferantes especial relevância na produção de determinações políticas. As cortes, por outro lado, não são capazes de se legitimar procedimentalmente. Segundo o autor, todas as justificativas para a sua existência são materiais e, portanto, não resistem ao dissenso.

Contudo, conforme enfatizado no primeiro capítulo deste texto, o contexto em que se desenvolve o controle judicial de constitucionalidade apresenta uma tradição jurídico-política totalmente distinta daquela que permeia o cenário brasileiro. Como resultado, faz-se necessário examinar criteriosamente os limites de possibilidades das teses formuladas por Dworkin e Waldron, cotejando-as com a história institucional do Brasil. Até que medida essas teses podem contribuir para uma interpretação adequada das condições políticas específicas do país? Ademais, qual é a função primordial desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira? Deve o Tribunal intervir em questões de conteúdo político ou restringir-se a assegurar a preservação das “regras do jogo democrático”? Em ambos os

cenários, quais são as condições que conferem legitimidade à atuação da Corte? Neste momento, nossa empreitada se concentra em fornecer algumas respostas a essas questões cruciais, estreitamente vinculadas à teoria constitucional brasileira.

4.1. O controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito: a aposta na (re)valorização do Poder Judiciário para a implementação do projeto constitucional

Se o debate acerca da atuação das cortes constitucionais é tema central da teoria constitucional de diversos países, tendo sido objeto das mais diversas propostas teóricas, em solo brasileiro a questão assume tons de dramaticidade. O histórico autoritário das relações sociais no Brasil gerou, dentre outras consequências, uma espécie de insinceridade constitucional. Na tentativa de superar essa situação, a Constituição Federal de 1988 alterou significativamente a relação entre os poderes ao conferir ao Supremo Tribunal Federal papel cimeiro em sua concretização. Por isso, a dificuldade contramajoritária não é, como querem alguns autores, uma questão já pacificada no Brasil.⁴⁴ Pelo contrário, as inovações promovidas pela Constituição na relação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes da República geram a necessidade de se discutir as condições de legitimidade da instituição. Além disso, até então, a sociedade brasileira não convivia com efetivos mecanismos de controle do poder político. Por essa razão, o exercício das competências conferidas à Corte gera uma espécie de desconforto em diversos setores da sociedade. Este tópico se presta a analisar as principais características dessa relação no Brasil contemporâneo.

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira (2008), há uma crise da legalidade que se expressa também como crise da constitucionalidade, uma vez que, de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito, não há de se pensar em uma legalidade inconstitucional. A acepção de legalidade adotada pelo autor se refere à tomada de decisões estatais que têm por base a lei (entendida em sentido amplo) e a Constituição. Assim sendo, em sentido inverso, o ocaso da legalidade é justamente a tomada de decisões que encontram sua justificação em interesses diversos e não a lei, expressão – ao menos em tese - do interesse público. A toda evidência, se trata de uma das manifestações do patrimonialismo⁴⁵

⁴⁴ Exemplo clássico é Luís Roberto Barroso que, ao analisar o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira, afirmou que a discussão não é pertinente à nossa realidade constitucional (2017).

⁴⁵ Expressão weberiana adaptada por Raymundo Faoro e que se refere às características da relação entre sociedade civil e Estado no Brasil. Segundo Faoro, os contornos dessa relação foram importados de Portugal – país também fortemente patrimonialista – em decorrência da colonização e seus efeitos perpassaram o tempo, tendo influenciado os grandes acontecimentos históricos nacionais. No campo sociopolítico, Faoro diz que há uma baixa organização da sociedade civil, dividida entre o estamento burocrático e as demais pessoas. Não há,

que historicamente atravessa a relação entre indivíduos e *res publica* no Brasil. Essa realidade pouco gloriosa produz uma situação de “baixa constitucionalidade”⁴⁶, que

hermeneuticamente, *estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito*, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(r)aram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos (STRECK, 2004, p. 215).

Trata-se de um fenômeno existente hodiernamente no Brasil - e que será mais bem demonstrado no decorrer do presente trabalho -, representante da influência que a tradição (em seu sentido fenomenológico-hermenêutico) possui no acontecer atual. Em uma análise retrospectiva, verifica-se que, desde a sua gênese, a história do constitucionalismo brasileiro tem sido profusa em exemplos que corroboram a afirmação de Streck. O processo de independência do Brasil não contou com maciço apoio popular – apesar de terem sido registrados alguns movimentos, principalmente nas capitais das províncias litorâneas -, de sorte que a independência não representou uma efetiva ruptura com o *status quo ante*. O fantasma da independência da América Hispânica fez com que as elites nacionais optassem pela adoção de uma monarquia constitucional, mantendo a Casa de Bragança no poder. Nesse contexto, a tentativa de limitar os poderes do imperador por meio da previsão constitucional do seu compartilhamento não passou de uma ficção, pois o texto também previa o anômalo Poder Moderador. Além disso, de modo paradoxal, a Constituição de 1824 representou efetivo avanço no que toca aos direitos políticos⁴⁷, sem, no entanto, uma garantia mínima de respeito aos direitos civis, vez que a carta foi omissa em relação à vergonhosa realidade da já

portanto, uma verdadeira divisão em classes da sociedade brasileira, pois que o estamento burocrático se sobrepõe a elas, o que representa mais um óbice à existência de um processo de movimentação social. Defende o autor que o estamento burocrático administra o Estado de acordo com suas próprias necessidades e não tendo por base o interesse público ou, ao menos, os interesses de uma classe social dominante (burguesia, por exemplo). Em suma, o poder político no Brasil não seria exercido a partir de um critério de racionalidade e limitação do poder, tendo o objetivo precípuo de servir às finalidades eleitas pelo próprio estamento burocrático. Há, então, uma promíscua relação entre público e privado, não se operando a necessária distinção entre essas esferas. Cabe anotar que esta breve introdução se limita apenas a um dos aspectos apresentados por Faoro, pois sua empreitada se dedicou a fazer uma ampla análise da formação social brasileira a partir, como já foi dito, da releitura de determinados conceitos weberianos. Cf. (FAORO, 2012).

⁴⁶ Termo desenvolvido por Lenio Streck (2004).

⁴⁷ Nas palavras de José Murilo de Carvalho (2014, p. 35): “A Constituição regulou os direitos políticos, definiu quem teria o direito de votar e ser votado. Para os padrões da época, a legislação brasileira era muito liberal. Podiam votar todos os homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil-réis. Todos os cidadãos qualificados eram obrigados a votar. As mulheres não votavam, e os escravos, naturalmente, não eram considerados cidadãos. A limitação de idade comportava exceções. [...] A limitação de renda era de pouca importância. [...] A lei brasileira permitia ainda que os analfabetos votassem. Talvez nenhum país europeu da época tivesse legislação tão liberal”.

secular escravidão no Brasil. Essa inversão no percurso de afirmação da cidadania brasileira bem representa o caráter iliberal da relação entre Estado e sociedade no Brasil.⁴⁸

Atuando em território fronteiriço entre o jurídico e o político, seria de se esperar que o controle de constitucionalidade dos atos normativos não ficasse incólume à influência patrimonialista alhures referenciada. É exatamente o que defendem Rafael Tomaz de Oliveira e Danilo Pereira Lima (2015). O controle de constitucionalidade, instrumento jurídico de contenção do poder político, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1891 em sua versão difusa, inspirada na *judicial review* estadunidense.⁴⁹ Os autores admitem existir, desde o início, um problema de Teoria do Direito ínsito à implantação da *judicial review* no Brasil. Com efeito, já foi dito neste trabalho que o instrumento foi criado em um contexto de *common law*, tradição jurídica diversa daquela que historicamente o Brasil adota (*civil law*). Isso resultou em problemas sistêmicos na inclusão do controle difuso de constitucionalidade, como a inexistência do instituto do *stare decisis* no direito brasileiro.

O controle de constitucionalidade, como demonstrado no primeiro capítulo, é um instrumento de feições liberais que se presta precipuamente à proteção de direitos fundamentais. Oliveira e Lima demonstram, então, como logo após a introdução do instituto

⁴⁸ Analisando o percurso de afirmação de direitos no contexto britânico, Thomas Humphrey Marshall (1967) estabeleceu uma conexão lógica entre as dimensões da cidadania, quais sejam, os direitos civis, políticos e sociais. Com base em acontecimentos ligados à experiência da Ilha, Marshall demonstra que a previsão e o exercício dos direitos políticos só se tornariam possíveis se respeitados os direitos civis. Sem esse pressuposto, a participação popular na tomada de decisões estatais seria maculada desde o princípio, pois que as liberdades civis – mesmo em seu sentido formal – são o elemento possibilitador do debate público. Por outro lado, ao garantir participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, percebeu-se um aumento nas demandas por direitos sociais, diretamente ligados aos pleitos das classes operárias (saúde, educação, habitação, previdência, etc.). Exceção anotada pelo autor é a educação popular, direito social considerado necessário ao exercício dos demais direitos da cidadania. Esse imperativo pode ser observado se relacionarmos a educação aos direitos políticos. Sem uma necessária análise das circunstâncias que envolvem o processo político, bem como dos problemas e soluções ligados à vida em sociedade de determinada nação, não há de se falar em processo político emancipatório. Acertadamente, José Murilo de Carvalho (2014) ressalta a ligação existente entre o conceito de cidadania e de Estado-nação. Destarte, a afirmação dos direitos da cidadania possui contornos e especificidades ligadas às experiências nacionais. Segundo Carvalho, existem consideráveis diferenças entre um cidadão brasileiro e alemão, por exemplo. Tendo por base o relato de T. H. Marshall, observa-se que no Brasil a cidadania possui especificidades relevantes. Exemplificativamente, grande parte dos direitos sociais incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão brasileiro durante o século XX foram concedidos em períodos autoritários. Trata-se, portanto, de uma tentativa de controle social por parte do Estado e não do resultado de uma efetiva luta popular por direitos.

⁴⁹ Trata-se da expressa previsão de existência de uma corte que tem por função controlar jurisdicionalmente a conformidade entre a legislação e o texto constitucional. A Constituição de 1824, assim como a Constituição francesa de 1791, previa uma espécie de controle político dos atos normativos. É de se notar, entretanto, que esse instrumento nunca foi utilizado como forma de limitação do poder. Asseveramos, portanto, juntamente com os autores do texto mencionado, que o controle de constitucionalidade somente foi inserido no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1891.

no Brasil, o estamento burocrático tratou de instrumentalizá-lo para a consecução dos seus próprios interesses. Portanto, apoiados nos conceitos adaptados por Faoro à realidade brasileira (estamento burocrático, patrimonialismo etc.), os autores reconstruíram as causas que levaram à apropriação do controle difuso de constitucionalidade pelo estamento burocrático que já havia se instalado na estrutura do Estado imperial brasileiro e que permaneceu após a proclamação da República. Após profunda reconstrução das origens do constitucionalismo no âmbito das revoluções burguesas e, mais especificamente, da *judicial review* norte-americana, os autores se valeram de fatos relevantes do período imperial para demonstrar que já havia por aqui um estamento avesso a qualquer espécie de limitação pré-compromissória, pedra de toque do constitucionalismo. Há, portanto, um embate entre os ideais de limitação do poder político que o movimento constitucionalista representa e o caráter patrimonialista/autoritário do Estado brasileiro. De nítida inspiração estadunidense, a Constituição de 1891 não foi capaz de ilidir as práticas que já haviam se sedimentado em diversos âmbitos do Estado brasileiro. As instâncias de aplicação do direito (destaque especial para o recém criado Supremo Tribunal Federal) também trataram de não permitir o “aparecer” da Constituição Republicana.⁵⁰

Para fins deste trabalho, trata-se de constatação preciosa para que se possa demonstrar, mesmo que em linhas gerais, as particularidades do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. Apesar de inicialmente possuir nítida inspiração nos Estados Unidos e, já na segunda metade do séc. XX, na Europa continental, o controle de constitucionalidade brasileiro possui feições muito específicas, seja pelas características do *ethos* estatal brasileiro, seja pela atual convivência entre dois modelos distintos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado). Releva destacar que traços da supramencionada insinceridade constitucional podem ser percebidos em fatos mais recentes da história política brasileira. Exemplificativamente, podemos citar a incorporação no ordenamento jurídico

