

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade de Direito**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SEM SUPREMACIA JUDICIAL**

**A reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática  
no constitucionalismo**

**Lucas Azevedo Paulino**

**Belo Horizonte**

**2016**

**LUCAS AZEVEDO PAULINO**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SEM SUPREMACIA JUDICIAL**

**A reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática  
no constitucionalismo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção de grau de mestre em Direito na Área de Concentração Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas, na Linha de Pesquisa “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, sob a orientação do Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante.

**Belo Horizonte**

**2016**

---

P328j Paulino, Lucas Azevedo  
Jurisdição constitucional sem supremacia judicial : a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo / Lucas Azevedo Paulino. - 2016.

Orientador: Thomas da Rosa Bustamante  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

1. Direito - Teses 2. Direito – Filosofia 3. Leis – constitucionalidade  
4. Direitos e garantias individuais 5. Jurisdição (Direito constitucional)  
6. Democracia I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 340.12:342.34

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB 6/1178

## AGRADECIMENTOS

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo” (Nelson Mandela). “Se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda” (Paulo Freire). Em primeiro lugar, manifesto minha gratidão ao principal responsável para o desenvolvimento deste trabalho: o povo brasileiro, responsável pelo financiamento das universidades públicas e dos programas de pós-graduação, por meio de um sistema tributário desigual e injusto, no qual os mais pobres pagam proporcionalmente mais do que os mais ricos. Em um país onde boa parte da população brasileira não tem, muitas vezes, seus direitos sociais efetivados nem acesso a serviços públicos de qualidade, tenho plena consciência que sou um privilegiado e da responsabilidade que isso implica. Fui beneficiário da excelente estrutura da Universidade Federal Minas Gerais: uma biblioteca bem equipada e um banco de dados virtual amplo, que possibilitaram o acesso a uma parte considerável da bibliografia consultada; e um corpo docente qualificado, que alargou meu horizonte sobre direito e democracia. Espero que as reflexões presentes nessa dissertação e o conhecimento que acumulei nesse período possam contribuir, ainda que modestamente, para a retribuição dessa generosidade.

À loteria divina ou à do acaso, sou grato por me colocar em uma família que cultivou desde a infância o “capital cultural” em mim. Ao meu pai e à minha mãe, Mário e Lourdes, por sempre incentivarem os estudos e oferecerem todas as condições para que eu pudesse desenvolver minhas potencialidades, além de serem uma fonte de inspiração como professores dedicados. Ao meu irmão, Guilherme, pelo apoio e por contribuir com a revisão deste trabalho.

À Mayra, minha esposa, por ser um exemplo de acadêmica com seu comprometimento e determinação; e por ser paciente e me encorajar constantemente. Sua cumplicidade, amor e companheirismo foram imprescindíveis nesse processo.

Ao Professor Thomas da Rosa de Bustamante, sem o qual a conclusão deste trabalho não seria possível, por ser um orientador sempre presente, com paciência para dialogar, oferecer sugestões, ideias e caminhos, e para criticar e apontar meus erros; e por ser uma referência de pesquisador comprometido. A sua generosidade me proporcionou ingressar num universo de teorias, debates, reflexões críticas e autores aos quais eu não teria acesso de outra maneira.

Aos companheiros de trabalho da Câmara Municipal de BH, por apoiarem, serem flexíveis e compreenderem a importância do mestrado para minha formação profissional.

Aos amigos da pós-graduação, Chris, Ana Luísa, Igor, Ludmila, Deivide, Gelape, David, Thiago, João Victor, Rafael, André e Letícia, pelo conhecimento compartilhado e pela oportunidade de debates ricos e frutíferos. A todos, meu reconhecimento e minha gratidão!

“The term ‘constitutional democracy’ can be interpreted as either an oxymoron or a tautology.” Richard Bellamy e Dario Castiglioni (1997, p. 594)

“Democracy may disarm a given oligarchy, a given privileged individual or set of individuals, but it can still crush individuals as mercilessly as any previous ruler. An equal right to oppress - or interfere - is not equivalent to liberty” Benjamin Constant (apud BERLIN, 1958, p. 27)

“If the policy of the Government upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties in personal actions, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal” Abraham Lincoln, 1861 (apud BELLAMY, 2007, p. 122)

## RESUMO

O objetivo desta dissertação consiste em analisar a melhor justificativa normativa para o exercício da jurisdição constitucional em uma democracia. Em um contexto de expansão da atuação do poder judiciário e de cortes constitucionais no controle de constitucionalidade da legislação – e, em alguns casos, de emendas constitucionais – no Brasil e em diversos países, muitas vezes decidindo sobre matérias de forte apelo moral, político e social, despontam-se críticas sobre a legitimidade democrática da autoridade da corte. Considerando o desacordo moral persistente e de boa-fé existente em uma sociedade democrática e plural sobre o significado dos direitos, uma corte constitucional deveria ter a última palavra sobre a interpretação constitucional? Pretende-se investigar, dessa maneira, como conciliar a proteção efetiva de direitos fundamentais com o exercício democrático do poder.

Inicialmente, serão estudadas as duas respostas tradicionais da teoria e da prática constitucional e democrática sobre legitimidade ou não da supremacia judicial em um regime democrático. Em primeiro lugar, o constitucionalismo jurídico e sua concepção constitucional da democracia, que justifica o papel da jurisdição constitucional, sobretudo, nos resultados substantivos que pode proporcionar para resguardar os direitos fundamentais. Nesse aspecto, a ênfase da pesquisa serão as obras de Ronald Dworkin e John Rawls. Em segundo lugar, o constitucionalismo político e sua concepção majoritária de democracia, que se preocupa, especialmente, com a legitimidade intrínseca dos procedimentos, com o respeito à igualdade política e ao autogoverno do povo. As teorias de Jeremy Waldron e Richard Bellamy serão o objeto de exame nessa parte.

Após desenvolvidos os principais argumentos favoráveis e contrários ao papel de cortes e parlamentos, serão avaliadas as características e o potencial normativo do novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica, apontado por Stephen Gardbaum como uma via intermediária que desvincula o controle de constitucionalidade da supremacia judicial, ao conceder a última palavra ao legislador. Por fim, será analisada, especificamente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/11 e se ela poderia aperfeiçoar a legitimidade democrática do sistema constitucional brasileiro.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade, direitos fundamentais, supremacia judicial, legitimidade democrática.

## ABSTRACT

The aim of this dissertation is to analyze the best normative justification for the exercise of judicial review in a democracy. In a context of expansion of the operation of the judiciary and of the constitutional courts in the judicial review of legislation - and, in some cases, of constitutional amendments - in Brazil and in several countries, often deciding on matters of strong moral, political and social appeal, criticism on the democratic legitimacy of the court's authority arise. Considering the persistence of good faith moral disagreement in a democratic and pluralistic society on the meaning of rights, should a constitutional court have the final word on constitutional interpretation? This dissertation intends to investigate, how to reconcile the effective protection of fundamental rights with the democratic exercise of power.

Initially, the two traditional responses from constitutional and democratic theory and the practice concerning the legitimacy (or the lack thereof) of judicial supremacy in a democratic regime will be studied. The research, firstly, discusses the legal conception of constitutionalism and its constitutional conception of democracy, which justifies the role of constitutional jurisdiction, especially having regard to the substantive outcomes that can provide to protect fundamental rights. In this respect, the emphasis of research will be on the works of Ronald Dworkin and John Rawls. Secondly, this study presents the political constitutionalism and its majoritarian conception of democracy, which is especially concerned with the intrinsic legitimacy of procedures, with the observance of political equality and the self-government of the people. The theories of Jeremy Waldron and Richard Bellamy will be the subject of examination in this part.

After having developed the main arguments for and against the role of courts and parliaments, this dissertation analyzes characteristics and the normative potential of the new Commonwealth model of constitutionalism, pointed out by Stephen Gardbaum as an intermediate solution which dissociates the control of constitutionality from judicial supremacy, by granting the final word to the legislature. Finally, this dissertation analyzes the proposal for the Constitutional Amendment No. 33/11 and whether it could improve the democratic legitimacy of the Brazilian constitutional system.

**Keywords:** judicial review, fundamental rights, judicial supremacy, democratic legitimacy.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
1.1 Esclarecimentos prévios .....	16
1.2 Plano da dissertação .....	17
<b>2. A DEFESA DA LEGITIMIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>20</b>
2.1 Ronald Dworkin: o fórum de princípio e a concepção constitucional de democracia .....	26
2.1.1 O fórum de princípio .....	26
2.1.2 A leitura moral da constituição e a integridade constitucional .....	28
2.1.3 A crítica à premissa majoritária e a concepção constitucional de democracia .....	34
2.2 O tribunal constitucional como modelo de razão pública em John Rawls.	44
2.3 A representação argumentativa da jurisdição constitucional em Robert Alexy .....	50
2.3.1 O papel representativo das cortes para Luís Roberto Barroso .....	51
2.4 Conclusões parciais .....	53
<b>3. CRÍTICAS À LEGITIMIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>55</b>
3.1 A teoria democrática da autoridade e objeção ao <i>judicial review</i> em Jeremy Waldron .....	58
3.1.1 O desacordo razoável e as circunstâncias da política .....	58
3.1.2 A regra majoritária, a igualdade política e o direito à participação .....	61
3.1.3 A teoria democrática da autoridade .....	66
3.1.4 A essência da oposição ao controle judicial de constitucionalidade de leis .....	73
3.1.5 A crítica ao argumento da tirania da maioria .....	86
3.1.6 Críticas à supremacia judicial no controle de constitucionalidade ..	88
3.2 O constitucionalismo político em Richard Bellamy .....	91
3.2.1 A despolarização da constituição como forma de dominação .....	93

3.2.2 As críticas de Richard Bellamy contra os argumentos de justificação do <i>judicial review</i> em Ronald Dworkin .....	95
3.2.3 As críticas de Richard Bellamy contra os argumentos de justificação do <i>judicial review</i> em John Rawls .....	99
3.3 Conclusões parciais .....	101
<b>4. A TERCEIRA VIA ENTRE CORTES E PARLAMENTOS: DESASSOCIANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL .....</b>	<b>105</b>
4.1 O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica .....	108
4.1.1 Canadá .....	108
4.1.2 Nova Zelândia .....	110
4.1.3 Reino Unido .....	112
4.1.4 Características do “novo modelo” .....	113
4.1.5 As vantagens normativas da jurisdição constitucional sem supremacia judicial .....	116
4.2 Diálogos interinstitucionais e última palavra: potenciais normativos e desenho institucional .....	121
4.3 Condições normativas desejáveis x condições reais de uma democracia .....	125
4.4 O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a PEC 33/11..	129
4.4.1 A Proposta de Emenda à Constituição 33/11 .....	134
4.4.1.1 O aumento do quórum para declaração de inconstitucionalidade .....	137
4.4.1.2 O condicionamento do efeito vinculante das súmulas vinculantes ao Congresso e o aumento do quórum para sua aprovação .....	139
4.4.1.3 A submissão das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade de emendas ao Congresso e à consulta popular.....	144
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>159</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>168</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional em um regime democrático e, como consequência, o debate a respeito de quem deve ser a autoridade responsável pela “última palavra” sobre a interpretação da constituição, e como esse poder deve ser exercido, encontra-se em permanente debate na teoria e na filosofia constitucional e democrática de países sob a égide do paradigma da “supremacia da constituição” como o Brasil. Os países que adotam uma corte constitucional ou o poder judiciário como órgão de revisão da (in)validade de atos normativos do poder executivo e, sobretudo, do poder legislativo, tendo por parâmetro a compatibilidade deles com a constituição, enfrentam constantes questionamentos sobre qual deve ser o *locus* central do constitucionalismo em um ordenamento constitucional – tribunais ou parlamentos – produzindo frutíferas digressões acerca do assunto.

No Brasil, esse debate ganhou relevo após a promulgação da Constituição de 1988, período no qual o Supremo Tribunal Federal alcançou um maior protagonismo no cenário político, passando a atuar de forma mais ativa na aplicação das normas constitucionais, com vistas a dar efetividade à Constituição, especialmente ao decidir temas controvertidos de forte apelo político, social e moral, como nos casos sobre as uniões homoafetivas, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, a demarcação de terras indígenas, as cotas raciais, as células-tronco embrionárias, a recepção da Lei de Anistia, o nepotismo, a fidelidade partidária, a cláusula de barreira e o financiamento empresarial de campanhas eleitorais (BARROSO, 2011a). A expansão do Poder Judiciário brasileiro e o exercício mais ativo de suas atribuições em matérias com forte intercessão com a política têm sido denominados pela literatura constitucional (e política) como judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização da política consistiria na ampliação do poder do Judiciário para domínios antes reservados à arena política, por meio da delegação de competências decisórias para dirimir conflitos políticos e sociais (VIANNA, 2013, p. 211). Por sua vez, o ativismo judicial seria o exercício expansivo de poderes político-normativos por partes de juízes e cortes, para a concretização dos princípios constitucionais, em face dos demais atores políticos (CAMPOS, 2014, p. 222). Esse fenômeno de fortalecimento da autoridade do Supremo Tribunal Federal, deslocando-se para o centro do arranjo político, muitas vezes em detrimento dos demais poderes, foi caracterizado por Oscar Vilhena Vieira (2008) como “supremocracia”.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter sido instituído junto à instauração da República, previsto na Constituição de 1891 na modalidade de controle difuso, o fortalecimento

e a independência da jurisdição constitucional brasileira só foram ocorrer, verdadeiramente, a partir da ordem democrática e constitucional pós-1988. No decorrer da história republicana anterior à redemocratização, o Supremo Tribunal Federal enfrentou momentos de instabilidade política e autoritarismo, sendo repetidamente constrangido em sua autonomia por Presidentes com poderes hipertrofiados, o que acarretou em uma instituição, na maior parte das vezes, passiva, débil e subserviente (apesar de haver episódios históricos no qual a corte esboçou tentativas de autonomia, essa não foi a regra). É conhecida a crítica de João Mangabeira (1943) de que, no período de 1892 até 1937, o Supremo Tribunal Federal foi o órgão que “mais falhou com a República”, pois não conseguia conter os excessos e as arbitrariedades do governo (o que se reiterou nas ditaduras do Estado Novo e militar). Diante desse contexto, a ascensão do Supremo Tribunal Federal e o avanço do ativismo judicial estão associados ao marco histórico da Constituição de 1988 e se devem, conforme explica Carlos Alexandre Campos (2014, p. 221), a diversos fatores institucionais, políticos e jurídico-culturais. Os fatores institucionais, em resumo, são: I) uma constitucionalização abrangente e compromissória, por meio de um amplo catálogo de direitos fundamentais, que impõe limites substantivos ao poder público ao mesmo tempo que exige sua atuação positiva para promovê-lo; II) a ampliação do acesso à justiça, por meio de ações individuais, coletivas e difusas, e os novos papéis atribuídos ao Ministério Público e a Defensoria Pública, III) o alargamento do sistema de jurisdição constitucional: a estrutura, as competências, os instrumentos decisórios, as ações pertinentes e o elenco dos atores que podem provocar o controle de constitucionalidade. Tais aspectos facilitam que esse sistema possa ser deflagrado e que uma gama enorme de questões políticas e morais estejam sujeitas à apreciação do Judiciário. O ambiente político também favoreceu a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, na medida em que tanto o Poder Executivo como o Legislativo não promoveram ações hostis visando cercear a autonomia do Supremo Tribunal Federal em retaliação às decisões (CAMPOS, 2014, p. 244). Por fim, houve uma transformação jurídico-cultural, com substituição dos ministros do Supremo oriundos da ditadura, que adotavam uma postura autorrestritiva na interpretação constitucional, bastante deferente aos poderes políticos, para ministros com a disposição de dar efetividade à nova Constituição e de reforçar os direitos fundamentais nela presentes (CAMPOS, 2014, p. 266).

No entanto, esses fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em temas controvertidos despertam críticas teóricas e políticas sobre a legitimidade democrática da atuação judicial no controle de constitucionalidade de leis e, especialmente, de emendas constitucionais aprovadas por representantes legislativos democraticamente eleitos: o Supremo Tribunal Federal seria a instituição legítima para dar a

palavra final sobre questões constitucionais? Questionando esse pressuposto surgem propostas legislativas de reformulação radical do sistema de controle de constitucionalidade, com o propósito de fortalecer a esfera legislativa na decisão sobre questões constitucionais, como a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/11, apresentada pelo Deputado Nazareno Fonteneles (PT/PI), que preconiza: 1) alterar o quórum para declaração de inconstitucionalidade de leis 2) condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; e 3) submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição e, em caso de manifestação contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal, autorizar consultar popular para decidir sobre a questão.

Com efeito, a ascensão institucional do Judiciário brasileiro no exercício do controle de constitucionalidade está dentro de um contexto de expansão global do constitucionalismo e do *judicial review* a partir do final da Segunda Guerra Mundial, momento no qual o Estado Constitucional de Direito se consolida na maior parte do mundo. Se nos primórdios do constitucionalismo, a Suprema Corte dos Estados Unidos era um exemplo isolado no cenário político, cujo ponto de partida é a célebre decisão do caso *Marbury v. Madison* em 1803, atualmente a maior parte dos regimes democráticos conta com alguma forma de controle judicial de constitucionalidade. A matriz britânica e a francesa de constitucionalismo optaram por um paradigma político de supremacia legislativa, a partir de sua origem e no decorrer da maior parte da sua história, que influenciou a Europa e o resto do mundo até meados do século XX. Apesar de algumas tentativas episódicas de introdução da jurisdição constitucional nos moldes difusos americano na América Latina ainda no século XIX; e a despeito do experimento de uma padrão centralizado de corte constitucional – sob inspiração do teórico Hans Kelsen – na Áustria, na Tchecoslováquia e na Alemanha no período entre guerras no século XX, o declínio do princípio da soberania parlamentar e a expansão progressiva de democracias constitucionais associadas a algum mecanismo de controle de constitucionalidade, em todos os continentes, ocorre no momento posterior à Segunda Guerra Mundial. De acordo com Tom Ginsburg e Mila Veerdesteg (2013), em 1951, cerca de 38% dos sistemas constitucionais adotavam alguma forma de revisão constitucional das leis; em 2011, esse número aumentou para 83% dos regimes constitucionais.

Conforme aponta Ran Hirschl (2004), foram seis grandes fases de constitucionalização de regimes políticos na segunda metade do século XX. A primeira fase é marcada com a onda de reconstrução e redemocratização dos países europeus derrotados na Segunda Guerra, alguns recém-saídos de regimes fascistas, como Alemanha e Itália. A segunda, com o processo de descolonização e de independência de antigas colônias, como a Índia e países africanos. A

terceira, com a transição de regimes autoritários para novas democracias a partir da década de 70, tais como Grécia, Portugal, Espanha, Brasil, Nicarágua, dentre outros da América Latina. A quarta, com a transição de regimes comunistas rumo ao modelo ocidental de democracia e de economia de mercado, como Polônia, Hungria, Rússia. A quinta, com incorporação de padrões internacionais e transnacionais de direitos humanos ao direito interno em democracias já consolidadas, como a inserção de elementos da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Dinamarca, Suécia ou no Reino Unido. A sexta seria a transição “não aparente”, não precedida nem acompanhada por mudanças fundamentais no regime político, como no Canadá, Nova Zelândia e Israel (ARANTES, 2013, p. 196-7).

Tom Ginsburg e Mila Veerstedt (2013) elencam algumas explicações, em uma perspectiva mais realista da ciência política, geralmente atribuídas para essa transferência de autoridade para cortes constitucionais no pós-Segunda Guerra. Em primeiro lugar, as justificativas político-funcionais: a corte seria a solução para a coordenação de problemas envolvendo federalismo e outras formas de governos complexos de vários níveis, exercendo um papel de árbitro imparcial para resolver disputas entre as diversas entidades autônomas de governo. Em segundo lugar, a econômica: a corte representaria um compromisso de credibilidade aos mercados, para a estabilidade e segurança jurídica dos direitos de propriedade, atraindo investidores internacionais e o crescimento econômico nos países. Em terceiro, as teorias de difusão internacional: a adoção do mecanismo constitucional em um país, se bem-sucedida, influencia outros países. Isso pode ser resultado de um aprendizado institucional pelo desenvolvimento da corte em outro país; de aculturação, para ganhar aceitação internacional e legitimidade; e, inclusive, por processos de índole coercitiva, como por imposição externa ou por influência colonial, como por demanda de uma antiga metrópole para o país que se torna independente. Contudo, para Ginsburg e Veerstedt (2013), o motivo mais forte para a propagação da revisão constitucional se daria, sobretudo, em virtude de incentivos de política doméstica relacionados com a disputa eleitoral. Considerando o cenário de incerteza e de fragmentação partidária nos processos de elaboração constitucional, forças políticas com o receio de perder poder, preferem a corte constitucional como uma espécie de seguro político (*political insurance*) para mitigar os custos políticos em caso de derrota eleitoral futura. Nesse panorama, para Ran Hirshl (2004), o estabelecimento da jurisdição constitucional seria uma estratégia de preservação hegemônica adotada por elites políticas e econômicas para assegurar seu poder.

Apesar do valor dessas instigantes reflexões mais críticas sobre o peso de outros fatores de índole política e econômica para implementação do controle judicial de constitucionalidade,

a justificativa mais influente para explicar a ascensão do constitucionalismo associado a um mecanismo de controle de constitucionalidade, notadamente em países que realizavam a transição de regimes autoritários para democráticos, é uma de caráter mais normativo: a necessidade de se proteger direitos fundamentais contra possíveis excessos das maiorias legislativas. A jurisdição constitucional exerceria um papel contramajoritário para salvaguardar as condições substantivas da democracia contra a tirania da maioria. Para esse ideal, a corte – por ser um órgão imparcial, neutro, isolado da política – teria mais condições para garantir as liberdades individuais e os direitos políticos, já que decidiria com base no direito, em princípios e em argumentos corretos, o que pode não acontecer no processo majoritário. Tem-se o temor que maiorias ocasionais possam negar direitos de minorias e que a democracia se degenere e se repita as tragédias de regimes fascistas. Sendo assim, direitos devem ser entrincheirados contra mudanças legislativas por uma constituição hierarquicamente superior e zelados pela jurisdição constitucional. O constitucionalismo jurídico – ou a concepção constitucional de democracia (DWORKIN, 2014a, 2006b) – não se satisfaz apenas com a regra majoritária, mas exige o respeito aos direitos fundamentais que seriam as condições de filiação moral na comunidade política. Se uma corte constitucional desempenhar bem seu papel na proteção de direitos, produzindo resultados mais adequados que o processo político, ela pode contribuir para o aumento da legitimidade geral da comunidade política.

Não obstante, essa concepção defronta-se com uma elevada objeção de índole democrática, por apresentar a denominada por Alexandre Bickel (1986) “dificuldade contramajoritária”, o fato de juízes não eleitos invalidarem decisões tomadas por parlamentares eleitos. Em uma sociedade democrática plural, na qual seus membros discordam razoavelmente e de boa-fé sobre o conteúdo dos direitos, por que a palavra final sobre eles seria atribuída a juízes não eleitos? Não seria mais legítimo e adequado prestigiar a igualdade política dos cidadãos, representada pelos parlamentares eleitos pelo voto popular, e atribuir a um procedimento neutro a tomada de decisão? O constitucionalismo político (BELLAMY, 2007; WALDRON, 1999) questiona a legitimidade democrática da atuação judicial e até mesmo se cortes apresentam realmente uma qualidade deliberativa superior que parlamentos para resguardar direitos. Além disso, defendem o valor moral da decisão tomada na política pelos representantes eleitos do povo, em igualdade política, bem como o valor da deliberação, da negociação e dos acordos produzidos politicamente como mecanismos de reconhecimento mútuo entre os cidadãos. O processo legislativo seria moralmente mais valioso, para essa concepção, por assegurar o direito à participação e o de voz aos membros da sociedade

democrática. Para essa vertente, por conseguinte, a política praticada nos parlamentos é tida como mais confiável para resguardar e promover os valores constitucionais.

Existem, ainda, concepções intermediárias que tentam sintetizar esses dois paradigmas, como o controle de constitucionalidade fraco presente no “novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica”, descrito por Stephen Gardbaum (2010, 2013), que institucionaliza a jurisdição constitucional sem supremacia judicial, ao conceder a última palavra formalmente ao legislador, e teria a vantagem normativa de articular melhor a ideia proteção a direitos fundamentais e o autogoverno do povo. Associado a essa terceira via está a noção de diálogo interinstitucional entre cortes e parlamentos, que relativiza a questão da última palavra e valoriza o processo de interação entre as duas instituições, de modo a se reconhecer que ambas exercem um controle mútuo uma sobre a outra. Para a tese dos diálogos, a interação deliberativa entre os poderes proporcionaria a chance de se aperfeiçoar a qualidade das decisões produzidas (MENDES, 2011; BRANDÃO, 2012).

Diante desse contexto, torna-se importante aprofundar os estudos e as pesquisas sobre os principais argumentos favoráveis e contrários ao exercício do controle judicial de constitucionalidade e avaliar qual seria o arranjo de separação de poderes mais adequado e mais legítimo em uma democracia constitucional. A indagação teórica que se faz é: quem deveria deter a última palavra sobre questões constitucionais em uma democracia? O pano de fundo dessa questão é uma das tensões mais fascinantes da filosofia e da teoria constitucional e democrática: o paradoxo da democracia ou o dilema do constitucionalismo. A expressão “democracia constitucional” consiste em oximoro ou tautologia (BELLAMY; CASTIGLIONI, 1997)? O paradoxo consiste na aparente contradição existente entre esses dois conceitos fundamentais da filosofia e história política contemporânea: por um lado, democracia significaria o povo decidindo as questões politicamente importantes da sua comunidade, inclusive os conteúdos da constituição; e o constitucionalismo se traduziria, por seu turno, na noção de limites ao poder, inclusive à soberania popular, para se resguardar direitos fundamentais (CHUEIRI; GODOY, 2010). Contudo, não haveria incoerência para teóricos que pressupõem que os direitos fundamentais são condições da democracia (DWORKIN, 2006b) ou que a autonomia privada (direitos) e autonomia pública (soberania popular) são co-originárias e complementares (HABERMAS, 2005).

O objetivo geral desta dissertação consiste, portanto, em analisar a melhor justificativa normativa para o exercício da jurisdição constitucional em uma democracia e verificar o arranjo de separação de poderes que seria mais proveitoso para atender esse ideal. Realizar um mapeamento de todas as correntes de todo esse debate na literatura constitucional

contemporânea seria um empreendimento arriscado e audacioso, que correria o risco de perder em qualidade e profundidade na abordagem genérica das diversas teorias. Por essa razão, adotou-se um recorte metodológico mais delimitado e modesto, com o propósito de explorar com mais detalhes as especificidades da riqueza das obras de alguns teóricos influentes da tradição anglo-americana.

Pretende-se, dessa forma, avaliar os argumentos favoráveis e contrários à legitimidade da autoridade final cortes e dos parlamentos sobre interpretação constitucional presentes no sofisticado debate entre, de um lado, Ronald Dworkin e John Rawls, que justificam a legitimidade da supremacia judicial na interpretação constitucional em um regime democrático; de outro, Jeremy Waldron e Richard Bellamy, que são críticos do papel judicial no controle de constitucionalidade e entusiastas do poder legislativo. Além disso, investigar o potencial normativo do modelo intermediário entre cortes e parlamentos representado por um controle de constitucionalidade sem supremacia judicial, desenvolvido por Stephen Gardbaum, considerando a experiência do novo constitucionalismo da Comunidade Britânica. Derradeiramente, tem-se a intenção de analisar o sistema constitucional brasileiro e as mudanças sugeridas pela PEC 33/11, com base nos parâmetros teóricos estudados.

A dimensão do presente estudo é notadamente de filosofia constitucional, já que visa buscar o arranjo de separação de poderes normativamente mais adequado para reconciliar a proteção de direitos fundamentais e o ideal democrático. Conforme explicam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 183), *“enquanto a teoria da Constituição seria descritiva, a filosofia constitucional teria pretensões prescritivas, buscando justificar racionalmente o modelo mais adequado de Constituição”*. A filosofia constitucional tem por desígnio propor os modelos mais apropriados e justos de princípios e instituições para a organização do Estado e da sociedade (SOUZA NETO; SARMENTO; 2013, p. 206). Contudo, não há como apartar de forma estanque a filosofia da teoria. A filosofia constitucional também se relaciona com o constitucionalismo efetivamente praticado.

A importância de se estudar teóricos estrangeiros e o direito comparado se dá porque o constitucionalismo desenvolve princípios fundamentais sobre direitos humanos e estruturas de governo que são padrões comuns universais. O direito comparado pode trazer à mente as possibilidades que poderiam ser ignoradas ou consideradas muito utópicas a uma experiência real, pois poderia se imaginar que as instituições e doutrinas que um determinado país tem são as únicas que poderiam ser apropriadas para as circunstâncias peculiares dessa realidade (TUSHNET, 2008, p. 13). Para uma perspectiva normativa universalista, ao se comparar diferentes experiências constitucionais, pode-se entender melhor esses princípios e então se

aperfeiçoar o direito doméstico a partir dessa aprendizagem (TUSHNET, 2008, p. 6). Contudo, é importante destacar a advertência de Mark Tushnet (2008, p. 9) de que essa concepção universalista seria falha por operar em um nível muito elevado de abstração, que desconsideraria as circunstâncias culturais e a experiência histórica de um determinado país sobre esses princípios. Muitas vezes certas ideias e instituições presentes a uma tradição estão vinculadas e enraizadas a esse contexto histórico e cultural. Uma perspectiva contextualista, em contraponto a universalista, valoriza a importância desses fatores da experiência concreta para o desenvolvimento de suas instituições.

Diante desse quadro, adota-se no presente trabalho uma perspectiva normativa fraca, que pretende buscar um argumento ideal de como deveria ser o arranjo de poderes mais legítimo e racional em uma democracia constitucional, com a ressalva da realização de uma necessária e devida mediação pelas circunstâncias reais e contingentes de uma experiência constitucional. Combina-se uma concepção normativa com uma contextual, considerando a importância do contexto histórico e cultural. No entanto, embora se reconheça a relevância do contexto para a aplicabilidade do argumento normativo, não é o foco do recorte desta pesquisa analisar especificamente as variáveis de índole sociológica, política e antropológica do sistema constitucional brasileiro. Parte-se da hipótese, perfilhando-se ao modelo híbrido abordado por Gardbaum, de que um controle de constitucionalidade sem supremacia judicial seria a melhor justificção para atender esse propósito, pois conciliaria melhor as vantagens normativas do constitucionalismo jurídico e do político.

### **1.1 Esclarecimentos prévios**

O presente trabalho encontra-se inserido em uma trajetória recente da literatura constitucional e filosófica brasileira de debater a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a autoridade final sobre a última palavra da interpretação da Constituição, desenvolvidas pioneiramente por Conrado Hübner Mendes (2008, 2011) e Rodrigo Brandão (2012), e mais recentemente por Thomas Bustamante (2014, 2015b, 2016a), Bernardo Fernandes (2016), Ana Luísa Moreira (2014), Bonifácio Andrada (2015), dentre outros. É importante registrar que os trabalhos desses teóricos foram consultados e serviram como fonte de referência para o desenvolvimento da presente pesquisa. Como na metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin (2014b), na qual cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo, tentou-se interpretar os capítulos da tradição dessa discussão existente no Brasil para se escrever este trabalho. Além disso, a literatura estrangeira utilizada como

referência é majoritariamente anglo-americana, tendo em vista a tradição bicentenária da Suprema Corte dos Estados Unidos e os debates que ela provoca há tempos.

Tomando de empréstimo a ideia de Bonifácio Andrada (2015, p. 17), optou-se por padronizar alguns termos de modo a deixar o texto mais fluido. Os termos “constituição”, “tribunais”, “cortes” e “parlamentos” serão utilizados em minúsculo quando forem mencionados de modo genérico. Por sua vez, tais termos serão adotados em maiúsculo quando forem referidos de maneira específica. Da mesma forma, a despeito de haver distinções conceituais entre as expressões “*judicial review*”, “jurisdição constitucional”, “controle judicial de constitucionalidade”, “revisão constitucional”, “revisão judicial” elas serão empregadas como sinônimas. De igual maneira, “cortes”, “tribunais” e “judiciário” para aludir ao órgão que realiza o controle judicial; bem como “parlamentos”, “legislativos”, “legislaturas” para se reportar ao órgão de representação de povo. Apesar de muitos autores preferirem utilizar a expressão “controle de constitucionalidade” como equivalente a jurisdição constitucional, dada a existência do controle de constitucionalidade de natureza política, que será abordado neste trabalho, decidiu-se pela expressão mais completa “controle judicial de constitucionalidade” para ser usada no primeiro sentido.

O controle judicial de constitucionalidade que é o objeto de análise e de críticas é tanto o na modalidade difusa como na concentrada. Além disso, as críticas desenvolvidas servem tanto para o controle de constitucionalidade de leis como o de emendas constitucionais, em que pese no momento da análise do sistema constitucional brasileiro será focado com mais detalhes a questão do controle de constitucionalidade de emendas, objeto da PEC nº 33/11.

A ideia de “supremacia judicial” aludida neste trabalho, quando não vier especificada, é a de que o judiciário tem formalmente a última palavra sobre a interpretação constitucional, na medida em que não existe nenhum mecanismo expressamente previsto de reversão da decisão judicial para a autoridade legislativa. É semelhante a ideia de supremacia judicial em uma acepção formal, que, de acordo com Rodrigo Brandão (2012, p. 16), “significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo”.