⁵⁰ Cabe destacar, mesmo que de maneira sucinta, alguns dos principais traços da atuação do Supremo Tribunal Federal no período imediatamente posterior à sua criação. A Constituição de 1891 incorporou, como já mencionado, vários instrumentos de feição liberal ao Estado brasileiro (forma federativa de Estado, controle de constitucionalidade, compartilhamento horizontal do poder, etc.). A composição do recém criado Supremo Tribunal Federal, contudo, era remanescente do Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Judiciário sob a Constituição de 1824. Durante o império, o Tribunal se limitava a funcionar como um verdadeiro braço das vontades do Imperador e não como corte empenhada na defesa dos direitos dos cidadãos. Deste modo, seus membros eram refratários à efetivação dos preceitos constitucionais (inclusive dos ideais republicanos), fazendo com que a Constituição fosse, na prática, uma carta de intenções sem qualquer possibilidade de controle jurisdicional da sua concreção. Soma-se a isso a recorrente prática autoritária dos primeiros presidentes brasileiros, que constantemente decretavam estado de sítio para que pudessem governar sem as “travas” impostas pelo texto constitucional, e constataremos o abismo existente entre as disposições constitucionais e as práticas jurídico-políticas no Brasil. Cf. (TOMAZ DE OLIVEIRA; LIMA, 2015).

pátrio da Representação de Inconstitucionalidade – que futuramente se tornaria a Ação Direta de Inconstitucionalidade – em plena ditadura militar. À época, a ação era de monopólio do Procurador-Geral da República e processada perante um Supremo Tribunal Federal até então enfraquecido e deferente às práticas autoritárias que por aqui se verificavam, fato que desfigurou o caráter protetivo próprio do instituto.⁵¹

Essas considerações iniciais sobre o constitucionalismo tupiniquim têm o condão de demonstrar a necessidade de, sempre que se realizar discussões como a que este trabalho propõe, se considerar as especificidades do caso brasileiro. Já foi dito neste texto que o debate acerca da legitimidade democrática das cortes surgiu no contexto estadunidense. Também é certo que, por lá, há intensa produção bibliográfica a respeito do tema. Já durante o século XX, a academia européia também passou a se dedicar ao estudo dessa prática, principalmente após a introdução dos tribunais constitucionais na estrutura constitucional de alguns países. No entanto, o conhecimento acerca de tais teorias não é suficiente para uma adequada análise da realidade institucional brasileira. Isso porque, como dito, possuímos um percurso de afirmação das instituições muito distinto daquele verificado em outras realidades nacionais. Nas palavras de Lenio Streck, “observe-se, nesse ponto, e desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional” (STRECK, 2004, p. 133).

De forma revolucionária, o processo constituinte de 1987/88 promulgou um texto constitucional compromissório e dirigente, estabelecendo a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Nos parágrafos seguintes, serão apresentadas as notas essenciais desse paradigma de Estado, bem como suas implicações para a relação entre cortes e órgãos majoritários. Contudo, é relevante enfatizar desde já que essa mudança paradigmática representou um notável salto qualitativo no que concerne à previsão e à efetivação de direitos, especialmente quando consideramos as particularidades nacionais já mencionadas, como a ausência de garantias dos direitos fundamentais de primeira dimensão, característicos do Estado Liberal-absenteísta (vide as constantes violações às liberdades individuais ocorridas durante a ditadura militar). Além disso, também não houve nestas terras uma efetiva implementação do paradigma do Estado Providência, de sorte que as “promessas da modernidade”⁵² ainda careciam de efetiva implementação no Brasil. Vem a propósito,

⁵¹ Até então o Supremo Tribunal Federal era uma instituição de interesse secundário na política brasileira, razão pela qual Aliomar Baleeiro (1968) o considerou um “outro desconhecido”.

portanto, fazer um breve retrospecto acerca dos paradigmas anteriores de Estado, pois só assim o Estado Democrático de Direito se apresentará em toda a sua dimensão e relevância.

Pode-se afirmar que o Estado Moderno surge no contexto das guerras civis religiosas (TOMAZ DE OLIVEIRA; LIMA, 2015). A desestabilização da organização social até então vigente (feudal, baseada nas relações de confiança e na metafísica religiosa) ensejou o engendramento de uma forma organizacional secular. Como há íntima relação entre as práticas econômicas e a organização política da sociedade, pode-se afirmar que o exaurimento do modelo econômico feudal foi um dos pontos centrais na formação do Estado Moderno, pois o modelo serviu de sustentáculo ao desenvolvimento do ainda pueril capitalismo (STRECK; MORAIS, 2014). As Monarquias Absolutistas foram a primeira forma de Estado Moderno, ou seja, a reação imediata ao dismantelamento da sociedade feudal. Cabe, no entanto, salientar que desse momento – surgimento do Estado Moderno – em diante, seu percurso de afirmação se relaciona diretamente com os limites territoriais do Estado-nação. Por essa razão, é necessário que se faça um recorte em relação às experiências a que este texto fará referência daqui em diante: a francesa e a estadunidense.⁵³ Na França, à sedimentação do modelo absolutista se seguiram inúmeras violações das liberdades dos cidadãos por parte do Estado. Ao despotismo absolutista soma-se a emergência de uma classe social que reivindicava liberdade para o desenvolver das atividades econômicas: a burguesia.

Nesse contexto, já no século XVIII, as revoluções burguesas estão diretamente ligadas ao surgimento do constitucionalismo. Enquanto o constitucionalismo francês surgiu como reação ao modelo estatal até então vigente, nos Estados Unidos ele se ligava à

⁵² Para Lenio Streck, o Brasil é um típico caso de modernidade tardia. Essa constatação tem direta relação com o fato de que, sob a égide de constituições anteriores, nunca houve um efetivo Estado Social no Brasil. Para o autor, as promessas da modernidade se referem a ideais como justiça social, democracia, diferenciação entre direito e política, entre política e economia, entre público e privado, etc. Como no Brasil esses ideais nunca foram alcançados de modo minimamente satisfatório, percebe-se que as principais características da modernidade ainda careciam de implementação no país. As promessas da modernidade foram resgatadas pelo conceito de Estado Democrático de Direito e incluídas na Constituição Federal. Isso não conduz automaticamente à satisfação desses ideais no cenário pós-1988, mas é indubitável a inovação promovida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 (STRECK, 2004).

⁵³ Isso porque, apesar de inicialmente também adotar a fórmula da Monarquia Absolutista, na Inglaterra as guerras religiosas e a ascensão da burguesia, com a consequente limitação dos poderes do Rei por meio do Parlamento, ocorreram de modo relativamente concomitante. Assim, o despotismo da Monarquia não atingiu um ponto de ruptura, pois sua revolução burguesa ocorreu juntamente com a adoção do primeiro modelo estatal moderno. Houve por lá uma construção paulatina dos ideais de limitação do poder que, posteriormente, já nos contextos francês e estadunidense irão inspirar o constitucionalismo. Isso não quer dizer que a Inglaterra não tenha passado por sérios conflitos bélicos até chegar a uma fórmula institucional que prestigiasse o poder limitado. Exemplo clássico é a revolução gloriosa. Há de se notar, no entanto, que a luta pela limitação dos poderes do Rei não possui, na Inglaterra, marcos tão bem definidos como na França. O que há, aí sim, são momentos de maior ou menor tensão política.

necessidade de organizar um país que havia passado por um conflituoso processo de independência. É certo, no entanto, que há certa interpenetração entre esses acontecimentos históricos, que se influenciaram mutuamente. Diante de toda essa movimentação político-social, o constitucionalismo se refere, inicial e precipuamente, à tentativa de limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos fundamentais e do compartilhamento do poder político. A primeira fase do constitucionalismo tem como correlato necessário o Estado Liberal-absenteísta. Essa forma/modelo de Estado se estrutura de modo a evitar ingerências e limitações indevidas à autonomia privada por parte de quem exerce o poder, justamente por conta das suas justificativas históricas. O Estado Liberal-absenteísta propiciou as condições políticas necessárias para o desenvolvimento do capitalismo. Quase toda a interferência estatal nas relações privadas se fundamentava na proteção da propriedade privada. O ponto caracterizador do Estado Liberal-absenteísta é a inexistência de interferência estatal no processo econômico/produzitivo, salvo para garantir o direito à propriedade em suas diversas dimensões (STRECK; MORAIS, 2014).

O paradigma liberal de Estado, como é cediço, contribuiu para a formação de inaceitáveis níveis de desigualdade social. Isso porque, se não regulado, o capitalismo possui tendência à concentração de renda. Surgem, então, contestações das mais diversas ao modelo liberal de Estado. Esse movimento pode ser atribuído a vários fatores, como a urbanização, a falta de condições dignas de trabalho, o aumento exponencial das desigualdades sociais, entre outros. Diante dessa conjuntura, já no início do século XX, emerge o Estado Social como “resposta” do sistema econômico capitalista aos pleitos das classes operárias. As elites de algumas nações, assombradas pela então recente Revolução Russa, optaram pela regulação da questão social para que não houvesse a completa aniquilação do capitalismo (STRECK, 2004). Sobre o Estado Social, “deve-se salientar, por outro lado, que um aspecto assume grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania” (STRECK, 2004, p. 56).

O *welfare state* tem por objetivo, portanto, a superação do paradigma liberal por meio da garantia cidadã a um mínimo existencial. Esse paradigma é calcado na atuação positiva do Estado para garantir condições mínimas de renda para todos os cidadãos, bem como educação, saúde, saneamento básico, condições laborais dignas, direito à aposentadoria, etc. Segundo Marcelo Neves, o Estado Social “diz respeito à função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos

(liberal-democráticos) depende da institucionalização dos ‘direitos fundamentais sociais’” (NEVES, 1994, p. 71). Enfim, resumidamente, trata-se da superação do Estado policlesco por um Estado cujas ações se voltam para a diminuição das desigualdades provenientes do capitalismo. Do ponto de vista interno, inicialmente o poder responsável pela promoção de tais serviços é o Executivo, uma vez que é quem possui condições orçamentárias para tal feito. As mudanças no modo de atividade estatal introduzidas pelo Estado Social são consideráveis, mas o modelo também não se encontrava blindado de crises. Digna de nota é a crise econômica ou de financiamento do Estado Providência. Com efeito, devido à ampliação do acesso e participação populares nas deliberações públicas, os pleitos por direitos sociais foram se expandindo. Isso fez com que o Estado não fosse mais capaz de satisfazer plenamente as necessidades da população, o que gerou uma crise do modelo.

Sem embargo, no Brasil o Estado Social nunca foi devidamente implementado, especialmente se o parâmetro for o modelo adotado pelos países centrais (sociais-democracias europeias e *welfare state* estadunidense). Vem a calhar a afirmação de Lenio Streck, para quem o Estado Social no Brasil não passou de um simulacro (STRECK, 2014b). Para o autor, a despeito do alto grau de intervencionismo estatal, as promessas da modernidade – trazidas pelo Estado Social - jamais foram devidamente implementadas no Brasil. Às avessas do que propõe o modelo do Estado Social, o intervencionismo estatal brasileiro sempre e de há muito beneficia tão somente as camadas médio-superiores da população. Essa disfunção do Estado Social fez com que o Brasil se tornasse um dos países mais desiguais do globo.

Justamente por tudo o que foi exposto, apoiado em Jorge Miranda, Lenio Streck afirma que, após a promulgação do texto constitucional de 1988, operou-se no Brasil uma verdadeira "revolução copernicana do direito constitucional" (STRECK, 2004, p. 18). À uma ditadura de 21 anos sobreveio um texto que tornou o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito. Verificou-se, então, um avanço considerável no que toca à organização democrática dos procedimentos estatais e à previsão de direitos fundamentais-sociais. A sombra da ditadura ainda pairava sobre a Assembleia Constituinte. Se, por um lado, ela foi um embaraço à inclusão de alguns temas considerados “mais progressistas”, por outro, fez com que as atenções se voltassem para as condições de possibilidade de implementação da democracia. Além disso, estamos a falar do processo constituinte mais plural da história nacional, com nítida inspiração nas experiências portuguesa e espanhola, também em momentos de ruptura com governos ditatoriais. De todo esse magma resultou um texto

compromissário e dirigente, que ambiciona construir um Estado com feições sociais que, como mencionado, nunca havia sido colocado em prática no país.

Esse novo paradigma, surgido durante a reconstrução europeia no pós-guerra, se baseia em dois desideratos centrais: a democracia e os direitos fundamentais-sociais. Nessa perspectiva, a Constituição possui lugar de destaque na realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, precipuamente o resgate das promessas da modernidade (Streck). De fato, percebe-se que a promulgação de um texto constitucional dirigente e compromissário é pressuposto fundamental da existência do Estado Democrático de Direito, conduzindo à conclusão de que este não poderá ser implementado senão com a intermediação jurídica daquele. Há um programa constitucional de transformação da realidade social que, sob a perspectiva material da Constituição, é cogente. Deste modo, diferentemente do que ocorre no modelo puro de Estado Social, o cidadão não mais dependerá – somente – de planos de governo, uma vez que há previsão constitucional de um programa que conduz à existência de um Estado Social. Nessa esteira, Lenio Streck afirma que o Estado Democrático de Direito representa um “*plus* normativo” em relação aos paradigmas anteriores, que reside justamente na previsão de direitos fundamentais-sociais e na existência de meios à disposição dos cidadãos para garanti-los (STRECK, 2004). Fazendo uma relação entre o Estado Democrático de Direito e os paradigmas que o precederam, Rafael Tomaz de Oliveira afirma que “pode-se dizer que o Direito no Estado Liberal é ordenador, no Estado Social, promovedor, e no Estado Democrático de Direito lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função *transformadora*” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 72).

A qualificação jurídica da questão social realiza, ainda com Streck, um deslocamento na esfera de tensão entre os poderes (STRECK, 2004). Objetivos que outrora dependiam de programas de governo momentâneos passaram a ser incluídos em um programa constitucional. Uma vez que o texto constitucional é dotado de força normativa, havendo a inadequação dos programas governamentais e/ou omissões legislativas no que toca à implementação de direitos, pode o Judiciário, em determinadas situações e de modo contingente, atuar para garantir a concretização da Constituição. Desloca-se, assim, do Executivo para o Judiciário a garantia última de efetivação dos direitos da cidadania. Não se está aqui a defender o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Trata-se, tão somente, da constatação das novas funções atribuídas à jurisdição constitucional no quadro do Estado Democrático de Direito. Não obstante, importa ressaltar que defender uma postura de concretização contingente da Constituição pela justiça constitucional (o que alguns

denominam de judicialização da política) não tem, em absoluto, nenhuma relação com endossar ativismos. O deslocamento da esfera de tensão entre os poderes é uma exigência das disposições estruturais da própria Constituição, enquanto o ativismo judicial ocorre justamente quando as decisões não se amoldam às exigências normativas da Constituição. Instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, demonstram o deslocamento aqui referido.

Essa alteração, a toda evidência, representa um agravante para a discussão acerca da (i)legitimidade democrática das cortes e tribunais constitucionais. Em tópico específico, já tratamos do surgimento do controle difuso de constitucionalidade e das críticas que envolvem essa prática política. Se, à diferença de Dworkin, aceitarmos a existência de um déficit democrático ínsito à atuação contramajoritária dos tribunais, a promulgação de um texto dirigente, que inexoravelmente leva ao aumento da dimensão hermenêutica do Direito (Streck), agrava a situação. Dito de outro modo: o déficit democrático do controle judicial de constitucionalidade será tão maior quanto as possibilidades de intervenção das cortes em matérias historicamente destinadas à deliberação política majoritária.⁵⁴ Se, partindo da tese kelseniana do “legislador negativo” (KELSEN, 2013), já há contestações à atuação das cortes ao declarar nulos atos normativos inconstitucionais, quando o texto constitucional brasileiro autoriza uma atuação concretizadora do Supremo Tribunal Federal (por meio de mandado de injunção, por exemplo), a (i)legitimidade da sua atuação se torna ponto fundamental do debate jurídico-político. Aqui se encontra, talvez, um dos principais motivos para a incompreensão que se observa acerca da função do Supremo Tribunal Federal na ordem constitucional brasileira. Ela se liga, sobretudo, à ausência de uma tradição de compartilhamento do poder político e à tentativa de sua superação com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁵⁴ É nítido que o deslocamento da esfera de tensão do Executivo e do Legislativo para o Judiciário somente faz sentido e representa um problema ao equilíbrio entre os poderes se o controle judicial for exercido por uma instituição como o Supremo Tribunal Federal, que integra a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Se, por outro lado, houver a adoção de um sistema jurisdicional constitucional autônomo, isto é, de um tribunal constitucional *ad hoc*, que não integra formalmente nenhum dos poderes, a tensão entre eles se tornará mais branda, mas jamais inexistente. A esse respeito: “Há uma nítida diferença entre o controle da constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário e pelo modelo de tribunais constitucionais (*ad hoc*). Sabe-se que o modelo da *judicial review* é próprio de países que adotam o sistema presidencial de governo (Brasil, Estados Unidos, para citar os principais), onde há um tribunal que funciona como órgão de cúpula e controlador da constitucionalidade. Esse modelo possui um déficit de legitimidade maior que o modelo de tribunais *ad hoc*. Ou seja, não é coincidência que os tribunais constitucionais funcionem (melhor) nas democracias parlamentaristas, uma vez que a tensão que ocorre nos sistemas presidencialistas entre os Poderes diminui sensivelmente nesse tipo de sistema, em que o governo (Poder Executivo) “confunde-se” com o Poder Legislativo, responsável, em *ultima ratio*, pela escolha dos juízes dos tribunais *ad hoc*. Tais circunstâncias devem ser levadas em conta quando da discussão da (necessidade da) instalação de um tribunal constitucional em *terrae brasilis*” (STRECK, 2013, p. 156).

Uma constituição dirigente exige um “controle forte” dos atos emanados dos poderes políticos por excelência, bem como de suas omissões. Justamente por isso, no Brasil, a discussão sobre a dificuldade contramajoritária deve ter como pano de fundo a ideia de constituição compromissória.

A invasão do Direito no território tradicionalmente político é uma das mais recorrentes críticas à ideia de dirigismo constitucional. Por certo, sob o paradigma dirigente, a Constituição limita o que se convencionou chamar de liberdade de conformação do legislador. Essa liberdade se assenta na ideia de que, ao editar atos normativos, o Poder Legislativo estaria livre para, representando os anseios populares, deliberar sobre o seu conteúdo. Admitese, aqui, uma restrição procedimental à atividade legiferante, mas não material. Com Canotilho, é passível de verificação o fato de que, no Estado Democrático de Direito, a ideia de liberdade de conformação do legislador não se afigura adequada (CANOTILHO, 1994). Isso porque as aspirações constitucionais necessitam, antes de qualquer coisa, da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para a sua concretização. A Constituição Federal de 1988 deve ser vista em sua substancialidade, vez que se trata de um texto dirigente e compromissório. Diante da estrutura constitucional brasileira, não pode ser admitida uma concepção puramente procedimental dos atos políticos. Todo ato legislativo deve ser, em última instância, um ato de concretização da Constituição. A atividade legiferante é vinculada às finalidades constitucionais.⁵⁵

Também no escopo de atuação do Poder Executivo a constituição dirigente realiza imposições. A esse respeito, Canotilho afirma que:

já atrás se salientou não se entender a constituição dirigente no sentido restritivo de imposições legiferantes. Como elementos dirigentes de uma constituição consideram-se também os princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado que, no seu conjunto, definem o programa constitucional (CANOTILHO, 1994, p. 462).

O supracitado programa constitucional não pode, também por conta de sua força normativa, ser ignorado pelo Poder Executivo. Se o programa constitucional não fosse vinculante em relação ao governo que, ressalte-se, continua sendo o principal responsável pela sua concretização, uma vez que definidor de parâmetros orçamentários, a sua própria

⁵⁵ O art. 3º da Constituição Federal é recorrentemente citado como exemplo dessa limitação. Ao delinear constitucionalmente algumas das finalidades do Estado brasileiro, o Poder Legislativo deve, por meio de sua atividade, contribuir para a implementação desses objetivos. Essa incorporação se dá comissiva e omissivamente. Além do dever de se abster de produzir atos que, v.g., atentem contra o desenvolvimento nacional, o Congresso deve editar atos normativos para que tal finalidade seja atingida. Ela deve instruir e pautar toda a sua atuação. Limita-se, assim, a liberdade material do Poder Legislativo.

existência não teria sentido. Os programas de governo, deste modo, devem incorporar a materialidade da Constituição. De fato, um programa governamental plenamente desvinculado da substancialidade da Constituição somente faria sentido se a concepção de Constituição adotada for puramente procedimental. A proposta teórica deste trabalho deriva justamente do fato de que a estrutura constitucional brasileira é além-procedimental, isto é, conjuga elementos estruturais e materiais, o que se estende à legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se afigura adequada uma interpretação puramente processual do constitucionalismo brasileiro pós-88.

Cabe ainda questionar se tais determinações constitucionais – legiferantes ou não – não acabam por promover a aniquilação do sistema político. De acordo com Canotilho, a resposta para tal questionamento é negativa. A constituição dirigente demanda de todos os detentores do poder uma atuação conjunta, nos seus respectivos limites, para a concretização dos desideratos constitucionais. Nessa ordem de ideias, os poderes eminentemente políticos possuem fundamental importância nessa tarefa. A atuação jurisdicional ocorrerá apenas de modo contingencial e em situações previstas nas disposições estruturais da Constituição. Não se trata, portanto, da morte da política, mas da qualificação do seu conteúdo por meio da incorporação da materialidade da Constituição. Nas palavras de Canotilho: “em síntese: o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política” (CANOTILHO, 1994, p. 463). No âmbito institucional, posição de Canotilho se assemelha à de Dworkin quando o autor estadunidense afirma que a existência do “fórum dos princípios” qualifica moralmente os debates políticos.

Posteriormente à publicação do texto aqui referido, o jurista português procedeu a uma revisão das suas posições, chegando a anunciar a morte da constituição dirigente. Entretanto, a posição de defesa da programaticidade e do dirigismo constitucional afigura-nos como a mais adequada, dada a realidade institucional brasileira. O passado e o presente da nação demonstram que não há outro caminho a se seguir. No contexto atual, as disposições constitucionais materiais representam a última fronteira garantidora do Estado Social que, mesmo que a bêbedos passos, se constrói no Brasil. Ademais, a revisão das teses de Canotilho se insere no contexto de um movimento ocorrido na Europa de enfraquecimento das fronteiras do Estado-nação com o objetivo de se contruir uma genuína comunidade de nações. Os limites dessa ideia se mostram evidentes na segunda década do séc. XXI, tendo ocorrido uma considerável diminuição do entusiasmo acadêmico pela ideia. Portanto, não se trata de uma revisão que altera significativamente a análise das instituições brasileiras.

4.2. Obstáculos ao novo paradigma: a persistência da “baixa constitucionalidade” (Streck) na contemporaneidade

A já mencionada baixa constitucionalidade é um fenômeno que pode ser percebido hodiernamente, quase trinta e cinco anos após a promulgação do texto constitucional. Partindo-se da diferenciação entre texto e a norma, que é o resultado da interação entre texto normativo e o âmbito normativo, tem-se que a Constituição está presente em toda interpretação jurídica, inclusive infraconstitucional, visto que um texto contrário à Constituição não possui qualquer validade (MÜLLER, 2008). Em uma abordagem fenomenológica-hermenêutica, a Constituição seria “condição de possibilidade de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*” (STRECK, 2004, p. 209). Assim sendo, o inglorio passado constitucional/institucional brasileiro influi decisivamente na formação de pré-juízos inautênticos em relação à Constituição, o que leva à baixa constitucionalidade.