## 1.2 Plano da dissertação

Para o desenvolvimento dos nossos objetivos, a dissertação foi estruturada da seguinte maneira: **nesse primeiro capítulo**, na introdução, identificamos o tema-problema, o contextualizamos, justificamos a importância da pesquisa, delineamos os objetivos, fizemos os recortes e os esclarecimentos metodológicos, e apresentamos a hipótese geral do trabalho. **No**

**segundo capítulo**, descreveremos os principais argumentos normativos de justificação da jurisdição constitucional no pensamento filosófico e jurídico de Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Alexy. Em primeiro lugar, neste capítulo, explicitaremos, de forma sucinta, os argumentos basilares desde o constitucionalismo liberal clássico de afirmação do *judicial review*, a partir do debate dos federalistas e da decisão do caso *Marbury v. Madison*, até os argumentos mais contemporâneos. Em segundo lugar, serão reconstruídos os principais argumentos de Ronald Dworkin sobre as vantagens normativas da corte constitucional como um fórum de princípios e da concepção constitucional de democracia, e a sua crítica à concepção majoritária, sob a ótica da igualdade, liberdade e fraternidade. Apresentaremos a proposta de interpretação constitucional do autor de leitura moral da constituição e a concepção do direito como integridade, que são imprescindíveis para a compreensão do papel do tribunal constitucional como fórum de princípios. Na mesma diretriz do fórum de princípios de Dworkin, demonstraremos a versão de John Rawls da corte constitucional como um fórum de razões públicas e a de representação argumentativa em Robert Alexy. Aproveitando a ideia do papel representativo das cortes de Alexy, salientaremos a defesa de Luís Roberto Barroso do caráter representativo do Supremo Tribunal Federal para a proteção de direitos fundamentais.

No **terceiro capítulo**, descreveremos as principais objeções à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade no pensamento filosófico de Jeremy Waldron e Richard Bellamy, bem como as vantagens normativas da autoridade democrática do parlamento na decisão sobre direitos. Primeiramente, exibiremos, resumidamente, as críticas ao controle judicial existentes desde a origem no debate norte-americano até as mais contemporâneas. Depois, apresentaremos de forma sistematizada a teoria democrática da autoridade legislativa, a importância da decisão majoritária e do direito à participação em Waldron e a essência de sua objeção à jurisdição constitucional e, mais ainda, à supremacia judicial. Nesse ponto, distinguiremos a justificação instrumental da intrínseca da autoridade, com base em Thomas Bustamante, tendo como referência as teorias da autoridade de Raz e de Waldron. Na mesma tônica, em Bellamy, discorreremos sobre as características do constitucionalismo político, a respeito do risco de dominação produzido pelo constitucionalismo jurídico e do contraponto desse autor em relação às teorias de Dworkin e Rawls.

Desenvolvido um panorama geral sobre os principais argumentos favoráveis e contrários à supremacia judicial e à supremacia legislativa, ao constitucionalismo jurídico e ao constitucionalismo político, no **quarto capítulo**, analisaremos as características e o potencial normativo do novo modelo do constitucionalismo da “Comunidade Britânica” – desenvolvido por meio de inovações institucionais no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido –

apresentados por Stephen Gardbaum. Verificaremos como essa terceira via entre cortes e parlamentos, que desvincula o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao alocar institucionalmente a última palavra no legislativo, promete oferecer uma justificativa normativa melhor de arranjo de separação de poderes em uma democracia constitucional, por resguardar os direitos fundamentais ao mesmo tempo que dilui a dificuldade contramajoritária do *judicial review*, ao consubstanciar o ideal democrático. Investigaremos, ainda, os benefícios teóricos representados pela tese dos diálogos interinstitucionais. Explicaremos nosso argumento normativo geral do melhor arranjo institucional em uma democracia constitucional, em condições normais de um regime democrático maduro e consolidado, bem como uma possível exceção a ele, de índole prudencial e pragmática, tendo em vista as condições reais, sociológicas e culturais, de um determinado regime. Na parte final, analisaremos o sistema constitucional brasileiro e se as propostas da PEC nº 33/11 podem aperfeiçoá-lo para fortalecer a dimensão democrática da nossa ordem constitucional, com base na justificativa normativa do controle de constitucionalidade sem supremacia judicial. Sendo assim, tentaremos investigar a possibilidade de aplicação concreta dessa tese intermediária em uma proposta legislativa para o sistema brasileiro.

Finalmente, desenvolveremos, **no quinto capítulo**, as conclusões deste trabalho.

## 2. A DEFESA DA LEGITIMIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis juntamente a rigidez constitucional são os dois principais fundamentos invocados para a ideia da supremacia da constituição, a qual decorre da função exercida pelas constituições na modernidade, quais sejam, a de limitar o exercício do poder do Estado, ao assegurar direitos fundamentais para os cidadãos, e a de organizar a estrutura do Estado e o processo democrático. O constitucionalismo contemporâneo deve ser compreendido como o reconhecimento da importância tanto da criação de mecanismos para a proteção de direitos como da institucionalização dos arranjos democráticos. Por essa razão, o conceito de supremacia da constituição revela a posição hierárquica mais elevada do documento constitucional dentro do sistema jurídico, de modo que este é o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo pode validamente contrariar a constituição (BARROSO, 2011b, p. 23). Em função disso, a rigidez constitucional exige um procedimento mais difícil para a mudança dos preceitos constitucionais do que aquele exigido para as normas infraconstitucionais. Por sua vez, o controle de constitucionalidade dos atos normativos permite a invalidação daqueles não compatíveis com a constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, p. 22, 2013).

O controle de constitucionalidade consiste, portanto, na análise de compatibilidade e adequação entre a constituição e os atos normativos infraconstitucionais nos países em que a constituição detém supremacia formal em relação a todo ordenamento jurídico. Conforme Bernardo Fernandes (2013, p. 1067) explica, os pressupostos do controle de constitucionalidade são:

1) a existência de uma Constituição formal e rígida; 2) o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento); 3) a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle; 4) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (em desconformidade) com a Constituição.

O exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo Poder Judiciário é uma das modalidades desse controle<sup>1</sup>, e a que gera a maior controvérsia, em virtude do

---

<sup>1</sup> Outra modalidade de controle constitucional é a de cunho político. O sistema de controle francês, que foi desenvolvido a partir da Constituição da V República da França de 1958, é o principal exemplo dessa espécie. Tal sistema tem um órgão de natureza política, com composição eminentemente política, intitulado Conselho Constitucional. Em regra, tem como característica o fato de ser um controle prévio (antes da lei entrar em vigor) e realizado sobre o ato normativo em tese. É válido ressaltar que em 2008 houve uma reforma constitucional, e a França passou a contar com a possibilidade de controle abstrato e repressivo, no qual o Conselho Constitucional poderá, mediante provocação, declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Um exemplo de controle político no sistema brasileiro é o exercido pelas comissões de constituição e justiça nos órgãos de Poder Legislativo ou o veto, caso constatado algum vício de inconstitucionalidade, pelo Poder Executivo (FERNANDES, 2013, p.

questionamento a respeito de sua legitimidade democrática. Esse controle de natureza judicial teve seu marco inicial na decisão do caso *Marbury v. Madison*<sup>2</sup>, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>3</sup>. A interpretação desenvolvida pelo Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) John Marshall no caso foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: enunciou a supremacia da constituição, afirmou a nulidade da lei que viole à constituição, e impôs o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição (CAPPELLETTI, 1992, p. 47).

Para Marshall, todos aqueles que estruturaram constituições escritas contemplam-na formando uma lei fundamental e primordial da nação, e, assim, todo ato legislativo repugnante à constituição deve ser nulo<sup>4</sup>. Ele erigiu o argumento de que uma constituição escrita e rígida é superior e não mutável pelos atos legislativos ordinários. Torna-se importante evidenciar que a Constituição americana não conferia à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência desta natureza (BARROSO, 2011b, p. 27). A tese de Marshall propõe ser uma decorrência lógica de um sistema constitucional a autoridade de um tribunal judicial para decidir questões com fundamento na constituição. De acordo com Marshall, como é dever essencial do poder judiciário dizer o que o direito é, se a lei estiver em oposição à constituição, o tribunal deverá decidir qual dessas normas regerá o caso. Se a constituição é

---

1079-80). Conforme será visto no terceiro capítulo, Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia combinam o controle jurídico com o político.

<sup>2</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

<sup>3</sup> Mauro Cappelletti (1992, p. 45 e s.), apesar de reconhecer o caráter pioneiro e inovador do *judicial review* americano, demonstra uma série de precedentes históricos de supremacia de uma lei mais fundamental em relação a outras leis, como: a relação entre *nómos* (lei) e *pséfima* (decreto) no direito da antiga civilização ateniense, a superioridade do direito natural em relação ao direito positivo no direito medieval, a prevalência do *common law* em relação a *statutory law* na tradição jurídica inglesa antes da revolução do século XVII (conforme a doutrina do Lord Edward Coke, a mais influente contra o absolutismo monárquico, que veio a influenciar os colonos americanos, mas que foi abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688), a supremacia da lei da metrópole (Cartas da Coroa - Inglaterra) sobre as leis coloniais (colônias americanas). As “Cartas” da Coroa inglesa foram substituídas por novas Constituições, após a declaração de independência em 1776 pelas antigas colônias inglesas. Os primeiros precedentes de verificação de compatibilidade entre as leis e as Cartas constitucionais dos Estados independentes foram: o caso *Holmes v. Walton* (New Jersey, 1780) decidido em 1780 pela Corte Suprema de Nova Jersey, e o caso *Commonwealth v. Caton* (8 Va. (4 Call) 5), decidido em 1782 pela Corte da Virgínia. A decisão do Chief Justice John Marshall, em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, conforme Cappelletti (1992, p. 63) destaca iniciou “algo de novo e importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”.

<sup>4</sup> Veja a passagem original do voto do Marshall contendo esse argumento: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution, is void”. Disponível em: <[http://www.ache.org/pubs/hap\\_companion/Wing/MarburyMadison.pdf](http://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/MarburyMadison.pdf)>. Acesso em 15/02/2016.

superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição deverá ser aplicada em detrimento da lei<sup>5</sup> 6.

Convém destacar que, cerca de quinze anos antes da decisão de *Marbury v. Madison*, em 1788, Alexander Hamilton (sob o pseudônimo *Publius*), no ensaio 78 do *Federalista*, já havia exposto analiticamente as bases teóricas essenciais do controle judicial de constitucionalidade das leis. De acordo com Hamilton (2003, p. 458), o poder judiciário, pela natureza de suas funções, é o menos perigoso ramo de poder, já que é o que tem menos meios para atacar a constituição, tendo em vista que não possui a espada, nem a chave do cofre, tampouco o poder de ditar normas obrigatórias a todos. Isso significa dizer que o judiciário não controla as forças de segurança como o poder executivo, nem o orçamento ou a competência de estabelecer leis, como o poder legislativo, mas precisa – inclusive – do executivo para que suas decisões tenham eficácia, sendo, portanto, o mais fraco dos três poderes. Disso resulta que para exercer sua função com a independência necessária dos outros poderes, esta deve ser assegurada com as garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade dos juízes, para que não fiquem dependentes daqueles a quem devem a nomeação. Desse modo, a liberdade geral e os direitos individuais não restariam ameaçados. Para Hamilton (2003, p. 459), considerando-se que a constituição limita, em alguns aspectos, a autoridade legislativa, a única maneira de assegurar tais restrições afigura-se por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulo todos os atos que violam os termos da constituição. Caso contrário, ficariam sem efeitos os direitos assegurados pela constituição, pois seriam controlados pelos mesmos que poderiam

---

<sup>5</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply.

<sup>6</sup> É importante ter uma visão crítica, não-idealizada dessa decisão, tendo em vista que aconteceu em meio a um conflito de poder entre o partido Republicano, que havia vencido as eleições presidenciais com Thomas Jefferson, e os Federalistas, que haviam-na perdido, mas detinham a maioria da Suprema Corte na época, e disputavam filosófica e politicamente quem representava mais a soberania popular: a Convenção de Filadélfia de 1787, posição defendida pelos federalistas, ou a eleição de 1800, defendida pelos republicanos. Bruce Ackerman (2005, p. 8) enfatiza que a decisão de *Marbury v. Madison*, ao invés de revelar a supremacia judicial, foi parte de um grande recuo estratégico da corte, racionalizando uma concessão judicial à reivindicação dos republicanos para um mandato presidencial popular. Segundo Ackerman (2006, p. 10), um novo equilíbrio institucional surgiu desse conflito entre republicanos e federalistas, o presidencialismo e os partidos ganharam um grande poder que os *founding fathers* não haviam imaginado, e a independência judicial da Suprema Corte, em relação aos outros poderes, conseguiu sobreviver e assentar as bases para reivindicar poder no futuro. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo das circunstâncias turbulentas em que a decisão foi tomada, *Marbury v. Madison* adquiriu maior dimensão e passou a ser exaltada universalmente como o precedente que inaugurou o controle judicial de constitucionalidade no constitucionalismo moderno (BARROSO, 2011b, p. 32).

violá-los na arena política: os legisladores. Percebe-se que Hamilton pressupõe, em favor da atuação judicial na defesa da constituição, o argumento da imunização deste poder em relação à política ordinária assim como uma espécie de imparcialidade e desinteresse no raciocínio jurídico no exercício do julgamento (BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 1).

Outros argumentos fundamentais em favor do *judicial review* já presentes nos ensaios dos Federalistas são a ideia de que um poder judiciário independente impõe uma possibilidade de controle à tirania da maioria e a importância de se limitar a concentração e o abuso de poder. Hamilton (2003, p. 458), no ensaio 78, afirma que, em uma República, juízes inamovíveis e vitalícios exercem um freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo. Madison (2003, p. 317-321), no ensaio 51, adota a concepção de Montesquieu de que a separação de poderes é essencial à manutenção da liberdade, defendendo a divisão do poder em várias frações distintas, de modo que se limite de tal maneira o poder que nenhuma maioria exerça opressão sobre os direitos individuais de uma minoria<sup>7</sup>. Para refrear o poder mediante o jogo de “pesos e contrapesos”, divide-se a autoridade de forma a manter limitado o poder.

Tais argumentos também foram aduzidos pelos filósofos liberais do século XIX, como Benjamin Constant, John Stuart Mill e Aléxis Tocqueville. Benjamin Constant afirmou que não fazia diferença se um homem fosse esmagado por um governo popular ou por um monarca, ou mesmo por um conjunto de leis opressoras. O direito de igual oprimir não seria equivalente à liberdade. Para ele, por um lado, a democracia poderia desarmar uma determinada oligarquia, um determinado indivíduo privilegiado ou um conjunto de indivíduos privilegiados, mas, por outro, poderia esmagar os indivíduos tão impiedosamente como os outros regimes (BERLIN, p. 1958, p. 27). Para Aléxis de Tocqueville, no clássico *A Democracia na América*, a maioria pode aprovar leis injustas e arbitrárias, fora dos parâmetros da razão, de modo que coloque em risco o pluralismo, a igualdade e a liberdade. Segundo Tocqueville (1987, p. 194) “se admitirmos que um homem revestido do poder extremo pode abusar dele contra seus adversários, por que não admitirmos também a mesma coisa para uma maioria? Os homens, ao se reunirem, terão mudado de caráter?”. Não deveria haver, para ele, autoridade revestida com o direito e faculdade de poder tudo fazer, seja o povo ou o rei, a democracia ou aristocracia, a monarquia ou a república, pois aí estaria o germe da tirania. Para que se haja um governo

---

<sup>7</sup> É interessante notar a justificativa presente em James Madison para justificar a desconcentração de poder e o controle mútuo entre eles. Para ele, seria necessário opor ambição com ambição, fazer uso da oposição e da rivalidade de interesses, e travar de tal modo o interesse dos homens para que os direitos constitucionais não padeçam. Ele mesmo reconhece que não é positiva a necessidade de tais meios, mas isso seria inerente à natureza humana, pois “se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo” (MADISON, 2003, p. 318). Percebe-se a desconfiança da natureza humana presente no autor para conceber seu argumento.

democrático sem o risco de tiranias, Tocqueville defende (1987, p. 195) “um corpo legislativo composto de tal forma que represente a maioria, sem ser necessariamente escravo de suas paixões; um poder executivo que tenha uma força que lhe seja própria; e um poder judiciário independente dos dois outros poderes”. Por sua vez, Stuart Mill (1967, p. 6-7), em sua preocupação com a tirania da maioria, percebeu que a noção de “autogoverno” e “poder do povo” não refletem necessariamente a realidade. O ‘povo’ que exerce o poder nem sempre é o mesmo ‘povo’ sobre o qual se exerce o poder. Além disso, para Mill, vontade do povo significaria, na verdade, a vontade da parte mais numerosa e mais ativa do povo – a maioria, ou aqueles que conseguem se fazer aceitos como maioria –; e, como consequência, o povo pode desejar oprimir uma parte de sua totalidade, tornando-se necessárias precauções contra essa atitude bem como contra qualquer outra que configure abuso de poder. De acordo com Berlin (1958, p. 27-8), esses filósofos liberais compreendiam que a doutrina da soberania popular absoluta era tirânica. Para eles, a sociedade seria livre quando governada por dois princípios inter-relacionados: primeiro, de que nenhum poder pode ser considerado absoluto; segundo, que há áreas limitadas, onde os homens devem ser invioláveis.

Há, ainda, outro argumento crucial em defesa da legitimidade do papel do Judiciário na invalidação de leis aprovadas por representantes eleitos, que consiste na afirmação da superioridade da vontade do povo expressa na constituição em relação à vontade dos representantes eleitos para o corpo legislativo. Para Hamilton (p. 460), cabe aos juízes considerar a constituição uma lei fundamental no momento da interpretação, por representar diretamente a vontade do povo, superior aos demais estatutos legislativos, e, portanto, fazer prevalecer sua vontade em detrimento de uma lei ordinária, em caso de conflito e contradição entre uma e outra. O representante legislativo é uma mera autoridade delegada, devendo os juízes obedecer, em primeiro lugar, a autoridade suprema do povo: a constituição.

Esse argumento da supremacia do momento constitucional foi atualizado e aperfeiçoado recentemente pelo teórico constitucional Bruce Ackerman, em sua concepção de democracia dualista. Ackerman (1993, p. 6) defende um modelo que diferencia duas decisões diferentes tomadas em uma democracia: a primeira, a tomada pelo povo; a segunda, pelo seu governo. As decisões adotadas em momentos extraordinários de elevada mobilização cívica e com profundo apoio popular, como aquelas desenvolvidas por assembleias constituintes, devem ser preservadas em relação àquelas ordinárias, do ambiente cotidiano da política, quando os cidadãos estão mais voltados para seus interesses privados e delegam às elites políticas o poder de decidir. Nessa perspectiva, a atuação de uma corte suprema não seria presumidamente antidemocrática ou teria uma dificuldade contramajoritária, consistente na preocupação de que

um pequeno número de juízes não eleitos pode invalidar as leis que pretensamente manifestariam os desejos da maioria. Porém, pelo contrário, fortaleceria a democracia, resguardando aqueles momentos especiais de engajamento republicano dos cidadãos.

Além dos argumentos clássicos de afirmação e de defesa do controle de constitucionalidade e da supremacia judicial na interpretação constitucional já apresentados, existem outros conforme apontam Bernardo Fernandes (2016, p. 150) e Conrado Mendes (2011, p. 69-88): I) juízes são instruídos para preservar os pré-comprometimentos estabelecidos pelo povo na constituição contra maiorias transitórias e apaixonadas, sendo que tais pré-compromissos são atos de autopaternalismo, como quando Ulisses, ciente dos riscos e tentações que pode vir a sofrer por causa do canto das sereias, decide-se amarrar-se ao mastro do navio com o fim de se evitar sucumbir à tentação de lançar-se ao mar seduzido por seu canto (ELSTER, 1979; FREEMAN, 1991); II) a corte protege as precondições da democracia, podendo intervir quando identifica falhas no “mercado político”, agindo como um órgão “antitruste”, para assegurar os direitos indispensáveis ao processo democrático – como os direitos de participação, direito ao voto, liberdade de expressão e de reunião – e proteger grupos sistematicamente excluídos dos processos decisórios (ELY, 2010); III) juízes, em regra, estão livres de influências e interesses partidários, políticos e econômicos, comprometidos, tão somente, com a aplicação imparcial do direito; IV) juízes seriam mais qualificados para a interpretação constitucional tendo em vista que são treinados e especializados em questões jurídicas, e a constituição é um documento de natureza jurídica e política; V) juízes têm o dever de fundamentar suas decisões unicamente com base na constituição e assegurar a aplicação dos direitos fundamentais, estando imunes do comportamento estratégico existente entre os legisladores, que, como atores políticos, têm geralmente o objetivo de ser reeleitos e manter o prestígio entre eleitores e os grupos que o apoiam; VI) a corte é um veto intrínseco à dinâmica da separação dos poderes, de modo a evitar a concentração de forças em um único polo e preservar a liberdade, exercendo uma espécie de poder moderador; VII) a corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas, o que demonstra que há um fio condutor de legitimidade democrática.

Por certo, todos esses argumentos apresentam uma complexidade e sofisticação maior, e não necessariamente há convergência entre os autores que os defendem, uma vez que os que defendem um podem não concordar com os outros. Buscou-se apenas descrever, em uma apertada síntese, as principais justificativas clássicas, modernas e contemporâneas da jurisdição constitucional. No entanto, o presente capítulo tem o propósito de demonstrar com maiores detalhes o pensamento de Ronald Dworkin, que produziu uma extensa obra e desenvolveu considerações poderosas e bem fundamentadas sobre a relação entre jurisdição constitucional

e democracia, e ao elaborar uma concepção de democracia baseada em direitos, na qual cabe às cortes proteger as condições substantivas de filiação moral ao processo democrático bem como exercer o papel de fórum de princípio do debate político. Suas ideias e argumentos influenciaram bastante os debates da filosofia política, da filosofia do direito e da teoria constitucional, assim como autores da envergadura de John Rawls e de Robert Alexy, como se demonstrará nesse capítulo. Além disso, no debate sobre a controvérsia da legitimidade do *judicial review*, sofreu a oposição e a crítica contundente de autores como Jeremy Waldron e Richard Bellamy, que serão trabalhadas no segundo capítulo dessa dissertação<sup>8</sup>.

## **2.1 Ronald Dworkin: o fórum de princípio e a concepção constitucional de democracia**

### **2.1.1 O fórum de princípio**

Dworkin (1995, p. 2) entende que o constitucionalismo é um sistema que estabelece direitos individuais que uma legislatura dominante não pode comprometer. A teoria constitucional, para esse pensador, não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. Uma constituição, quando estabelece uma carta de direitos fundamentais, tem o propósito de salvaguardar os cidadãos contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, ainda que essa maioria em suas ações tenha por finalidade o interesse geral ou comum. Essas restrições constitucionais podem ser justificadas como direitos morais que os indivíduos possuem como trunfos contra a maioria (DWORKIN, 2007, p. 208-9). Embora haja objeções de que tais limitações violariam a ideia comum de democracia associada à regra majoritária, o autor compreende o conceito de democracia como regra majoritária legítima. Isso significa que o majoritarismo só é democrático se respeitar as condições constitucionais (as que estruturam os procedimentos democráticos e estabelecem direitos fundamentais).

Diante desse contexto, poder-se-ia justificar a instituição do controle de constitucionalidade pelo fato de que procedimentos majoritários nem sempre se mostram atentos e respeitosos aos direitos das minorias. Parte-se do pressuposto de que a democracia exige que o poder dos oficiais eleitos seja limitado por direitos individuais, ou seja, a responsabilidade de decidir se esses direitos não foram comprometidos não deve ser atribuída

---

<sup>8</sup> Apesar de reconhecer a relevância das teorias substantivas do pré-comprometimento de Jon Elster (1979), Samuel Freeman (1990) e Stephen Holmes (2003) ou as teorias procedimentalistas de John Hart Ely (2010) e de Jürgen Habermas (2005) para a justificação da jurisdição constitucional, o presente trabalho delimitou seu objetivo em desenvolver com mais riqueza os principais argumentos da concepção substantiva baseada em direitos especialmente de Dworkin, mas também de Rawls e de Alexy, pela riqueza do debate produzido com seus críticos: Jeremy Waldron e Richard Bellamy.

à mesma autoridade que detém o poder que deve ser supostamente restringido (DWORKIN, 1995, p. 11). Esse é o argumento de que o legislador não pode julgar a si mesmo e a corte poderia julgar com imparcialidade. Vê-se, assim, que há um apelo intuitivo, conforme explica Conrado Hübner Mendes (2011, p. 76), pois “se couber ao próprio legislador examinar a compatibilidade de seus atos com a constituição, ele fará inevitavelmente um julgamento em causa própria”. O constitucionalista paulista complementa: “se à maioria, nesse mesmo sentido, couber julgar quais são os limites da própria maioria, a desejada proteção das maiorias não passaria de um embuste”.

Na defesa de que o *judicial review* pode ser compatível com a democracia, Ronald Dworkin (2005b, p. 101) apresenta a ideia eloquente de que a corte constitucional deve funcionar como um fórum de princípio. Em sua visão, cabe ao tribunal constitucional tomar decisões de princípio, mas não de política. Isto é, a corte deve tomar decisões acerca de quais direitos as pessoas têm sob um sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral da comunidade. Além disso, essas decisões devem elaborar e aplicar a teoria substantiva da representação, extraída do princípio fundamental de que o governo deve tratar as pessoas com igual respeito e consideração.

Os argumentos de princípio são aqueles que justificam a decisão demonstrando que ela respeita um direito moral do indivíduo. Princípios são normas jurídicas que exigem justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Os argumentos de política justificam a decisão com base em algum fim coletivo comum. Políticas são padrões que estabelecem uma meta para promover um aspecto social, econômico ou político da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 36). As questões de política são sensíveis à escolha, as questões de princípio são insensíveis à escolha. As questões sensíveis à escolha são aquelas em que a solução correta depende do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política, como a decisão de se construir um estádio de futebol ou uma rodoviária. Por sua vez, as questões insensíveis à escolha são aquelas em que a resposta correta está relacionada com direitos morais de um indivíduo ou de uma minoria contra até mesmo a decisão de uma maioria, como a ilegitimidade da discriminação racial (DWORKIN, 2005a, p. 283).

Com efeito, a importância de um tribunal constitucional decidir fundamentado em princípios consiste em forçar o debate político a incluir argumentos nesses princípios, não somente quando a corte está decidindo, mas também antes e depois. Esse é, para Dworkin, um dos papéis mais valiosos que a jurisdição constitucional desempenha para a democracia, pois no processo de justificação das decisões dos casos que chegam para a corte decidir, apresenta-se uma série de argumentos que poderão ser importantes para o debate democrático. Ainda que

o próprio Dworkin (1995, p. 11) reconheça um grau de idealização no seu argumento, tendo em vista que os juízes não são treinados para serem filósofos (e por isso nem sempre apresentem argumentos excelentes), e que os debates dos jornais, televisões e campanhas políticas raramente atingem a sofisticação de um seminário, só de se adicionar ao sistema político um sistema estruturado de debates justificado por princípio já se proporciona ao público a oportunidade de participar da discussão pública, pressionando os políticos, inclusive, a expressar suas convicções sobre essas questões de princípio. Nessa mesma vertente, Rawls (2011) salienta o papel da corte como fórum de razões públicas, e Alexy (2005) como representantes argumentativos da sociedade, conforme será desenvolvido adiante.

Essa distinção entre princípio e política é importante para diferenciar a atuação do legislativo e das cortes. Na teoria de Dworkin, o poder legislativo detém o monopólio sobre argumentos de política, mas também pode decidir com base em princípios. O legislador também pode ser um guardião dos princípios, mas isso é uma faculdade, na medida em que o legislativo pode fazer concessões por razões políticas. Nesse contexto, nem sempre seriam respeitados os princípios morais dos indivíduos, tendo em vista que estariam sob o risco de sofrerem concessões estratégicas por cálculos de custos e benefícios. Por sua vez, os juízes exercendo o *judicial review* encontram-se em situação diversa, uma vez que são obrigados a decidir com fundamento exclusivamente em princípios. Por essa razão, quando os juízes sustentam suas decisões em princípios não estão legislando. O argumento de princípio triunfa sobre decisões da maioria na medida em que se embasa em um direito moral. Levar direitos a sério demanda tê-los como trunfos ante a maioria. Um trunfo não se negocia nem se barganha, mas se respeita (MENDES, 2008, p. 37).

### **2.1.2 A leitura moral da constituição e a integridade constitucional**

Dworkin (2006b, p. 2) propõe a leitura moral como um método de interpretação constitucional. Como os direitos e garantias individuais, assegurados nas constituições contemporâneas, são previstos em cláusulas amplas, abstratas e de textura aberta, a leitura moral seria um método de interpretação e aplicação desses direitos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. Toda vez que uma questão constitucional nova ou controversa surgir, o intérprete deve levar em conta qual é a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Assim, a leitura moral é o método que inclui a moralidade política<sup>9</sup> no próprio centro do direito constitucional.

---

<sup>9</sup> Moralidade política para Dworkin (2014a, p.500) significa a preocupação com aquilo que todos juntos devem uns aos outros quando estão em comunidade política, ou seja, refere-se ao devido ou pertinente aos sujeitos

É válido salientar que Dworkin (2009, p. 166) defende a leitura moral a partir de uma concepção de constituição de princípios, que é aquela que prevê uma carta de direitos e garantias fundamentais, como ordens abstratas para que o governo respeite os princípios mais fundamentais de liberdade política e trate os cidadãos com igual respeito e consideração. As cláusulas abstratas dessas constituições fazem o uso essencial de conceitos que não pertencem à linguagem jurídica, tampouco são retirados da economia ou de outros ramos das ciências sociais, mas fazem parte do uso moral e político corrente, como os conceitos de “liberdade”, “devido processo legal”, “cruel” e “igual” (DWORKIN, 2009, p. 178). Rejeitando a visão de constituição detalhista dos originalistas<sup>10</sup>, corrente que defende que a constituição deve ser entendida como significando o que os seus autores quiseram dizer, Dworkin defende que cada geração deve atualizar suas concepções de justiça com base nos mesmos conceitos abstratos.

Dworkin (2006b, p 57) rejeita a ideia de que os juristas poderiam realizar a interpretação constitucional de forma moralmente neutra. Assevera que na tentativa enganosa de ocultar a inevitável influência das suas convicções, os motivos reais das decisões ficariam encobertos, de modo a dificultar tanto uma legítima fiscalização e crítica pública dos argumentos quanto um relevante debate público. A leitura moral postula que os juízes, ao interpretarem uma constituição abstrata, exerçam juízos de moralidade política, fundamentados em princípios, em fidelidade à constituição e ao direito, mas encorajando as verdadeiras bases desse juízo, na esperança de que os magistrados elaborem argumentos transparentes e sinceros, que permitam o público a participar da decisão.

A linguagem abstrata e aberta das cláusulas constitucionais impõe ao jurista grande responsabilidade no exercício da interpretação. A aplicação adequada dos princípios não depende de regras linguísticas ou lógicas, nem da prospecção semântica das palavras por meio

---

políticos quando agem em nome da coletividade. Questão de moralidade, assim, é aquela que é decidida coletivamente em uma comunidade política. Para o pensador americano, uma comunidade política só tem poder moral para criar e impor obrigações contra seus membros se, em seus programas de ação política, considerar todos os destinos igualmente importantes e respeitar a responsabilidade individual de cada um deles pela própria vida (independência ética) (DWORKIN, 2014a, p. 503).

<sup>10</sup> O debate de Dworkin com os originalistas é bem amplo e sofisticado, mas como não é o objeto direto da presente pesquisa, explicaremos de forma bastante resumida os principais argumentos do filósofo em estudo contra o originalismo. Segundo Dworkin (2009, 166-7), os originalistas concebem o documento constitucional como se fosse uma constituição de detalhes, não de princípios, e entendem que ela deveria ser interpretada de maneira limitada como se apenas exprimisse as expectativas muito específicas e concretas dos “founding fathers” (estadistas que redigiram e votaram na Constituição americana), pois isso supostamente traria mais segurança e estabilidade. Contudo, Dworkin (2009, 186-192) rejeita essa visão por vários argumentos: primeiro, a dificuldade de se identificar quem foram os autores e o que eles pensavam sobre cada tema; segundo, a dúvida se eles teriam a mesma convicção sobre esses temas se tivessem acesso aos novos argumentos e debates que surgiram posteriormente; terceiro, os próprios autores poderiam ter utilizado de uma linguagem mais concreta e mais adequada se quisessem sancionar suas próprias convicções, mas optaram, pelo contrário, por uma linguagem mais abstrata.

do uso de um dicionário, mas sim da avaliação moral delas. Por essa razão, em vez de encobrir o juízo sobre os direitos fundamentais sob uma roupagem tecnicista, é papel do juiz reconhecer a moralidade política indissociável à interpretação constitucional, exercendo um juízo moral assumido e explícito sobre as disposições constitucionais (MENDES, 2008, p. 43).

Cumprido ressaltar que, de acordo com Dworkin (2006b, p.15), a leitura moral da constituição é disciplinada pela exigência de integridade constitucional. Os juízes não podem dizer que a constituição expressa suas próprias convicções, tampouco que os dispositivos morais abstratos exprimem um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça certo, a não ser que esse juízo seja coerente com o desenho estrutural da constituição como um todo e ainda com o eixo da interpretação constitucional prevalecente seguido por outros juízes no passado. Há de se considerar que os magistrados praticam um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que desenvolvem juntos uma moralidade constitucional coerente e devem se empenhar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.

Para Dworkin (2009, p. 204), a integridade teria três dimensões. Em primeiro lugar, a decisão judicial deveria ser tomada com base em princípio, não em conciliação, em acordo político ou em estratégia. Em segundo lugar, o juiz deve demonstrar que sua afirmação com fundamento em um princípio, como a liberdade, é coerente com precedentes da corte constitucional e com as estruturas principais da constituição. Em terceiro, um magistrado que segue um princípio em um caso deve conferir-lhe a mesma importância em outros casos que decide ou endossa.

Na obra *O Império do Direito (Law's Empire)*, Ronald Dworkin (2014b, p. 271-331), desenvolve com mais detalhes a ideia de integridade no direito, que ele utiliza como noção indispensável na aplicação da leitura moral. O direito como integridade não compreende que as manifestações do direito sejam apenas relatos factuais do convencionalismo<sup>11</sup>, direcionados ao passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro<sup>12</sup>, mas

---

<sup>11</sup> O convencionalismo para Dworkin, *grosso modo*, é a concepção teórica que compreende o direito como o conjunto de convenções jurídicas que definem como o direito é elaborado, constituído e reconhecido em uma determinada comunidade (como por meio das leis promulgadas pelo Congresso ou pelos precedentes judiciais). Essa corrente sustenta que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar as convenções, isto é, os juízes devem estudar os repertórios jurídicos e os registros parlamentares já estabelecidos no passado para descobrir que decisões foram tomadas previamente pelas instituições competentes para se aplicar naquele determinado caso (DWORKIN, 2014b, p. 142 e 272).

<sup>12</sup> O pragmatismo jurídico para Dworkin, em apertada síntese, é uma concepção cética do direito, por negar que as decisões políticas do passado sejam vantajosas para a comunidade ou tenham valor em si mesmo para justificar o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Para essa corrente, a justificativa necessária à coerção se dá na justiça, na eficiência ou em outra virtude encontrada para a tomada da decisão. A prática jurídica exige que os magistrados pensem de modo instrumental a respeito de quais são as melhores regras para o futuro, podendo extrapolar,

uma combinação interpretativa de elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro, de modo que interpretem a prática jurídica contemporânea como um processo em desenvolvimento. Segundo essa concepção, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que proporcionam a melhor interpretação construtiva para a prática da comunidade. Para Dworkin (2014b, p. 273), o direito como integridade demanda aos juízes que “continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomendam”<sup>13</sup>.

Para desenvolver a noção de direito como integridade, Dworkin (2014b, p. 275-6), lança mão de duas metáforas: o crítico literário e o romance em cadeia. Em primeiro lugar, podemos comparar o juiz que decide acerca do que vai ser o direito em um determinado caso judicial com o crítico literário que analisa as múltiplas dimensões de valor em um poema complexo ou em uma peça. No entanto, os magistrados são autores e críticos, tendo em vista que inserem acréscimos na tradição que interpretam de forma que os futuros juízes irão se defrontar com uma nova tradição com as contribuições dadas por aqueles. Em segundo lugar, na metáfora do romance em cadeia, os juízes podem ser comparados com um grupo de romancistas que escrevem um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. O que um escreve é adicionado ao que o próximo recebe e assim por diante. Cada romancista deve escrever seu capítulo de uma maneira a criar, no conjunto, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Os juízes são, portanto, como os escritores que desenvolvem juntos esse romance em cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história. A complexidade dessa missão representa a de decidir um caso difícil de direito como integridade.

É se valendo dessa concepção de direito como integridade que Dworkin (2006b, p. 16) compreende a leitura moral da constituição. Para o autor, um juiz que crê em uma convicção de justiça abstrata de igualdade econômica não pode, em seu trabalho de interpretação, inferir que da norma da igualdade de proteção desprende-se a igualdade de riqueza ou a propriedade coletiva dos meios de produção são exigências da Constituição norte-americana, haja vista que essa interpretação não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, e violaria, assim, a exigência de integridade constitucional. A leitura moral requer que os magistrados desvendem

---

inclusive, a matéria jurídica, como preocupando-se como uma ideia de bem-estar comunitário (DWORKIN, 2014b, p. 185 e 272-3).

<sup>13</sup> A teoria do direito em Dworkin foi pensada não apenas para o direito constitucional. É uma teoria do direito que inclui uma teoria da decisão em geral, a qual pode ser aplicável independentemente de qualquer defesa do princípio da supremacia da constituição.

a melhor concepção dos princípios morais constitucionais que se coadune com a história constitucional do ordenamento jurídico em que encontram<sup>14</sup>. Não lhes pede que adotem os preceitos de sua própria consciência, de sua tradição, ideologia, classe ou partido; caso isso não se adeque ao conjunto histórico daquela tradição jurídica. A interpretação constitucional deve estar ancorada na história, na prática e na integridade.

Na compreensão de Dworkin (2009, p. 173), deve haver limites ao poder de um juiz de interpretar conforme suas próprias convicções políticas. No entanto, o autor considera inútil a busca por restrições mecânicas ou semânticas. O único lugar genuíno que ele admite limites é na boa argumentação. Não apenas na boa argumentação, mas no argumento de princípio. Sendo assim, os magistrados devem justificar suas decisões por intermédio de argumentos de princípio e de integridade que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública. Essa influência deveria ser levada em conta no processo de nomeação e confirmação do juiz, por meio do qual as constituições disciplinam um mecanismo de controlar os juízes indicados.

Em relação à possibilidade de decisões equivocadas, Dworkin reconhece que, em alguns momentos da história, a corte americana errou. Contudo, segundo o autor, não é necessário exagerar o perigo de tais decisões, porque as “realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante [...], os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos, indicados por estarem de acordo com um presidente eleito pelo povo” (DWORKIN, 2007, p. 232). Em outras palavras, Dworkin compreende que a opinião pública exerce controle sobre as decisões do tribunal constitucional e, por conseguinte, isso pode acarretar na reversão delas quando a opinião pública as julgar incorretas, como as decisões da Suprema Corte americana contra o *New Deal* não se sustentaram na década de 30. Todavia, caso isso não ocorra, a mudança na geração de magistrados na corte pode levar a uma modificação de posicionamento.

Apesar de reconhecer as possibilidades de se emendar à constituição ou de se realizar o impeachment dos magistrados, quando as decisões tomadas pela corte constitucional são intoleráveis para a comunidade política, pela excessiva dificuldade de ambas as medidas<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> Nota-se que a ideia da leitura moral como método de interpretação baseado na integridade exige dos juízes que sempre encontrem a melhor resposta para o caso em questão. Dworkin (1995, p. 6-7) acredita na existência de uma verdade moral objetiva para todas as questões e rejeita o ceticismo moral de que não haveria resposta correta. Não existem lacunas ou zonas de indeterminação no direito nas quais os juízes podem ser discricionários. Pela reconstrução de uma controvérsia por meio dos princípios é sempre possível o magistrado buscar a melhor resposta para um caso concreto.

<sup>15</sup> Principalmente no contexto constitucional americano, onde o artigo 5º da Constituição estadunidense exige que somente por iniciativa de dois terços dos membros da Câmara e do Senado ou a pedido de dois terços dos 50 estados (33 dos 50 estados), a Constituição poderá ser emendada e, para a emenda entrar em vigor, necessita que seu texto seja ratificado por três quartos dos estados (38 dos 50 estados). O processo extremamente rígido para emendar à Constituição é a principal razão por que os Estados Unidos só têm 27 emendas aprovadas em mais de

Dworkin (2009, p. 202-3) entende que os melhores instrumentos para disciplinar juízes são mais intelectuais do que políticos ou jurídicos. Para Dworkin (2009, p. 203), não existe nenhum método mecânico ou fórmula capaz de assegurar que os juízes se deixem influenciar por um mau argumento. O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas. Os magistrados devem ser avaliados por critérios intelectuais e devem ser constrangidos a prestarem contas de natureza intelectual. O papel da opinião pública especializada e da comunidade jurídica ativa é insistir que os juízes apresentem os melhores argumentos, analisar se eles são suficientemente bons e apontar como e onde os argumentos eram ruins e as convicções inaceitáveis.

É importante notar, conforme observa Sérgio Antônio Victor Ferrara (2013, p. 104) em sua tese doutoral, que Dworkin admite que a legitimidade democrática de um presidente eleito pode ser portadora da opinião pública que vai contra o posicionamento da Suprema Corte, por meio da indicação de novos juízes, mas essa opinião pública não pode ser expressa pelo Poder Legislativo e concretizada por meio de uma nova legislação que reverta a decisão da corte, tendo em vista que, nessa hipótese, isso representaria que a maioria estaria a legislar em causa própria, podendo contrariar os direitos morais de indivíduos e minorias, e subverteria o princípio basilar da supremacia constitucional, consagrado na história constitucional americana, desde – pelo menos – o célebre voto do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

Convém enfatizar, entretanto, que Dworkin (2006b, p. 18) afirma que a leitura moral é uma teoria sobre o que a constituição significa, não a respeito de qual autoridade deve dizer o que ela significa. Cuida-se de uma teoria que trata como alguns dispositivos constitucionais devem ser interpretados, não uma teoria sobre quem deve dar a última resposta. Cada ordenamento constitucional que incorpora princípios a seu sistema jurídico deve decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. A democracia não faz questão de que o Judiciário detenha a última palavra, mas também não faz questão que não a tenha. No sistema norte-americano, a Suprema Corte é o *locus* privilegiado que detém a autoridade para realizar a leitura moral e dar a última palavra sobre o significado da Constituição, segundo Dworkin (2006b, p. 3). Depreende-se disso que o autor defende não só o *judicial review*, mas

---

duzentos anos de história constitucional. Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988, com pouco mais de 27 anos, já possui 90 emendas promulgadas, devido ao procedimento brasileiro ser bem menos rígido se comparado ao americano. Para emendar a Constituição brasileira, cuja iniciativa pode partir de 1/3 dos deputados ou dos senadores, do presidente da República ou mais de metade das Assembleias Legislativas (art. 60, incisos I, II, III da Constituição) demanda-se a votação do texto em dois turnos, nas duas Casas do Congresso (Câmara e Senado), com o voto favorável de 3/5 dos deputados e dos senadores (conforme art. 60, §2º da Constituição).

a legitimidade da supremacia judicial no contexto americano, pois já seria uma questão estabelecida pela história.

Com efeito, quando não está se fundando uma nova prática constitucional, a autoridade já foi distribuída pela história (para uma corte constitucional, por exemplo) e está-se interpretando uma prática já estabelecida, Dworkin (2006b, p. 53) rejeita a oposição de que a leitura moral atribuída aos juízes ofenderia à democracia, pelo fato de eles não serem eleitos. A raiz dessa controvérsia está na associação do conceito de democracia exclusivamente à premissa majoritária. Dworkin compreende que a democracia é um conceito interpretativo<sup>16</sup>, e com isso rechaça o conceito de democracia apenas vinculado à regra majoritária e defende uma concepção constitucional de democracia.

### 2.1.3 A crítica à premissa majoritária e a concepção constitucional de democracia

Para analisar e defender a legitimidade do *judicial review*, Dworkin (2006b, p. 24; 2014a, p. 580 e p. 584) aponta a controvérsia filosófica existente sobre a essência e o objetivo fundamental do significado de democracia. Pretendendo buscar a concepção que melhor atende o conjunto de valores políticos – liberdade, igualdade e fraternidade – Dworkin compara os dois principais modelos de autogoverno: o majoritário e o constitucional<sup>17</sup>.

A concepção majoritária define a democracia de modo puramente procedimental. Faz questão de que avaliemos a equidade ou o caráter de determinado regime político por meio do exame das características do processo de decisão apenas, indagando exclusivamente se este distribui o poder de forma igualitária, não se importando com os resultados que promete produzir (DWORKIN, 2005a, p. 256). Entende que o povo governa a si mesmo quando o maior número de pessoas, e não um grupo menor, detém o poder político fundamental. A principal preocupação dessa vertente consiste em que as estruturas do governo representativo e os arranjos institucionais devem ser montados de modo a aumentar a probabilidade de que as leis e programas políticos da comunidade sejam aqueles preferidos pelo maior número dos cidadãos,

---

<sup>16</sup> Dworkin (2014a, p. 240) utiliza a nomenclatura conceitos interpretativos para designar os conceitos morais, éticos e políticos, pois tais conceitos descrevem valores e como eles devem ser expressos. Seu uso correto depende da melhor justificativa do papel que ele desempenha para nós. Dessa maneira, quando se discorda sobre o conceito político, deve-se reconstruir com base na história e na filosofia política e moral buscando a melhor justificativa dessa virtude política em harmonia com outros valores transcendentais que sustentam essa convicção. Nos conceitos interpretativos, para Dworkin, uma proposição só pode ser verdadeira em função da sua justificação. Práticas sociais como o direito e a cortesia, por exemplo, não apenas se caracterizam por ter um *point* ou um propósito justificador, mas também porque elas só podem ser entendidas à luz desse *point* ou propósito justificador.

<sup>17</sup> Em diferentes artigos Dworkin (1990, 2005a, 2006 e 2014a) utiliza uma variedade de variações terminológicas sinônimas para concepção constitucional de democracia, tais como “concepção comunal”, “concepção dependente” e “concepção co-participativa” (ou “em parceria”). Para a concepção majoritária, ele usa como sinônimas as terminologias “concepção estatística” ou “concepção autônoma” (ou “separada”).

ao fim das devidas discussões e reflexões (DWORKIN, 2014a, p. 585). Essa interpretação da democracia compreende que o sufrágio amplo e irrestrito e a liberdade de expressão contribuem para tornar mais igualitário o poder político.

Segundo Dworkin (2014a, p. 585-6), é importante distinguir democracia de justiça para essa corrente, pois é muito possível que o processo majoritário produza leis que lesem o bem-estar total ou médio. A premissa majoritária não nega que os indivíduos têm direitos morais que devem ser respeitados pela maioria, mas exige que a comunidade se sujeite às ideias da maioria sobre quais são esses direitos individuais e a respeito de qual o melhor modo para assegurá-los (DWORKIN, 2006b, p. 24-5).

De acordo com Dworkin (2006b, p. 25), mesmo os teóricos que reconhecem que em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar, como para proteger os direitos individuais, e que consideram corretas decisões das cortes constitucionais que reforçam tais direitos, como a do caso *Brown v. Board of Education*<sup>18</sup> (que decidiu ser inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas americanas por violar a garantia de igual proteção sob o direito), entendem que há uma atenuação do governo da maioria e isso é lamentável e injusto do ponto de vista moral, já que não impostas pela vontade da maioria. Esses teóricos admitem a necessidade de que estruturas institucionais para insular oficiais da vontade popular, quando garantias constitucionais estão em jogo e são necessárias na prática, mas indesejáveis em princípio por comprometerem valores democráticos, ainda que se justifiquem para resguardar outros princípios relevantes (DWORKIN, 1990, p. 235-6). Dworkin discorda dessa visão e busca desenvolver outra justificativa dos valores e da finalidade da democracia que compreende os direitos e garantias individuais não como comprometedores à democracia, mas como parte integrante dela.

A concepção constitucional da democracia entende que o “autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras” (DWORKIN, 2014a, p. 586). Essa concepção vincula a democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade, pois presume que a melhor forma de autogoverno é aquela que tiver mais chance de produzir decisões substantivas que tratem a todos com igual importância (DWORKIN, 2005a, p. 255). O objetivo fundamental da democracia para essa corrente é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o respeito” (DWORKIN, 2006b, p.

---

<sup>18</sup> 347 U.S. 483 (1954)

26). A parceria se desenvolve partindo-se da ideia de que os membros aceitem que, em política, devem agir com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros. Para essa interpretação da democracia, não deixam de ser importantes os aspectos participativos da democracia, como o sufrágio universal e a liberdade de expressão, mas eles devem ser instrumentos que devem ser interligados com as outras metas substantivas da democracia (DWORKIN, 2005a, p. 258). Democracia e restrições constitucionais não são antagonistas, mas parceiras em princípio (DWORKIN, 1990, p. 346).

A concepção majoritária de democracia apresenta um teste inicial (*input test*): a democracia é, fundamentalmente, uma questão de repartição igualitária do poder sobre as decisões políticas. Por sua vez, a concepção constitucional oferece um teste de saída (*output test*): a democracia consiste, essencialmente, em um conjunto de dispositivos para produzir resultados corretos (DWORKIN, 2005a, p. 256). Enquanto a interpretação majoritária da democracia se preocupa apenas com a justiça do procedimento, sendo neutra em relação aos resultados; a constitucional dissolve a linha entre procedimento e substância.

Esse contraste se reflete no debate sobre a compatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional. A concepção majoritária encara o *judicial review* com desconfiança, e seus partidários rejeitam o poder judicial de derrubar leis favorecidas por uma maioria estável e informada. Se há uma questão controversa, como o aborto, deve-se permitir que a maioria decida por si mesma. Quando se permite que um pequeno grupo de juristas que não podem ser demitidos por meio de uma eleição geral decida questões fundamentais, vai-se contra o próprio âmago da democracia majoritária (DWORKIN, 2014a, p. 588).

A concepção constitucional também requer que as decisões ordinárias sejam tomadas por agentes políticos eleitos, mas não se opõe ao uso de um procedimento não-majoritário em situações especiais para resguardar ou promover a igualdade. A democracia, para Dworkin (2006b, p. 26), é um governo submetido às condições democráticas de igualdade de status para todos os cidadãos. Se as instituições majoritárias protegem e respeitam tais condições, os veredictos dessas instituições devem ser acatados por todos. Sem embargo, quando não o fazem, ou quando há omissão ou deficiência em relação a essas condições, Dworkin (2006b, p. 27) não vislumbra qualquer objeção para que, em nome da democracia, uma corte constitucional decida de modo a garantir o respeito às condições democráticas. A concepção constitucional de democracia pressupõe um procedimento majoritário assim como a necessidade de salvaguardar os direitos individuais. Em função disso, o controle judicial de constitucionalidade pode ser uma estratégia possível para aprimorar a legitimidade do governo – amparando a independência

ética<sup>19</sup> de uma minoria, por exemplo – e, dessa maneira, garantindo o direito moral da maioria de impor sua vontade em outros temas (DWORKIN, 2014a, p. 589).

Com o objetivo de melhor distinguir as duas interpretações sobre democracia, Dworkin (2006b, p. 30-1; 1990, p. 329-30) desenvolve o significado da ideia de governo do povo, ou seja, quais tipos de ação coletiva o governo exige. Existem dois tipos de ação coletiva: a estatística e a comunal. A ação coletiva estatística é aquela na qual os integrantes individuais do grupo pensam e agem sozinhos, não como membros de um corpo coletivo, e depois suas ações individuais independentes são somadas. A comunitária, por outro lado, pressupõe um agente coletivo especial e distinto. Nessa ação coletiva, os indivíduos partem da premissa que compartilham responsabilidades nas ações do grupo a que pertencem e atuam de forma cooperativa com o propósito de alcançar um resultado conjunto. O indivíduo se sente moralmente integrado com a comunidade e corresponsável pelas ações coletivas (DWORKIN, 1998, p. 455). A metáfora da orquestra serve para ilustrar essa última ação coletiva, na qual os músicos não podem tocar de forma isolada, mas cada um deve contribuir de forma harmônica com os outros para o desempenho correto da sinfonia e para o sucesso do grupo. A ação estatística seria equivalente à concepção majoritária, na medida em que as decisões políticas são tomadas conforme os votos ou desejos da maioria de cidadãos individuais. Por seu turno, a ação comunal seria análoga à concepção constitucional, uma vez que as decisões são tomadas por uma entidade – o povo enquanto tal – e não por sujeitos individualmente<sup>20</sup>.

Para reforçar seu argumento a favor da concepção constitucional da democracia e crítico à majoritária, Dworkin (2006b, p. 29) examina os custos morais de não se seguir a premissa majoritária sob a ótica das três virtudes políticas mais básicas – igualdade, liberdade e comunidade (fraternidade) –, pois ele reconhece que os argumentos mais poderosos em favor da interpretação majoritária são aqueles baseados em uma moralidade política.

Em primeiro lugar, o autor avalia se o constitucionalismo põe em risco a liberdade quando os poderes de ação de uma maioria são condicionados por dispositivos constitucionais. A ideia de liberdade subjacente a esse questionamento de que o constitucionalismo

---

<sup>19</sup> O conceito de independência ética para Dworkin (2014a, 577-8) decorre da noção de liberdade negativa, isto, é a zona de responsabilidade pessoal atinente a tomada de decisões sobre questões de ética relevantes (que o autor usa como sinônimo de moral individual/privada), nas quais o Estado não deve interferir, como exemplo: questões de liberdade sexual e religiosa.

<sup>20</sup> É válido ressaltar que Dworkin (1990, p. 336) distingue duas formas de ação coletiva comunal: a integrada e a monolítica. Ambas apresentam a necessidade de os cidadãos compartilharem a responsabilidade coletiva nas ações que envolvem o grupo. No entanto, a concepção comunal integrada preserva a área de responsabilidade e convicção individual (liberdade negativa), que cabe apenas ao indivíduo julgar. Por outro lado, para concepção comunal monolítica, as decisões na ação coletiva se estendem tanto para as ações do grupo como para o âmbito privado. Só nesse último caso faria sentido equiparar a ação coletiva comunal com uma espécie de regime totalitário ou tirânico.

comprometeria é a de liberdade positiva<sup>21</sup>, que seria essencialmente o desejo do povo de se autogovernar e de se autodeterminar. As restrições constitucionais supostamente resguardariam apenas a ideia de liberdade negativa, como as liberdades de expressão e de religião bem como o direito à privacidade, ao custo da liberdade positiva da comunidade em definir seus próprios rumos. Sem embargo, Dworkin (2006b, p. 32-3) associa essa interpretação à ação coletiva estatística, criticando-a com base na ideia de que o poder de cada indivíduo sobre as decisões nacionais ser tão atomizado e pulverizado de tal modo que não se poderia se considerar que as limitações constitucionais chegam a diminuí-lo de fato. O autor afirma que, contrariamente, “as restrições impostas à vontade da maioria podem até aumentar o controle que cada indivíduo tem sobre o próprio destino” (DWORKIN, 2006b, p. 33). Na concepção constitucional, a ideia de liberdade depende da relação dos cidadãos com o governo concebidos coletivamente, não de forma separada. Liberdade positiva, nessa interpretação, seria aquela na qual o povo controla aqueles que governam, não o contrário.

Para justificar o vínculo de obediência de um indivíduo à sua comunidade política e a permanência de sua liberdade, ainda que discorde da decisão coletiva, Dworkin (2006b, p. 34-5), se valendo de sua concepção comunitária, desenvolve o conceito de filiação moral. Para ele, uma democracia real se fundamenta na filiação moral dos indivíduos em uma comunidade política, isto é, os seus cidadãos devem ser tratados e se sentirem como seus verdadeiros membros morais. As condições democráticas de igual status e dignidade devem ser satisfeitas para que as decisões tomadas pela maioria possam reivindicar uma prerrogativa moral perante os outros procedimentos de decisão. Para Dworkin (2006b, p. 36), “as condições democráticas são as condições de participação moral numa determinada comunidade política”, e, só há democracia quando essas condições são atendidas. E quais são essas condições de filiação moral?

I) Participação: a possibilidade de cada cidadão fazer parte e exercer a diferença em qualquer decisão coletiva, como por intermédio dos direitos e garantias ao sufrágio universal, à liberdade de expressão e de manifestação, à liberdade de reunião. II) Reciprocidade: a democracia deve pressupor uma igualdade de consideração para os interesses de todos os membros da

---

<sup>21</sup> Dworkin (2006b, p. 32) faz o uso da terminologia de Isaiah Berlin (1958), em sua obra clássica “Dois Conceitos de Liberdade”, na qual distingue os conceitos de liberdade positiva de liberdade negativa. Para Berlin, liberdade negativa consistiria na área livre do indivíduo de interferência de outras pessoas, de ausência de constrangimento e de restrição. A liberdade, nesse sentido, seria a antítese de coerção. A coerção implicaria a interferência deliberada de outros seres humanos dentro da área na qual se pode agir de outro modo. Quanto maior a área de não-interferência mais ampla seria a liberdade, nesse aspecto. A liberdade positiva, por sua vez, seria essencialmente o desejo de autogovernar-se, um anseio de autonomia, de autodeterminação. Para Berlin, o sentido positivo da palavra liberdade tem origem no desejo do indivíduo ser seu próprio amo e senhor; de querer que a vida dele e suas decisões dependam de si próprio e não de forças externas de qualquer tipo. A ideia de liberdade positiva é associada com autogoverno e democracia.

comunidade, pois é injusto e ilegítimo que maioria despreze as perspectivas e as necessidades de uma minoria. III) Independência moral: o autogoverno deve respeitar e promover a liberdade individual, isto é, a comunidade política não deve intervir na área de responsabilidade e convicção individual (liberdade sexual, de opinião, religiosa), mas pode criar circunstâncias que permitam que cada indivíduo alcance suas crenças e convicções por si só, como por meio da educação pública (DWORKIN, 2006b, p. 38-40).

Em segundo lugar, Dworkin (2006b, p. 40-1) analisa se a igualdade é afetada pela não observância da premissa majoritária. A dimensão de igualdade que se está em foco é exclusivamente a da igualdade política, tendo em vista que não há nada na regra majoritária que possa promover intrinsecamente outro tipo de igualdade, como a igualdade econômica. Para a ação coletiva estatística, é suficiente para a ideia de igualdade política que a distribuição de poder entre os cidadãos considerados um a um seja igual, e isso só pode ser atingido por meio da regra majoritária. Seria uma violação da justiça da igualdade política a atribuição a um grupo de juízes não eleitos, nem politicamente responsáveis, o poder de contrariar a decisão da maioria para fazer valer as restrições constitucionais. Mas qual é a melhor compreensão do conceito, na verdade, de igualdade política?

Existem três maneiras de a igualdade política ser concebida: I) igualdade de influência sobre as decisões políticas, que consiste na possibilidade de todos os cidadãos opinarem, isto é, persuadirem/induzirem outros a adotarem sua opinião sobre o processo político estatal; II) igualdade de impacto na decisão final da comunidade, que significa que todos os cidadãos tenham o mesmo poder de controlar suas preferências (por meio do voto, por exemplo); III) igualdade de ser tratado com consideração e respeito, de modo que nenhum cidadão adulto tenha um impacto político menor que o de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade. As duas primeiras interpretações entendem a igualdade como um ideal matemático: pressupõem alguma métrica do poder político e exigem, pelo menos num plano ideal, que o poder de todos os cidadãos seja igual segundo essa métrica. A terceira entende a igualdade como uma questão de atitude, não de matemática. Exige que a comunidade distribua o poder político não necessariamente de modo igual, mas de maneira tal que as pessoas sejam tratadas como iguais (DWORKIN, 2014a, p. 593-4).

Dworkin (1990, p. 333-4) compreende que a igualdade de influência não é uma justificativa atraente. Os críticos afirmam que os cidadãos milionários possuem um poder desproporcional de influenciar na política em virtude da sua riqueza e isso seria injusto, porquanto isso poderia perpetuar suas vantagens na organização da sociedade. O pensador concorda que as formas de influência na política baseadas no poder econômico seriam

ilegítimas e injustas<sup>22</sup>. No entanto, mesmo supondo a existência de uma sociedade que distribua os bens econômicos de forma igualitária, ainda haveria uma desigualdade – nesse caso, legítima – de influência, porque algumas pessoas são mais talentosas, carismáticas ou que resolveram investir mais tempos em treinamento e estudos relacionados à política, e isso seria natural. Por essa razão, o autor entende que existiriam fontes legítimas e ilegítimas de desigualdade de influência. A primeira, baseada no poder do dinheiro, deveria ser combatida; a segunda, não, por ser desejável em uma democracia que os cidadãos mais engajados em lutas por justiça e equidade em uma comunidade possam ter mais influência.

Em relação à igualdade de impacto, Dworkin (2014a, p. 593) admite que a concepção majoritária se adequa de modo claro e evidente a esse ideal, pois basta atribuir um voto a cada um dos participantes da comunidade com o mesmo peso, e possibilitá-los votar em eleições frequentes, que seria possível a concretização desse tipo de igualdade estatística. Não obstante, o pensador norte-americano reputa tal perspectiva pouco persuasiva e exigente. Num país democrático, de grandes dimensões (como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil), o impacto de um cidadão comum com igualdade de voto é infinitesimal e microscópico, e a suposta redução desse poder atribuída às restrições constitucionais é ainda mais insignificante (DWORKIN, 2006b, p. 43). Mas o próprio Dworkin (2014a, p. 596) reconhece que esse argumento levado ao extremo justificaria uma ditadura benevolente. Com efeito, a justificativa de igualdade política que ele considera mais interessante e ambiciosa é a que não depende do poder político, mas da posição política. A igualdade não está vinculada a ideia da relação existente entre os cidadãos um a um, mas entre toda cidadania, entendida coletivamente e seu governo. A igualdade política é o estado no qual o povo controla o governo.

A democracia é o regime político que confirma, com veemência, a igualdade de consideração e respeito que a comunidade, enquanto encarregada pelo poder coercitivo, tem como um todo para com todos os membros. Para Dworkin (2014a, p. 598-9), não é aceitável que o poder seja atribuído com exclusividade a alguma pessoa ou grupo em razão de seu nascimento, da vitória na guerra ou de alguma aristocracia do talento. Do mesmo modo, afigura-se inconcebível que os emblemas da cidadania sejam negados a qualquer adulto por motivos

---

<sup>22</sup> Ronald Dworkin, por sinal, é um grande crítico da influência do dinheiro na política norte-americana e possui alguns ensaios com críticas contundentes a duas decisões da Suprema Corte - *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1 (1976)) e *Citizen United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310 (2010)) – que julgaram inconstitucionais limites impostos pela legislação eleitoral americana à influência do dinheiro nas campanhas eleitorais. Ver: DWORKIN, Ronald. *Liberdade de expressão, política e as dimensões da democracia*. IN: *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 493-543; e DWORKIN, Ronald. *The Decision That Threatens Democracy*. The New York Review of Books, 2010. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>.

excludentes, como por renda, escolaridade, gênero ou raça (não cabe, portanto, voto capacitário ou censitário, nem restringir votos a mulheres ou negros, por exemplo). Entretanto, Dworkin admite a possibilidade de arranjos institucionais que criem alguma desigualdade de impacto, desde que não sejam desrespeitosos ou neguem a dignidade. Ele usa o exemplo do desenho de um distrito eleitoral para que pessoas pobres ou negras tenham mais possibilidade de eleger representantes. O próprio desenho federativo do senado é outro exemplo mais comum, no qual estados menos populosos têm a possibilidade de eleger a igual quantidade de senadores que estados com densidade populacional maior.

Segundo Dworkin (2014a, p. 599), a igualdade aritmética da concepção majoritária não tem valor em si mesmo, tampouco o domínio da maioria é um procedimento decisório intrinsecamente justo. Se a legitimidade de um arranjo político pode ser promovida por um arranjo constitucional que crie alguma desigualdade de impacto, mas não leve a mácula nem corra o risco da indignidade, não seria correto excluir tais medidas. Todavia, o arranjo constitucional que cria a diferença de impacto deve aperfeiçoar a legitimidade da comunidade, tratando os cidadãos com igual respeito e consideração, e não pode, assim, discriminar por razões arbitrárias e injustas (sexo, renda, etnia, raça, escolaridade). Apresenta-se, assim, um argumento plausível a favor da ideia da jurisdição constitucional.

No que concerne à objeção de que não seguir a regra majoritária contrariaria o ideal de fraternidade (ou comunidade), o argumento principal dos críticos, sobretudo os comunitaristas, é o de que se as decisões políticas fundamentais são tomadas por uma instituição não-majoritária, como uma elite de profissionais de direito. Isso vulneraria a noção de comunidade diante do povo e usurparia a noção de que todos estão juntos no mesmo barco (DWORKIN, 2006b, p. 44). Supõe-se, para essa perspectiva, que na busca pelo bem comum em uma democracia deve-se permitir a participação de todos os envolvidos e as decisões devem ser tomadas coletivamente pelos cidadãos. Esse processo tornaria a vida dos cidadãos mais virtuosa, plena e satisfatória. Parte-se do pressuposto de que a discussão pública de temas constitucionais ganha em qualidade e as pessoas ficam mais mobilizadas quando essas questões não são decididas pelos tribunais, mas pelo legislativo.

Dworkin (2006b, p. 46) questiona a imprecisão dessa ilação e afirma que isso dependeria de uma análise empírica complexa. Para o autor, alguns cidadãos podem ter mais influência sobre uma decisão judicial do que teriam em relação a uma decisão legislativa por intermédio do seu voto. No debate público que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a colaboração dos cidadãos pode ser mais eficaz e mais sinceramente guiada pela ideia de bem público do que no conflito político que se estabelece em

uma votação do legislativo ou em um plebiscito. Dworkin (2006b, p. 47) cita o exemplo do caráter deliberativo do debate sobre os direitos civis, as ações afirmativas e o aborto nos Estados Unidos, que pode ter sido determinado em parte pelas questões terem sido objeto de decisões judiciais. Ele reconhece que um processo político que conduz a uma decisão legislativa pode ser de alta qualidade, mas muitas vezes também pode não ser. Em alguns temas, a jurisdição constitucional pode ser um exemplo de deliberação republicana. Por esse argumento comunitário não se sustentar empiricamente, pelo menos, em boa parte das vezes, Dworkin o refuta e rejeita mais uma vez a concepção majoritária.