A inautenticidade dos pré-juízos acerca do significado da Constituição e do próprio constitucionalismo brasileiro se deve, ainda hoje, ao pesado fardo do passado autoritário brasileiro. O senso comum teórico dos juristas responsáveis pela interpretação da Constituição nos anos subsequentes à sua promulgação foi constituído sob influência autoritária, o que pode ser demonstrado, dentre outros fatores, pela maior atenção dada ao direito privado em detrimento do direito público. Ainda hoje isso faz sentido, pois, a despeito de uma perceptível – e talvez indevida - invasão publicista no direito privado, muitos juristas continuam a tratar o direito público sob a mesma lógica do direito privado. A deferência dada às leis em prejuízo dos mandamentos constitucionais, bem como a interpretação constitucional que muitas vezes é realizada sob uma perspectiva liberal-privatista, são exemplos daquilo que estamos a tratar.

No que tange à relação Direito-Estado, onde habita a Constituição, a tradição age especialmente de modo a entregar traços marcantes do autoritarismo brasileiro. A esse respeito, Streck considera que o Brasil é um dos “países que historicamente relegaram o Estado de Direito a um papel secundário, dando sempre ênfase à razão de Estado em detrimento do (eventual) conjunto de textos garantidores dos direitos da cidadania” (STRECK, 2004, p. 23). Ocorreu no Brasil, portanto, o subjugamento de Têmis por Leviatã. Realizando uma análise das condições de implementação do Estado Democrático de Direito em países de modernidade periférica – como é o caso do Brasil - Marcelo Neves, apoiado na

teoria dos sistemas de cariz luhmanniano, afirma que é notória a ausência autopoiese do sistema jurídico brasileiro, pois seu sistema jurídico não possui diferenciação funcional (característica da sociedade moderna hipercomplexa).⁵⁶ Nas palavras do autor:

Os fatores negativos de realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, ao contrário, relacionam-se antes de tudo com os limites à auto-referência dos sistemas político e jurídico, conforme enfatizei em trabalhos anteriores. A situação torna-se grave, visto que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista. [...] Nesse sentido defino a modernidade periférica como modernidade negativa (NEVES, 2012, p. 237).

Não é de se surpreender que a prática de privilegiar a razão de Estado em prejuízo das limitações impostas pela Constituição enfraquece sobremaneira a sua possibilidade de conformar a prática política. Durante muito tempo a Constituição foi tida como uma mera carta de intenções. Além disso, o período compreendido entre 1964 e 1985 (ditadura militar) acelerou o ocaso do já trépido constitucionalismo brasileiro, sempre atacado por sucessivos golpes. Nesse sentido, nada mais esclarecedor do que a edição dos Atos Institucionais, absolutamente anômalos e que possuíam, no campo prático, força normativa superior à da Constituição democraticamente promulgada.

Com a tarefa de transformar a realidade por meio da previsão de direitos sociais e da institucionalização da democracia, a questão da (in)eficácia do texto constitucional é pungente, vez que se afigura absolutamente inadequado, no Estado Democrático de Direito, que uma constituição dirigente e compromissória tenha função meramente simbólica. Ela não pode ser vista como um instrumento à disponibilidade dos agentes do Estado, a ser invocado quando lhes aprouver. Ao contrário, já afirmamos que a constituição dirigente vai muito além da previsão de procedimentos democráticos. Ela se presta, sobretudo, a “qualificar” o debate político por meio de imposições e programas de ação. Não se pode, portanto, se tornar natural e generalizada a prática de uma “constitucionalização simbólica”.⁵⁷ Diversamente, há de se

⁵⁶ Nas palavras de Marcelo Neves, “de acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos” (NEVES, 2012, p. 237). Esta exploração não adota uma leitura sistêmica dos problemas ligados à concreção da Constituição. Portanto, é necessário que se faça uma filtragem das afirmações de Neves, de modo que a citação acima colacionada se presta tão somente à compreensão das suas afirmações sobre o déficit de normatividade das constituições brasileiras.

⁵⁷ “Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” dos poderes e a eleição democrática não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos

travar uma luta jurídica por uma “constitucionalização normativa”⁵⁸ das práticas políticas, entendida como a generalização dos preceitos constitucionais, de modo que os direitos declarados na Constituição sejam expandidos para todos os cidadãos.

Neste ponto, algumas considerações merecem destaque. Em primeiro lugar, é imperativo ressaltar que os conceitos de "baixa constitucionalidade" e "constitucionalização simbólica" abordam o traço fundamental da história constitucional do Brasil, na perspectiva aqui adotada. Desde a nossa primeira experiência constitucional, não se observou um efetivo movimento de generalização social dos preceitos constitucionais. Nesse sentido, o constitucionalismo brasileiro anterior a 1988 revelou-se incapaz de "domar" o poder político, o qual assumiu a figura de um animal selvagem. O mesmo pode ser dito sobre o período imediatamente posterior à promulgação da Constituição cidadã. Exemplo disso é a jurisprudência defensiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, em que a Corte afastou da sua apreciação todo o direito infraconstitucional brasileiro, aplicando a tese da não recepção. Nessa linha, temas controversos que haviam sido decididos sob um regime autoritário, como é o caso da lei da anistia, foram considerados inalcançáveis para reapreciação à luz da nova Constituição. Esse cenário, sem dúvida alguma, contribuiu significativamente para a situação de baixa constitucionalidade que enfrentamos hoje.

Por outro lado, é relevante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal experimentou considerável evolução ao longo das últimas décadas, especialmente no

estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamando simbólico-ideologicamente na Constituição, a realidade constitucional é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente. Os direitos fundamentais, a ‘separação de poderes’, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nesse contexto só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excludente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e includente proclamada no texto constitucional” (NEVES, 1994, p. 91).

⁵⁸ Utiliza-se aqui a expressão no sentido empregado por Karl Loewenstein em sua classificação ontológica das constituições. Considerando as classificações usuais obsoletas, Loewenstein propõe uma classificação que conjugue elementos formais (textuais) e as práticas políticas adotadas por um determinado Estado. Partindo dessa premissa, classifica as constituições como normativas, nominais e semânticas. De modo resumido, constituições normativas são aquelas que, de fato, conseguem regular, limitar e direcionar o processo político. Por outro lado, constituições nominais se referem àquelas que, apesar da presença textual de disposições que objetivam limitar o poder do Estado, não regulam completamente os espaços de poder. Por fim, as constituições semânticas são engendradas e/ou cooptadas pelos governantes, de modo a servirem tão somente para legitimar o exercício de um poder que é, na prática, ilimitado (LOEWENSTEIN, 1979).

que diz respeito à ampliação do alcance das disposições constitucionais. Podemos afirmar, considerando os avanços e retrocessos observados, que aquilo que se configura como a principal característica do constitucionalismo brasileiro foi significativamente atenuado nos anos recentes. Todavia, essa assertiva demanda uma análise empírica aprofundada em um estudo específico. De toda sorte, é importante ressaltar que muitas das disposições constitucionais, sobretudo as relativas aos direitos sociais, ainda carecem de efetiva implementação. Deste modo, embora se reconheçam os notáveis progressos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a questão da baixa constitucionalidade continua sendo um problema central no âmbito da teoria constitucional brasileira. Além disso, para os propósitos deste trabalho, isto é, visando compreender a importância estratégica do Supremo Tribunal Federal na engenharia constitucional brasileira, tanto as transformações institucionais ocorridas como a persistência da baixa constitucionalidade na contemporaneidade ressaltam a inquestionável relevância da instituição na busca pela concretização das promessas da modernidade.

No que concerne à autonomia (ou autorreferência) do Direito e, por extensão, da Constituição, deve-se ressaltar a marcante influência que o sistema econômico exerce sobre o aparato jurídico e político. A partir da crise do Estado Social, outrora erigido sob a égide do Poder Executivo e posteriormente consagrado na Constituição Federal, emergiram variadas proposições em prol da restauração do paradigma liberal de Estado. Tal direcionamento, denominado neoliberalismo, alcançou relevância notável durante a década de 1980 em nações como a Inglaterra (sob a liderança de Thatcher) e os Estados Unidos (na gestão de Reagan). Esses países, inclusive, deliberadamente preconizaram a adoção de um modelo liberal globalizante pelos países latino-americanos, por intermédio do Consenso de Washington. A consolidação do processo de globalização desencadeou a diluição das fronteiras do Estado-nação, ocasionando a progressiva perda de proeminência das constituições no cenário político, tendo em vista a concorrência de outras regras de conduta alheias à sua esfera de influência. Acrescenta-se ainda que o retorno a um liberalismo que se autoproclama como uma nova ciência, mas que, em verdade, constitui tão somente uma reconfiguração do antigo modelo que gerou diversas formas de desigualdade (inclusive as regionais, que perpetuam a deficiente inserção do Brasil na agenda global até o presente momento), gera consequências diversas em cada nação. Com efeito, os países que efetivamente implementaram o Estado Providência, atenuando suas disparidades sociais (países centrais), sofrem menos os efeitos prejudiciais do

neoliberalismo, quando comparados com aqueles que ainda não lograram sanar suas feridas sociais.

É imprescindível observar que, no contexto específico dos Estados Unidos, seu desenvolvimento se concretizou mediante uma notável intervenção estatal no âmbito econômico. Exemplar nesse sentido é o investimento governamental na expansão da infraestrutura de transporte ferroviário durante o século XIX, assim como a implementação do conjunto de políticas conhecido como "New Deal", caracterizado por uma estratégica intervenção do Estado. Ademais, em épocas mais recentes, a crise econômica de 2008 emergiu como resultado da desregulamentação do sistema financeiro norte-americano. A resposta adotada pelos Estados Unidos consistiu no desenvolvimento de uma política de incentivos e na estatização de empresas em situação de falência. Em países tidos como centrais, percebe-se a ênfase na regulação e no vigoroso protagonismo estatal, ao passo que em nações em desenvolvimento prevalecem a desregulamentação e a subserviência da política e do Direito aos ditames da economia neoliberal.

Sucessivas reformas constitucionais foram sendo realizadas no sentido de desfigurar o projeto desenvolvimentista e distributivo do texto constitucional. Esse movimento se iniciou nos anos 1990 e, ao que tudo indica, não se alterou de modo considerável durante o século XXI. Isso porque a opção dos governos eleitos nesse período foi pela criação de um modelo econômico baseado no “novo extrativismo”. Sobre esse modelo:

Os regimes ditos pós-neoliberais na América Latina a partir dos anos 2000, no entanto, continuam dirigindo sua política econômica para a extração de recursos naturais e consagraram a exportação de produtos primários (*commodities*) como estratégia de desenvolvimento nacional [...]. O “novo extrativismo” é uma política que combina ativismo estatal e uma estratégia de crescimento fundada na exploração de recursos naturais com o objetivo de ampliar a inclusão social (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1.788).

A despeito das necessárias políticas de inclusão social realizadas durante a primeira década do século, esse modelo econômico em nada se amolda às exigências constitucionais, deixando de lado o desenvolvimento de uma política industrial abandonada durante a década de 1990. Devido a isso, a economia brasileira permanece baseada na agricultura de exportação. Não bastasse isso, após o questionado impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, novamente o neoliberalismo voltou a assolar o constitucionalismo brasileiro, com uma aceleração no processo de desfiguração do texto de 1988. O mais caricato

exemplo do projeto de desmonte do núcleo social da Constituição Federal é a Emenda Constitucional n. 95, que instituiu uma limitação para os investimentos públicos. Criada sob inspiração de uma ideologia que trata o Estado como se fosse uma grande empresa, a supramencionada reforma atinge diretamente os gastos relacionados aos direitos sociais. É de se notar que o “teto dos gastos” somente atinge os custos sociais do Estado, que continua a não tributar grandes fortunas e a conceder isenções bilionárias a grandes empresas. Impraticável, a regra acabou extinta. Ainda há, então, um longo caminho a ser percorrido rumo às transformações apontadas pela Constituição Federal.