Após afastar as críticas de que qualquer restrição à premissa majoritária violaria as três principais virtudes associadas à democracia – liberdade, igualdade e fraternidade –, torna-se importante demonstrar como Dworkin justifica que o controle judicial de constitucionalidade não seria necessariamente antidemocrático para a concepção constitucional de democracia. Isto é, deve-se explicar como juízes não eleitos podem ter o poder de contrariar a algo que a maioria realmente quer e que seus representantes legitimamente eleitos promulgaram, dentro de um contexto de controle judicial substantivo, no qual os juízes detêm o poder de derrubar leis cujo *pedigree* majoritário é evidente. Nos Estados Unidos, cinco juízes podem ir contra a decisão legislativa de centenas de representantes eleitos de milhões de cidadãos. No Brasil, admite-se que seis ministros do Supremo Tribunal Federal tenham o poder de declarar a inconstitucionalidade não só de leis, mas até mesmo de emendas constitucionais, promulgadas por pelo menos três quintos dos deputados federais e senadores em dois turnos. Nota-se, assim, a manifesta desigualdade de impacto político. Entretanto, essa desigualdade de impacto não viola o critério de não desrespeitar a dignidade humana, pois não constitui nenhuma discriminação arbitrária e injusta. Deve-se verificar se o *judicial review* respeita o segundo critério, qual seja, a necessidade de se aperfeiçoar a legitimidade democrática (DWORKIN, 2014a, p. 605-6).

O principal questionamento, desse modo, é se a instituição do controle judicial de constitucionalidade contribui, no todo, para a legitimidade do governo. Se, por um lado, o governo representativo é imprescindível, haja vista que alguma concentração temporária de poder nas mãos de poucas pessoas eleitas é indispensável para que uma grande comunidade política sobreviva e prospere; por outro, isso não se aplica à jurisdição constitucional, considerando que grandes países sobreviveram e prosperaram sem ela (e ainda o fazem). Para Dworkin (2014a, p. 609) a defesa do caráter democrático do controle judicial de

constitucionalidade deve assumir uma forma instrumental<sup>23</sup>: deve-se averiguar se esse tipo de controle aumenta a probabilidade de que a comunidade aceite e imponha uma concepção adequada da liberdade negativa, de uma distribuição igualitária de recursos e de oportunidades e da liberdade positiva. Isto é, faz-se necessário conferir se a jurisdição constitucional protege as condições democráticas de filiação moral a todos os membros.

Para a concepção constitucional de Dworkin (2006b, p. 50), quando uma decisão da corte constitucional torna inválida uma legislação que viola as condições democráticas (como uma que criminaliza a queima da bandeira do próprio país em sinal de protesto), ela não é antidemocrática, mas faz prevalecer a democracia. Isso ocorre porque ninguém perdeu o poder de participar em uma comunidade política, nem teve sua igualdade de respeito e consideração ameaçada, tampouco ninguém ficou – individualmente ou coletivamente – em pior situação, e ainda todos tiveram a oportunidade de participar da discussão pública sobre os méritos da decisão. Contudo, se a decisão do tribunal é errada no que se refere às condições democráticas, a democracia fica de fato prejudicada. Mas é oportuno salientar que o autor julga que o regime democrático fica tão lesado quanto por uma decisão errada do legislativo. Equipara, no mesmo patamar, o déficit democrático do erro causado pelas duas instituições – cortes e legislativos – e aponta que a possibilidade de falibilidade de ambas é simétrica<sup>24</sup>. Nesse aspecto, torna-se oportuno comentar que se para Dworkin são equivalentes o potencial de falibilidade de ambas as instituições, a forma de controle exercida em países que adotam a ideia de supremacia judicial como correlata à supremacia constitucional é muito maior em relação ao erro do legislativo do que ao possível erro da corte, tendo em vista que ele não admite a superação da decisão judicial pelo parlamento.

---

<sup>23</sup> A ideia de legitimidade instrumental é baseada na teoria da autoridade de Joseph Raz (1994; 2011). Conforme explica Thomas Bustamante (2016a, p. 48), para Raz, as autoridades são legítimas quando elas facilitam, exercendo um papel mediador, os sujeitos a cumprirem com as razões corretas que já estão disponíveis para elas. A solidez dos argumentos desenvolvidos oferece a legitimidade para autoridade. A justificativa da autoridade é fundamentada em uma perspectiva indireta: pelos resultados que ela pode proporcionar. Segundo Bustamante (2016b), para essa perspectiva, pode-se entender que “a corte constitucional age a serviço dos cidadãos em geral, já que ela está em melhor posição para ponderar todas as razões de princípio que são aplicáveis a esses cidadãos mesmo quando elas não estejam visíveis no debate político ordinário”. Não há uma preocupação com a legitimidade intrínseca dos procedimentos nessa justificativa instrumental. A diferenciação entre legitimidade instrumental versus intrínseca da autoridade será melhor desenvolvida no segundo capítulo dessa dissertação (ver tópico 3.1.3), na comparação entre a teoria democrática da autoridade de Waldron em contraponto a instrumental de Raz.

<sup>24</sup> Thomas Christiano (2008, p. 280) considera que se a corte constitucional toma uma decisão errada, invalidando uma decisão tomada pelos meios democráticos conforme um procedimento que assegure a igualdade política, há uma dupla perda para a legitimidade política do sistema: em primeiro lugar, por ter sido uma decisão tomada por um mecanismo não igualitário, que não incluiu a participação democrática dos cidadãos, uma vez que juízes não eleitos superaram a escolha de representantes democraticamente eleitos; em segundo lugar, porque a corte tomou uma má decisão por si própria, não salvaguardando nenhuma condição da democracia de liberdade, igualdade ou filiação moral, que reforçaria a legitimidade geral do sistema. Então o ônus para um erro da corte seria ainda maior que o do parlamento, uma vez que ainda falharia no critério da legitimidade democrática.

É importante destacar que, segundo Dworkin (2014a, p. 610), “nada pode assegurar de antemão que o controle judicial de constitucionalidade vai ou não tornar mais legítima e democrática uma comunidade majoritária, só a história vai ser capaz de dizer isso”. O pensador reconhece que a jurisdição constitucional talvez seja menos necessária em países onde uma maioria estável tem o costume histórico de resguardar a legitimidade do governo, identificando e respeitando de forma correta os direitos individuais e das minorias. Ainda assim, são poucos os exemplos históricos de democracias consolidadas que cumprem esses pressupostos.

A melhor estrutura institucional, para Dworkin (2006b, p. 52), é aquela que “produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e quem melhor garante uma obediência estável a essas condições”. Deve-se buscar uma abordagem orientada por resultados no julgamento de um sistema político se esse é democrático ou não, verificando como um todo se este é capaz de assegurar as condições genuínas de parceria entre todos os cidadãos, não analisar apenas se ele acata à regra majoritária como único método de decisão (DWORKIN, 1998, p. 458). Dworkin não tem uma concepção essencialista sobre a justiça procedimental ideal, mas parte de uma premissa empírica, baseada em resultados, para sua análise. Se a corte constitucional aumenta a precisão das decisões de princípio (não interferindo nas decisões de política), ela aprimora a democracia (DWORKIN, 2005a, p. 289). Percebe-se que o autor não faz uma defesa intrínseca do *judicial review*, mas apenas se tal instituto, instrumentalmente, pode contribuir para aperfeiçoar, no conjunto, as condições de uma democracia que ele será legítimo.

## **2.2 O tribunal constitucional como modelo de razão pública em John Rawls**

As sociedades democráticas contemporâneas têm como característica básica o pluralismo razoável, isto é, existe uma diversidade de doutrinas filosóficas, morais e religiosas abrangentes que defendem concepções de bem muitas vezes conflitantes entre si. Em face desse contexto, o liberalismo político de Rawls (2011, p. 157-158) é uma concepção normativa que defende que para se preservar a estabilidade, a justiça e a legitimidade de uma sociedade livre e democrática, deve-se desenvolver uma concepção política que defina os princípios básicos de justiça e constitua instituições livres baseadas em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis. Esse consenso de doutrinas abrangentes, que seria uma espécie de contrato social, estabeleceria uma estrutura básica de justiça que asseguraria a liberdade e a igualdade para todos os indivíduos, de modo que nenhuma doutrina específica de uma maioria de cidadãos se imponha e oprima outros, mas que todos os cidadãos, em suas condições de livres e iguais, possam razoavelmente endossar. As liberdades de consciência e de crença são

exemplos de princípios básicos. Nenhuma doutrina abrangente seria apropriada como concepção política para um regime constitucional, isto é, um regime não pode se fundar com base nos valores exclusivos de uma religião, por exemplo. Esse acordo promoveria a coexistência social e a cooperação entre uma pluralidade de grupos e indivíduos, garantindo a tolerância mútua. Nas sociedades democráticas, geralmente, esse consenso está estabelecido nas constituições por meio dos direitos e garantias fundamentais protegidos em suas cláusulas. A ideia de razão pública está inserida nessa concepção de sociedade democrática constitucional bem-ordenada e determina como deve ser a relação dos governos com os cidadãos e dos cidadãos entre eles.

Em um regime democrático, as autoridades públicas – oficiais do executivo, juízes, parlamentares – e os candidatos em campanhas eleitorais devem justificar suas decisões estatais com base em razões públicas. A razão pública consiste em um padrão de argumentação moral que deve disciplinar a deliberação política, em um critério autônomo para julgar a legitimidade das decisões: ainda que se conceba vários tipos de razões para justificar decisões coletivas, apenas será legítima a razão que não dependa de uma doutrina abrangente (MENDES, 2011, p. 197). Nas questões políticas fundamentais, como as que envolvem temas constitucionais e direitos humanos, a argumentação pública das autoridades deve ser formulada em razões independentes de doutrinas abrangentes (religiosas, morais, filosóficas), demonstrando que são compatíveis com os princípios, padrões e valores mais plausíveis presentes na estrutura e na cultura constitucional, de modo que possam ser razoavelmente aceitos pelos cidadãos interlocutores (RAWLS, 1997, p. 774-775). Subjacente a ideia de razão pública é a pressuposição do dever de civilidade e de reciprocidade. Isto significa que para o exercício legítimo do poder coercitivo, na elaboração e na aplicação de leis, deve-se buscar a concepção política de justiça mais razoável, que expresse valores políticos que seja razoável esperar que outros cidadãos, na condição de livres e iguais, também possam razoavelmente acatar. Esse critério é geralmente violado quando as liberdades são negadas (RAWLS, 1997, p. 771). É importante ressaltar que a ideia de razões públicas é inerente à esfera pública, no campo privado (família, religião, associações) esse limite não se aplica (SOUZA NETO; SARMENTO; 2013, p. 447).

Para o filósofo americano, em um regime constitucional em que exista o controle jurisdicional de constitucionalidade, a razão pública é aquela adequada de um tribunal supremo ao exercer sua função de intérprete judicial último, de sorte que a corte funciona como modelo exemplar de razão pública (RAWLS, 2011, p. 272-273). Para desenvolver essa ideia, Rawls (2011, p. 273-275) se utiliza de cinco princípios do constitucionalismo: I) a diferença entre

poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário das autoridades públicas e do eleitorado, existente na política cotidiana; II) a distinção entre a constituição – expressão do poder constituinte do povo e investida da autoridade mais elevada da vontade do povo – e a lei ordinária, que constitui a expressão do poder ordinário do parlamento e do eleitorado; III) o fato de uma constituição democrática ser uma expressão fundada em princípios do ideal político de um povo se autogovernar de certa maneira, cabendo à razão pública articular esse ideal; IV) o corpo de cidadãos fixa de uma vez por todas os elementos constitucionais essenciais quando promulga democraticamente uma constituição que conte com uma carta de direitos (contendo, por exemplo, os direitos e as liberdades civis e políticas iguais; as liberdades de expressão, de associação, de locomoção e de profissão; e as garantias do Estado de Direito); por fim, V) em um governo constitucional, o poder supremo não pode ser depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o intérprete judicial de última instância da constituição; de modo que o poder supremo pertence aos três poderes, em uma relação adequadamente especificada entre si, em que cada um deles é responsável perante o povo.

Em relação a esse último princípio, o pensador americano defende que a ideia de constituições e leis fundamentais corretas e justas sempre é determinada pela concepção política de justiça que é mais razoável, e não pelo resultado de um processo político efetivo. Isso demonstra sua visão mais substancialista e menos procedimentalista. Para Rawls (2011, 190-191), quando a constituição estabelece os direitos e as liberdades políticas fundamentais, retira essas garantias da agenda política e remove das circunstâncias voláteis do cálculo dos interesses sociais inerente à disputa política. Em função disso, caberia à corte, não ao processo político, verificar a concepção política mais razoável de justiça sobre direitos e liberdades presente na Constituição.

Adotando a concepção de Ackerman (1993), Rawls, portanto, concebe a democracia constitucional como sendo dualista, distinguindo o poder constituinte do poder ordinário: o primeiro caso, a constituição é aprovada pelo povo; no segundo, as leis ordinárias são aprovadas pelos representantes do povo em instituições legislativas. Nesse sentido, Rawls (2011, p. 275) rejeita a supremacia parlamentar em uma democracia constitucional, hipótese em que um tribunal supremo é um dos dispositivos constitucionais para proteger a lei mais alta. Para cumprir esse papel, o tribunal aplica a razão pública, agindo para evitar que a constituição seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou por interesses escusos. Se uma corte constitucional assume esse papel e o cumpre de forma efetiva, seria incorreto afirmar que isso é antidemocrático. Embora a corte exerça um papel contramajoritário no que se refere à lei

ordinária, pelo fato de ter a prerrogativa de poder declarar tal lei inconstitucional, não seria antimajoritária em relação à constituição quando tal decisão está de acordo com a própria lei maior, na medida em que o povo oferece sustentação ao exercício desse papel (RAWLS, 2011, p. 276).

Apesar de defender esse ponto de vista, Rawls (2011, p. 277) reconhece que as defesas do regime inglês de supremacia parlamentar – por garantir apoio mais firme para os valores apoiados na lei maior – e da Constituição alemã, que converte uma lista de direitos fundamentais em cláusulas pétreas – colocando-os fora da possibilidade de emendas –, podem ser compatíveis com o ideal normativo de liberalismo político se assegurarem a liberdade e a igualdade dos seus cidadãos. De acordo com ele, tais sistemas serão avaliados na medida em que atenderem uma concepção política razoável de justiça que inclua os valores da razão pública. Rawls (2011, p. 278) concordando com Robert Dahl (1989, p. 192)<sup>25</sup>, embora este autor seja crítico do *judicial review*, considera que não existe uma forma universalmente válida sobre como proteger direitos e interesses fundamentais. Na falta de uma solução que seja universalmente a melhor, devem-se adaptar soluções específicas às condições e experiências históricas, à cultura políticas e às instituições políticas concretas de cada país.

Para Rawls (2011, p. 278), uma corte constitucional é uma instituição exemplar de razão pública, pois o papel de um tribunal supremo além de defender a constituição, é o de fazer valer a razão pública, de forma apropriada e contínua. Diferente dos cidadãos e dos legisladores que podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes (morais, religiosas e filosóficas), sem precisar justificar seus votos conforme as razões públicas, uma corte constitucional deve decidir exclusivamente de acordo com essas razões.

Segundo Rawls (2011, p. 279), é função dos juízes decidir segundo os casos precedentes, as práticas e as tradições constitucionais e de acordo como o que textos históricos constitucionalmente importantes dizem. Cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor e a mais coerente interpretação da constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso dos seus conhecimentos sobre o que a constituição e os

---

<sup>25</sup> Dahl (1989, p. 192) considera que a substituição do processo democrático por um órgão sem credenciais democráticas, como uma corte constitucional, exige um pesado ônus da prova. Deve-se demonstrar que o processo democrático falha em garantir igual consideração de interesses àqueles que são sujeitos às leis; que o *judicial review* vai atuar para corrigir esse erro; e que o dano causado à igualdade de consideração supera ao dano ao direito das pessoas se autogovernarem. Compartilhando da concepção procedimentalista de John Hart Ely (2010), Robert Dahl (1989, p. 191) considera que uma corte constitucional seria totalmente compatível com o processo democrático caso se limitasse a declarar leis inconstitucionais que restringissem direitos ou interesses vinculados ao processo democrático. Se as cortes estenderem sua autoridade para questões substantivas, para esse autor, elas podem reduzir o escopo do processo democrático e reduzir a autonomia e responsabilidade dos cidadãos no processo de autogoverno.

precedentes constitucionais requerem<sup>26</sup>. Não é papel dos juízes invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais ou as virtudes da moralidade em geral, tampouco podem se valer de doutrinas religiosas, partidárias ou filosóficas. Os magistrados devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e dos valores políticos de justiça e de razão pública, que se pode esperar que todos os cidadãos, como pessoas razoáveis e racionais, subscrevam.

A constituição não é o que uma corte constitucional diz que é, mas o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá a corte dizer o que é. Segundo Rawls (2011, p. 281), uma interpretação da constituição pode impor-se ao tribunal constitucional por intermédio de emendas ou por uma maioria ampla e duradoura, como ocorreu no período do New Deal nos Estados Unidos. Contudo, o filósofo americano levanta a questão de que se deveriam ser consideradas válidas pela Suprema Corte emendas para derrogar a Primeira Emenda da Constituição americana – a que protege à liberdade de expressão – ou para converter uma determinada religião em religião oficial, com todas implicações que isso teria. Bruce Ackerman (1993, p. 14) sustenta que um compromisso com a democracia dualista implica que a Corte estaria obrigada a aceitar essa emenda como válida.

Ao discordar dele dele, Rawls (2011, p. 282) considera que não basta ser respeitado o procedimento de aprovação de emendas nesse caso. O papel delas seria o de adequar os princípios constitucionais fundamentais a circunstâncias políticas e sociais em processo de mudança ou incorporar à constituição uma interpretação mais extensa e inclusiva desses princípios, como a emenda que aboliu a escravidão e a que assegurou o direito de voto às mulheres nos Estados Unidos. Outra função relevante das emendas é aperfeiçoar o desempenho das instituições e a estrutura constitucional do Estado, tal como a emenda que impediu que um presidente exercesse mais que dois mandatos consecutivos. Em virtude disso, o filósofo liberal afirma não caberia a aprovação de uma emenda que fosse fundamentalmente contrária aos princípios constitucionais e à tradição constitucional daquele país. Para Rawls, (2011, p. 283) as cláusulas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais de liberdade e igualdade são uma espécie de cláusula pétrea implícita de forma que aprovar uma emenda contrária a eles seria o equivalente a uma ruptura constitucional ou a uma revolução, e não uma emenda válida<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> É importante salientar que Rawls (2011, p. 279-80) cita expressamente Dworkin em sua nota de rodapé, afirmando que sua posição coincide com a dele sobre o papel dos juízes nas obras *Levando os Direitos a Sério* e *o Império do Direito*, com a ressalva de que ele não concorda que os juízes possam invocar uma moralidade política geral (por ser muito ampla), mas apenas os valores políticos abarcados em uma concepção política de justiça. Note-se que ele mesmo reconhece ter dúvidas se a posição dele difere em substância da de Dworkin.

<sup>27</sup> A tese defendida por Rawls da possibilidade de uma corte invalidar emendas não é incomum no direito constitucional comparado. Conforme Gonzalo Andres Ramirez Cleves (2016, p. 214) explica, as cláusulas pétreas

Outro papel fundamental de um tribunal constitucional para Rawls (2011, p. 281) é atribuir força e vitalidade à razão pública no fórum público, e isto a corte faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais. Ela desempenha essa função no momento em que interpreta clara e efetivamente a constituição de maneira razoável. Um tribunal constitucional tem como destino ser um centro de controvérsia de grandes questões jurídicas, morais, sociais e políticas. Para Rawls (2011, p. 283), é papel da corte compelir que a discussão pública ocorra com fundamento em princípios, de maneira que os temas constitucionais sejam debatidos de acordo com a razão pública. A discussão deixa de ser estratégica e de disputa de interesses e passa a contribuir para que os outros poderes também participem dela e para a educação cívica dos cidadãos com a finalidade de que eles argumentem com razões públicas. É interessante notar que Rawls cita (2011, p. 284) expressamente Dworkin como idealizador desse argumento fundamental da corte como fórum de princípio. Assim como Dworkin, Rawls entende que o controle jurisdicional de constitucionalidade possa ser defendido sob certas circunstâncias históricas e sob dadas condições de cultura política.

---

– que visam proibir o poder constituinte derivado de mudar aspectos essenciais da Constituição, como direitos fundamentais e elementos indispensáveis ao Estado de Direito – são comuns a várias Constituições, como a Alemã de 1949 (artigo 79.3), a Italiana de 1947 (artigo 139), a Francesa de 1958 (artigo 89.5), a Portuguesa de 1976 (artigo 290), a Brasileira de 1988 (artigo 60, §4º), a de El Salvador de 1982 (artigo 248), a Venezuelana de 1999 (artigo 342), dentre outras. No entanto, a Constituição da Colômbia de 1991, assim como a dos Estados Unidos, não tem previsão expressa de vedação de emendas. Por essa razão, a corte constitucional colombiana criou a doutrina da substituição constitucional (“constitutional replacement doctrine” or “unconstitutionality for substitution”), que a permite julgar a inconstitucionalidade de emendas que contrariem o bloco de constitucionalidade, isto é, quando contradizem os princípios inerentes da Constituição, firmados em tratados internacionais, como os de direitos humanos. Segundo Carlos Bernal Pulido (2013, p. 342), a corte colombiana entendeu que seria uma decorrência lógica da Constituição que o poder constituinte de reforma – de aprovar emendas – pode modificá-la ou alterá-la, mas não substituir o poder constituinte originário, uma vez que é poder constituído; não podendo, dessa forma, contrariar elementos essenciais que fazem parte da identidade da Constituição. A declaração de emendas constitucionais em países em que faltam cláusulas pétreas nas suas Constituições já ocorreu em outros países como Bangladesh, Argentina, Peru, Taiwan e México, de acordo com Gonzalo Cleves. A pioneira, nesse aspecto, foi a Suprema Corte da Índia, que desde 1967, no caso *Golaknath vs. State of Punjab* (1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762), estabeleceu que o poder de reformar não pode ser confundido com o poder constituinte. Essa tese que foi designada pela doutrina como “estrutura básica” (“Basic Structure”), porque alguns elementos estruturais da Constituição não podem ser modificados. Gonzalo Cleves (2016, p. 215) defende que essa doutrina deve ser aplicada só em casos extremos, quando a estrutura constitucional estiver ameaçada, para que evitar excessos e abusos do Judiciário. Carlos Bernal Pulido (2013, p. 347) aponta objeções a essa doutrina da “substituição constitucional”: I) a corte constitucional seria o supremo intérprete sobre quais seriam os elementos essenciais da Constituição, II) a corte teria a palavra final sobre o significado dos elementos essenciais da Constituição, III) a decisão da corte seria vinculante aos poderes públicos e aos cidadãos. Carlos Pulido (2013, p. 356) propõe que se avalie a constitucionalidade de emendas, em um contexto de hiperpresidencialismo como o colombiano, apenas se houver violação de direitos fundamentais, da separação de poderes e do estado de direito e se a emenda infringir o ideal de democracia deliberativa presente na Constituição colombiana. Por outro lado, uma crítica substancial ao controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas à constituição foi desenvolvida na dissertação de mestrado de Ana Luísa de Navarro Moreira (2014), que contesta a legitimidade democrática da autoridade final das cortes em relação às mudanças constitucionais, com base em uma concepção discursiva de democracia, pois isso enfraqueceria a responsabilidade do povo como autor e intérprete final da Constituição.

### 2.3 A representação argumentativa da jurisdição constitucional em Robert Alexy

Seguindo a mesma linha do fórum de princípios de Dworkin e do fórum de razões públicas de Rawls, o filósofo do direito alemão Robert Alexy (2005) defende a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade com fundamento na qualidade dos argumentos oferecidos pela corte ao debate democrático, reformulando a noção de representação para incluir a representatividade argumentativa dos cidadãos exercida pelas cortes.

Alexy (2005, p. 578) reconhece o problema de justificar o poder jurídico de uma corte constitucional de invalidar os atos do parlamento em um estado democrático no qual todo poder emana do povo, visto que o exercício da autoridade do poder legislativo é legítimo na medida em que este órgão representa o povo. A representação é democrática porque os parlamentares são selecionados e controlados por eleições livres e gerais. Os juízes, por sua vez, não detêm nenhuma legitimação direta e não existe a possibilidade de controlá-los por via de reeleição. O único modo de reconciliar a revisão constitucional do Judiciário com a democracia é conceber os integrantes da corte constitucional também como representantes do povo. A chave para a solução de problema, para o filósofo alemão, é o conceito de representação argumentativa.

Para Robert Alexy (2005, p. 579), a concepção mais adequada de democracia deve compreender não somente a decisão, mas também a argumentação. A concepção majoritária seria centrada exclusivamente no processo de tomada de decisão, que seria determinado pela eleição e pela regra majoritária. Por isso, para essa perspectiva, seria possível sustentar apenas a legitimidade da representação parlamentar, haja vista que a relação entre o representante e o representado é essencialmente definida pela eleição. Por outro lado, o filósofo do direito alemão defende o conceito de democracia deliberativa, que eleva a importância do argumento e do discurso para a ideia de democracia. O conceito de representação deve incluir uma dimensão ideal que conecta decisão com discurso. É definida por uma conexão das dimensões normativa, factual e ideal. A representação das pessoas não deveria ser determinada somente por eleições e pelo voto, mas também pelo argumento. Desse modo, a representação das pessoas no parlamento é baseada na vontade e na decisão, assim como, no argumento e no discurso. A representação de uma corte constitucional é, diferentemente, apenas fundamentada no argumento e no discurso.

Entretanto, a representação argumentativa não legitima a utilização de todo e qualquer argumento pela corte desconectados do que os cidadãos realmente pensam, pois existem limites e controles. Alexy (2005, p. 580) assevera que existem duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: 1) a existência de argumentos sólidos e corretos, de

modo que os melhores argumentos devem ser buscados e distinguidos dos piores; 2) a existência de pessoas racionais, capazes e dispostas a aceitar a solidez e a correção de argumentos por essa razão. Exige-se, portanto, que a corte constitucional apresente argumentos sólidos e que um número suficiente de membros da comunidade aptos e com boa vontade de exercer as suas capacidades racionais e, pelo menos no longo prazo, de aceitarem esses argumentos por razões de correção.

O constitucionalismo discursivo, para Alexy (2005, p. 581) é um empreendimento de institucionalizar razão e correção. Se existem argumentos bons e corretos assim como pessoas racionais, a razão e correção são melhor institucionalizados com a jurisdição constitucional do que sem ela. Contudo, é interessante notar que o autor salienta, de forma sutil e breve, a prioridade da representação argumentativa das cortes em relação à representação eletiva, levando a entender que defenderia uma supremacia judicial nos países que adotam o controle judicial de constitucionalidade<sup>28</sup>. Não avança na questão se os limites e controles devem se dar apenas no plano argumentativo ou se seria legítimo e adequado haver um controle institucional sobre a decisão judicial, por exemplo, *a posteriori*, com uma superação (*overruling*) da decisão da corte pelo poder legislativo, possibilitando um diálogo interinstitucional, por exemplo<sup>29</sup>.

### 2.3.1 O papel representativo das cortes para Luís Roberto Barroso

Na mesma tônica desse *insight* sobre o papel representativo das cortes com base em argumentos desenvolvido por Robert Alexy, Luís Roberto Barroso (2016, p. 78), endossou expressamente a ideia e defendeu o caráter representativo do Supremo Tribunal Federal fundamentado em razões, sobretudo para a proteção de direitos fundamentais. Na confluência presente entre democracias representativa e deliberativa nos arranjos institucionais contemporâneos, o constitucionalista brasileiro sustentou que o exercício legítimo do poder é embasado em votos e razões. A ideia de democracia deliberativa é abalizada em uma legitimidade discursiva, por meio da qual as decisões devem ser tomadas com base em um livre, amplo e aberto debate público em que as razões das escolhas devem ser fornecidas.

---

<sup>28</sup> “If these conditions are fulfilled, the answer to the question, raised above, as to why purely argumentative representation shall have priority over representation based on election and re-election is no longer difficult” (ALEXY, 2005, p. 581).

<sup>29</sup> Thomas Bustamante (2016a, p. 57), conforme será demonstrado no segundo capítulo desta dissertação, critica a posição de Robert Alexy. Para o teórico brasileiro, a corte constitucional poderia contribuir, com essa lógica de representação argumentativa, na fase deliberativa do processo político, ao possibilitar que se aumente a capacidade de participação dos cidadãos. No entanto, na fase decisória, a autoridade final deveria permanecer com os cidadãos, pois, caso contrário, a corte pode privá-los do direito de participar na decisão final.

Contextualizando empiricamente com a crise de representação dos parlamentos no mundo democrático – em virtude da disfuncionalidade, da omissão, da corrupção e pela grande influência dos interesses privados sobre o público na arena legislativa –, Barroso (2016, p. 77) justificou a expansão do Judiciário nesse vácuo de poder, especialmente no Brasil, de forma que muitas demandas de índole social e moral, para efetivação de direitos fundamentais, são ajuizadas nas cortes, debatidas e decididas por elas. O papel representativo da corte estaria também na satisfação dessas demandas sociais não realizadas pelos parlamentos. Se a corte já desempenha um papel relevante em democracias maduras como Estados Unidos, Alemanha e Canadá, o constitucionalista brasileiro pensa ser ainda mais importante em países de democratização tardia, ou de recente redemocratização como o Brasil, no qual o processo majoritário muitas vezes não atende os pleitos da sociedade devido às distorções históricas na distribuição de poder e renda pela sociedade.

Nesse sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p. 82), os tribunais constitucionais ocasionalmente desempenham o papel de uma vanguarda iluminista, com o dever de empurrar a história quando ela se encontra atrasada, embora reconheça que tal poder deve ser praticado com parcimônia e prudência em virtude do risco que representa à democracia. Com efeito, cita como exemplo decisões paradigmáticas tomadas por cortes constitucionais: a que declarou, nos Estados Unidos, a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas no caso (*Brown v. Board of Education*); a que aboliu a pena de morte na África do Sul; a que proibiu de forma absoluta a tortura em Israel, mesmo em casos de suspeita de terrorismo; a que garantiu igual status entre as uniões do mesmo sexo e as convencionais no Brasil.

Apesar de Barroso (2016, p. 86) ser um entusiasta do papel mais ativo da jurisdição constitucional em democracias constitucionais, defende a tese dos diálogos constitucionais, admitindo que mesmo nos casos em que a corte é o intérprete final da Constituição, existe a chance do diálogo institucional entre os poderes e com a sociedade. Barroso reconhece a possibilidade de a interpretação judicial ser superada por uma emenda constitucional, ou da própria corte enviar uma questão para o parlamento resolver dentro de um determinado prazo, ou fazer um apelo ao legislador, exortando-o a decidir sobre um caso<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> “[...] it is worth incidentally pointing out a phenomenon known by legal scholarship as *constitutional dialogue*, or *institutional dialogue*”. Even though the constitutional court or supreme court is the final interpreter of the Constitution in each case, three noteworthy concepts can subvert or mitigate this condition, namely: a) the interpretation of the Court can be overcome by an act of the Parliament or Congress, usually by constitutional amendment; b) the Court may return the matter to the Legislature, setting a deadline for resolution; or c) the Court may urge the Legislature to act, resorting to the so-called “appeal to the legislator.” (BARROSO, 2016, p. 86)

## 2.4 Conclusões parciais

Os teóricos constitucionais geralmente justificam a supremacia judicial na interpretação constitucional e no controle de constitucionalidade das leis com fundamento na superioridade do poder constituinte originário, que representaria diretamente o povo mobilizado e engajado civicamente, em detrimento da política cotidiana, na qual os cidadãos se preocupariam mais com seus interesses privados enquanto delegariam o exercício da política a representantes indiretos; no fato dos juízes e dos tribunais constitucionais serem órgãos independentes e imunes à política; no controle do abuso de poder – como decorrência lógica da separação dos poderes e do poder de veto que um exerce sobre o outro – e na tentativa de se evitar a tirania da maioria contra os direitos fundamentais de uma minoria; dentre outros. Dworkin, acompanhado por Rawls e Alexy, adicionam outros argumentos relevantes para sustentar a legitimidade democrática do *judicial review*. Para eles, uma corte constitucional se justifica por ser um fórum de princípio, um fórum de razões públicas, ou por exercer uma representação argumentativa da sociedade. Juízes fundamentam suas decisões com base em princípios, em uma concepção pública razoável e racional, em argumentos jurídicos sólidos e corretos; não por pressões partidárias ou políticas, nem por escolhas estratégicas e utilitárias, tampouco por considerações que envolvam barganhas ou negociações.

Dentro desse contexto, a jurisdição constitucional detém a relevante função de inserir argumentos de princípio no debate público democrático. A legitimidade da corte não se dá por votos, mas é baseada em argumentos e discursos. No processo de justificação das decisões dos casos em que a corte tem que decidir, deve-se buscar as melhores razões para resolvê-los. Como cortes muitas vezes são o cerne de discussões de grandes temas constitucionais, que tangenciam questões morais, sociais, e políticas, a corte favorece que o debate público ocorra com base em princípios e em razões públicas, contribuindo para que não só políticos, mas também cidadãos argumentem procurando as melhores razões. Ao trazer tais argumentos para as suas decisões, a corte leva força e vitalidade também para a esfera pública democrática.

Para exercer essa importante finalidade, os juízes devem se disciplinar sempre pela busca e compreensão do argumento mais correto segundo os princípios daquele ordenamento constitucional. Conforme defende Dworkin, devem-se engajar na leitura moral desses princípios disciplinada pela exigência da integridade, isto é, buscando serem coerentes com a história institucional – com a constituição, as leis e os precedentes – daquela comunidade política ao mesmo tempo em que procuram a melhor interpretação construtiva para sua prática.

Para esses autores, as decisões de uma corte constitucional invalidando uma lei aprovada pela maioria dos representantes do povo não são antidemocráticas *a priori*. Caso produzam

resultados substantivamente adequados, que assegurem os princípios constitucionalmente previstos, elas podem, inclusive, reforçar a democracia. Isso porque não concebem a democracia apenas como uma série de procedimentos formais de decisão, que visam garantir igualdade de impacto e oportunidade de participação dos cidadãos, baseado na regra da maioria, no voto e na eleição de representantes. A rigor, entendem que em uma democracia constitucional, deve-se resguardar os direitos fundamentais de todos, assim como os princípios estruturantes da democracia. Dworkin, por exemplo, entende que uma corte constitucional pode aperfeiçoar a legitimidade geral de uma comunidade política, caso proteja as condições democráticas de filiação moral de seus membros, isto é: a liberdade negativa e a positiva dos cidadãos, bem como a distribuição igualitária de recursos e oportunidade. Mas essa é uma justificativa instrumental, não intrínseca.

Tanto Dworkin como Rawls reconhecem que a relevância de uma corte constitucional para uma democracia dependerá de circunstâncias históricas, culturais, institucionais e políticas. Existem democracias sem cortes constitucionais, que conseguem proteger bem os direitos, mas a existência de cortes, por si só, não viola a ideia de uma democracia. Nem Dworkin, tampouco Rawls defendem a existência das cortes como uma ideia universal e essencialmente válida para todos os regimes democráticos. Para eles, fatores históricos, sociológicos e políticos serão mais importantes para definir a necessidade para determinado regime democrático.

Sobre a autoridade para dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, segundo Dworkin, cada ordenamento jurídico decide quem a deterá. Independentemente dessa concessão histórica e cultural, o filósofo americano entende que a democracia pode admitir (ou não) que o Judiciário detenha essa última resposta. Ele entende que a Constituição americana adota a supremacia judicial no exercício do controle de constitucionalidade. Embora admita que uma decisão da Suprema Corte possa ser superada por uma emenda constitucional, o autor crê que a melhor maneira de se reagir a uma má decisão de um tribunal constitucional se dá por meio de constrangimentos intelectuais, apontando os argumentos ruins e bons. O debate proporcionado pela opinião pública pode fazer com que a corte mude de posicionamento no futuro. Dworkin não é entusiasta de constrangimentos institucionais por outro poder à decisão judicial, tal como seria uma superação legislativa sobre o caso decidido.

### 3 – CRÍTICAS À LEGITIMIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Assim como as bases teóricas em defesa da legitimidade controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário começaram a ser desenvolvidas desde a Convenção de Filadélfia, em 1787, pelos federalistas, as críticas à possibilidade de juízes invalidarem leis aprovadas pelos representantes do povo também apresentam raízes nos debates que antecederam à promulgação da Constituição Americana. Um antifederalista, que usava o pseudônimo *Brutus*, publicou uma série de artigos em jornais da época contestando a natureza judicial do controle da compatibilidade entre as leis e a Constituição, pela razão de que a Constituição não instituía nenhum mecanismo de controle aos erros da corte constitucional, de modo que as suas decisões teriam força de norma constitucional, subordinando os demais poderes ao Judiciário. Isso somado à tendência humana natural de querer ampliar os poderes aliado à natureza abstrata e ambígua da linguagem constitucional, resultaria na supremacia judicial, comprometendo a ideia de independência e harmonia entre os poderes (BRANDÃO, 2012, p. 30).

De igual maneira, torna-se importante lembrar que o contexto político no qual estava inserida a decisão do caso *Marbury v. Madison*, considerada a pioneira do controle de constitucionalidade moderno, foi de disputa intensa de poder entre os principais partidos da época: os federalistas, detentores de maioria na Suprema Corte; e os republicanos, que dominavam a presidência com Thomas Jefferson<sup>31</sup>. Conforme explica Bruce Ackerman (2005, p. 6), havia a luta pela concepção filosófica e política de o que (ou quem) representava realmente a vontade do povo: a Constituição, aprovada na Convenção da Filadélfia de 1787, que deveria ser protegida pela Suprema Corte, tese defendida pelos federalistas; ou o mandato presidencial obtido com a vitória nas eleições recentes, ou seja, com o apoio da maioria da população, e respaldado pelo Congresso, posição sustentada pelos republicanos. Por um lado, os federalistas ressaltavam a necessidade da supremacia da Constituição em face de maiorias

---

<sup>31</sup> Em um resumo breve, essa disputa se acirrou porque o presidente John Adams, poucos dias antes do término do seu mandato, criou e nomeou dezenas de juízes (*circuit judges*) em um processo relâmpago. Isso irritou os republicanos, que os reputavam ilegítimos, designando-os de juízes da meia-noite, por terem sido nomeados pelo partido derrotado nas urnas e por visarem reduzir a vitória dos republicanos nas urnas mediante a perpetuação dos princípios federalistas no Judiciário. Por esse motivo, um dos primeiros atos praticados pelo Congresso republicano foi a extinção dos cargos dos juízes e a retirada daqueles já nomeados, o que ensejou a posterior judicialização por vários que se sentiram lesados, culminando no caso *Marbury v. Madison*. Willian Marbury foi um dos juízes que não receberam sua investidura por Madison, Secretário de Estado de Jefferson. Apesar de reconhecer a ilegalidade da conduta de Madison, John Marshall – presidente da Suprema Corte que julgou o caso –, considerou inconstitucional o dispositivo legal que concedia competência para a corte julgar o caso, negando-se a ordenar o Presidente a dar posse aos impetrantes. Ao mesmo tempo que afirmou a competência da corte para julgar a inconstitucionalidade de uma lei, Marshall evitou o confronto com o presidente que poderia erodir a independência da corte (BRANDÃO, 2012, p. 35-6).

transitórias; por outro, os republicanos argumentavam que tal proposta redundava em um governo dos mortos sobre os vivos, enfatizando os conflitos intergeracional e democrático a ela subjacentes. Além disso, os republicanos afirmavam que a voz da nação, manifestada nas eleições, repudiava os federalistas, de forma que o entrincheiramento de federalistas e seus princípios no Poder Judiciário configurava um uso fraudulento da Constituição (BRANDÃO, 2012, p. 33-4)<sup>32</sup>. Nota-se, pois, que a crítica sobre a legitimidade democrática da atuação judicial encontrava-se presente desde a sua origem.

Convém destacar, ainda, que a desconfiança de que a corte constitucional não deteria nenhuma característica especial que a faz qualitativamente diferente das pessoas e de seus representantes foi desenvolvida de forma eloquente na crítica do Presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln em seu discurso inaugural (*First Inaugural Adress*) de 1861 (BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 4). O contexto histórico desse discurso se dá posteriormente à decisão do caso *DredScott v. Sanford*<sup>33</sup> e na véspera da Guerra Civil americana (a decisão é considerada como catalisadora da guerra), e apresenta uma crítica veemente à decisão que julgou, entre outras coisas, inconstitucional a autoridade do Congresso em proibir a escravidão em um estado ou território, o que, para Lincoln, teria usurpado o papel democrático do povo, ao retirar a questão da agenda política e tratá-la como uma questão de direito individual à propriedade. Em seu discurso, Lincoln afirma que nenhum documento contém ou expressa previsões para todas as questões. A Constituição americana não definia expressamente se o Congresso poderia ou não proibir a escravidão em seus territórios. Dessa forma quando surgisse uma controvérsia, como a unanimidade não é possível, para Lincoln, a regra majoritária deveria ser respeitada, tendo em vista que a regra da minoria como arranjo permanente levaria o risco de alguma forma de anarquia ou despotismo<sup>34</sup>. A crítica vigorosa de Lincoln continua quando

---

<sup>32</sup> Trecho de discurso de Thomas Jefferson, em 1801, nesse sentido. “[The Federalists] have retired into the judiciary as a stronghold. There the remains of federalism are to be preserved and fed from the treasury and from that battery all the works of republicanism are to be beaten down and erased. By a fraudulent use of the Constitution, which has made judges irremovable, they have multiplied useless judges merely to strengthen their phalanx” (apud ACKERMAN, 2005, p. 112).

<sup>33</sup> 60 US (19 How.) 393 (1857). Além de retirar o poder do Congresso de proibir a escravidão nos então territórios federais da União, o caso *DreadScott v Sanford* julgou que os escravos e seus descendentes não eram cidadãos protegidos pela Constituição americana e não tinham direito de peticionar perante cortes federais, e que as cortes estaduais tinham jurisdição sobre questões substantivas em sua circunscrição (BELLAMY, 2007, p. 121). Considerada como uma das piores decisões de tribunais constitucionais da história, reforça a crítica de que nem sempre cortes evitam a tirania da maioria e reforçam direitos de minorias e podem atuar, pelo contrário, para prejudicar tais direitos.

<sup>34</sup> “No foresight can anticipate, nor any document of reasonable length contain, express provisions for all possible questions. Shall fugitives from labor be surrendered by national or State authority? The Constitution does not expressly say. May Congress prohibit slavery in the territories? The Constitution does not expressly say. From questions of this class spring all our constitutional controversies, and we divide upon them into majorities and minorities. If the minority will not acquiesce, the majority must, or the government must cease. There is no other alternative; for continuing the government, its acquiescence on one side or the other... Unanimity is impossible;

assevera que se a política do governo sobre questões vitais, afetando todas as pessoas, for fixada pela Suprema Corte, de forma irrevogável, então as pessoas deixariam de ser seus próprios governantes, renunciando essa função e transferindo-a para o eminente tribunal<sup>35</sup>. O ponto de Lincoln era de que a comunidade política só poderia subsistir se todos participantes permanecerem comprometidos para encontrar soluções em comum para os problemas como coletividade, o que é subvertido quando se impede de se negociar e a corte decide em favor de uma das partes (BELLAMY, 2007, p. 122).

Além desses argumentos históricos contra a supremacia judicial, existem críticas contemporâneas tão ou mais elaboradas, como bem descritos por Conrado Mendes (2011) e Rodrigo Brandão (2012): 1) a corte não apresenta capacidades institucionais para decidir sobre todos os casos – por limitação de conhecimento, informação e tempo ou mesmo pela limitação institucional, uma vez que só pode discutir com argumentos jurídicos, não detendo competências para debater economia ou políticas públicas, por exemplo – nem para mensurar os seus efeitos sistêmicos, isto é, as consequências econômicas ou sociais danosas ou não (VERMEULE, SUNSTEIN, 2003); 2) do ponto de vista empírico, a corte não consegue proteger direitos das minorias, pois não tem como resistir por muito tempo contra uma maioria consistente e persistente no tempo (DAHL, 1957); 3) a corte não está fora da política e não é o agente neutro que às vezes se supõe, pois muitas vezes disfarça uma opinião ideológica ou um ato de vontade com adornos de uma linguagem aparentemente técnica, como demonstrou os estudos do realismo jurídico e da ciência política; 4) a concepção do constitucionalismo popular, defendida por Kramer (2004) e Tushnet (1999), consistente na crítica da ideia da interpretação constitucional “juristocêntrica” – de que a constituição deve ser interpretada em caráter definitivo pelos juízes – e a defesa de que a constituição deve ser vista como um documento político acessível ao povo e aos seus representantes eleitos, de modo que deve permanecer a responsabilidade pela última palavra sobre a interpretação constitucional com o povo, não com os “homens do direito” na corte.

A despeito da profundidade muito maior de cada uma dessas teorias contemporâneas críticas à jurisdição constitucional (ou pelo menos, à supremacia judicial), o presente capítulo

---

the rule of a minority, as a permanent arrangement, is wholly inadmissible; so that, rejecting the majority principle, anarchy, or despotism in some form, is all that is left” (LINCOLN apud BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 2)

<sup>35</sup> If the policy of the Government upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties in personal actions, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal (LINCOLN apud BELLAMY, 2007, p. 122)

tem por objetivo analisar os principais argumentos contrários à legitimidade democrática desenvolvidos por Jeremy Waldron e Richard Bellamy.

### **3.1 A teoria democrática da autoridade e objeção ao *judicial review* em Jeremy Waldron**

Jeremy Waldron – professor neozelandês radicado nos Estados Unidos na New York University School of Law – é um dos principais pensadores da filosofia constitucional contemporânea, reconhecido por ser contrário à atuação das cortes constitucionais e por ser entusiasta da supremacia dos parlamentos representativos. Para Waldron (1999b, p. 2), a teoria e a filosofia do direito contemporânea desenvolveram uma pintura idealizada da jurisdição constitucional e uma imagem de má-reputação da legislação e das legislaturas<sup>36</sup>. Essa visão da legislação como proveniente de negociatas, barganhas, concessões – pintando a legislatura com tons sensacionalistas – serve para dar credibilidade ao *judicial review* e para esconder a embaraçosa dificuldade democrática (contramajoritária) que as cortes enfrentam no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Existe, segundo ele, uma intoxicação com as cortes e pouco esforço intelectual para conceber uma teoria jurídica que dê atenção à democracia. Waldron defende, em breve síntese, que em uma sociedade democrática, onde exista comprometimento com direitos, mas também divergência razoável sobre o seu conteúdo, as polêmicas não devem ser decididas por juízes não eleitos, mas sim pelo povo, por intermédio dos seus representantes. O pensador critica a jurisdição constitucional por dois fundamentos principais: 1) não há razão para supor que os direitos são melhor protegidos com o *judicial review* do que poderia ser por legislativos democráticos; 2) independente de qualquer resultado que é gerado, cortes constitucionais são democraticamente ilegítimas.

#### **3.1.1 O desacordo razoável e as circunstâncias da política**

Para explicar a especial importância da legislação, da autoridade democrática do legislativo e do procedimento majoritário, Waldron apresenta a ideia de “circunstâncias da política”, que pode ser depreendida do amplo desacordo sobre as questões fundamentais da comunidade política, que coexiste com uma convicção compartilhada da especial importância

---

<sup>36</sup> Waldron (1999a, p. 8) cita Roberto Margabeira Unger para concordar com esse pensador quando diz que há uma marginalização da legislação. O “pequeno segredo sujo” da teoria jurídica contemporânea seria o desconforto com a democracia, enquanto promove juízes, juristas, a hipertrofia de arranjos contramajoritários e de restrições à regra da maioria. Existe uma falha em desenvolver a ciência jurídica apropriando o direito como produto de um mundo democrático e livre. Waldron pretende responder esse desafio de Mangabeira Unger ao desenvolver uma teoria jurídica vinculada à democracia, a ideia de autogoverno, preocupada com a legitimidade da autoridade e do direito.

de ter um quadro comum do processo de decisão para lidar com esse desacordo de modo justo e respeitoso (BUSTAMANTE, 2016a, p. 50).

Waldron (1999, p. 102) designa como “circunstâncias da política” aquelas circunstâncias nas quais, em uma certa comunidade, é preciso agir juntos para chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes ou em desacordo. Exige-se, dessa maneira, dois elementos para caracterizar as “circunstâncias da política” em sociedades democráticas: 1) a necessidade de uma decisão comum para determinar o curso da ação acerca de algum tema; 2) o profundo desacordo razoável a respeito do que essa decisão ou ação deva, de fato, ser (MOREIRA, 2014, p. 110).

A ideia de Waldron de circunstâncias da política é uma adaptação inspirada na noção de circunstâncias da justiça de John Rawls (1971, p. 126-130), que se traduz nas condições normais nas quais a cooperação humana é possível e necessária. Quando há escassez moderada de recursos somados a conflito de interesses e de reivindicações sobre a divisão das vantagens sociais (altruísmo limitado), então se torna inevitável a coexistência social, segundo princípios da justiça, na medida em que se faz necessário haver regras em comum capazes de coordenar atividades individuais, isto é, de se definir direitos. De forma similar, quando membros de uma determinada comunidade política sentem a necessidade de um padrão ou de uma estrutura de decisão ou do curso de uma ação sobre determinado assunto, e existe uma divergência sobre como essa decisão ou ação deve ser, estão presentes as circunstâncias da política. Isso é indispensável para compreender a necessidade de procedimentos justos para tomada de decisões.

Ainda que as pessoas possam concordar que as circunstâncias da justiça tornem a definição de princípios, regras e direitos necessários para a coexistência social, elas divergem sobre quais são essas normas, sua natureza, sua extensão e sua relação. Os indivíduos e grupos são plurais e divergem razoavelmente e de boa-fé sobre qual a melhor concepção de justiça. Discordam se o direito à vida permite ou não o aborto, se políticas redistributivas violam ou não o direito à propriedade, se a liberdade de expressão deve ou não ser limitada pelo direito à privacidade. Liberais divergem de conservadores; socialistas, de libertários; feministas, de defensores da família. As controvérsias são inúmeras e ocorrem sobre vários assuntos. Aliás, inclusive, os filósofos apresentam concepções rivais sobre qual teoria da justiça detém a visão com o conjunto mais coerente e persuasivo de uma sociedade bem-ordenada por princípios e direitos. Por essa razão, Waldron (1999a, p. 1-2) entende que se deve indagar, dada a oposição entre concepções sobre justiça, qual a melhor forma de se tomar a decisão política sobre elas.

Waldron considera que cabe aos filósofos teorizar não só sobre justiça, mas também sobre o melhor procedimento de decisão política, sobre instituições ou sobre a autoridade mais legítima para resolver os vários desacordos morais existentes na sociedade.

O desacordo razoável e sincero configura-se em um dos atributos mais relevantes e persistentes das sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas, tendo em vista que nem mesmo uma deliberação complexa e racional, um debate livre e bem informado, é apto para encerrá-lo. Em sua defesa para respeitar o desacordo, Waldron rejeita a ideia de que sempre é importante se alcançar o consenso e de que chegar até ele é um processo natural, porque isso pressupõe equivocadamente que sempre que pessoas pensam diferente sobre o bem comum, justiça e direitos são ignorantes, auto-interessadas, estão com preconceito ou com informações insuficientes. O autor não defende uma proposta relativista ou moralmente cética, rejeitando a singularidade da verdade ou a objetividade da moral. Ele aceita a objetividade da moral. No entanto, para Waldron (1999a, p. 4), mesmo que um filósofo diga que uma proposição é verdadeira e a outra falsa, outro filósofo com uma concepção ideológica rival pode discordar, e o desacordo persistirá. Ainda que haja resposta correta ou objetiva, as pessoas irão divergir profundamente sobre ela.

Cumprir evidenciar que a postura filosófica de Waldron é distinta da de Dworkin, uma vez que o segundo se atém a desenvolver uma teoria da decisão que engendra uma concepção adequada de justiça, que reivindica a resposta correta, sem se preocupar diretamente com os desacordos por trás dessa resposta, enquanto o primeiro tem por missão primordial reconhecer os desacordos para a construção de sua teoria democrática da autoridade (MOREIRA, 2014, p. 107).

Com efeito, o pensador neozelandês pretende atribuir valor à diversidade de inteligências trabalhando para resolver os mesmos problemas, e reconhece que pessoas podem divergir sinceramente sobre o conteúdo da verdade. Não se pode esperar que pessoas conscientes, com amplo acesso à razão, mesmo depois de uma discussão livre e aberta, cheguem às mesmas conclusões. Em qualquer visão plausível, as pessoas possuem diferentes valores, posições, perspectivas, experiências na vida humana, o que lhes darão diferentes bases para julgamento<sup>37</sup>. Para Waldron (1999, p. 111-113), essas diferentes bases de experiência e de

---

<sup>37</sup> Essa ideia de que indivíduos razoáveis e racionais exercendo com boa-fé suas capacidades racionais, em um debate amplo e com acesso às informações, podem discordar razoavelmente são explicadas pela ideia de **limites do juízo** (*burdens of judgment*) desenvolvida por John Rawls (2011), na obra *Liberalismo Político*. Rawls lista seis fatores que contribuem para a divergência do julgamento entre pessoas razoáveis: (1) a dificuldade de identificar e avaliar uma evidência — empírica ou científica — complexa ou conflitante relacionada ao caso; (2) o desacordo sobre a importância relativa ou diferentes ponderações ainda que concordemos sobre o que é relevante ao caso; (3) a vagueza, a indeterminação e a controvérsia dos conceitos, o que faz que as pessoas os avaliem de

posição, combinadas com a complexidade das questões enfrentadas, significa que as pessoas podem discordar sobre o que o mundo é, bem como dar peso e relevância diversos a elas. Esses fatores juntos demonstram que desacordos de boa-fé não são apenas possíveis, mas previsíveis. É irreal supor que as diferenças entre as pessoas são fundamentadas somente em ignorância, perversidade ou em rivalidades por poder, status ou ganhos econômicos. A multiplicidade de inteligências, a diversidade de perspectivas e a dificuldade das questões são suficientes para explicar porque as pessoas discordam razoavelmente.

### **3.1.2 A regra majoritária, a igualdade política e o direito à participação**

Em virtude da necessidade de se chegar a uma decisão sobre direitos, deve-se buscar um procedimento que todos considerem legítimo, independente da opinião sobre o mérito da questão, sobre qual visão deve prevalecer ou que assegure algum tipo de acomodação mútua e aceitável ou de compromisso entre as diferentes visões. A legitimidade de qualquer direito estabelecido na Constituição ou nas leis estará na equidade dos procedimentos empregados para resolver os desacordos morais. Em função disso, os procedimentos e as instituições devem ser arquitetados de forma que a decisão coletiva, reconhecendo o desacordo, trate todos os indivíduos como agentes com igual respeito e consideração e detentores de autonomia moral para definir os rumos da vida em coletividade. Para Waldron (1999, p. 108), a decisão majoritária é esse procedimento técnico que permite escolher um curso de ação em circunstâncias onde existe um impasse sobre o que fazer. No entanto, diferente de outra técnica, tal como jogar uma moeda para cima, este não é um método arbitrário ou aleatório. Na realidade, consiste em um procedimento moralmente respeitável, na medida em que trata todos os cidadãos com igual peso. A regra majoritária não é um simples “contar cabeças”, mas sim um método com valor intrínseco, pois reconhece os membros de uma sociedade como agentes morais iguais politicamente. A decorrência lógica da igualdade política consiste na regra majoritária.

A decisão majoritária merece respeito em razão de ser uma realização que leva em consideração as pessoas que a ação em comunidade representa. Sob as circunstâncias da política,

---

forma subjetiva nos casos difíceis; (4) o efeito das diferentes experiências de vida das pessoas – em uma sociedade diversificada, plural e complexa – no jeito como cada um avalia as evidências e pondera os valores políticos e morais; (5) os diferentes tipos de considerações normativas de peso diferente em todos os lados da controvérsia; (6) a impossibilidade do sistema político e social acomodar todos os valores. No entanto, é interessante notar que enquanto Rawls defende uma concepção normativa liberal que estrutura a sociedade de forma que toda a pluralidade divergente possa existir de forma consensual, retirando a disputa sobre liberdades e direitos da agenda política, Waldron vai no caminho contrário reconhecendo esse desacordo e considerando o procedimento democrático como o local adequado para se resolver o desacordo.

na visão de Waldron, o princípio da decisão majoritária adquire uma importância especial na medida em que demonstra igual consideração sobre os indivíduos que participam votando no processo de decisão para superar os desacordos sobre as questões controversas mais salientes de uma democracia constitucional (BUSTAMANTE, 2016a, p. 51). É uma métrica que reconhece o *status* de cada cidadão como igual, considerando de forma equivalente cada indivíduo que possui uma diferente opinião. Configurando-se, dessa maneira, em uma métrica da equidade. É, pois, a reafirmação do axioma *one man one vote* (ANDRADA, 2015, p. 27). A decisão majoritária respeita os indivíduos que participam da votação em duas maneiras: 1) respeitando as diferentes opiniões sobre justiça e bem comum: não minimizando, nem abafando a visão de ninguém para se alcançar um fantasioso consenso (mesmo que não haja); 2) incorporando o princípio do respeito por cada pessoa no processo pelo qual se resolve por uma visão a ser adotada mesmo em face do desacordo (WALDRON, 1999a, p. 109).

Em relação à abordagem sobre o problema da decisão, em face do desacordo, Waldron (1999, p. 111-114) salienta que o procedimento majoritário atribui valor e respeito aos indivíduos, já que envolve um comprometimento em dar igual peso ao ponto de vista de cada pessoa no processo no qual um entendimento é selecionado pelo grupo. Na realidade, tal método tenta dar a cada visão individual o maior peso possível no processo, compatível com o igual peso da visão de cada um dos outros. Sendo assim, não só cada pessoa pode ser minimamente decisiva, mas esse método atribui o máximo de poder de decisão a cada uma. Por exemplo, se em uma assembleia de 99 pessoas está dividida sobre um tema com 49 pessoas para cada lado, a decisão majoritária dá um grande poder de decisão a cada indivíduo e reconhece a igualdade de todos a serem considerados no julgamento para determinar o resultado.

A decisão majoritária, além disso, é neutra em relação aos resultados, porquanto trata os participantes e suas opiniões com igualdade. Quando não há acordo quanto ao resultado que se deseja, “quando não queremos predispor uma questão antecipadamente de uma forma ou de outra e quando cada um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral a ser tratada como igual no processo, então a decisão majoritária é o princípio a ser utilizado” (WALDRON, 2010, p. 136). Se existem duas opções para um grupo tomar uma decisão entre elas, o procedimento majoritário é moralmente valioso pois é o único que satisfaz as seguintes condições: (I) poder de decisão (*decisiveness*), (II) neutralidade, (III) igualdade, e (IV) capacidade de resposta positiva (*positive responsiveness*) (WALDRON, 2009a, p. 14).

O método majoritário incorpora o princípio da igualdade, dado que concede igual peso e potencial de decisão para os indivíduos ao votar, e estabelece, assim, um justo método de tomada de decisão (BUSTAMANTE, 2016a, p. 51). Waldron (1999a, p. 116) afirma que, diante

das circunstâncias da política, é justamente porque discordamos sobre o que consideramos um resultado substantivamente respeitoso que precisamos de um procedimento de decisão que leve em conta o igual respeito por todos como a regra da maioria. A regra majoritária atinge melhor o ideal de igual respeito e consideração porque dá a cada indivíduo a grande chance de determinar o resultado (WALDRON, 1999b, p. 160).

A propósito do tema, é importante destacar que Dworkin (2014a, p. 590) contesta a pressuposição de Waldron de que a decisão majoritária é sempre equitativa e um princípio intrinsecamente justo independente do contexto. A metáfora utilizada por Dworkin para ilustrar essa crítica é a de quando um bote salva-vidas está superlotado e um passageiro deve ser lançado ao mar para evitar que todos morram. A realização de um sorteio seria justa nesse caso, ao contrário de uma votação, que provavelmente escolheria o menos popular entre eles para se afogar, o que não seria equitativo nem justo. Waldron (2010, p. 137) rebateu dizendo que se os passageiros discordassem acerca do que seria mais equitativo – votar ou fazer um sorteio –, a maneira mais justa para resolver essa controvérsia seria votando para saber qual procedimento é mais equitativo. Dworkin (2014a, p. 591) questiona mais uma vez tal posição, pois à maioria seria atribuído o poder de decidir a questão de saber se a maioria pode decidir, o que provavelmente levaria a uma nova eleição. Seria possível prever o resultado do procedimento a ser adotado, e com isso não seria relevante transferir a votação para um outro nível majoritário. Quando há controvérsias sobre justiça procedimental, segundo ele, esta estende suas aporias até o infinito: não havendo nenhum procedimento padronizado de decisão para se definir os procedimentos de decisão. Para Dworkin (2014a, p. 592), as parcialidades, os antagonismos e os interesses pessoais da maioria não devem ser levados em consideração para determinar qual passageiro deve ser lançado ao mar, nem devem ser quando a comunidade política toma decisões acerca dos direitos de uma minoria específica e estigmatizada. Dworkin defende procedimentos que assegurem que opções injustas ou que violem direitos individuais não sejam escolhidos<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Em artigo mais recente, “*A majority in the lifeboat*” (2009a), Waldron propõe que os passageiros do bote salva-vidas selecionem – por meio do voto majoritário – entre um menu de procedimentos, no qual não conste a decisão majoritária, como o sorteio ou o sacrifício dos mais fracos ou menos saudáveis, como os mais velhos, que irão morrer de qualquer jeito. Para ele, nesse caso não seria injusto ou inapropriado o uso da decisão majoritária. Dworkin (2014a, p. 708), critica falando que o procedimento desejável seria um que não favorecesse qualquer dos passageiros, que não haja parcialidade desde o começo, e o próprio exemplo de Waldron não cumpre esse critério, quando propõe colocar entre as opções a morte dos mais fracos. Dificilmente, para ele, “a contagem de votos” para selecionar um procedimento atenderia essa condição da imparcialidade. Waldron (2009a) afirma ainda que a maior parte das decisões em uma democracia são para políticas gerais e legislação, não envolvem casos particulares de vida ou morte. Esse exemplo acrescenta pouco para refutar a concepção majoritária ou defender de forma geral o *judicial review*.

Diante desse contexto, percebe-se que, por um lado, Dworkin concebe que os procedimentos democráticos só são legítimos quando as pessoas respeitam os direitos umas das outras, isto é, agem de acordo com uma visão correta ou substancial dos direitos uns dos outros. Por sua vez, Waldron entende que são legítimos os procedimentos que levam a sério o desacordo de boa-fé entre os direitos e tratam cada indivíduo com igual respeito e detentores da mesma responsabilidade para tomada de decisão (MOREIRA, 2014, p. 113).

A decisão majoritária é o procedimento ideal para a decisão em circunstâncias de desacordo, para Waldron, porque além de consagrar a igualdade política entre os cidadãos, assegura o direito à participação. O direito dos direitos é compartilhar com os demais cidadãos a possibilidade de elaborar de leis, segundo Willian Cobbett, citado por Waldron (1999a, p. 232). Esse pensamento inspira Waldron a considerar que o direito à participação tem um papel especial e apropriado para situações nas quais os detentores de direitos discordam sobre quais direitos eles têm. Convém salientar, todavia, que Waldron não considera que o direito à participação tem prioridade moral ou seria mais importante que os outros direitos. No entanto, ele torna-se indispensável para a tomada de decisão sobre os outros direitos. Enquanto o direito à participação estaria no plano da autoridade, os outros direitos estariam no plano da teoria da justiça (MENDES, 2008, p. 103).

Participar é tomar parte ou compartilhar uma ação. O direito a participar faz parte do elemento coletivo no modo como os direitos dos cidadãos são decididos, não é apenas um direito individual. Para Waldron (1999a, p. 235), o direito humano à participação reivindicado na contemporaneidade não demanda que deva haver meramente um elemento popular em um governo, mas que esse seja decisivo. A demanda é por democracia, não pela inclusão de um elemento democrático em um regime não popular, no qual um rei, um autocrata ou uma aristocracia detenham a autoridade final.

O direito à participação denota o fato de que cada indivíduo tem o direito de desempenhar o seu papel, junto com o papel equivalente desempenhado pelos demais indivíduos, no governo da sociedade. O direito a compartilhar do processo político é uma demanda do cidadão para que sua voz seja ouvida e contada no processo de tomada de decisão, mas reconhecendo o fato que não é a única voz na sociedade, mas que deve ser contada junto com as demais vozes. Apesar de aspirar ao poder de decisão, essa ambição é temperada pelos princípios de justiça e equidade implícitos na universalização dessa reivindicação (WALDRON, 1999a, p. 236). Participar consiste, em suma, na garantia de que as decisões sejam tomadas de modo equânime por todos aqueles vinculados às suas consequências (ANDRADA, 2015, p. 29).

Uma preocupação existente nas democracias de multidão contemporâneas é a de que a voz do indivíduo e seu voto se percam no meio dos milhões que participam de eleições e referendos. Logo, questiona-se se teria valor essa voz e voto tão pequenos de cada pessoa, próximos a insignificância dado à numerosidade da sociedade, e se seria adequado resguardar esse direito à participação e não deixar que uma instituição não democrática, mas capacitada, tenha esse papel de decidir sobre direitos. Esse argumento do impacto individual infinitesimal do voto é, inclusive, utilizado por Dworkin para relativizar o que ele concebe como igualdade de impacto e para justificar o papel da jurisdição constitucional para assegurar a igualdade de respeito e consideração (como resultado) no tratamento dos cidadãos. Contudo, de acordo com Waldron (1999a, p. 238), o fundamento do direito a participar é menos no seu impacto decisivo e mais em se evitar o insulto e a desonra envolvida quando uma pessoa é tratada com menos consideração do que outras visões em questões que afetam a ele com os outros. Alguns direitos devem ser tratados do ponto de vista da justiça comparativa, para se evitar a arbitrariedade, a injustiça e a desproporcionalidade que o tratamento desigual enseja. Excluir alguém de uma decisão significa macular o senso de justiça e insultar a própria capacidade do indivíduo em decidir não apenas algo importante, mas no qual é importante por ele ter uma parcela com os outros. É desconhecer o cidadão como agente moral capaz de influir de forma decisiva acerca das questões que lhe atingem.