4.3. Levando o dissenso a sério: o argumento funcional em defesa de uma atuação substantiva do Supremo Tribunal Federal

Até o presente momento, o conteúdo deste trabalho parece apresentar um paradoxo. O constitucionalismo, sobretudo no contexto brasileiro posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, emerge como uma condição fundamental para o florescimento de uma dinâmica política democrática. Por meio do compartilhamento de poder político, da consolidação de procedimentos decisórios e da universalização dos direitos fundamentais, viabiliza-se a institucionalização do sistema democrático. Todavia, para assegurar a preservação de seu núcleo estruturante, o próprio constitucionalismo demanda a implementação de salvaguardas antimajoritárias, notadamente a existência de cortes e tribunais constitucionais. Aqui é onde se revela o cerne do paradoxo em questão: o instrumento essencial para consolidar e instituir a democracia demanda, para sua operacionalização efetiva, a utilização de mecanismos aparentemente antagônicos ao princípio democrático. A própria Constituição, em sua essência, exclui certas temáticas das deliberações populares e atribui a um corpo de juízes a responsabilidade pela sua interpretação.

No contexto brasileiro, a tensão mencionada se apresenta de maneira particularmente acentuada. Conforme discutido nos primeiros tópicos deste capítulo, diante das inexitosas experiências constitucionais pretéritas, a assembleia constituinte mais democrática já registrada na história do país optou por estabelecer uma experiência constitucional dirigente e compromissória, visando a mitigar as profundas desigualdades sociais que há tempos afligem o país. Para alcançar esse objetivo, promulgou-se um texto constitucional que instituiu um programa de ação imperativo a ser adotado pelos agentes estatais brasileiros. Como resultado intrínseco da constitucionalização desse programa de

transformação social, as competências do Supremo Tribunal Federal foram substancialmente ampliadas. Nesse contexto, além de “legislar negativamente”, à Corte é conferida a atribuição de atuar de forma proativa na concretização dos objetivos constitucionais. O programa constitucional tem no Supremo Tribunal Federal um importante agente concretizador, o que, em princípio, pode evidenciar que o déficit de legitimidade democrática do Tribunal é ainda mais acentuado no Brasil em comparação com outras experiências nacionais. O sistema constitucional brasileiro, dessa forma, parece afastar das deliberações políticas (em sentido estrito) uma série de questões fundamentais que afetam a vida cotidiana dos cidadãos brasileiros. Surge, portanto, a inquietação sobre como um sistema que se propõe a criar as condições para o desenvolvimento de uma experiência democrática inédita e genuína pode coexistir com essa característica.

Jürgen Habermas (1997) demonstra uma inquietação profunda com a possibilidade de uma colonização da vida social pela constituição. Para ele, a jurisdição constitucional tem uma função estritamente limitada, que consiste em garantir as condições necessárias para que as decisões políticas sejam tomadas pelos próprios cidadãos. Nesse aspecto, a perspectiva de Habermas se aproxima da de Ely, conferindo-lhes a designação de autores procedimentalistas. O papel secundário atribuído à jurisdição nas teorias habermasianas se fundamenta, ainda, na distinção promovida pelo autor entre direito (entendido como o discurso de aplicação) e política (considerada o discurso de justificação). Em suas palavras, Lenio Streck (2011, p. 85) sintetiza com acuidade as implicações institucionais decorrentes da desconfiança manifestada por Habermas em relação aos tribunais constitucionais:

Além dessa quase aversão à justiça constitucional – afinal, a contundente crítica ao controle abstrato de normas parece não deixar dúvidas a esse respeito – Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores”, adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. No Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Habermas sustenta que o ideal democrático demanda que a própria cidadania, por meio de seus representantes, desenvolva discursivamente as decisões fundamentais da sociedade. Similarmente, essa abordagem de abstenção se aplica ao Poder Executivo, que deve restringir-se a conferir efeito concreto às decisões legislativas prévias. Sob uma perspectiva institucional, portanto, Habermas e Waldron atribuem primordial importância ao Legislativo como instância decisória central em uma genuína democracia. Contudo, essa não parece ter sido a opção constitucional adotada pelo Brasil. Daí não decorre que as atividades legislativas são desimportantes para a realização do projeto constitucional. Isso não significa, no entanto, que as atividades legislativas sejam irrelevantes para a concretização do projeto constitucional. Pelo contrário, a legislação desempenha um papel significativo na efetivação da Constituição. O conceito de dignidade da legislação está intrinsecamente relacionado à necessidade de conformar a atividade legislativa às disposições constitucionais, pois, como bem ressaltado por Streck, a Constituição é a condição de possibilidade para todos os atos do Estado. Mas, ao promover uma verdadeira revolução no campo da Teoria da Constituição, a Constituição Federal exige que o Poder Judiciário atue de modo a concretizar suas aspirações. Em virtude das peculiaridades nacionais, foi necessário adotar mecanismos que fortalecessem a atuação dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na árdua tarefa de tornar efetiva a Constituição.

A Constituição de 1988, por sua natureza dirigente, evidencia um propósito de transformação social. Portanto, adotar uma abordagem procedimentalista ou minimalista resultaria na descaracterização dos significados subjacentes ao texto constitucional, tornando-o carente de efetividade prática. Isso conduziria a um paradoxo, uma vez que, embora a Constituição contenha diretrizes para, por exemplo, a redução das acentuadas desigualdades sociais, a jurisdição constitucional não poderia intervir para concretizar essa disposição, deixando aos órgãos eleitos a implementação - ou não - das demandas constitucionais, conforme sua própria apreciação (ALEXY, 2003). Também já foi dito aqui que os problemas enfrentados pelo Brasil são intrinsecamente singulares e não globalizáveis, uma vez que não houve a adoção do paradigma do Estado Social como solução para a mitigação das desigualdades engendradas pelo sistema capitalista.

Em um contexto nacional como o do Brasil que, ressaltado, não passou pela fase do Estado Providência, não há qualquer possibilidade de verdadeira implementação da democracia, independentemente do conceito a ela atribuído, a menos que a questão social seja minimamente enfrentada. A discussão sobre a postura absenteísta da jurisdição constitucional

e a deferência às decisões políticas torna-se problemática, pois grande parte da população enfrenta desafios significativos no acesso a informações e na capacidade de deliberar sobre os problemas nacionais. Nesse contexto, torna-se impraticável operacionalizar um ideal democrático sem que seus cidadãos tenham a oportunidade de compreender e buscar soluções para as adversidades que afligem o país. Para que isso seja possível, urge a necessidade de uma postura intervencionista do Estado nas relações sociais, com o objetivo de mitigar as diversas desigualdades que persistem no Brasil mesmo em pleno século XXI. A percepção da importância de garantir os direitos sociais decorre precisamente da intenção de promover o desenvolvimento emancipatório da cidadania.

A atuação prestacional do Estado frequentemente é atribuída a órgãos majoritários, contudo, como já mencionado, a intervenção contingencial do Poder Judiciário é de suma importância para preservar a materialidade da Constituição e promover as mudanças necessárias. No contexto do Brasil anterior a 1988, as instituições não obtiveram êxito em estabelecer um Estado Social, levando os constituintes a incorporar explicitamente na Constituição a exigência de redução das desigualdades sociais. Adicionalmente, inseriu-se o Poder Judiciário no processo deliberativo para alcançar esse objetivo. Não se mostra adequada, por essa razão, uma limitação *a priori* daquilo que pode ser objeto de intervenção judicial no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2011). As teses procedimentalistas têm como propósito restringir o escopo de atuação do Poder Judiciário, elaborando uma lista de temas passíveis ou não de decisão judicial. Entretanto, trata-se de uma abordagem inadequada do tema, pois objetifica a atuação jurisdicional. Não é possível, fora do contexto do caso concreto, determinar se uma questão específica pode ou não ser objeto de tutela jurisdicional. As circunstâncias factuais é que devem demonstrar a imprescindibilidade da intervenção judicial em cada situação.

Essa posição se assemelha ao que defendem autores como Lenio Streck e Gilberto Bercovici, que empreendem severas críticas à importação de teses procedimentalistas para o contexto brasileiro. Citando Bruce Ackerman, Streck critica o que denomina de “trivialização dos princípios substantivos” promovida por Ely (STRECK, 2013). Segundo ele, a defesa de John Ely de que a história constitucional dos Estados Unidos direciona para uma leitura procedimental da Constituição constitui uma interpretação equivocada. Isso ocorre porque, ainda segundo Ackerman, a ênfase no processo não exclui a importância dos diversos dispositivos substantivos presentes no texto constitucional. É certo que toda constituição

possui uma dimensão procedimental e organizacional, mas a grande maioria delas não se restringe a esses aspectos (STRECK, 2014).

Conforme salientado oportunamente, a classificação das teorias concernentes à função desempenhada por uma corte ou tribunal constitucional em procedimentalistas e substancialistas tende a simplificar um debate complexo. O parágrafo acima comprova confirma essa observação, pois mesmo autores reconhecidos como substancialistas revelam elementos de abordagem procedimentalista. Eles não negligenciam as disposições relacionadas à engenharia constitucional e aos procedimentos democráticos; pelo contrário, poderiam ser identificados como além-procedimentalistas, porquanto vislumbram um papel para a justiça constitucional que vai além da mera garantia das "regras do jogo". A substancialidade do texto constitucional pode ser percebida, inclusive, em questões processuais e estruturais. Nesse sentido, como bem recordado por Lenio Streck, a própria adoção de uma postura procedimental em relação à revisão judicial é, em si, um juízo de valor que poderia ser expresso pela máxima "as escolhas da maioria numérica devem prevalecer" (STRECK, 2013, p. 153).

Pelas razões aqui apresentadas, parece-nos que uma interpretação genuína do movimento constitucional iniciado após os árduos anos de ditadura militar requer uma atuação substantiva do Supremo Tribunal Federal. A democracia que está sendo construída no Brasil fundamenta-se em uma concepção muito mais ambiciosa do que uma visão meramente majoritária, assemelhando-se à concepção constitucional dworkiniana. Conforme mencionado em seção específica, a concepção constitucional de democracia visa integrar o indivíduo à estrutura social por meio do respeito aos seus direitos. No contexto brasileiro, os direitos sociais assumem uma importância singular, pois todos os demais direitos dependem da mitigação das profundas desigualdades sociais existentes no país. Por aqui, tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito necessariamente implica na construção de um Estado Social. À luz desse novo paradigma constitucional, não há justificativa para lamentar a atuação contingencial de uma corte na promoção desses direitos.

Assume relevância central, a toda evidência, o conteúdo das decisões políticas proferidas pelos agentes do Estado, considerando-se a importância de que todos atuem em conjunto para respeitar o tratamento constitucional da questão social no Brasil. Essa mudança de concepção não anula a política, por duas razões primordiais. Primeiramente, em contraposição à perspectiva de Habermas, a política continua a desempenhar um papel crucial

na concretização dos ideais constitucionais. De fato, a Constituição estabelece diretrizes gerais para um processo complexo que ultrapassa os ditames constitucionais. Dessa forma, trata-se de uma interação bidirecional: por um lado, a concepção constitucional de democracia no Brasil é uma condição fundamental para a criação de um espaço social onde a cidadania se desenvolve de forma emancipada; por outro, a política - incluindo a atuação dos tribunais - é essencial para a implementação dessa concepção. Constituição dirigente e Estado Democrático de Direito são conceitos inextricavelmente interligados, e portanto, inseparáveis.

Como alerta Dworkin, a relevância das cortes no contexto de uma democracia constitucional advém de sua atuação substantiva, o que requer uma tarefa interpretativa que leve em consideração a moralidade política da comunidade. Enquanto Dworkin percebe como inevitável a realização de uma leitura moral da Constituição dos Estados Unidos, essa necessidade é ainda mais premente no Brasil. A tradição constitucional construída no país desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 está intrinsecamente vinculada a fundamentos morais. Por essa razão, a atenção que Waldron dedica à questão do dissenso não é sem propósito. Mesmo que uma parcela considerável de cidadãos concorde que a erradicação das desigualdades seja um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, divergências surgirão no que diz respeito à operacionalização desse mandamento. Em uma sociedade extremamente complexa, nenhuma decisão política pode ser unânime. Diante desse contexto delicado, emerge uma situação desafiadora: uma teoria material da Constituição, que atribui primazia à atuação dos tribunais, não pode fundamentar-se exclusivamente na resposta constitucionalmente adequada. Ainda que uma decisão política possa ser justificada no contexto de uma teoria moral coerente e, portanto, considerada uma interpretação autêntica da Constituição, haverá cidadãos que optariam por um caminho diferente.

Uma teoria material da Constituição necessariamente deve abordar questões relacionadas à legitimação funcional de suas instituições, uma vez que o dissenso é uma realidade inerente a toda comunidade política. Embora este texto não adote uma postura de relativismo epistemológico, os teóricos são confrontados com uma diversidade de opiniões divergentes acerca do conteúdo das decisões públicas em uma democracia constitucional. Dependendo exclusivamente da correção substantiva de uma decisão pode enfraquecer a legitimidade de uma instituição, especialmente quando ela não é composta por representantes eleitos. Surge, assim, o questionamento: a atuação substantiva do Supremo Tribunal Federal na consecução do projeto constitucional é legitimada funcionalmente? Em outras palavras,

sem se ater ao conteúdo de uma decisão judicial, é desejável introduzir uma instituição contramajoritária com as amplas competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal no contexto de compartilhamento de funções? A tese defendida neste texto é que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal também possui fundamentos morais sob a perspectiva funcional.

Michel Troper (1999) propõe uma análise histórica sobre a eficácia das constituições, distinguindo duas perspectivas predominantes: o modelo mecanicista e o modelo normativo. A compreensão de uma constituição mecanicista remonta, em sua origem, à disseminação dos princípios da física newtoniana no século XVIII. Na análise do Estado, um dos primeiros autores a adotar esse modo de interpretar a experiência constitucional é Montesquieu. Ao investigar a experiência política inglesa, Montesquieu a descreve como um modelo de constituição mista, que engloba elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Nesse cenário, os diversos grupos que disputam o poder agem de acordo com seus próprios interesses, mas, devido à criação de mecanismos de compartilhamento do poder, acabam por equilibrar-se mutuamente. Essa é uma representação interessante de uma concepção mecanicista de constituição, na qual os detentores do poder não se submetem necessariamente ao conteúdo da constituição, mas sim à dinâmica resultante da coexistência de distintos grupos detentores do poder com interesses diversos. Dessa forma, em uma análise mecanicista, os agentes do Estado não são restritos por um espírito de respeito às liberdades individuais, mas sim pela própria coexistência de múltiplos grupos no poder, cada qual com seus interesses particulares. O resultado dessas disputas é a preservação da liberdade dos cidadãos, que constituía o propósito inicial do movimento constitucionalista.

Uma concepção normativa de constituição, em contrapartida, está intrinsecamente vinculada à força vinculante de suas disposições. É dizer: assim como qualquer lei (em sentido amplo), as constituições são dotadas de obrigatoriamente cumprimento. No caso de violação de suas determinações, medidas sancionatórias podem ser aplicadas para restaurar sua efetividade normativa. A diferenciação fundamental entre esse modelo e a concepção mecanicista reside no seguinte aspecto:

No caso anterior, as competências são repartidas tendo em conta as paixões e os interesses dos seus detentores, de tal maneira que se possa razoavelmente esperar dessa repartição um certo modo de funcionamento global. Aqui, se pensa obter esse funcionamento global tão somente pelo enunciado da obrigação. No primeiro caso, o funcionamento será o resultado das restrições, aqui da submissão a uma obrigação (TROPER, 1999, p. 337).⁵⁹

Essas duas concepções são tipos ideais ou modelos puros, que não necessariamente se manifestam de forma exclusiva em uma determinada realidade política. No contexto da experiência constitucional brasileira, percebe-se que houve uma incorporação de elementos tanto mecanicistas (denominados aqui como funcionais) quanto normativos, resultado da construção histórica dos ideais constitucionalistas. Conforme mencionado anteriormente, o paradigma contemporâneo do constitucionalismo brasileiro, ao se apresentar como dirigente e compromissório, possui forte carga normativa. A Constituição Federal de 1988 almeja romper, por um lado, com a extensa tradição de constituições meramente simbólicas e, por outro lado, com o autoritarismo que caracterizou o Estado brasileiro, ao instituir um Estado Democrático de Direito. Sob tal perspectiva, essa Constituição desempenha o papel de efetivamente moldar uma realidade política e social distinta da anterior.

Contudo, mesmo diante da forte carga moral que envolve a Constituição e da superação de um paradigma filosófico subjetivista, a complexidade das interações sociais inevitavelmente engendra divergências que não podem ser prontamente resolvidas. Nesse contexto, uma das abordagens propostas, conforme já mencionado, é a adoção de uma perspectiva procedimental, que, inobstantemente, não se harmoniza com a estrutura constitucional que sustenta o Estado brasileiro. A hipótese aqui confirmada relaciona-se com a arraigada tradição institucional autoritária do Brasil. Cumpre salientar que as experiências constitucionais brasileiras anteriores a 1988 não lograram estabelecer sequer um Estado Liberal legítimo. A generalização dos direitos fundamentais foi negligenciada e a contenção do poder político por meio de sua distribuição equitativa nunca se materializou. A esfera jurídico-constitucional foi frequentemente invadida pelo viés autoritário da política brasileira. Consequentemente, na busca por superar essa densa tradição institucional, a revalorização do Poder Judiciário como um agente concretizador emerge como elemento central.

Na perspectiva funcional, o Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de mais um elemento no ciclo deliberativo estatal, com ênfase no compartilhamento de funções. Segundo Karl Loewenstein (1979), o compartilhamento do poder político é o aspecto central

⁵⁹ Texto original: “En el caso precedente, las competencias se han repartido teniendo en cuenta las pasiones y los intereses de sus detentadores, de tal manera que se pueda razonablemente esperar de este reparto un cierto modo de funcionamiento global. Aquí, se piensa obtener este funcionamiento global por el solo enunciado de la obligación. En el primer caso, el funcionamiento será el resultado de las constricciones, aquí de la sumisión a una obligación”.

do constitucionalismo, tornando-o intrinsecamente democrático. É somente por meio do compartilhamento de funções e do controle do poder político que uma realidade política pode ser legitimamente considerada como constitucional. Um país que possui um histórico de autoritarismo marcante por parte do Poder Executivo, resultando em momentos em que outros poderes foram silenciados, torna-se imprescindível salvaguardar as instituições de controle. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, com os mecanismos disponíveis para fiscalizar a constitucionalidade dos atos públicos e intervir contingencialmente na concretização dos objetivos constitucionais, desempenha o papel de uma instituição de controle que, ao mesmo tempo, tem suas próprias decisões submetidas a controle.

O paradigma constitucional estabelecido em 1988 introduz um complexo arranjo institucional com o propósito de assegurar o mútuo controle entre os detentores do poder político, além de sujeitá-los a um controle externo, especialmente por parte do eleitorado. Diante disso, é possível identificar uma potencial preocupação em relação à criação de impasses e tensões entre os poderes decorrentes dessa concepção. Entretanto, conforme ressaltado por Lenio Streck (2011), essa tensão é essencial e, em verdade, desejável em um país que busca instaurar uma experiência democrática até então inédita. O Supremo Tribunal Federal, portanto, é mais um agente em um ciclo de tomada de decisões que envolve diversos outros detentores do poder político (ABBOUD, 2021).

Nessa perspectiva, qualquer objeção à atuação do Supremo Tribunal Federal com base nos princípios democráticos perde a sua fundamentação. Em primeiro lugar, isso ocorre porque o modelo de democracia buscado no contexto brasileiro transcende a mera previsão de mecanismos majoritários para a tomada de decisões, embora também os incorpore. À luz da abordagem funcional, percebe-se que a existência de uma instituição contramajoritária, que opera sob uma lógica própria (deve ser provocada, é obrigada a justificar suas decisões e não possui meios próprios para executá-las, deve observar determinados procedimentos, entre outros aspectos), é de extrema relevância para a preservação do conteúdo material da Constituição Federal. Diante do lastro autoritário que permeia a história política brasileira, é imperativo que o projeto constitucional conte com uma instituição dotada das características do Supremo Tribunal Federal, que possa atuar como mais um componente indispensável na árdua empreitada de sua concretização.

Ademais, o “fórum dos princípios”, por suas próprias características, incorpora-se ao debate político com base em uma gramática moral peculiar que, frequentemente, não

encontra espaço, por exemplo, nos processos legislativos. Conseqüentemente, ele tende a enriquecer o debate político com a discussão sobre a adequação dos atos políticos à normatividade constitucional. Dessa forma, percebem-se potenciais ganhos com a existência dessa instância. Cabe ressaltar que esses ganhos são de natureza apriorística, e não se trata, aqui, de repetir a ingenuidade procedimentalista de discutir, fora do contexto concreto, as possibilidades de atuação do Poder Judiciário. Não estamos propondo uma lista de intervenções possíveis e constitucionalmente adequadas. O que se afirma é, tão somente, uma constatação essencial para a vida política brasileira: à luz da perspectiva funcional, a presença do Supremo Tribunal Federal é desejável. A Corte, em suas deliberações, proferirá decisões que não gozarão de consenso. Haverá a possibilidade de equívocos, e qualquer jurista é capaz de elencar um rol de decisões em que, sob a sua análise, o Supremo Tribunal Federal se equivocou. No entanto, a legitimidade dessa instituição não se restringe à concordância com suas decisões. O histórico institucional brasileiro demanda a presença do "fórum dos princípios".

Tampouco se alega aqui que a única fonte de legitimidade do Supremo Tribunal Federal repousa na esfera funcional. Consoante salientado em inúmeras ocasiões ao longo deste trabalho, a tese central divide a legitimidade da Corte em duas dimensões distintas: funcional e substantiva. Isto implica que a própria instituição do Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, contribui para a legitimidade de sua atuação (VOSSKUHLE, 2020). Espera-se que o Supremo Tribunal Federal prossiga em suas deliberações pautando-se em fundamentos de princípio, em um exame franco das questões suscitadas no caso em análise e nos argumentos apresentados pelas partes envolvidas. Decisões baseadas estritamente em fundamentos políticos, o que usualmente designamos por "ativismo judicial", corroem as bases de legitimidade da Corte. Nesse sentido, uma instituição que atua no Estado de Direito deve observar certas tarefas e limitações das quais não pode se desviar, e com o Supremo Tribunal Federal não é diferente. Por conseguinte, compartilhamos também da desconfiança acerca de uma atuação do Tribunal na qual os juízes não cumpram devidamente sua responsabilidade política. Os detentores do poder político sempre são dignos de certa desconfiança constitucional.

Entretanto, consideramos que a busca por decisões constitucionalmente adequadas, tanto por parte do Supremo Tribunal Federal como do Poder Judiciário em geral, deve ocorrer em um contexto de respeito às instituições e sempre sob o prisma da legitimação funcional. É plausível afirmar que a democracia brasileira é muito mais beneficiada com a

existência do Supremo Tribunal Federal do que prejudicada por decisões pontuais de ativismo judicial. Essa é a questão central na análise de sua legitimidade. Além disso, não compartilhamos do ceticismo de Waldron. Embora ele possa alegar o contrário, o autor parece adotar um certo relativismo moral. Isso porque ele equipara de forma absoluta as atividades legislativas e judiciais. Ao fazê-lo, sugere que os juízes, ao decidirem um caso, possuem a mesma liberdade gozada pelos legisladores. Contudo, essa noção não parece ser precisa. Os juízes estão submetidos a diversas restrições e limitações teóricas que não se aplicam aos legisladores, e mesmo admitindo a possibilidade de erros judiciais, não seria correto afirmar que suas atividades são inteiramente idênticas. Portanto, a ideia de resposta correta (resposta constitucionalmente adequada) não é irrelevante na análise das instituições, ao contrário do que sugere Waldron. Ao tentar conciliar essas duas dimensões, a teoria aqui desenvolvida almejou demonstrar o equívoco do posicionamento do autor neozelandês.