Waldron (2010, p. 122) reputa que Dworkin subestima e caracteriza mal a noção do direito de participar, pois o pensador americano considera que dar aos cidadãos a oportunidade de desempenhar um papel no processo de tomada de decisão política da comunidade apresenta uma boa consequência de confirmar a sua igual qualidade de membro ou posição na sociedade. Seria renovada a confiança de que os cidadãos são vistos como detentores de opiniões e escolhas que possuem valor. Apesar de avaliar como importante essa ponderação, Waldron a compara com a de um diretor salientando as vantagens de se permitir que os alunos se expressem sobre questões educacionais por intermédio do conselho escolar. Seria concedida a participação, mas não o poder de decisão final. Haveria uma desconsideração por parte de Dworkin do imperativo de ser tratado como igual no que concerne à tomada de decisão final de uma comunidade política, a ideia de princípio que estaria em jogo no momento em que um cidadão pergunta indignado: “Como ousam excluir minha opinião, privar a mim dessa decisão, que me afeta e à qual fico sujeito”? (WALDRON, 2010, p. 122).

Com efeito, o direito à participação requer que todos sejam tratados iguais em assuntos que afetam seus direitos, interesses e deveres. Votar é uma responsabilidade enorme porque decide, dentro de uma variedade de opções controversas, questões sociais importantes. Ainda

que as definições dos objetivos sociais por meio do voto possam causar um grande mal, assim como um grande bem, é exatamente para resolver as controvérsias sobre as metas sociais e o bem comum que os direitos de participação são constituídos. Os cidadãos, ao decidir como votar, descobrem o que é importante em política e como seu voto, junto com outros milhões, podem melhor promover isso. Waldron (1999a, p. 243) rejeita a mitigação do direito ao voto por objetivos previamente determinados e entrincheirados. Para o pensador neozelandês, o processo democrático deve determinar a política e os princípios, os objetivos coletivos e os direitos individuais. O poder para decidir deve ser conferido, em termos igualitários, às pessoas cujos direitos estão em jogo. Todos que historicamente lutaram pelo sufrágio universal (negros, mulheres, pobres, trabalhadores), segundo Waldron (1999a, p. 249-250) demandavam para que todas as questões que afetavam a comunidade, inclusive as sobre princípio, deveriam ser estabelecidos por todos de forma igualitária. A atratividade da participação democrática consiste no fato de que é uma solução baseada em direitos para o problema do desacordo sobre direitos. A participação configura-se na resposta mais natural para o desacordo sobre direitos e para o problema da autoridade (MENDES, 2008, p. 107).

Em sociedades democráticas em bom funcionamento, Waldron (2010, p. 136-7) entende, por conseguinte, que a forma mais adequada de solução de controvérsias é a deliberação no processo legislativo, tendo em vista que o Poder Legislativo é erigido por mecanismos baseados na atribuição de igual oportunidade de influência nas decisões para todas as pessoas. A legitimidade dos parlamentos consistiria, desse modo, na possibilidade de igual participação e no direito à voz que a decisão majoritária proporciona a todos os cidadãos.

### **3.1.3 A teoria democrática da autoridade**

Jeremy Waldron (1993, p. 19-20) considera que teorias sobre a justiça ou as teorias sobre direitos devem ser complementadas por teorias da autoridade, cuja função é determinar como decisões devem ser tomadas em uma comunidade nas quais o desacordo moral e razoável é a tônica. Em um contexto no qual as pessoas inevitavelmente discordam sobre o que a justiça exige e quais são os direitos que existem, o que é a característica persistente na maioria das sociedades democráticas contemporâneas, deve-se discutir quem deterá o poder para tomada de decisões, ou seja, quais procedimentos e instituições irão definir o que deve prevalecer em relação às questões práticas que as teorias da justiça, que se opõem, discutem. Para o autor, mais do que indagar “o que se decide?”, é importante saber “quem decide?” e “como se decide?” (ANDRADA, 2015, p. 26).

É oportuno registrar que a teoria da autoridade é um complemento, não uma substituição da teoria da justiça. A questão sobre o que é uma boa decisão permanece quando se pergunta “quem decide?”. A função da teoria da justiça e direitos é oferecer a recomendação para quem for identificado, pela teoria da autoridade, como a pessoa com o poder de tomar decisão. No entanto, cabe perguntar quem deve tomar essa decisão? Uma teoria substantiva sobre direitos não é, em si mesma, uma teoria da autoridade que é necessária em face do desacordo. (WALDRON, 1993, p. 32-33)<sup>39</sup>. Não é suficiente dizer que a verdade deve prevalecer, pois isso levaria a um desacordo no campo da autoridade. A teoria da autoridade deve identificar alguma concepção que triunfe a partir de um critério distinto daqueles que são fontes do primeiro desacordo (MENDES, 2008, p. 108). O que vale é a forma ou procedimento, não a substância. Não se pode legitimar a decisão pelo conteúdo, pois se as pessoas não concordarem com ela se veriam livres para desobedecê-la e retornarem a um estado de natureza *hobbesiano* (MENDES, 2008, p. 100). Sendo assim, a autoridade deve ser definida pelo procedimento.

Convém destacar que os esforços de Waldron de elaborar uma teoria democrática da autoridade fazem parte do seu empreendimento filosófico mais amplo de conceber uma teoria democrática do direito. Para Waldron (2008, p. 8), democracia envolve a ideia de que os governantes são escolhidos pelas pessoas que o governam, as pessoas determinam as bases sob as quais serão governados, escolhem os objetivos de política pública e o amplo conteúdo de seus direitos. As pessoas fazem isso ao agir, votar e deliberar como iguais por meio das eleições e de suas relações com os representantes. É essencial para a sua concepção de democracia a referência à igualdade entre agir, votar e deliberar. Sua preocupação é como o direito se relaciona com a exigência de procedimentos de decisão, em uma comunidade norteada pelo princípio da igualdade política, onde o desacordo é predominante.

Nessa perspectiva, ao tomar o positivismo como ponto de partida para sua teoria democrática do direito, Waldron (2008, p. 13-16) analisa uma das características distintivas do direito: a preocupação com as fontes institucionais de suas normas, isto é, a sua proveniência – de onde vem? Como e quem as fazem? –, as instituições, as pessoas e os procedimentos que dão origem a normas que são consideradas jurídicas<sup>40</sup>. Essa ênfase na autoridade – ou no

---

<sup>39</sup> Para Waldron (1999a, p. 245), uma das principais contribuições de Thomas Hobbes à filosofia política é a percepção que qualquer teoria que faça a autoridade depender de resultados políticos justos e bons está fadada à derrota, tendo em vista que é precisamente porque as pessoas divergem sobre a justeza dos resultados que precisamos estabelecer e reconhecer uma autoridade.

<sup>40</sup> No desenvolvimento da sua teoria democrática associada ao positivismo, no texto “Can there be a democratic jurisprudence?” (Pode haver uma teoria democrática do direito?), além da análise sobre as fontes institucionais do direito, Waldron (2008, p. 13-14) analisa mais outros quatro aspectos da caracterização positivismo do direito: a ênfase na regra do reconhecimento das normas, a separação entre direito e moral, o caráter público da lei e a

soberano, na linha mais clássica do positivismo de Austin, Bentham ou mesmo Hobbes – se dá pela necessidade do positivismo de identificar, reconhecer e distinguir o que é direito, com “pedigree” institucional, no eixo de Hart, e o que não é (até mesmo para se diferenciar da noção substantiva do direito natural na qual o direito se equipararia a um critério racional de justiça). Além disso, explicar o direito com base em suas fontes institucionais é necessário para sua eficácia, isto é, para que haja previsibilidade para os cidadãos de modo que o Estado possa aplicar suas normas e os cidadãos obedecê-las. No entanto, Waldron (2008, p. 20) considera indispensáveis os critérios definidores das fontes para a própria legitimidade política do direito. Ao se deparar com uma questão sobre a juridicidade de uma norma, um democrata indagará sobre as origens dessa norma.

Para a teoria democrática do direito é relevante saber quem produz e como são produzidas as normas, uma vez que o ideal de autogoverno pressupõe o direito de participação de todos, de tal modo que as instituições e os procedimentos políticos devam ser arquitetados com a finalidade de levar a sério a participação e a igualdade política (ANDRADA, 2015, p. 56). Diferente da tradição *hobbesiana*, que não se importa se o soberano é um rei, uma junta de experts ou uma assembleia, Waldron (2008, p. 22) compreende que, para uma teoria jurídica democrática, definir “quem” é o soberano configura-se em uma questão central para a legitimidade política do direito e da norma jurídica. Para a teoria democrática, torna-se indispensável saber a proveniência democrática da norma, se de fato ela respeita a igualdade política entre os indivíduos. De acordo com Waldron (2008, p. 24), é imperioso que as normas jurídicas venham da fonte correta e sejam produzidas do modo correto: o democrático.

Para compreender como Waldron desenvolve sua teoria democrática da autoridade, afigura-se importante analisar como Joseph Raz concebe sua teoria da autoridade, uma das mais influentes da atualidade. Raz (1994) compreende que as autoridades são legítimas na medida em que estão em uma melhor posição – em comparação aos cidadãos subordinados a ela – para julgar, avaliar e ponderar as razões de primeira ordem que lhes são aplicáveis, de modo a indicar as diretivas autoritativamente vinculantes aos sujeitos para que a sigam, do que eles próprios tentarem encontrar as razões que se aplicam a eles. Dessa maneira, para esse filósofo do direito, as autoridades são legítimas somente quando elas facilitam, ao exercer um papel mediador, os sujeitos a cumprirem com as razões corretas que já estão disponíveis para elas<sup>41</sup>. Segundo

---

generalidade do direito. Todavia, para o objeto do presente estudo, destacou-se o elemento “fontes do direito” em virtude da sua relevância para compreender a teoria da autoridade.

<sup>41</sup> Esse é o conceito fundamental da teoria da autoridade de Raz: a Tese da Justificação Normal (*Normal Justification Thesis*). O modo normal e primário de estabelecer que se deve reconhecer a autoridade de uma pessoa sobre outra envolve a demonstração de que o suposto governado cumprirá melhor as razões a ele aplicadas

Bustamante (2016a, p. 48), designa-se essa concepção como “concepção de serviço” (*service conception*) da autoridade, por considerar que a autoridade atua em serviço dos seus subordinados ao ajudá-los a agir pelas razões corretas. Segundo Thomas Christiano (2004, p. 278), a legitimidade da autoridade é estabelecida por uma justificação indireta baseada nos resultados do exercício da autoridade, os quais são avaliados por serem valiosos pelo o que trazem. Os arranjos de poder e as instituições são justificados instrumentalmente, tendo em vista que são baseadas no resultado que a autoridade proporciona: maior conformidade com as razões (BRINA; PAULINO, 2016).

Por sua vez, Jeremy Waldron rejeita essa justificação instrumental da autoridade jurídica, buscando, como alternativa, justificá-la em uma perspectiva íntima, baseada na ideia de justiça e no valor do procedimento democrático. A teoria de justificação democrática da autoridade (*The Democratic Justification Thesis*)<sup>42</sup> de Waldron afigura-se uma concepção que tem por objetivo justificar a autoridade do direito por meio de razões relacionadas ao processo (*process-related reasons*). Conforme Thomas Bustamante (2016a, p. 50) explica, a perspectiva de Waldron supõe que as decisões democráticas podem adquirir um status vinculante e moralmente obrigatório independente do seu conteúdo. A autoridade do direito é justificada em razão de ser o produto de uma solução democrática. Para Waldron (1999a, p. 244), as pessoas cujo direito estão em questão têm o direito de participar em iguais termos da decisão<sup>43</sup>. Segundo

---

(diferentes das supostas ordens dotadas de autoridade) caso acate as ordens da suposta autoridade como obrigatórias e autoritativas, e tente cumpri-las, ao invés de tentar seguir as razões que são aplicadas a ele de forma direta (RAZ, 1994, p. 299). Portanto, a “maneira normal de se estabelecer que uma pessoa tenha autoridade sobre outra envolve mostrar que o suposto subordinado muito provavelmente acatará as razões que se aplicam a ele (em lugar das supostas diretrizes autoritativas), caso ele aceite as diretrizes da suposta autoridade como sendo compromisso com autoridade e tente obedecê-las, ao invés de tentar seguir as razões que se aplicam diretamente a ele” (RAZ, 2011, p. 50). O cidadão subordinado pode seguir suas próprias razões, mas opta por seguir as razões emanadas pela autoridade (BRINA, PAULINO, 2016)

<sup>42</sup> Denominação cunhada por Thomas Bustamante (2016a, p. 50)

<sup>43</sup> No artigo “*Authority for officials*”, Waldron (2003, p. 63-4) faz uma crítica direta à *Normal Justification Thesis* (NJT) de Raz. Em primeiro lugar, Waldron aponta que a NJT falha em capturar a dimensão pública ou oficial da autoridade, isto é, o aspecto institucional que a autoridade detém no domínio público. Uma das características fundamentais da autoridade pública é que ela apresenta um caráter permanente, não ocasional, como fonte de diretivas autoritativas. Segundo Waldron, parte dessa crítica envolve a insistência de Raz de que uma boa teoria da autoridade não deveria abarcar qualquer questão na qual entidades, oficiais ou instituições de fato têm autoridade. Para Raz, não deveria existir qualquer pressuposição de que já sabemos quem é a autoridade. Waldron entende que poderia ser melhor se já se partisse do pressuposto de que alguém (ou alguma instituição) detém a autoridade pública e fazer as considerações sobre quem não seria a autoridade. O mais próximo que Raz se aproxima disso em sua argumentação, segundo Waldron (2003, p. 64-5), é quando ele reconhece o fato de alguma autoridade deter poder de fato para decidir pode ser uma condição necessária para a coordenação e o exercício da política. Para Waldron (2003, p. 66), a justificação da autoridade pública deveria ter dois níveis: o primeiro, algo parecido com a NJT de Raz; o segundo, exigiria o reconhecimento por largo número de pessoas de que são governadas por aquela autoridade, que satisfaz a NJT. Seria inapropriado para um cidadão considerar A como autoridade pública se outros também não o fizerem. No que se refere à relação entre oficiais propriamente, Waldron (2003, p. 67) explica porque o oficial B deve ser deferente a uma diretiva de A para um cidadão C e não a contrariar sobre uma questão de preocupação comum. Em primeiro lugar ele rejeita a aplicação comparativa da NJT entre A e B, pois um oficial B sempre considerará que sua diretiva para C será melhor em relação a que A produziu. O

Bustamante (2016a, p. 50), na concepção de Waldron, os procedimentos democráticos legitimam a autoridade, porque eles representam arranjos de poder que são justos e empoderam os cidadãos a terem uma capacidade igual de exercer o controle sobre sua vida e na vida da comunidade. Ao contrário da teoria de Raz, o valor da autoridade democrática não se dá com base em suas características instrumentais, mas sim no seu valor intrínseco que provém do seu respeito à autonomia e à igualdade política entre os participantes no processo de decisão.

Para desenvolver uma teoria da autoridade, Waldron (1999a, p. 98) salienta que devem ser respondidos os seguintes questionamentos sobre a autoridade da lei: por que deveria um cidadão esclarecido preferir a visão da legislatura sobre uma determinada questão em vez da sua própria? Por que ele deve pensar como os representantes decidiram e não agir de acordo com sua própria visão? Por que quando a visão que o cidadão vota e apoia perde, ele deveria conceder para a autoridade que o posicionamento vencedor prevaleça?

Com a finalidade de responder essas indagações, Waldron (1999a, p. 99) explora a possibilidade de que a decisão majoritária obtenha o nosso respeito precisamente porque é um procedimento de decisão que não tenta se distanciar dos fatos da pluralidade e do desacordo. Para tanto, demonstra as diferenças que existem no que a autoridade é e como ela se justifica. Segundo esse filósofo, o direito demanda um certo tipo de reconhecimento e respeito em relação

---

exemplo para isso é a relação de autoridades entre cortes e parlamentos. Se o legislativo se pronunciou sobre uma questão em que é competente, as cortes não devem proferir uma sugestão secundária, mesmo que considerem possuir uma melhor resposta. Isso é baseado em questões de legitimidade que não estão em discussão: o legislativo tem credenciais democráticas que podem faltar às cortes. Nesse caso, a possibilidade que Waldron defende é focar na relação primária de autoridade entre o oficial A e o cidadão C e compreender a exigência que se aplica ao oficial B é não romper essa relação. Mas deve-se compreender, de início, que A é uma autoridade pública para estabelecer resolução para os cidadãos C's, isto é, coordenar e guiar a conduta de C's, em vez de eles descobrirem cada um o que fazer. Então, o oficial B não pode intervir de modo a perturbar essa relação. A essência do argumento de Waldron (2003, p. 67-8) é quando se foca na autoridade pública, como um distinto caso especial de autoridade, que se exerce sob um largo número de pessoas em questões de preocupação comum, essas questões devem ser resolvidas urgentemente, e é importante que os cidadãos estejam em uma posição de prontidão para que rapidamente possam identificar a resposta e respondê-la, mesmo que haja desacordo entre as respostas. Uma determinação oficial de acordo com o procedimento estabelecido pode proporcionar bases para essa identificação, oferecendo a prática existente estabelecida entre os cidadãos e respondendo rapidamente, com a confiança justificada para os sinais produzidos por esses procedimentos. Contudo, para Waldron (2003, p. 68-9) essa prática não pode ser minada se os cidadãos ficam confusos e sem coordenação quando sinais contraditórios vêm de uma variedade de diretivas oficiais. Assim como os cidadãos, oficiais podem discordar, entretanto como é dever dos primeiros, os oficiais devem "engolir em seco" e se abster de contrariar as diretivas, mesmo que estejam convencidos que existe outra resposta melhor, tendo em vista que é melhor para assegurar a coordenação entre os cidadãos a deferência a um único padrão de diretivas (BRINA, PAULINO, 2016). Waldron propõe, dessa maneira, uma aplicação da NJT compatível com a democracia, de modo a salvaguardar o princípio majoritário. Noutros termos, a decisão derivada do processo legislativo democrático seria autoritativa porque ela deixa os participantes do processo democrático em uma posição melhor do que eles ficariam caso cada um dos integrantes da comunidade tentassem decifrar por si mesmo a melhor diretiva a ser seguida. Entretanto, Scott Hershovitz (2003, p. 218-220) rejeita essa reconstrução da NJR proposta por Waldron, porque ela esvaziaria a natureza da NJT, que seria um teste de índole substantiva que não poderia se misturar com questões procedimentais. Um critério baseado em questões procedimentais teria características distintas da preocupação instrumental com resultados presente na NJT.

ao que a comunidade propôs como norma, e isso não pode ser ignorado ou aviltado simplesmente porque alguns propõem quando puderem revogá-lo (WALDRON, 1999a, p. 100). Uma legislação democrática aprovada sob as circunstâncias da política é digna de respeito em virtude das realizações que representa, porque possibilita a ação concertada em face do desacordo, tratando todas as pessoas impactadas pela decisão respeitosamente.

Em sua tentativa de oferecer uma justificativa procedimental e democrática da autoridade do direito, Waldron (1999, p. 100) reivindica que a legislação tem uma especial dignidade, a qual é fundamentada na especial realização que representa por permitir acordos, cooperação, coordenação e ação coletiva nas circunstâncias da vida moderna. Em uma variedade de jeitos e por uma variedade de razões, um grande número de nós acredita que devemos agir, organizar as coisas, juntos. Existem várias coisas que só podem ser realizadas quando fazemos nossa parte em um quadro comum de ação, por exemplo, empreendimentos como proteger o meio ambiente, operar no sistema de saúde, assegurar condições para a economia de mercado, tudo isso dependerá de pessoas em acordo, seguindo regras, participando de práticas e estabelecendo instituições. Quanto maior uma realização é, então, mais pessoas agirão juntas em algo de interesse comum mesmo que discordando entre elas exatamente sobre o que será feito (WALDRON, 1999, p. 102).

Uma legislação deve ser tratada não apenas como uma promulgação da maioria atual, mas sim como algo que representa, naquele momento, toda comunidade. Uma vez votada pela legislatura, a legislação tem direito a todo respeito que o status comunitário conferir-lhe, sem levar em conta o mérito do seu conteúdo. A justificação dessa concepção de autoridade tem que servir para alguém que pensa que tem bom fundamento para acreditar que a legislatura está equivocada. O problema, então, é o seguinte: como leis e outras fontes do direito podem ter autoridade e exigir respeito entre pessoas que discordam sobre o melhor resultado? Waldron (1999, p. 101) defende que a votação e a decisão majoritária podem contribuir para solucionar esse problema. O método majoritário assegura igual peso para a visão de cada pessoa no estabelecimento de uma decisão coletiva.

De acordo com Thomas Cristiano (2004, p. 276), no contexto do desacordo ou de diferentes interesses ou julgamentos sobre as alternativas políticas, com relação à justiça social e direitos morais, decisões democráticas são abertas e publicamente discutidas, no estágio de deliberação, e equanimemente obtidas por meio do voto da maioria, no estágio de decisão. As decisões, nesse sentido, adquirem um valor moral intrínseco que falta a qualquer justificção instrumental da autoridade. Nessa perspectiva, a democracia é o único jeito de superar o desacordo com igual respeito e consideração, a única solução justa para o conflito político, o

único processo de decisão que legitima o resultado quando eles são injustos aos olhos de alguns (BUSTAMANTE, 2016a, p. 51).

Para Thomas Bustamante (2016a, p. 51) a justificação da autoridade jurídica presente em Waldron é muito mais robusta em comparação com a de Raz e a mais poderosa justificação da autoridade disponível. A chamada por ele *Democratic Justification Thesis* pode ser sintetizada assim: uma instituição tem intrinsecamente legítima autoridade sobre uma pessoa, independente da existência de qualquer razão instrumental nesse sentido, quando as diretivas das instituições são resultado de um público e justo processo de decisão no qual tal pessoa tem o direito à igual participação.

Em função disso, uma decisão proveniente do Poder Legislativo teria uma autoridade legítima de forma intrínseca, independente do resultado que produz, pela natureza democrática do processo no qual a lei é desenvolvida. A mesma lógica não vale para as cortes constitucionais, que teriam um pesado ônus da prova para justificar sua legitimidade, na medida em que não existe nenhuma razão *a priori* de natureza democrática para respaldá-las, uma vez que ela não decide seu próprio destino. De acordo com Bustamante (2016a, p. 54), a autoridade de uma corte constitucional só poderia ser justificada instrumentalmente sob certas condições de que podem desencadear uma discussão pública sobre os fundamentos de uma comunidade e por ajudar a proteger os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Por essa razão, para Bustamante (2016a, p. 55), a autoridade de um tribunal constitucional para invalidar uma legislação democraticamente estabelecida só poderia ser sustentada por uma análise de custo-benefício, empírica, de que a corte serve à democracia de alguma maneira, ao reforçar os princípios que sustentam a democracia e ao facilitar as condições democráticas (de filiação moral à comunidade, igual respeito e consideração, e liberdade positiva e negativa, conforme defende Dworkin (2006b)). Essa justificativa instrumental só poderia ser teoricamente à luz da teoria da autoridade de Raz, não da teoria democrática que se pode encontrar, entre outros autores, em Waldron.

Diante desse panorama, adotando-se a concepção de Marmor (2005, p. 331) sobre o processo político – dividindo-o em fase deliberativa e fase decisória – Thomas Bustamante (2016a, p. 56) compreende que uma corte constitucional não comprometeria a ideia de autoridade democrática se contribuísse na fase deliberativa sem deter a última palavra na fase decisória. Isto é, a corte poderia ajudar com um aumento na participação política, com o reforço das condições democráticas, no estágio de deliberação sobre uma questão particular de direitos. No entanto, a corte não poderia substituir o papel de participação dos cidadãos no caráter decisório do processo político, sob pena de desrespeitar a autonomia moral dos cidadãos e o

direito e o poder de tomar decisões sobre o próprio destino. A corte poderia cooperar na fase deliberativa do processo democrático por meio da construção de argumentos corretos e sólidos, mas não pode se sobrepor os cidadãos na fase volitiva: no processo de decisão. Por isso, Bustamante critica a concepção de Alexy (2005), sobre a representação argumentativa das cortes constitucionais, porque essa só poderia ser justificada na contribuição que ela oferece ao processo deliberativo, não ao dar a última palavra sobre a decisão final do que deve ser o direito dos cidadãos em um regime democrático. Se a corte pode ser um fórum de princípios ou de razões públicas e contribuir para o debate democrático, ela não precisaria, para isso, deter a autoridade final sobre uma questão ou um direito constitucional. Em face disso, Thomas Bustamante (2016a, p. 57) defende um sistema de controle constitucional fraco, onde exista a possibilidade do Poder Legislativo superar uma decisão da corte constitucional. Nesses sistemas, a corte constitucional não comprometeria o ideal democrático do sistema.

Nessa diretriz, como se verá adiante, o alvo da crítica de Waldron à jurisdição constitucional também é contra o controle de constitucionalidade forte e, com mais ênfase ainda, a ideia de supremacia judicial que ele pode implicar.

### **3.1.4 A essência da oposição ao controle judicial de constitucionalidade de leis**

Waldron (2010, p. 94) considera que o controle judicial de constitucionalidade sobre a legislação é inadequado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Para esse filósofo, o núcleo das críticas ao *judicial review* está presente em dois argumentos centrais. Em primeiro lugar, por não oferecer uma maneira pela qual uma sociedade democrática possa realmente focar nas questões reais em jogo – de índole moral, política e econômica, por exemplo – quando cidadãos discordam sobre direitos; contudo, ao contrário, o que ocorre é uma distração com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretações. Em segundo lugar, por ser politicamente ilegítimo, na medida em que não prestigia valores democráticos da representação, da igualdade política, da participação na resolução final de questões de direito, privando os indivíduos de suas prerrogativas de cidadania; todavia, privilegia a maioria de votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsáveis perante o eleitorado (WALDRON, 2010, p. 98).

A oposição fundamental de Waldron (2010, p. 99-100) se dá contra o controle de constitucionalidade forte da legislação promulgada pelo parlamento eleito em um Estado politicamente organizado. Controle de constitucionalidade forte, para ele, é aquele no qual os tribunais têm a autoridade final para invalidar uma lei, retirá-la do ordenamento jurídico, ou modificar seus efeitos, se esta violar direitos fundamentais ou normas previstas nas

constituições, de modo a vincular os demais atores do sistema político nessa questão (e não tem a obrigação formal de acatar as posições tomadas sobre esses assuntos pelos outros poderes). Basicamente, a crítica se aplica ao sistema de controle de constitucionalidade estadunidense e o europeu (também o latino-americano, incluindo o brasileiro). Por sua vez, ele não tem em sua mira o controle de constitucionalidade fraco – praticado no Reino Unido e na Nova Zelândia, por exemplo – que ele define como aquele controle no qual os tribunais podem analisar a compatibilidade da legislação com os direitos individuais, porém, não teriam autoridade para recusar ou moderar a aplicação desses direitos no caso. A declaração de incompatibilidade não tem o efeito jurídico de invalidar a norma, apenas desencadeia o procedimento legislativo, de forma célere, para remediar o problema se for o caso<sup>44</sup>.

O controle de constitucionalidade forte é o objeto da crítica de Waldron tendo em vista que são nesses casos que a decisão judicial da corte é considerada como não democrática, por um tribunal não eleito dispor da autoridade derradeira na interpretação constitucional, enfraquecendo, assim, o direito à participação e a ideia de igualdade política dos cidadãos como agentes morais capazes e responsáveis de definir o próprio destino. Entretanto, esse argumento não é absoluto nem incondicional. Ele pressupõe algumas condições, dentre as quais, que a sociedade em questão apresenta instituições democráticas em bom funcionamento e que a maioria dos cidadãos leva os direitos a sério (ainda que discordem sobre o conteúdo desses direitos). Em caso de falha dessas condições, em um cenário endêmico e patológico, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade poderia se justificar.

Conforme explica Conrado Mendes (2011, p. 90), Waldron desenvolve uma diferenciação relevante entre situação típica (caso essencial) e situação atípica (caso não essencial). Na primeira, a jurisdição constitucional seria ilegítima, desnecessária e indesejável. Na segunda, poderia ser aceitável, desde que comprovado que o tribunal constitucional, em cotejo à alternativa parlamentar, resguardará os direitos de modo mais eficaz. A espinha dorsal da objeção ao controle de constitucionalidade forte pressupõe a existência de quatro condições para situação típica: 1) instituições democráticas funcionando razoavelmente bem, incluindo um parlamento representativo eleito com base no sufrágio universal<sup>45</sup>; 2) um conjunto de

---

<sup>44</sup> É interessante notar que Waldron (2010, p. 102) considera o Canadá como um caso intermediário, mas próximo ao controle forte. Isso ocorre porque lá os tribunais podem deixar de aplicar uma lei nacional ou provincial caso esta viole as disposições da Carta de Direitos e Liberdades canadense. No entanto, há uma cláusula que pode vir inserida no texto legal – a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) – que permite a uma norma vigorar, afastando-a do controle judicial. O Poder Legislativo pode “imunizar” uma norma temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, caso queira quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos) (SILVA, 2009, p. 213). Na prática, todavia, a cláusula é raramente invocada.

<sup>45</sup> No que concerne ao bom desempenho do sistema democrático, isso significa que deve haver: sufrágio universal; parlamentos representativos formados a partir de eleições justas e regulares compostos por um grande corpo

instituições judiciais, em boa ordem de funcionamento, configurada em uma base não representativa para resolver demandas e disputas individuais e defender o Estado de Direito<sup>46</sup>; 3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e a maioria dos seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e direitos de minorias<sup>47</sup>; 4) a persistência, substancial e sincera, de desacordos razoáveis sobre direitos entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos<sup>48</sup> (WALDRON, 2010, p. 106).

De acordo com Conrado Mendes (2011, p. 91), as duas primeiras condições envolvem questões institucionais; as duas últimas, questões culturais. Se essas circunstâncias estiverem presentes na sociedade, seus membros devem resolver as divergências sobre direitos nas instituições legislativas. Nesse caso, decisões tomadas pelas cortes falhariam em cumprir o critério de legitimidade política. Por sua vez, se um desses quatro componentes não estiver presente, e isso for em um estado endêmico, poderia se configurar uma situação atípica e patológica. Nota-se que, embora Waldron defenda com vigor sua concepção normativa em defesa do parlamento e em objeção à jurisdição constitucional, ele pressupõe para o seu argumento um cenário ideal de condições institucionais, culturais e históricas. Percebe-se, dessa forma, uma concessão para o mundo real, no qual o controle judicial de constitucionalidade poderia ser justificado de forma excepcional – como uma solução não ideal, de raiz antidemocrática ainda assim – desde que o contexto sociológico assim o exija, como nos casos

---

deliberativo que enfrentam problemas difíceis como questões de justiça social; partidos políticos plurais que levem em consideração vários interesses e opiniões da sociedade; arranjos procedimentais propícios à deliberação; a organização interna dessas instituições deve dispor de mecanismo de autocontrole, tais como bicameralismo ou comissões deliberativas fortes (WALDRON, 2010, p. 107).

<sup>46</sup> No que diz respeito ao desempenho das instituições judiciais, pressupõe-se um judiciário bem estabelecido e politicamente independente, em condições razoavelmente boas de funcionamento edificado para tomar conhecimento das ações, para solucionar controvérsias à luz do devido processo legal e defender o Estado de Direito (WALDRON, 2010, p. 109).

<sup>47</sup> No que tange ao comprometimento com direitos, parte-se do princípio de que mesmo que o governo da maioria seja o princípio básico de organização da política, aceita-se que indivíduos têm certos interesses e que têm direito a certas liberdades que não deveriam ser negadas porque isso é mais conveniente para maioria. Minorias têm direito a reconhecimento e apoio, mesmo que não tenham peso político. Esse compromisso pode ser adotado por meio de cartas, declarações, constituições que assegurem direitos oficiais e escritas. Esse compromisso é um consenso vivo, que evolui à medida que os defensores de direito conversam entre si sobre quais direitos possuem e o que eles implicam (WALDRON, 2010, p. 111).

<sup>48</sup> Acerca do desacordo sobre direitos, compreende-se como os dissensos substanciais sobre grandes questões políticas e filosóficas, quanto a quais direitos existem e a quem eles atingem. Essas controvérsias não são meras questões de interpretação em um sentido legalista, mas são questões consideráveis para a comunidade política: “divisor de águas” de direitos. São os grandes debates morais, filosóficos, políticos com implicações significativas para a vida de muitas pessoas, tais como: aborto, ação afirmativa, a legitimidade do governo na redistribuição ou na interferência no mercado, significado preciso da tolerância religiosa, dos direitos das minorias culturais, a regulamentação da liberdade de expressão e dos gastos em campanhas eleitorais, e assim por diante (WALDRON, 2010, p. 113-4).

de parlamentos disfuncionais, culturas políticas corruptas e sectárias, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico (WALDRON, 2010, p. 157)<sup>49</sup>.