É possível encontrar no Brasil autores que equiparam, em uma análise funcional, o trabalho do legislador e do juiz. Um exemplo é Conrado Hübner Mendes (2008), que, ao propor uma análise funcional das bases de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, parece reproduzir o ceticismo apresentado por Waldron. Segundo Mendes, a atividade das cortes seria tão criativa quanto a dos parlamentos, e, portanto, o único modo de legitimar sua atuação seria por meio de uma perspectiva estritamente procedimental. No entanto, vale afirmar novamente que as instituições brasileiras e o conteúdo material da Constituição Federal de 1988 não respaldam interpretações nessa linha. A perspectiva funcional, se adotada de forma estrita, poderia levar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal é uma instituição legitimada no quadro de compartilhamento de funções, o que permitiria aos juízes liberarem-se das restrições substanciais que cercam seu ofício. A integração entre uma teoria da autoridade e uma teoria da decisão visa abranger as questões epistemológicas e institucionais que envolvem as cortes constitucionais. Sob essa ótica, o Supremo Tribunal Federal desempenha simultaneamente o papel de contrapoder e de "fórum dos princípios". Essas dimensões parecem complementares e não mutuamente exclusivas, de modo que uma teoria material da Constituição não pode ignorar essas complexidades.

CONCLUSÃO

A experiência institucional dos Estados Unidos é frequentemente mencionada como o primeiro sistema em que o Poder Judiciário detém a prerrogativa de invalidar atos do Parlamento. No entanto, a construção desse arranjo institucional ocorreu após um longo percurso de limitação aos poderes do Rei na Inglaterra. Por lá, não se visava claramente limitar a soberania do Parlamento, mas sim estabelecer, em conjunto com a legislatura, uma separação entre as funções administrativas e legislativas. Portanto, a decisão no caso *Marbury vs. Madison* representa simultaneamente um ponto de chegada e de partida. É uma chegada quando consideramos a tentativa de limitar os poderes da Coroa e uma partida quando analisamos o controle judicial de constitucionalidade, que restringe as atividades legislativas com base na supremacia da Constituição.

A mudança na compreensão desse movimento, que se desenvolveu nos Estados Unidos no início do século XIX, foi objeto de várias críticas. Entre elas, destacam-se as objeções formuladas por Thomas Jefferson, para quem a possibilidade de a Suprema Corte anular atos do Congresso tornaria o povo sujeito aos caprichos de uma oligarquia togada. Segundo ele, cada departamento do Estado possuía, no âmbito de suas competências, a função de determinar o significado das disposições constitucionais. A interpretação da Constituição deveria ser uma tarefa coletiva, sem que a última palavra fosse reservada exclusivamente ao Judiciário.

Após a histórica decisão de John Marshall no *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte adotou uma postura de autocontenção judicial. A sua autoafirmada competência foi aplicada novamente somente anos após essa decisão, o que conseqüentemente reduziu os debates em torno da legitimidade democrática da revisão judicial. Todavia, com o término da Guerra Civil e a promulgação das "emendas de reconstrução", a Suprema Corte passou a exercer maior influência na vida política dos Estados Unidos. O aumento de sua atividade continuou durante a primeira metade do século XX, atingindo seu auge no período conhecido como "Corte Warren", no qual a Suprema Corte proferiu diversas decisões sobre questões controversas que impactaram significativamente a sociedade norte-americana, especialmente ao reforçar os direitos das minorias. Nesse sentido, o debate acerca das condições de atuação do órgão assumiu posição central no âmbito do direito constitucional estadunidense.

Uma das obras mais influentes acerca desse tema é "The Least Dangerous Branch", escrita por Alexander Bickel. Na sua primeira edição, lançada em 1962, já se percebia considerável aceitação quanto à legitimidade da Suprema Corte no sistema constitucional dos Estados Unidos. De certa forma, a comunidade política do país havia se acostumado a conviver com esse órgão contramajoritário. Ademais, a adoção de soluções similares por países europeus após o término da Segunda Guerra Mundial parecia indicar o sucesso das diferentes variações do controle judicial de constitucionalidade das leis. Bickel, no entanto, sustentou a existência de uma tensão insolúvel entre o constitucionalismo e a democracia, a qual denominou de "dificuldade contramajoritária". Para ele, essa dificuldade não é a única enfrentada por um sistema que se propõe democrático, que convive com outras instituições cujos membros não são eleitos por sufrágio. Apesar disso, a *judicial review* apresenta uma característica agravante em relação às demais limitações contramajoritárias, pois tem por objetivo declarar a nulidade de atos normativos promulgados pelos representantes do povo. O autor, contudo, não advoga pela extinção do instituto com base nesse argumento. No entanto, Bickel ressalta que a existência da dificuldade contramajoritária acarreta uma série de consequências institucionais e impõe requisitos para a atuação dos juízes, como, por exemplo, a necessidade de decidirem com base em princípios neutros.

A partir da vanguarda teórica estabelecida por Bickel, inúmeros autores ao têm se dedicado a reflexões sobre o tema em questão. Alguns deles, como Ely, têm elaborado teorias que visam circunscrever a atividade da Suprema Corte a parâmetros específicos, como a proteção dos procedimentos democráticos. Essa preocupação tem sido amplamente verificável na literatura sobre o assunto, uma vez que o controle judicial de constitucionalidade implica na restrição da esfera de deliberação democrática, o que exigiria a definição prévia de seus limites. Ronald Dworkin se diferencia dos demais juristas nesse ponto, tornando-se uma figura indispensável nas obras que tratam dessa temática. Isso se deve ao fato de que, para Dworkin, a própria existência da dificuldade contramajoritária não se sustenta na realidade política dos Estados Unidos. Em outras palavras, ele contesta a ideia amplamente disseminada de que há uma contradição intrínseca entre os requisitos do constitucionalismo e da democracia.

Dworkin argumenta que a aparente contradição entre as limitações constitucionais e o ideal democrático baseia-se em uma concepção restrita de democracia, que a equipara meramente à expressão da vontade da maioria dos indivíduos em termos estatísticos. Sob tal concepção de democracia, o uso do controle judicial de constitucionalidade para invalidar leis

aprovadas pela maioria dos representantes do povo será sempre interpretado como uma ação antidemocrática. Alguns autores, como Ely e Bickel, sustentam a possibilidade de que as cortes possam empregar esse controle em situações específicas; no entanto, o ponto central da controvérsia reside na constatação de que, em qualquer circunstância em que o façam, estarão agindo em detrimento do ideal democrático. Isso se deve à aparente falta de conciliação entre o desejo de estabelecer um governo que respeite a vontade da maioria e a previsão de que juízes possam contrariar essa vontade majoritária por meio do controle judicial de constitucionalidade.

Dworkin elabora uma concepção de democracia que se distingue da visão restrita anteriormente mencionada. Para o autor, o sistema político dos Estados Unidos é fundamentado em uma concepção constitucional de democracia. Essa concepção difere do conceito meramente majoritário, pois se baseia em uma forma de ação coletiva que Dworkin denomina de "comunal". A ação coletiva comunal se diferencia de uma perspectiva estatística de ação coletiva e fundamenta-se na ideia de que um governo deve observar condições democráticas que transcendem meras considerações estatísticas e possuem conteúdo substancial. Em outras palavras, toda ação do Estado deve respeitar a igualdade de *status* entre os cidadãos, independentemente de sua proveniência. Isso não descarta a relevância do procedimento majoritário para a tomada de decisões, que continua sendo um método importante. Contudo, de acordo com Dworkin, uma decisão política não pode ser considerada democrática apenas por ter sido aprovada pela maioria das pessoas ou de seus representantes. O cerne de uma comunidade democrática reside na busca pela igualdade de consideração e respeito entre todos os cidadãos, independentemente da instituição responsável por garantir essa condição. Sob essa ótica, a democracia transcende a mera soma dos votos e engloba uma compreensão mais ampla e abrangente dos requisitos democráticos que permeiam a estrutura política da sociedade.

O ponto crucial para Dworkin reside na questão material, ou seja, está intrinsecamente relacionado ao conteúdo de uma decisão política. Nesse contexto, não existe nenhum impedimento para que uma lei que assegure a igualdade de status entre os cidadãos seja respeitada. No entanto, ela não será considerada moralmente justificável meramente por ter sido aprovada com base em critérios majoritários, mas sim por tratar todos os indivíduos com igualdade. O mesmo raciocínio se aplica às decisões judiciais. Não há qualquer tipo de comprometimento democrático quando uma decisão judicial, diante de uma lei que viola as condições democráticas, afasta sua aplicação para restaurar essas condições. O verdadeiro

comprometimento da democracia, na perspectiva constitucional, ocorre quando uma decisão política de qualquer origem viola os direitos dos cidadãos. Para Dworkin, a grande missão da democracia é promover a integração do indivíduo à comunidade, ou seja, tornar o cidadão parte do todo da cidadania. Isso só é possível se os direitos dos indivíduos forem respeitados pelos diversos detentores do poder.

Apesar de enfatizar que o tipo específico de instituição encarregada de tomar decisões não seja relevante para promover a integração dos cidadãos, Dworkin identifica potenciais benefícios na existência de cortes com competência para exercer o controle judicial de constitucionalidade. Essa perspectiva está diretamente vinculada à sua leitura moral da Constituição, visto que Dworkin sustenta que é impraticável interpretar suas disposições, especialmente as de natureza ab-rogatória, sem a invocação de argumentos de moralidade política. Nesse sentido, ele estabelece uma distinção entre argumentos de princípio, que abordam questões insensíveis, e argumentos de política, que se dedicam a questões sensíveis.

Os argumentos de princípio estão fundamentados nos direitos morais dos cidadãos, enquanto os argumentos de política buscam promover a melhor alocação de recursos com vistas ao bem comum. Em um contexto em que coexistem cortes e parlamentos, observa-se uma diferenciação conteudística nas decisões políticas que cada uma dessas instituições pode tomar. Embora os legisladores, como anteriormente destacado, não possam evitar decidir com base em argumentos de princípio, eles também possuem a prerrogativa de decidir sobre questões estritamente políticas. Por outro lado, as cortes assumiriam o papel de um "fórum dos princípios", uma vez que apenas lhes é permitido articular argumentos relacionados aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, segundo Dworkin, um arranjo que englobe cortes e parlamentos exercendo suas funções proporcionaria uma maior probabilidade de integração entre o indivíduo e a comunidade.

Ronald Dworkin, um prolífico autor ao longo de sua carreira, tem atraído a atenção de diversos teóricos até os dias atuais devido ao caráter revolucionário de suas teses. Entre os juristas que proporcionaram críticas mais fundamentadas às teorias de Dworkin, destaca-se Jeremy Waldron. Este último adota uma abordagem que não busca meramente desacreditar os argumentos de Dworkin por meio de uma interpretação hostil de seus escritos. Pelo contrário, Waldron avalia os argumentos dworkinianos e, mesmo considerando-os em boa luz, consegue apresentar uma oposição fundamentada às suas ideias. Uma das principais discordâncias de Waldron refere-se à distinção estabelecida por Dworkin entre argumentos de

política e argumentos de princípio, que serve de base para a diferenciação entre cortes e parlamentos em sua obra. Waldron rejeita essa distinção com base na constatação de que as pessoas discordam não apenas sobre questões de política, mas também e sobretudo em relação a questões de princípio. De fato, o dissenso é inerente a todas as questões de interesse público em uma determinada comunidade política, inclusive em relação aos direitos a ser reconhecidos.

Waldron identifica que os juristas contribuíram para a disseminação de um preconceito em relação às atividades legislativas. Esse preconceito resultou na disseminada ideia de que os trabalhos legislativos são resultado de compromissos de ocasião, o que os tornaria incapazes de definir as principais questões morais de uma comunidade. De um lado, os juristas dedicaram-se a analisar as cortes sob uma perspectiva idealizada, como exemplificado pelo arquétipo dworkiniano de Hércules. Por outro lado, não houve um esforço correspondente em relação aos parlamentos, que foram negligenciados pelos teóricos. Conseqüentemente, a Teoria da Constituição se transformou em uma teoria centrada na justiça constitucional. Diante desse panorama, Waldron propõe empreender esforços teóricos para compreender a legislação em sua melhor perspectiva, ou seja, como o melhor meio para solucionar dissensos de natureza substantiva. Ao dignificar a legislação, Waldron argumenta que não há razões para supor que as cortes oferecerão uma proteção superior aos direitos em comparação com as legislaturas. Pelo contrário, dada a inevitabilidade do desacordo, é necessário avaliar qual procedimento possibilita uma maior participação dos cidadãos. Nesse contexto, entre cortes e parlamentos, os últimos são considerados preferíveis, pois permitem uma ampla participação dos próprios destinatários das decisões políticas.

A existência ou não do controle judicial de constitucionalidade em uma comunidade política, para Waldron, não pode basear-se simplesmente na ideia de que as cortes protegem os direitos das minorias contra possíveis abusos dos grupos majoritários. Ele argumenta que a chance de erro é simétrica, ou seja, tanto cortes quanto parlamentos podem falhar em proteger direitos fundamentais. Ao analisar a dignidade da legislação com base em sua interpretação da física do consentimento de Locke, Waldron identifica um fundamento moral para as atividades legislativas que não se aplica às cortes. Em sua perspectiva, a participação política é considerada o "direito dos direitos". Uma vez que os cidadãos discordam sobre quais direitos possuem e sobre as implicações práticas desses direitos, é essencial permitir que os próprios indivíduos tomem suas decisões. Portanto, não existe uma preferência ontológica entre a participação e outros direitos, mas a participação se torna a

condição fundamental para a determinação de todos os direitos fundamentais. Assim, a participação é o fundamento moral que atribui importância especial às atividades legislativas. Por outro lado, ao não permitir a participação direta dos cidadãos, a *judicial review* não se fundamenta sob uma perspectiva procedimental e, para Waldron, a dimensão material se torna pouco relevante nesse contexto.

Entre os argumentos de Dworkin e Waldron, retomamos a questão central deste trabalho: quais são as bases de legitimidade do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição Federal de 1988? O constitucionalismo brasileiro que se inaugurou com a promulgação da Constituição Federal se distingue notavelmente dos paradigmas anteriores. Isso porque, diante de uma realidade social absolutamente excludente e de uma experiência política autoritária, ambiciona-se institucionalizar a democracia e construir um Estado Social que jamais havia sido verificado no país. Ao se autoproclamar um Estado Democrático de Direito, o Brasil almejou romper com a tradição de profundas desigualdades e carência de comprometimento com a democracia. O meio privilegiado para operar essa transformação de paradigmas é a própria Constituição, cujo conteúdo é dirigente e compromissório. Em outras palavras, foi constitucionalizado um programa de transformação social que deve ser efetivado sob a luz da democracia.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 marcou uma significativa mudança no constitucionalismo brasileiro, reconfigurando a dinâmica entre os poderes estatais, com especial ênfase nas atribuições do Supremo Tribunal Federal. Em um país marcado por uma história política na qual as constituições anteriores foram incapazes de efetivamente conter o poder político, a chamada "Constituição Cidadã" foi concebida com o propósito de substituir a predominância do poder das armas pela força do direito. Criou-se, assim, diversos mecanismos que conferem ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal federal, a capacidade de atuar em conjunto com os demais poderes da República, com o objetivo de efetivar os objetivos constitucionais. O Tribunal assumiu, portanto, um papel mais abrangente do que o de um simples legislador negativo. Dele se espera atuações contingenciais positivas, com o objetivo de superar a inaceitável situação de "baixa constitucionalidade". Conseqüentemente, essa configuração institucional brasileira parece intensificar a complexa relação entre constitucionalismo e democracia. A atuação ampliada da Corte e a sua participação ativa na concretização dos ideais constitucionais levantam questões e dilemas no que concerne à interação entre a preservação da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Não parece viável que, diante dessa tensão, opte-se por uma solução teórica que busque restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal a questões estritamente procedimentais, uma vez que essa abordagem carece de fundamentação adequada na tradição constitucional contemporânea. Ademais, em tópico específico já foram apresentadas as inconsistências inerentes a essas teorias. A Constituição Federal de 1988 não se limita apenas a distribuir o poder político entre diferentes instituições; ela transcende esse aspecto ao promover a institucionalização da democracia e a redução das desigualdades sociais por meio da implementação de seu conteúdo substancial. Forma e conteúdo se amalgamam no processo de concretização de uma nova ordem social. Entretanto, esse paradigma aparenta incorporar uma profunda contradição: a própria Constituição, promulgada com a promessa de possibilitar um regime democrático sem precedentes no país, estabelece um órgão contramajoritário no ciclo de deliberação estatal. Dessa forma, a Constituição é simultaneamente condição de possibilidade e limitadora da democracia.

Essa compreensão poderia ser coerente caso se adote uma concepção puramente majoritária de democracia, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) seria visto como uma anomalia em um sistema projetado para fomentar uma ampla participação popular. Contudo, a ideia de democracia que se almeja instaurar no Brasil não se baseia exclusivamente em um enfoque estatístico. A democracia brasileira parece se aproximar mais da concepção constitucional de democracia proposta por Dworkin, em que a integração do indivíduo à comunidade e o respeito aos procedimentos majoritários dependem de um constitucionalismo robusto. Diante da Constituição Federal de 1988, é inevitável adotar uma teoria substantiva ou material. No caso brasileiro, como já mencionado, o tratamento igualitário e respeitoso a todos os cidadãos implica na redução das desigualdades sociais por meio da universalização dos direitos sociais. Nesse sentido, torna-se incoerente limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal a questões meramente procedimentais. O projeto constitucional ambicioso que se busca implementar depende de uma ação coordenada que envolva também a atuação da Corte para atingir suas finalidades.

A atuação dos poderes Executivo, Legislativo e, notadamente, do Judiciário deve refletir a carga principiológica que fundamenta e dá sustentáculo à Constituição Federal. Conforme defendido por Dworkin, qualquer interpretação da Constituição brasileira deve considerar questões de moralidade política. Em virtude de incorporar um programa de transformação social ambicioso, que necessita invariavelmente de juízos morais em sua interpretação/aplicação, as disposições constitucionais são objeto de uma disputa

interpretativa. Nesse ponto, a problemática do dissenso ganha uma posição de destaque. A sociedade contemporânea é caracterizada por uma hipercomplexidade e as particularidades da vida política brasileira promovem um profundo dissenso conteudístico, especialmente quando a decisão aborda questões de natureza moral. É importante ressaltar que não se defende uma perspectiva relativista, como enfatizado em diversos pontos do presente texto. O dissenso é uma realidade com a qual uma comunidade política deve lidar, especialmente quando esta comunidade possui um projeto constitucional ambicioso com pontos ainda por serem efetivados.

É possível que uma teoria material da Constituição resista ao fato do dissenso? A análise teórica aqui desenvolvida proporciona uma resposta afirmativa, alicerçada na divisão da legitimidade do Supremo Tribunal Federal em duas dimensões, uma funcional e outra substancial. Diante do dissenso, ainda que uma decisão específica da Corte seja considerada constitucionalmente apropriada, é inevitável que um contingente significativo de cidadãos e grupos políticos venha a discordar do seu teor. Esse cenário se torna ainda mais recorrente no paradigma constitucional brasileiro, no qual um grande número de questões antes reputadas eminentemente políticas passou a ser abarcado pelo texto constitucional. Nas dinâmicas políticas, inevitavelmente, haverá vencedores e perdedores descontentes. Conseqüentemente, a legitimidade política do STF não pode depender única e exclusivamente da correção substantiva de suas decisões. Urge reconhecer a dimensão funcional de sua legitimidade, que oferece uma base moral apriorística, conferindo dignidade à sua atuação, mesmo em face das discordâncias dos cidadãos quanto ao conteúdo das decisões proferidas.

A legitimidade funcional do Supremo Tribunal Federal advém de uma interpretação das cláusulas estruturais e organizacionais da Constituição Federal. Nessa abordagem, o Tribunal é concebido como um contrapoder que compartilha o poder decisório com órgãos compostos por membros eleitos. A questão do controle do poder político assume maior destaque após as experiências autoritárias do século XX. No caso brasileiro, a necessidade de controle é ainda mais premente, pois, ao longo de sua história, as tentativas de estabelecer uma democracia vigorosa foram reiteradamente frustradas por sucessivos golpes de Estado. Ademais, por aqui, há forte preponderância do Executivo sobre os demais Poderes (vide o período da ditadura militar). Em 1988, a promulgação da Constituição Federal instituiu um complexo ciclo deliberativo com o propósito de descentralizar e distribuir o poder político entre instituições interdependentes. Nesse contexto, o STF é posicionado como uma instituição de controle que, ao mesmo tempo, exerce uma função contingencial na

concretização dos preceitos constitucionais. Subjaz a essa leitura a ideia de que, além de estarem sujeitas ao escrutínio do eleitorado, as instituições devem controlar-se mutuamente. Essa dinâmica de controle mútuo gera tensões salutares em um regime democrático, pois atua como um mecanismo que mitiga as possibilidades de abusos e excessos autoritários.

A importância atribuída à dimensão funcional nesta análise não tem o propósito de relegar a segundo plano a dimensão substancial da atuação do Supremo Tribunal Federal. Ambas as dimensões de legitimidade são intrinsecamente interconectadas e não podem ser dissociadas. No entanto, observa-se que muitas teorias materiais da Constituição negligenciam o fenômeno do dissenso e não oferecem justificativas funcionais para a existência do Tribunal. Este estudo, inserido no âmbito das teorias materiais, procurou demonstrar a indispensabilidade de analisar ambas as dimensões para que as propostas teóricas substanciais possam ser consideradas operacionais e coerentes. A dimensão funcional da legitimidade da Corte não se sobrepõe à dimensão substancial. Em vez disso, o Supremo Tribunal Federal continua a construir cotidianamente as bases da sua legitimidade por meio das suas decisões. A existência de uma legitimidade funcional não exonera os membros do Tribunal da responsabilidade de buscar de forma transparente a resposta constitucionalmente adequada para cada caso. É justamente na convergência dessas duas dimensões que o Supremo Tribunal Federal se apresenta como uma instituição relevante no processo de construção do novo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ACKERMAN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. *Correio Braziliense*, Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/07/13/internas_opiniaio,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 03 de julho de 2023.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

APPLEBY, Joyce; BALL, Terence. *Jefferson: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BALEEIRO, Aliomar de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988?. *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOYER, Allen D. *Law, Liberty and Parliament*. Selected essays on the writings of Sir Edward Coke. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.

BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Cambridge: Zone Books, 2015.

BURNS, James MacGregor. *Packing the Court*. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court. New York: The Penguin Press, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. In: OMMATI, José Emílio Medauar. *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. 2. ed., p. 548-600. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022.
- DWORKIN, Ronald. *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.
- DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: a moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.
- DWORKIN, Ronald. *The Sovereign Virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2012.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin: third edition*. 3. ed. Stanford: Stanford Law Books, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulos: WMF Martins Fontes, 2009.
- JEFFERSON, Thomas. *Writings of Thomas Jefferson*. Nova York: Derby and Jackson, 1854.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Nova York: Oxford University Press, 2004.

LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Jurisdicção Constitucional: ecos del argumento contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. v. 22, p. 223-260, 2010.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia: Editrice Morcelliana, 2010.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

MICHELMAN, Frank. Justification and the justifiability of law in a contradictory world. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Nomos XXVIII*. Justification. Nova Iorque: New York University Press, 1986.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, 1972.

RODRIGUES, Gabriel Benedetti Marques. *Paradoxo intergeracional? Uma análise do contramayoritarismo no contexto do constitucionalismo democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, Universidade de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, p. 144. 2022.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UNB, 1996.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SLOAN, Cliff; MCKEAN, David. *The great decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court*. New York: PublicAffairs, 2009.

STOLLEIS, Michael. Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien Régime* to Constitutionalism. In: STOLLEIS, Michael; YASUTOMO, Morigiwa; HALPÉRIN, Jean-Louis (orgs.). *Intepretation of Law in the Age of Englighenment: From the Rule of the King to the Rule of Law*. Londres: Springer, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. *Revista de Processo*, v. 229, p. 433, 2014.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; LIMA, Danilo Pereira. Constituição, estamento e patrimonialismo: as vicissitudes político-jurídicas na formação do modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 1-35, 2015.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TROPER, Michel. La máquina y la norma. Dos Modelos de Constitución. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, p. 331-347, 1999.

TUSHNET, Mark. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven: Yale University Press, 2020.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. Debate entre STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

VOSSKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em Tempos de Populismo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

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

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. Essays on Institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.