Convém ressaltar que essas quatro exigências não são irreais ou utópicas, ou seja, não se requer perfeição nem infalibilidade, mas sim o que seria aceitável diante da realidade. Waldron (2010, p. 108) quando presume que as instituições legislativas estão em condições boas de funcionamento, ele não quer dizer que a legislação produzida é necessariamente boa. Pressupõe que haverá sempre leis justas e injustas e as pessoas discordarão sobre qual é qual. Além disso, parte do princípio de que as instituições, os procedimentos e as práticas de legislação devem ser capazes de se monitorarem e se aperfeiçoarem, e devem ser mantidos sob constante revisão e com possibilidade de se reformarem, orientados pelo princípio da igualdade. Se houver desigualdades percebidas de representação que depreciam seriamente o ideal de igualdade política, o legislador e o sistema eleitoral devem ser capazes de organizar tal mudança por sua própria iniciativa para modificá-lo e para remediá-lo. Sua teoria tem uma certa flexibilidade para acomodar defeitos inevitáveis nas condições do sistema típico de uma sociedade democrática. As instituições democráticas devem ter procedimentos funcionando conforme uma noção de justiça razoável, não de justiça perfeita. O filósofo reconhece que sistemas eleitorais e legislativos falham, sua teoria só não abrange situações em que os sistemas legislativos e eleitorais são patologicamente ou incorrigivelmente disfuncionais.

Da mesma maneira, a pressuposição de se levar direitos a sério e respeitar e reconhecer direitos individuais e de minorias não quer dizer que as pessoas não discordarão razoavelmente e de boa-fé sobre temas morais e políticos centrais – os divisores de água – da comunidade política, como se o aborto constitui ou não direito. O modo que Waldron (2010, p. 154) compreende que não se cumpre a terceira condição para a objeção à jurisdição constitucional, isto é, quando se desrespeita direitos individuais, ocorre quando há preconceito sistemático contra minorias estigmatizadas, discretas e insulares. Ele reconhece, na linha da concepção de John Hart Ely (2010), que, nesse caso, pode-se configurar uma situação atípica, tendo em vista que minorias nessas circunstâncias podem necessitar de cuidados especiais que apenas instituições não eleitorais podem proporcionar, como para proteger seus direitos, uma vez que as vias de mudança política podem estar bloqueadas.

---

<sup>49</sup> Cumpre salientar que para Waldron (2010, p. 153) não é uma consequência necessária a defesa do *judicial review* da legislação caso uma ou mais das quatro pressuposições não subsistirem. Pode ser que a jurisdição constitucional não forneça qualquer esperança de aperfeiçoamento de uma situação específica. Por exemplo, se o processo judicial em uma sociedade não for menos corrupto ou menos preconceituoso do que o processo decisório legislativo. Se a maiorias judiciais estão infectadas pelos mesmos preconceitos que maiorias legislativas o caso pode ser irremediável.

Não obstante, Waldron adverte sobre o cuidado que deve se tomar com esse argumento. Deve-se distinguir o que é preconceito em suas variadas matizes do que é discordância razoável sobre direitos. Uma minoria vítima de preconceito é aquela que sofre hostilidade, antipatia arraigada ou indiferença sobre os direitos do seu grupo por parte de uma maioria que diverge de forma irracional, como já houve (ou ainda há) historicamente no Brasil (e também em outros países, como os Estados Unidos) contra negros, homossexuais e indígenas<sup>50</sup>. Nesse caso, Waldron (2010, p. 155) admite que sua objeção contra o *judicial review* não se sustenta. Contudo, ele aponta que o argumento favorável à jurisdição constitucional depende de uma pressuposição empírica específica: a de que a distribuição de apoio aos direitos de minorias esteja mais presente nas elites judiciais do que nas elites políticas. Ademais, Waldron (2010, p. 156) questiona se uma prática estabelecida de *judicial review* facilitará ou dificultará, no longo prazo, remediar as disfunções legislativas sobre direitos de minorias. Apesar de uma intervenção judicial poder beneficiar as minorias estigmatizadas ao protegerem ou promoverem seus direitos, isso não significa que a situação vai se tornar necessariamente melhor. Citando o exemplo da segregação racial nos Estados Unidos nas décadas de 50 e 60 do século XX, a despeito de todo ataque judicial em *Brown v. Board of Education* e outros casos, Waldron explica que uma atuação forte do legislativo federal foi necessária para assegurar de vez os direitos dos negros, ao desempenhar um papel decisivo para aprovar a Lei dos Direitos Civis (*The Civil Rights Act*).

Em que pese essa possibilidade da justificação da jurisdição constitucional nessa situação atípica e patológica de desrespeito a direitos de minorias estigmatizadas, Waldron (2010, p. 156) não compreende que isso pode alavancar uma prática geral do *judicial review*. Esse argumento não pode servir como um “Cavalo de Tróia” contra o processo legislativo democrático em uma sociedade plural, onde está presente o desacordo sobre direitos. Isso deve ser a exceção em uma circunstância específica, não a regra geral e normativamente desejável em uma moderna democracia constitucional. Em uma democracia com instituições em bom funcionamento, com comprometimento de direitos e desacordo razoável, Waldron refuta a teoria e a prática do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário.

Para fundamentar a razão por que o *judicial review* não configura um procedimento decisório legítimo e ideal em uma democracia para dirimir discordâncias sobre direitos, Waldron (2010, p. 119) lança mão da análise de dois tipos de razões: as “relacionadas ao

---

<sup>50</sup> Waldron (2010, p. 155) não coloca, de forma expressa, o debate sobre o aborto nessa noção de preconceito. Para ele deve-se ter o cuidado em ver os pontos de vistas dos defensores pró-vida (contra o direito ao aborto) como preconceito porque não compartilhamos das mesmas convicções que os sustenta.

resultado” (*outcome-related reasons*) e as “relacionadas ao processo” (*process-related reasons*). Razões relacionadas ao resultado são aquelas que projetam o procedimento de decisão de modo a garantir o resultado apropriado (ou seja, uma decisão boa, correta ou justa). Razões relacionadas ao processo, por sua vez, vislumbram a tomada de decisão, ou a participação nesse processo, independente de considerações sobre o resultado adequado. Na política, as razões relacionadas ao processo mais notórias são as alicerçadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordarem do que se diz.

Surge um dilema: deve-se buscar um procedimento, de um lado, que tem a maior probabilidade de alcançar a verdade, isto é, resultados corretos, sobretudo em relação a princípios ou direitos individuais; de outro, um que solucione as discordâncias sobre direitos, resguardando o princípio da autodeterminação<sup>51</sup>. Indaga-se “qual método tem a chance de respeitar o direito de igual ser ouvido dentre as vozes daqueles que são afetados pela questão, ao mesmo tempo, que tem chance razoáveis de atingir a verdade sobre direitos?”. Para Waldron (2010, p. 123), as razões relacionadas ao resultado são inconclusivas, haja vista que salientam as vulnerabilidades tanto do processo decisório legislativo como do judicial. Por outro lado, as razões relacionadas ao processo desacreditam o *judicial review*, e atuam em favor ao processo legislativo.

Waldron (2010, p. 124) é um crítico da presunção favorável à jurisdição constitucional que faz uma associação imediata desta instituição às razões relacionadas ao resultado, como se o processo decisório judicial fosse necessariamente mais apto a produzir melhores resultados que o legislativo (por este ser mais passível de influências sectárias). Muitas vezes isso é uma visão edulcorada e irreal, que negligencia os momentos que cortes constitucionais também se submeteram às influências preconceituosas da sociedade e não protegeram os direitos individuais e/ou tomaram decisões ruins. Na história da corte constitucional americana existem vários casos diversos que servem de exemplo: *Dred Scott*<sup>52</sup> (que julgou que escravos não eram protegidos perante a Constituição americana), *Prigg*<sup>53</sup> (que derrubou legislação estadual que visava proteger afro-americanos de caçadores de recompensas), *Cruikshank*<sup>54</sup> (que absolveu

---

<sup>51</sup> Waldron (2010, p. 119) apresenta esse dilema como o paradoxo de Richard Wollheim sobre a teoria política, que consiste na dissonância entre o que se considera a escolha certa e o que se considera a escolha de um procedimento decisório que se vê como legítimo. Pois o procedimento permite que mesmo um cidadão afirme que A não deve ser promulgada, pois A é a política contra qual votou, e que A deve ser promulgada, pois A é a política escolhida pela maioria.

<sup>52</sup> *DredScott v. Sandford*. 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

<sup>53</sup> *Prigg v. Pennsylvania*. 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612 (1842)

<sup>54</sup> *United States v. Cruikshank*. 92 U.S. 542 (1875)

supremacistas brancos, que tinham promovido um massacre de dezenas de negros e haviam sido condenados com base em legislação federal do período de Reconstrução – pós-Guerra Civil e abolição da escravidão – que impedia a conspiração contra direitos constitucionais de cidadãos americanos; tal absolvição fomentou a segregação racial e o “terrorismo” de grupos racistas), *Plessy*<sup>55</sup> (que julgou constitucional a segregação racial em locais públicos sob a doutrina do “separado mas iguais”), *Schenck*<sup>56</sup> (que julgou que criticar o recrutamento durante a Primeira Guerra Mundial era como disparar tiros em teatro lotado), *Korematsu*<sup>57</sup> (que se recusou a proteger cidadãos descendentes de japoneses do confinamento em campos de prisioneiros durante a Segunda Guerra Mundial), *Citizen United*<sup>58</sup> (decisão recente que julgou inconstitucionais limites ao financiamento de campanha eleitorais por ferirem liberdade de expressão)<sup>59</sup>.

Para reforçar o argumento de que existem defeitos consideráveis relacionados ao resultado no modo como o Poder Judiciário aborda direitos e vantagens relevantes, nesse aspecto, ao lado do parlamento, Waldron (2010, p. 127) rebate três alegações favoráveis ao *judicial review*. Em primeiro lugar, critica a afirmação de que questões de direitos se apresentam aos juízes no contexto de processos específicos, possibilitando o raciocínio judicial sobre direitos tendo em vista as nuances dos casos concretos, de indivíduos “de carne e osso” (isso se aplica a sistemas de controle de constitucionalidade difuso). Essa assertiva estaria equivocada, ao menos em parte, pois no momento em que as ações alcançam níveis recursais mais altos, desaparecem as idiosincrasias do caso concreto, na medida em que as cortes superiores examinam a questão em termos genéricos e abstratos. Por seu turno, legislativos estão abertos não apenas para avaliar questões gerais, mas também para analisar casos individuais por intermédio do *lobby*, em audiências em comissões ou no debate parlamentar, especialmente se as peculiaridades desse caso afetam questões de milhares ou milhões de pessoas.

---

<sup>55</sup> *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896)

<sup>56</sup> *Schenck v. United States*. 249 U.S. 47 (1919)

<sup>57</sup> *Korematsu v. United States*. 323 U.S. 214 (1944)

<sup>58</sup> *Citizen United v. Federal Election Commission*. 558 U.S. 310 (2010)

<sup>59</sup> Ian Millhiser (2015), em uma reconstrução da história da Suprema Corte americana, aponta que a corte de Warren, entre os anos cinquenta e o anos setenta, período no qual essa corte ficou famosa por reforçar as liberdades civis e os direitos de minorias, foi uma “exceção anômala” e “um acidente histórico”, não a regra, no decorrer dos mais de duzentos anos de existência da Corte. De acordo com Millhiser, durante décadas após a abolição da escravidão, a Suprema Corte chancelou as denominadas leis “Jim Crow”, que institucionalizaram a segregação racial; por quatro décadas blindou empregadores contra as leis que proibiam a exploração dos trabalhadores; dentre vários outros exemplos de danos infligidos contra os mais vulneráveis. Muitas vezes os juízes da Suprema Corte ignoraram provisões claras que protegiam os mais frágeis, o que contribuía para a perpetuação de injustiças.

Em segundo lugar, Waldron (2010, p. 128-9) contradiz o argumento de que a abordagem dos tribunais constitucionais para questões de direitos é orientada para o texto de uma “declaração de direitos” (*bill of rights*) ou uma constituição. A interpretação de uma “declaração de direitos” por parte dos juízes tende a encorajar um formalismo textual rígido em detrimento de se enfrentar as razões morais e políticas de forma direta. A argumentação sobre direitos se distrai por discussões secundárias sobre como o texto deve ser interpretado pelos juízes, de modo que as palavras de cada disposição do documento constitucional assumem vida própria, tornando-se chavão obsessivo de referência sobre o direito em questão. Perde-se a oportunidade de se focar nas explorações lúcidas, responsáveis e de boa-fé das discordâncias sobre direito.

Em terceiro lugar, Waldron (2010, p. 130-134) contesta a alegação de que o raciocínio e a fundamentação desempenham um papel preponderante na deliberação judicial sobre questões de direitos individuais enquanto a deliberação legislativa não levaria a sério o que está em jogo da mesma maneira. Para o filósofo neozelandês, esse é um falso contraste. Assim como os juízes, os legisladores também apresentam razões para o debate, nos anais legislativos, só que os juristas não aprendem a estudar a fundo o raciocínio legislativo como aprendem o raciocínio judicial. A diferença se dá na qualidade da fundamentação, não em sua ausência ou presença. A fundamentação dos juízes é preocupada com interpretação, analogias, precedentes, textos constitucionais, doutrinas, legalismos, analisando muitas vezes a linguagem de textos constitucionais antigos (de mais de 200 anos como a Constituição americana), o que Dworkin designa de argumentação com base em princípios. Isso ocorre porque os tribunais são preocupados com a legitimidade de sua decisão e concentram sua fundamentação nos fatos que estão juridicamente autorizados. Por sua vez, o debate legislativo pode ir ao cerne da questão, debatendo todas as questões morais, políticas e técnicas atuais – analisando tanto argumentos de princípio como os de índole pragmática – que devem ser debatidas sobre o caso em questão. Ademais, o legislativo apresenta vultosa capacidade de coletar informações das mais diversas fontes, ouvir especialistas de dentro e de fora, e ponderar interesses diversos, haja vista sua composição plural, sendo este o espaço mais propício para lidar com conflitos policêntricos. Da mesma forma que o raciocínio legislativo pode ser defeituoso, caso as maiorias legislativas ajam por pânico, propagandeando *slogans* sectários; o raciocínio judicial pode distorcer a questão em jogo, quando se prende a formalismos legais exagerados.

Percebe-se a discordância com a ideia de Dworkin de que cortes exercem melhor o papel de fórum de princípios, na crítica a ideia de que o raciocínio judicial exerceria melhor a deliberação moral. Waldron (2009b, p. 16) afirma que o raciocínio judicial é limitado pelo dever de fidelidade ao direito posto, pelas fontes sociais que estabelecem os direitos (pela

Constituição, pela legislação, pelos precedentes, pelas doutrinas, por analogia com outras questões)<sup>60</sup>. Juízes exercem seu raciocínio de forma heterônoma, com base no que já foi decidido. Essa forma de raciocínio é importante, de acordo com Waldron (2009b, p. 21) para decidir casos concretos em contextos judiciais sobre direitos individuais, mas não para enfrentar as questões morais fundamentais – divisores de águas de uma comunidade política – nas quais existe um desacordo moral razoável entre os cidadãos. Para essas, o raciocínio político do legislador seria mais vantajoso, na medida em que ele não é constrangido por precedentes e por outras fontes sociais do direito, mas o legislador pode engajar diretamente no mérito da questão e enfrentar o desacordo<sup>61</sup>.

Waldron (2010, p. 132-133) menciona o debate sobre o aborto para distinguir o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial americano (caso *Roe vs. Wade*)<sup>62</sup>. No Reino Unido,

---

<sup>60</sup> David Dyzenhaus (2008, p. 147) critica Waldron por romantizar o papel do legislador como propício ao debate moral, sendo que na verdade a reputação da instituição está bem baixa e é atualmente mais percebida como “carimbadora” (*rubber stamps*) de poderosos governos a um ambiente que realiza efetivamente o debate. Além disso, aponta que o legislador cumpre os compromissos constitucionais justamente porque são impulsionados ou mesmo coagidos por outras instituições jurídicas a debater esses compromissos. Para Dyzenhaus (2008, p. 148-9), é de se esperar que juízes argumentem com raciocínio jurídico baseado nos compromissos constitucionais, por fazer parte de suas atribuições assegurar a fidelidade com o direito posto. Além disso, para ele, é indispensável em um ordenamento jurídico, que exige que todas as decisões públicas sejam justificadas conforme o direito, que as decisões de toda autoridade sejam consistentes com os compromissos constitucionais. Nessa mesma tônica, Thomas Bustamante (2016b) critica a visão de Waldron de que questões relacionadas a direitos em uma comunidade política não devem ser encaradas como questões interpretativas, mas apenas como questões morais no debate parlamentar. Para Bustamante (2016b) em sistemas jurídicos sujeitos a declarações de direitos, os legisladores também estão juridicamente vinculados a ela e aos seus princípios subjacentes. O raciocínio legislativo deve levar os direitos a sério, considerando tanto as leis e os precedentes anteriores como a doutrina, já que estão submetidos às exigências de consistência e integridade quanto as supremas cortes estão. Baseado na doutrina da equidade, com referência em Dworkin (2007), que exige que os tribunais tratem casos semelhantes de maneira semelhante e tenham igual consideração pelas partes, Bustamante (2016b) entende que o legislativo quando debate e decide sobre direitos fundamentais deve ser tão sensível à história institucional e à moralidade pública da comunidade como uma corte constitucional.

<sup>61</sup> Richard Fallon (2008) critica o argumento de Waldron de que as razões relacionadas ao resultado são inconclusivas em favor do *judicial review*, tendo em vista que ele negligencia o papel que a corte pode exercer como mais uma instituição com poder de veto, em um sistema que resguarda direitos individuais com múltiplas instituições com poder de veto. Como o bicameralismo do legislativo, ou o executivo que detêm esse poder, a corte constitucional seria mais uma instituição para fortalecer a proteção de direitos. Ainda que se aceite que cortes não sejam melhores que legislativos para identificar direitos e decidir de forma correta, nem ser um fórum deliberativo de princípios ou de razões públicas melhor que o parlamento como defende Waldron, o argumento persuasivo para adotar a corte constitucional no arranjo institucional de um regime democrático seria o de que ela pode aumentar a probabilidade de se minimizar de danos a direitos fundamentais. Seria melhor ter mais instituição para salvaguardar direitos fundamentais, ainda que isso acarrete uma proteção excessiva (*overenforcement*) do que uma proteção deficiente (*underenforcement*), no caso de ter menos instituições com poder de veto. Fallon (2008, p. 1706) faz a analogia com um júri que exige unanimidade ou uma maioria qualificada para condenar um acusado de um crime, concedendo um poder de veto grande a cada jurado, com a finalidade de se evitar que uma pessoa não seja condenada com dúvida razoável, de modo a minimizar a possibilidade de erro ao condenar inocentes. Da mesma forma, um regime constitucional deve capacitar mais instituições com poder de veto com o objetivo de reduzir a possibilidade de erros sobre direitos individuais. Por esse motivo, uma democracia constitucional projetada com a existência da jurisdição constitucional, com a possibilidade de mitigar erros contra direitos e, assim protegê-los, seria sim uma razão relacionada ao resultado, pois poderia produzir padrões moralmente melhores de resultados do que um sistema sem ela.

<sup>62</sup> 410 U.S. 113 (1973).

grupos pró-vida e pró-aborto opuseram seus pontos de vista e discutiram todas as questões mais relevantes de princípios e pragmáticas sobre o aborto e no que elas acarretam: na situação da mulher grávida e no valor de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, no status ético do feto, nos conflitos morais que tudo isso envolve. Na discussão judicial americana, por seu turno, o debate foi mais preocupado com interpretação e doutrina sobre textos jurídicos e as verdadeiras questões morais em jogo foram relegadas às margens<sup>63</sup>. No debate britânico, todos os participantes louvaram o respeito com o qual as suas posições foram ouvidas durante a discussão, mesmo os parlamentares pró-vida (de certa forma, derrotados, uma vez que prevaleceu a tese favorável à descriminalização do aborto)<sup>64</sup>.

No que diz respeito às razões relacionadas ao processo, Waldron (2010, p. 135) afirma que há uma preponderância maior para a legitimidade política dos parlamentos para a tomada de decisão em face da discordância<sup>65</sup>. Isso ocorre porque, em uma democracia em bom funcionamento, as instituições legislativas apresentam um sistema de eleições para a escolha de representantes aliado a um arranjo de decisões dentro delas, que satisfazem às demandas de igualdade política – isto é, de igual voz e de igual autoridade decisória – e de imparcialidade, por consagrarem a decisão majoritária como método principal<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Segundo Waldron (2010, p 131), no acórdão de 50 páginas da Suprema Corte americana em *Roe vs Wade*, existem poucos parágrafos tratando da importância moral sobre os direitos reprodutivos em questão e também sobre o *status* dos direitos do feto. O raciocínio é trivial, segundo Waldron. Por sua vez, o relatório oficial do debate no Parlamento Inglês apresenta mais de cem páginas focalizando todas as questões que precisam ser abordadas quando se fala sobre aborto.

<sup>64</sup> Mattias Kumm (2007, p. 18) critica Waldron afirmando que ele escolheu seu exemplo para reforçar seu argumento, de forma enviesada, mas a comparação não foi a mais adequada. Isso porque primeiro ele foca em um caso no qual o raciocínio judicial da Suprema Corte americana teve uma fundamentação ruim. Em segundo lugar, ele descreve um processo político no Reino Unido no qual funcionou bem o processo deliberativo. Contudo, para a comparação ser mais apropriada, ele deveria ter levado em consideração como ocorreram os debates nos legislativos estaduais dos Estados Unidos que proibiram o aborto, em vez de debates no Reino Unido. Se fosse levado em conta o contexto da cultura tradicionalista e patriarcal, de controle masculino sobre o corpo feminino, que influenciaram os debates e as legislações estaduais americanas, seria possível relativizar essa comparação de Waldron. Kumm (2007, p. 19) também critica a pobreza de como se deu o debate parlamentar sobre homossexualidade nas forças militares britânicas. A tônica do debate se deu em termos de argumentos tradicionais, religiosos que carregavam preconceitos e iam contra os direitos individuais dos homossexuais. Para Kumm, quando a deliberação no parlamento se dá de forma séria, profunda e mutuamente respeitosa, a tendência da corte é ser deferente com o parlamento. Por sua vez, quando no parlamento ocorre uma deliberação patológica na seara política, o que pode ocorrer mesmo em democracias em bom funcionamento, a corte judicial pode contribuir para aperfeiçoar o resultado em uma espécie de “contestação socrática”.

<sup>65</sup> Richard Fallon (2008), no que diz respeito às razões relacionadas ao processo, contesta o argumento de Waldron de que o *judicial review* seria injusto e politicamente ilegítimo. Fallon (2008, p. 1699) diferencia legitimidade política de legitimidade democrática. A justiça dos procedimentos depende, para ele, dos fins substantivos que o sistema pretende realizar. Se a corte contribui para se alcançar melhores resultados, diminuindo a violação de direitos fundamentais em um regime constitucional, ela aumentaria a legitimidade política total do regime político, não sendo nem injusta tampouco ilegítima. Ainda que a jurisdição constitucional falhe com o critério da legitimidade democrática, ela pode compensar esse defeito se reduz probabilidade que direitos serão infringidos, podendo, então, fortalecer, em vez de enfraquecer, a legitimidade política de um regime como um todo.

<sup>66</sup> Tais vantagens a respeito da decisão majoritária e da legitimidade e da autoridade democrática parlamento para Waldron já foram demonstradas com mais profundidade nos tópicos anteriores.

Sem embargo, um sistema de decisões alicerçado no Judiciário – isto é, um no qual juízes e tribunais constitucionais detêm a autoridade última sobre a interpretação constitucional – teria mais dificuldade para justificar sua legitimidade em uma situação de desacordo em uma comunidade política. Em primeiro lugar, porque juízes não são regularmente responsabilizados pelo eleitorado como são os legisladores. Geralmente, os juízes são indicados de forma indireta por autoridades eleitas, não são escolhidos de forma direta pelos representados por meio de eleições, o que demonstra a evidente superioridade democrática das instituições legislativas comparativamente às judiciais para Waldron (2010, p. 140). Em segundo lugar, porque os tribunais aplicam o método majoritário para a maior parte de suas decisões, podendo ser até mesmo um 5 x 4 na Suprema Corte americana, ou uma maioria absoluta de 6 x 5 no Supremo Tribunal Federal brasileiro para julgar uma norma inconstitucional. Waldron (2010, p. 141) não vislumbra nenhuma base moral pela qual juízes decidam pelo procedimento majoritário nas cortes, tendo em vista que eles não representam ninguém.

Afigura-se paradoxal, para Waldron (2013, p. 2-3), os defensores do *judicial review* se oporem ao uso do procedimento majoritário nas instituições legislativas sob o receio das decisões incoerente e irracionais, ou mesmo tirânicas contra a minoria, mas não se importarem com o mesmo procedimento de decisão nas cortes, que poderiam levar ao mesmo resultado. A mesma contagem de números – a mesma estatística, criticada no legislativo – determina o modo como as cortes, exercendo o papel de “fórum de princípios”, decidem. Para ele, parlamentos e cortes, de certa maneira, produzem decisões da mesma forma: primeiro produzem razões, depois votam e formam a maioria<sup>67</sup>. Para Waldron (2013, p. 26) revela-se, com isso, não uma rejeição ao majoritarismo, mas uma preferência pelo majoritarismo judicial. Juízes discordam

---

<sup>67</sup> Virgílio Afonso da Silva (2013a, p. 565) considera esse raciocínio de Waldron de relativizar o potencial deliberativo das cortes, em virtude do caráter majoritário das decisões, falho por necessariamente pressupor: (I) que em cortes, como em corpos legislativos, ganhar a qualquer custo é o primeiro objetivo, (II) que juízes produzem razões de forma estratégica (*cheap talk*) ou no máximo para agradar audiências externas já que acreditam que não podem convencer ninguém nas cortes, (III), que só o resultado binário final conta (inconstitucional/constitucional), (IV) os vencedores dentro da corte não têm razões de manter a deliberação tão logo percebem que alcançaram a maioria, (V) que o argumento dos juízes das minorias é colocado de lado apenas porque perderam a batalha binária, sem significado pra decisão final (VI) que a opinião da corte é sinônima da opinião majoritária. Virgílio Afonso da Silva (2013a, p. 564) parte do pressuposto de que o legislativo é uma instituição que raramente exerce uma deliberação interna que vise o consenso, mas seria uma instituição adversarial, cujo objetivo principal é ganhar ao obter a maioria dos votos, para implementar a política vencedora almejada por seu partido. Membros de um partido político raramente serão convencidos pelos argumentos dos seus adversários. Em uma instituição legislativa, a deliberação que se objetiva é a externa, com a sociedade civil, mídia, eleitores; não a interna, com membros da oposição. Cortes, por outro lado, têm um potencial de deliberação interna maior porque não estão nesse contexto de conflito e disputa. Como o pensador brasileiro compartilha da ideia de que quanto mais deliberativa é uma corte, maior é a chance de ela produzir argumentos de qualidade – o que legitimaria a sua atuação – ele acredita que a justificativa é diferente para a existência e o desempenho das duas instituições. Mas ele concorda que se uma corte preenche as pressuposições acima, falhando no exercício do seu papel deliberativo, seria menos legítima para exercer o *judicial review* e não cumpriria com as promessas teóricas feitas pela literatura *pró-judicial review*.

sobre direitos, assim como cidadãos, em temas como aborto, financiamento de campanhas eleitorais e ações afirmativas.

Com o intuito de reforçar seu argumento contra a simples maioria, Waldron (2013, p. 4) questiona o fato de por que em júris nos Estados Unidos ou em outros sistemas de jurisdição constitucional se exige uma maioria qualificada ou mesmo uma unanimidade? A justificativa do desenho institucional nesses casos é baseada na busca por julgamentos produzidos de forma mais deliberativa e consensual<sup>68</sup>. Ademais, critica o impacto relevante proporcionado pelas indicações de juízes em sistemas constitucionais, como o americano, que exigem uma simples maioria para julgar uma norma inconstitucional, na medida em que um juiz pode alterar o equilíbrio de uma posição sobre a constitucionalidade de um tema crucial como o aborto.

Waldron rejeita tanto o argumento moral da equidade do uso da decisão majoritária pelos juízes, como o epistêmico, de que essa regra teria a chance maior de produzir argumentos com mais qualidades. Em primeiro lugar, descarta o fundamento moral, pois essa técnica seria adequada somente para os indivíduos que possuem uma justificativa para serem tratadas como iguais nos processos decisórios: o que afeta a todos deve ser decidido por todos. A regra majoritária é moralmente justificada nas instituições legislativas porque respeita a igualdade política dos cidadãos que elegeram seus representantes. O mesmo fundamento não se aplica aos juízes, na medida em que não são eleitos (WALDRON, 2013, p. 20-24).

Em segundo lugar, recusa o argumento epistêmico por pressupor que a regra majoritária se traduziria em uma ferramenta mais próxima de se alcançar uma verdade objetiva, já que supostamente melhores argumentos persuadem o maior número de pessoas. Uma coisa é uma maioria esmagadora de experts na proporção de quatro contra um chancelando uma posição sobre determinado tema. Outra é uma divisão de experts, numa maioria apertada de cinco a quatro, a respeito de um assunto. No primeiro caso, existiria uma confiabilidade de que os experts da maioria incontestemente estariam mais próximos à verdade. Por outro lado, no segundo caso, o desconforto e a dúvida sobre qual resposta seria mais correta persistiria. A maioria estreita dentro de um grupo de experts consagraria o desacordo moral em vez de persuadir ou fortalecer o encontro da verdade objetiva. Em um tema controverso, como o aborto, só

---

<sup>68</sup> Nesse aspecto, é interessante notar, consoante Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 207), que o modelo continental europeu das cortes constitucionais tem como padrão em regra, entre outras coisas, incentivar uma decisão institucional, coletiva, unitária (*per curiam*), sem votos divergentes e consensual. Por sua vez, no modelo americano, existe a possibilidade de múltiplas opiniões individuais (*seriatim*), de modo que as decisões individuais são somadas, ao final, com a publicação de opiniões divergentes. Conforme explicam John Ferejohn e Pasquale Pasquino (2004, p. 1693), o objetivo em regra das cortes constitucionais europeias é deliberar internamente em busca de um consenso, uma decisão comum muitas vezes em busca da unanimidade, embora cortes, como a alemã e a espanhola, permitam a publicação de opiniões divergentes. A corte constitucional italiana, por outro lado, adota a regra da unanimidade.

acentuaria a divergência tal maioria reduzida: liberais considerariam juízes conservadores incompetentes e vice-versa. Uma maioria assim estaria mais no domínio da aritmética do que no da objetividade da verdade (WALDRON, 2013, p. 16-20).

Waldron (2013, p. 30) aponta, portanto, o desafio e o ônus teóricos que são justificar a transposição da regra majoritária dentro dos tribunais constitucionais e provoca sobre a possibilidade de se instituir uma maioria qualificada – uma super maioria – para a decisão de derrubar uma legislação<sup>69</sup>. Nesse aspecto, Conrado Hübner Mendes (2013, p. 167-8), observando as diferentes formas de processo deliberativo entre os juízes para tomada de decisão nas cortes, analisa os distintos padrões de decisões e como cada uma favorece ou não a deliberação. A regra da decisão unânime exerce uma pressão muito pesada para deliberar, exigindo compromissos de princípio ou barganhas quando a instituição chega a um impasse. Ela pode estimular uma obstrução excessiva, incentivando mais a barganha do que a deliberação, não sendo uma regra muito sábia. A regra da decisão majoritária simples, por outro lado, é menos ambiciosa em relação à deliberação e pode desencorajá-la. Para o constitucionalista brasileiro, uma forma de maioria qualificada para a decisão pode chegar a um razoável balanço entre os dois extremos e ser mais adequada para a deliberação interna. Contudo, o potencial de deliberação interna dependerá de outros fatores como a própria disposição dos juízes em entenderem a função deles em um órgão colegiado<sup>70</sup>.

É válido ressaltar que mudar o método de decisão da corte para a regra da maioria qualificada, por exemplo, com objetivo de encorajar o potencial deliberativo das cortes na busca de melhores resultados responde apenas o quesito epistêmico de Waldron. Isso ocorre, primeiramente, porque a deliberação interna tende a incentivar a persuasão e o raciocínio em grupo – a troca de razões, o compartilhamento de informações e oferece a possibilidade de ouvir o outro – com o objetivo de tomar uma decisão em comum (FAREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 1692). Segundo Virgílio Afonso da Silva (2013a, p. 559), quanto mais uma corte é organizada

---

<sup>69</sup> Waldron (2013, p. 24-5) até aceita que um argumento híbrido, que mistura a moralidade com o potencial epistêmico, seria melhor: a ideia de tratar experts de forma igual. Isso ocorreria não porque representam cidadãos, mas porque especialistas em direito devem ser tratados da mesma forma e sua decisão devem ter o mesmo peso. Ainda assim, ele considera esse argumento fraco em comparação à justificativa moral da regra majoritária instituições legislativas.

<sup>70</sup> De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2013a, p 562), o senso de colegialidade implica, entre outras coisas: a disposição de trabalhar como um time, a ausência de hierarquia entre os juízes, a boa vontade de ouvir os argumentos feitos por outros juízes, a cooperação no processo de decisão, o mútuo respeito entre os juízes, a disposição de se pronunciar, quando possível, como uma instituição, não como um conjunto de indivíduos. O autor critica o fato de a corte brasileira ser mais agregativa do que deliberativa, uma vez que cada juiz expressa seus votos de forma individual, além da pouca importância ao papel do relator (já que o voto é apresentado no momento da sessão plenária, quando o voto dos demais estão prontos) e a pouca comunicação entre eles de modo que um possa influenciar a opinião do outro (SILVA, 2013a, p. 571).

por regras e tem práticas costumeiras de deliberação, maior é a legitimidade do exercício do *judicial review* pela corte, pois maior é a chance de ela produzir argumentos de qualidade e exercer seu papel de fórum de razões públicas ou fórum de princípio. Essa justificativa epistêmica pela mudança da regra de decisão da corte seria, portanto, instrumental: pelo resultado que se alcança.

### **3.1.5 A crítica ao argumento da tirania da maioria**

Uma das inquietações mais relevantes acerca do exercício de um parlamento democrático é a tradicional tese de que os procedimentos legislativos podem dar ensejo à tirania da maioria contra os direitos das minorias, isto é, a negação de direitos individuais pela vontade da maioria política de ocasião. Em primeiro lugar, essa tirania poderia ocorrer porque o parlamento agrega voto e coloca em risco o sacrifício individual pelo bem-estar coletivo. Em segundo, haja vista que as decisões democráticas são influenciadas por aqueles que gritam mais alto ou podem aplicar maior pressão em um determinado momento em detrimentos do mérito dos melhores argumentos sobre a questão. Em face desses problemas, há o perigo de que maiorias democraticamente eleitas oprimam minorias ou não levem a sério suas preocupações. Por essa razão, defensores do exercício das cortes constitucionais justificam-no por elas terem a possibilidade de focarem exclusivamente em direitos individuais, serem independentes da política e vinculadas apenas à constituição e ao direito, e, assim, podem exercer um veto contramajoritário para proteger os direitos de minorias (BELLAMY, 2007, p. 28).

Waldron (2010, p. 145) adverte que em qualquer desacordo sobre direitos, o lado a favor de uma interpretação mais expansiva de um dado direito (o que quer reconhecer um direito que o outro nega) alegará que o lado contrário é potencialmente tirânico. Por exemplo, defensores da descriminalização das drogas irão considerar às leis de proibição de narcóticos tirânicas. Opositores das leis que impõe limites ao financiamento de campanha pensarão que tais leis são opressoras. Em alguns casos, ambos os lados de uma questão de direitos vão acusar o outro lado de tirânico. Na questão de aborto, os favoráveis a esse direito vão afirmar que a posição adversária é opressora contra os direitos das mulheres, por outro lado, as pessoas contrárias podem considerar que a posição pró-aborto é tirânica em relação aos direitos dos fetos (que seriam pessoas). No entanto, nem sempre a divergência de opinião em relação ao conteúdo dos direitos adotado pela maioria de uma determinada comunidade significa que está havendo injustiça. Ora, as pessoas podem não ter os direitos que pensam ter. Para Waldron (2010, p. 148), “elas podem estar erradas quanto aos direitos que têm; a maioria pode estar certa”. Assim

sendo, uma decisão não seria tirânica apenas por ser desvantajosa ou imposta pelo procedimento majoritário.

Waldron (2010, p. 146) não desconhece que minorias ou indivíduos podem, de fato, sofrer opressão, discriminação, terem seus direitos negados, violados ou negligenciados de forma indevida e injusta pelos membros de uma maioria. Aliás, ele considera isso verdadeiro em relação à injustiça racial, por exemplo, quando legisladores brancos negam direitos a negros, afetando diretamente a liberdade, a igualdade e o bem-estar deles. Conforme demonstrado no tópico anterior, se isso for uma situação endêmica e patológica, atípica, de desrespeito aos direitos das minorias, Waldron até admite que sua objeção essencial contra o *judicial review* não se aplica. Todavia, na maior parte das vezes, o que ocorrerá será uma discordância de boa-fé, não motivada por interesses egoístas, sobre o caráter do direito. Sobre o aborto e ações afirmativas, por exemplo, Waldron (2010, p. 151) afirma que não seria o caso de se caracterizar como tirania, pois muitas mulheres e negros divergem entre si se teriam esse direito ou não. Pessoas levando o direito a sério podem discordar, e para isso precisarão de um procedimento decisório final legítimo, que para o autor é o processo legislativo democrático.

Além disso, questiona-se se o *judicial review* será eficaz na proteção de direitos. Como já evidenciado anteriormente, a história do *judicial review* americano demonstrou isso em inúmeras ocasiões, ora no período da escravidão, ora na Era Lochner<sup>71</sup>, a Suprema Corte americana atuou contra os direitos de parcelas consideráveis da população: foi “tirânica”. Richard Bellamy (2007, p. 35) assevera que em relação à invalidação das questões trabalhistas se deveu ao isolamento da política pela corte constitucional, o que geralmente se considera uma vantagem. Muitas vezes movimentos de trabalhadores organizados, encontraram no parlamento – precisamente pelo fato de ser responsável perante ao eleitorado – um mecanismo de ecoar suas vozes e interesses contra as classes dominantes. Ademais, segundo Bellamy (2007, p. 30-31), as cortes podem deixar de capturar a dimensão coletiva, “utilitária” e de interesse público de um determinado direito individual, que a regulação por meio da legislação pode conferir, por ser produzida pelo parlamento que tem maior capacidade institucional de analisar a multiplicidade de questões que um direito envolve. A liberdade de expressão é um exemplo de um direito individual que também possui sua função social e coletiva. Recentemente, a Suprema Corte americana derrubou uma legislação bipartidária que regulava financiamento eleitoral,

---

<sup>71</sup> Lochner v. New York, 198 U.S 145 (1905). Esse é o caso paradigmático da Era Lochner, no qual a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional uma legislação do Estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho em uma padaria a dez horas diárias e sessenta semanais, por violar a liberdade econômica e contratual. Marcou um período do final do século XIX até a década de 30 do século XX de ativismo conservador na Suprema Corte americana, que derrubou dezenas de legislações trabalhistas.

desconsiderando essa dimensão de interesse público de impor limites ao poder econômico, sob o fundamento de que ela feria a liberdade de expressão.

### **3.1.6 Críticas à supremacia judicial no controle de constitucionalidade**

Apesar de crítico do controle judicial de constitucionalidade, Waldron (2014, p. 4) reconhece que sua posição é minoritária e que a maior parte dos regimes democráticos o adotam como mecanismo para controlar o abuso de poder e para resguardar os direitos humanos, previstos geralmente em documentos constitucionais. No entanto, mesmo admitindo na prática o exercício do *judicial review* como uma ferramenta modesta de restrição do poder, Waldron (2014, p. 5) compreende que se deve distingui-lo da ideia de supremacia judicial, que seria ainda mais perniciosa e abusiva para a democracia e que, por isso, deveria ser evitada. Supremacia judicial consiste na ideia de que os juízes e os tribunais constitucionais devem ser supremos ou soberanos nas matérias fundamentais de política e direito, subordinando os demais poderes a eles. Dentro desse contexto, a existência do controle de constitucionalidade forte em um país, aquele que invalida legislações democraticamente aprovadas, não significa necessária e automaticamente a presença correlata da supremacia judicial. A supremacia judicial se expressa mais em um modo como se pratica o controle de constitucionalidade forte, no qual há a ascendência da autoridade judicial no arranjo constitucional, com o poder final de rever o trabalho das outras instituições, o que é perigoso por colocar em risco o equilíbrio da constituição e a harmonia entre os poderes (WALDRON, 2014, p. 25).

Percebe-se que Waldron se preocupa, especialmente, com a supremacia judicial em sentido material e amplo. Supremacia judicial em uma acepção formal, segundo Rodrigo Brandão (2012, p. 16), “significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo”. Em uma definição de índole material, para Brandão (2012, p. 16-7), supremacia judicial consiste no fato de as decisões de um tribunal constitucional sobre o significado da Constituição serem, geralmente, finais, vista que a dificuldade efetiva para os poderes políticos e de atores da sociedade civil conseguirem mobilizar os instrumentos institucionais capazes de reverter a interpretação judicial. Esse sentido material não se traduz somente no rigor formal do procedimento, mas, além disso, no obstáculo prático de se superar o entendimento de uma corte constitucional, devido à dificuldade de se conseguirem aprovar uma emenda constitucional, como ocorre nos Estados Unidos, cabendo, assim, apenas aguardar que a própria corte mude de posicionamento. A ideia de supremacia judicial em um sentido amplo para Brandão (2012, p.

18) seria a combinação da supremacia judicial formal e material, somada ao ativismo judicial<sup>72</sup> e à judicialização da política<sup>73</sup>. Nessa hipótese, pertence ao judiciário o poder de dar a exegese final sobre as questões constitucionais mais controversas e relevantes, determinando para o passado, presente e futuro, a interpretação constitucional às demais instituições políticas e à sociedade civil<sup>74</sup>.

Essa superioridade judicial no arranjo constitucional, na perspectiva *waldroniana*, acarretaria três efeitos colaterais: a) o deslocamento do autogoverno do povo para a autoridade judicial; b) a soberania judicial e a hegemonia sobre o direito; c) a usurpação do poder constitucional com o poder de definir e redefinir a Constituição. Em primeiro lugar, deve-se rejeitar a retirada da autodeterminação dos cidadãos e dos seus representantes eleitos e a transferência para o judiciário na definição de cruciais questões sociais, econômicas ou políticas, tais como a determinação do sistema ou forma de governo, da natureza do sistema econômico, na permanência ou não em um bloco econômico. O exemplo eloquente sobre isso é a crítica de Abraham Lincoln à decisão do caso *DreadScott*, por se opor à proibição da escravidão em territórios americanos (ou seja, a uma economia livre definida democraticamente) (WALDRON, 2014, p. 13-14).

Em segundo lugar, deve-se recusar a tendência da corte mais elevada em se tornar um soberano ilimitado no esquema constitucional, no sentido *hobbesiano*. Para Thomas Hobbes, o estado de direito ou a constituição não poderiam estar no ápice de uma sociedade política porque sempre dependeriam de uma autoridade estatal final para garanti-lo, aplicando seu entendimento sobre o que é o direito e a constituição. Segundo a lógica *hobbesiana*, o regresso seria infinito: uma fonte de restrição ou de legítima coerção em uma dada sociedade sempre estaria sujeita a uma entidade política derradeira para interpretá-la e decidir. Nessa perspectiva, um judiciário supremo que detém o poder de rever à legislação e definir o que é o direito incorreria no risco de se tornar esse soberano ilimitado (WALDRON, 2014, p. 15-18).

---

<sup>72</sup> “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011a, p. 10).

<sup>73</sup> Judicialização da política “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSOa, 2011, p.7).

<sup>74</sup> Verifica-se a supremacia judicial em sentido amplo em uma experiência constitucional de determinado país caso ocorra: “(i) o condicionamento da reversão da jurisprudência constitucional da Suprema Corte à reforma constitucional, especialmente na hipótese em que tal procedimento for difícil, (ii) a submissão de virtualmente todas as questões políticas importantes ao Judiciário, (iii) a disposição dos juízes de estabelecerem deveres de agir com base em normas e raciocínios fluídos” (BRANDÃO, 2012, p. 18).

Em terceiro lugar, deve-se refutar a disposição dos tribunais constitucionais em avocar o poder constituinte de corrigir, alterar ou atualizar o entendimento da Constituição quando considerarem que é a vontade popular. A corte não pode se considerar a própria voz da Constituição ou das pessoas que a elaboraram. O tribunal, assim como o legislativo, são poderes constituídos e não podem se apoderar do poder constituinte, mas apenas exercer seu poder conforme os termos e procedimentos estabelecidos pela Constituição. (WALDRON, 2014, p. 19-24).

A supremacia judicial nos Estados Unidos foi assentada expressamente pela Suprema Corte Americana em 1958 no caso *Cooper v. Aaron*<sup>75</sup>, no qual se afirmou, de acordo com Waldron (2014, p. 34), que:

o princípio básico da justiça federal é a suprema exposição do direito e da Constituição e que o princípio da supremacia judicial tem sido respeitado por esta corte e pelo país, desde o início do século XIX como uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional. (tradução nossa)<sup>76</sup>

No Brasil, a visão convencional também é a de que cabe ao Supremo Tribunal Federal o poder final de interpretar a Constituição, posição sustentada com frequência pelo ministro Celso de Mello, como exemplo:

O papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional e a responsabilidade político-jurídica que lhe incumbe no processo de valorização da força normativa da Constituição – o monopólio da “última palavra”, pela Suprema Corte, em matéria de interpretação constitucional<sup>77</sup>.

Não obstante, para além da retórica do guardião final da constituição, o problema maior ocorre quando há a tentação das cortes em desenvolver ou perseguir um programa amplo e geral – de política ou de princípio – em vez de apenas intervir em casos de abusos específicos tendo por parâmetro os dispositivos claros da constituição (WALDRON, 2014, p. 27). Esse programa pode ser liberal ou conservador, o risco é o mesmo de o juiz usurpar a autoridade democrática ou mesmo o poder constituinte. Não é de responsabilidade dos tribunais perseguirem sua própria visão de justiça social por meio de decisões em sucessivos casos, tampouco se oporem aos programas ou políticas dos poderes eleitos. O exemplo mais persuasivo desse perigo é o da já mencionada Era Lochner, quando a Suprema Corte americana atuou por décadas, em um ativismo conservador geral, contra um programa social e econômico dos governos eleitos em

<sup>75</sup> *Cooper v. Aaron*. 358 U.S. 1 (1958)

<sup>76</sup> “the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”, and it said that this principle of judicial supremacy has “been respected by this Court and the Country” ever since the beginning of the nineteenth century as a permanent and indispensable feature of our constitutional system” (Cooper v. Aaron apud WALDRON, 2014, p. 34).

<sup>77</sup> AI 733387/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 16.12.2008.

prol de direitos trabalhistas, para fazer valer sua visão de livre mercado na economia (WALDRON, 2014, p. 30).

Diante desse panorama, para Waldron (2014, p. 42), o exercício do poder de veto de uma instituição não-eletiva contra uma legislação específica já representa um custo à democracia, mas pode ser justificado, para muitos teóricos, como uma forma de proteger direitos ou se evitar a tirania da maioria. Contudo, a ideia supremacia judicial vai além: configura-se um veto geral contra uma política governamental dos outros ramos do governo que foram eleitos. Isso consiste em uma perda incomensurável para as ideias de autogoverno, de Estado de Direito e de soberania popular.

### **3.2 O constitucionalismo político em Richard Bellamy**

O filósofo político inglês Richard Bellamy (2007, p. 4) desenvolve uma concepção normativa de constitucionalismo político que contesta a posição superior do constitucionalismo jurídico de que as cortes constitucionais proporcionam uma arbitragem mais consciente e informada dos desacordos e conflitos sobre direitos e igualdade do que o processo democrático pode oferecer. Para o autor, o constitucionalismo político transfere a atenção dos resultados para o processo e sugere uma diferente concepção de constituição dentro de uma sociedade democrática. Ao invés de compreendê-la como uma trincheira de valores democráticos substantivos, essa perspectiva concebe-a como um procedimento para resolver as divergências sobre a natureza e as implicações dos valores democráticos de um modo diligente e imparcial que pondera os valores e os interesses em disputa. Em vez de ser um instrumento de respostas fundamentais sobre como se organiza a sociedade democrática, a constituição representa uma estrutura fundamental para alcançar decisões coletivas sobre arranjos sociais de um modo democrático. Isso de uma maneira que trata todos os cidadãos como livres para ter suas preocupações igualmente respeitadas quando participam e decidem o melhor modo para perseguir seus interesses coletivos.

De acordo com Bellamy (2011, p. 90-1), o constitucionalismo político apresenta cinco características-chaves. Em primeiro lugar, a existência do desacordo razoável na sociedade democrática sobre o conteúdo dos direitos presentes na constituição (diverge-se sobre as fundações filosóficas do direito, quem são os seus titulares, qual o seu alcance, qual o seu escopo, como se deve protegê-lo, como ponderá-lo quando em conflito com outros direitos). Em segundo lugar, a necessidade de que nas circunstâncias da política, a maneira mais adequada de se decidir situa-se na política, isto é, o sistema de direitos deve ser negociado politicamente e ser produto de arranjos institucionais políticos que existem para arbitrar esses debates. Em

terceiro lugar, como consequência das duas anteriores, a crítica à legitimidade do *judicial review* por exercer política disfarçada de justificação com base em princípio (sob um suposto manto de moralidade, toma-se decisões de índole discricionária). Dessa forma, associando-se ao positivismo jurídico, exige-se que as fontes institucionais do direito detenham legitimidade política, isto é, a autoridade da produção do direito deve residir em instituições democráticas. Em quarto lugar, a menor legitimidade e efetividade das cortes em relação ao processo político em democracias em bom funcionamento, por não respeitarem a autonomia política dos cidadãos como coautores da decisão, terem menos *accountability* e pela superior qualidade deliberativa dos parlamentos. Em quinto lugar, a importância de que os direitos determinados pelo Poder Legislativo sejam superiores às decisões do Poder Judiciário, isso quer dizer que o parlamento deve ser o responsável por dar a última palavra sobre questões de direito.

Para o constitucionalismo político de Bellamy (2007, p. 5), o processo democrático é mais legítimo que o judicial porque só quando o povo, por si mesmo como agentes autônomos, delibera e decide sobre seus múltiplos direitos e interesses, que é tratado realmente com igual consideração e respeito. Um sistema de “uma pessoa, um voto” oferece aos cidadãos igualdade de recursos políticos. Decidir pela regra majoritária trata todas as visões com justiça e imparcialidade. A competição partidária nas eleições e no parlamento institucionaliza um equilíbrio de poderes que encoraja os vários lados da disputa política a ouvirem e dialogarem com o outro, promovendo um reconhecimento mútuo e facilitando a construção de compromissos. O incentivo eleitoral dos partidos em construir coalizões de votantes capazes de comandar a maioria, também o de criticar e o de se colocar como uma alternativa, ou de defender a si próprios contra críticas significa um contínuo equilíbrio de poder existente entre governo e oposição, o que coíbe o abuso de poder.

Dentro dessa perspectiva, o processo democrático é a constituição, já que tanto organiza o devido processo como é capaz de reformar-se a si mesmo. Essa concepção identifica o direito e explica sua autoridade ao associá-lo sua fonte com a legislatura democraticamente eleita: o direito deve ser obedecido porque é promulgado e debatido pelos representantes do povo. O constitucionalismo político não é cético em relação ao direito, apenas considera que a legislatura é o fórum mais apropriado para compreender e assegurar os direitos, na medida em que para a legislação ser produzida leva um amplo conjunto de considerações necessárias para promover o interesse público. Cortes são, por sua natureza, muito estreitas em focar e em lidar adequadamente com questões de política coletiva sobre direitos, pois não podem tratar uma questão em uma miríade de modos diferentes, para além do direito, como as casas legislativas. A elas faltam as vantagens da informação e da legitimidade provenientes de uma decisão

tomada por um largo número de representantes responsáveis por suas visões por milhões de eleitores (BELLAMY, 2011, p. 110-11).

### **3.2.1 A despolitização da Constituição como forma de dominação**

Richard Bellamy (2007, p. 145) considera que a defesa do constitucionalismo jurídico em focar na capacidade judicial de proteger direitos entrincheirados na Constituição e assegurar resultados substantivos, removendo o debate sobre direitos do processo político, produz dominação e pode gerar, da mesma maneira, o risco de resultados injustos. A estratégia de despolitizar direitos, com o fundamento que eles são pré-políticos ou justificando-os como produtos de um processo político ideal, apresenta o risco de oprimir indivíduos além de ser inerentemente uma forma de dominação arbitrária por não considerar que os direitos estão dentro das circunstâncias da política.

O constitucionalismo jurídico adota duas estratégias para retirar os princípios constitucionais fora da política: o estabelecimento de limites à esfera política, designando que certos valores e áreas da vida estão além do reino da política (a ideia de liberdade negativa distinta da liberdade positiva, é um exemplo eloquente disso), e uma forma apolítica de discutir e resolver questões particulares, de modo que o desempenho deliberativo seja melhor (BELLAMY, 2007, p. 147).

A primeira ideia está no coração do constitucionalismo liberal, que consiste no argumento de que a política não deve interferir em uma área livre de autodeterminação do indivíduo, concebendo-se, assim, direitos naturais pré-políticos. Pressupõe-se que existe uma diferença entre o que é direito e o que é um bem, de tal maneira que os direitos humanos devem ser capazes de satisfazer um critério universal ou transcendental de ordem justa, em que uma pluralidade de indivíduos, independentemente de suas concepções particulares de ética ou de bem, possam aceitar. No entanto, para Bellamy (2007, p. 149), a escolha moral de tais direitos inevitavelmente pressupõe um julgamento moral sobre a natureza de uma vida boa. Haverá, por conseguinte, desacordo sobre quais são esses direitos, quais são suas características e implicações, e isso é intrinsecamente político.

A segunda tática de despolitizar direitos é a de escolher um procedimento apolítico para superar desacordos. Essa forma política apela a modelos de raciocínio público e de deliberação que removem a parcialidade e o auto interesse, e levam a uma convergência de interesse público. A finalidade é fazer da deliberação política uma questão de política pública mais igualitária, analisando o amplo conjunto de questões em jogo e focando no bem comum. Segundo Bellamy (2007, p. 150), alguns defensores da democracia deliberativa partem da hipótese de que

qualquer falha em se alcançar um consenso é um sinal de má-fé, ignorância ou estupidez por parte daqueles responsáveis por isso, especialmente em questões de princípio, ou quando questões constitucionais estão em jogo. Como consequência, sustenta-se a restrição da política para fóruns não-políticos – tais como cortes ou outros corpos de experts – onde acredita-se que removida a pressão pública haverá um debate desinteressado com mais chances de se alcançar o interesse público. Não obstante, Bellamy (2007, p. 151) afirma que, no mundo real, não existe procedimento que leve sempre a um resultado desejado pelos seus idealizadores. Em virtude dos limites do juízo, da falibilidade humana, esses fóruns não-políticos, como cortes, também são passíveis de erros e distorções.

Como a verdade ou a visão consensual do fórum deliberativo sobre direitos ou interesse público é passível de contestação, isso pode fazer com que um grupo hegemônico de oficiais decidam, de modo esse que tal arbitrariedade produza dominação e possa acarretar em opressão.

Bellamy (2007, p. 151) define opressão como o dano a interesses dos indivíduos por formas de interferência direta ou indireta como exploração, violência ou marginalização. Dominação, por sua vez, significa o poder de um indivíduo ou de uma organização de exercer interferência sobre outros ou, de alguma maneira, ignorar/superar suas opiniões e interesses. Opressão é a ação de impor o dano a outro. Dominação é o poder de exercer tal ato. Geralmente, na prática, um conceito é fonte do outro e caminham juntos, mas podem existir de forma separada. Um déspota esclarecido pode evitar de exercer opressão sobre seus subordinados, embora ainda tenha a dominação sobre eles. Por outro lado, indivíduos podem ser oprimidos por regras e regulações definidas pelos representantes do povo após um debate público e amplo.

Por esse motivo, ainda que uma corte constitucional possa produzir resultados que promovam a igualdade de respeito e de consideração, ela não detém o aspecto intrínseco, oposto ao meramente instrumental, de respeitar a autonomia moral dos cidadãos em participar em igual base com os demais cidadãos para decidir sobre os fundamentos da vida política e social. Nesse aspecto, o constitucionalismo político busca focar tanto no processo como no resultado. Por outro lado, o constitucionalismo jurídico que defende a supremacia judicial falha em capturar a igualdade de participação, pois um tribunal constitucional, ainda que infalivelmente certo, diminui relativamente a cidadania em um Estado livre. Dessa forma, afigura-se presente a ideia republicana de dominação quando o direito à participação dos indivíduos na decisão não é respeitado (BELLAMY, 2007, p. 152)<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> É interessante notar que Bellamy parte de uma ideia republicana de liberdade como ‘não dependência’ ou ‘não dominação’, para além do ideal liberal de liberdade como ‘não interferência’, resgatada recentemente por autores republicanos contemporâneos como Philip Pettit (2012) e Quentin Skinner (1999). A teoria republicana

Além disso, a dominação aumenta o risco de opressão, porque não só fica mais fácil impor o dano como também de corrigi-lo, além de, muitas vezes, a opressão não ser reconhecida como uma, quando o grupo que define o que conta como opressão deslegitima seu questionamento, sobretudo ao retirá-lo do reino da política. Exemplos clássicos de como a despolitização da esfera privada estimulou a dominação e a opressão são os tratamentos da mulher dentro da esfera privada da família e do trabalhador dentro da esfera privada da empresa. Legislações para reduzir o impacto da opressão nesses campos só ocorreram quando se aceitou que a área doméstica e a área do trabalho são esferas permitidas de intervenção política. A política cria e protege o espaço de atividades e relacionamentos não políticos, por meio de regulações, providenciando uma rede de segurança quando há risco de vulnerabilidade pela ausência de regras. Sendo assim, para Bellamy (2007, p. 153), a política permeia tudo que importa, não existe área da vida social que deveria permanecer fora da política, sob o risco de qualquer despolitização acarretar em regras arbitrárias que produzam dominação e aumentam as chances de opressão. O constitucionalismo jurídico preocupa-se em evitar a opressão e, por sua vez, o político, ao considerar as circunstâncias da política aliada a sua onipresença em todas as esferas, preocupa-se tanto com a dominação como com a opressão.

### **3.2.2 As críticas de Richard Bellamy contra os argumentos de justificação do *judicial review* em Ronald Dworkin**

---

compreende que não é preciso um tipo de coerção direta para configurar uma situação de ausência de liberdade, bastando que os cidadãos estejam numa situação de sujeição ou dependência política, deixando-se expostos à possibilidade de intervenção arbitrária sobre suas vidas, posses e liberdade, mesmo não estando efetivamente coagidos (TRINDADE, 2012, p.43-49). A condição do escravo não é definida pela coação, mas alguém cuja ausência de liberdade se constitui pela situação de dependência de um indivíduo em relação a outro. A liberdade é entendida como o status de alguém que, diferentemente do escravo, não está sujeito ao poder arbitrário de outro, ou seja, alguém que não é dominado por nenhum outro. Estendendo essa ideia para a comunidade política, assim como um corpo natural, o corpo político seria despojado de liberdade se for privado de sua capacidade de agir à vontade na busca de seus fins. Ainda que uma comunidade política não seja governada tiranicamente, esta seria considerada estando em escravidão se sua capacidade de ação estivesse sob a dependência da vontade de outro. A noção de liberdade como ‘não dominação’ seria mais vantajosa que a liberal de ‘não interferência’, haja vista que a segunda vedaria qualquer intervenção intencional no campo de liberdade do agente (não distinguindo interferências arbitrárias e não arbitrárias), enquanto a primeira proibiria apenas as intervenções arbitrárias. Conforme Glayton Trindade (2012, p. 50-52) explica, nem toda intervenção estatal é arbitrária, a concepção liberal de liberdade como não interferência interditária, ou pelo menos tornaria de difícil justificativa, importantes ações do Estado no sentido de eliminar limitações dos cidadãos associadas à deficiência, pobreza e situações de desigualdade e assimetrias de poder e qualquer ação do Estado de bem-estar redistributivo que busque emancipar e fortalecer a autonomia do cidadão. Por esse motivo, a concepção de liberdade como ‘não dominação’ seria mais rica, pois justificaria as ações do Estado não arbitrárias, na medida em que discutidas e estabelecidas por leis justas, de modo que o legislador ajudaria a criar a liberdade que a comunidade política compartilha. Para Pettit (2012, p. 3), o Estado teria o dever de evitar a dominação privada (justiça social), ao mesmo tempo em que não deve exercer uma forma de dominação pública.

Richard Bellamy (2007, p. 93) contesta o argumento de Dworkin de que a melhor concepção de democracia é aquela que promove os direitos democráticos e produz as melhores respostas para questões morais. De acordo com ele, o teste de superioridade de um arranjo institucional não pode ser o que produz respostas corretas, sendo que o que se considera como resposta certa ou errada é precisamente a questão em disputa. Existe um número grande de diferentes e, geralmente, de respostas conflituosas que podem razoavelmente ser dadas (BELLAMY, 2006). Se existem desacordos razoáveis sobre justiça, então não seria plausível considerar que juízes tomam a sua decisão com base na visão correta do que a justiça em uma democracia exige em circunstâncias particulares (BELLAMY, 2007, p. 4). A justificativa de um arranjo institucional deveria ser, dessa maneira, por alguma característica intrínseca dele.

Ainda que Dworkin afirme que em países com constituições escritas existe um compromisso constitucional com uma resposta correta, esse problema reaparece quando surgem conflitos sobre a interpretação conflituosa de princípios constitucionais. Apesar de o próprio Dworkin reconhecer que o direito constitucional é ancorado na história, na prática e na integridade, não se deve exagerar o peso dessa âncora, pois muitas vezes surgirá uma controvérsia, que deverá ser debatida e não está compreendida nesses precedentes. Bellamy (2006) entende que não deve ser uma concepção baseada em resultados que deverá oferecer essa “melhor resposta”, mas sim uma concepção procedimental.

Convém evidenciar que Bellamy (2007, p. 76) também é um crítico da leitura moral da Constituição de Dworkin – teoria que encoraja os juízes a buscar a resposta moralmente melhor dentro do ordenamento jurídico, de forma coerente com a história e a prática de uma determinada comunidade de princípios – porque na maioria das vezes os juízes também irão divergir razoavelmente sobre qual é a melhor resposta sobre aquela controvérsia sobre direitos em vez de promover um não-existente consenso sobre o que seria essa resposta. Dworkin acredita que essa dimensão moral conferida ao direito, em sua busca pela melhor resposta, atesta objetividade nas decisões judiciais. Mas, para Bellamy (2007, p. 78-9), não existe nenhuma razão para supor que as decisões dos juízes são moralmente melhores do que a visão do resto da população que discorda razoavelmente nessa área. Para ele, a concepção de Dworkin ao invés de reduzir a discricionariedade dos juízes, a incentiva, ao convidar os juízes a buscar a melhor visão sobre o que é o bom direito e não o que é o direito *per se*. Ao contrário de tirar o direito da política, ele insere o direito dentro das circunstâncias da política, no qual cada juiz age como um cidadão, buscando dar sua opinião particular de como a sociedade seria melhor organizada.

Como método mais adequado para aplicar o direito em casos de ambiguidade da linguagem e controvérsias nos casos difíceis que surgirão, Bellamy (2007, p. 84-5) defende o raciocínio jurídico por analogia, caso por caso, focado mais nos detalhes e nas particularidades do caso concreto, do que em grandes debates teóricos e morais sobre princípios. Adotando o critério de Cass Sunstein (2001), prefere deixar os argumentos incompletamente teorizados, para não imiscuir nessa área de desacordo moral, e buscar paralelos em similitudes e diferenças em outros precedentes<sup>79</sup>. Esse raciocínio por analogia invoca, por conseguinte, a doutrina do *stare decisis*, tomando por base precedentes e evoluindo de forma incremental no que for distinto, não buscando soluções morais, campo da divergência por excelência.

O filósofo inglês também não concorda com o raciocínio jurídico sobre direitos que divide decisões com fundamento em princípio e aquelas com fundamento em política. Para Bellamy (2007, p. 78), quando direitos estão em colisão, interesses e considerações de bem-estar podem ajudar a determinar qual direito é o mais forte naquela circunstância.

Bellamy (2007, p. 95) critica a visão de Dworkin de que decisões majoritárias simplesmente agregam interesses, negociações, ou encorajam compromissos que podem subordinar questões relevantes de princípio, e que parlamentares seriam mais susceptíveis a desrespeitar valores democráticos. Um sistema majoritário garante aos indivíduos que sejam uma parte igual e, porque cada um não conta mais que o outro, assegura que cada um seja igualmente tratado como todos os demais. Em relação ao compromisso, pode-se também,

---

<sup>79</sup> Cass Sunstein (2001, p. 50) defende que as pessoas ainda que não concordem com teorias constitucionais ou sobre princípios morais abstratos, podem concordar com práticas constitucionais ou mesmo com os direitos constitucionais. Dessa forma, para resolver os problemas, em um contexto de pluralismo e desacordo moral, em uma ordem constitucional em bom funcionamento, deve-se tentar um acordo incompletamente teorizados. Aqueles que irão tomar uma decisão podem concordar com um determinado resultado concreto, mesmo que as teorias subjacentes sejam nitidamente divergentes. Sunstein (2001, p. 51) defende que ao se descer para um nível mais baixo de abstração, com o objetivo de se alcançar um consenso sobre "resultados concretos" ao invés de abstrações gerais, que isso pode produzir convergência apesar da divergência, da incerteza, dos limites de tempo e de capacidade, e da heterogeneidade. Esses acordos incompletamente teorizados são importantes para a estabilidade social e para o sucesso do constitucionalismo, já que podem evitar conflitos em larga escala sobre teorias abstratas, reduzindo os custos do desacordo, e podem ser um importante modo de as pessoas demonstrarem humildade e respeito mútuo. Ronald Dworkin (2006a, p. 73) é um crítico dos acordos não completamente teorizados, porque eles tornam a democracia menos deliberativa. Eles implicariam, para Dworkin, uma espécie de paralisia do processo argumentativo, que poderia afetar o desenvolvimento moral da comunidade política, tendo em vista que esta depende da discussão e deliberação para florescer. A adoção de acordos incompletamente teorizados poderia acarretar a desvantagem de remover dos atores políticos a responsabilidade de justificar publicamente as suas decisões. Por seu turno, Thomas Bustamante (2015a) aponta que os acordos incompletamente teorizados são uma falácia anti-teórica, pois seria uma falha não reconhecer que essa posição cética consistiria também em uma teoria baseada em uma pressuposição normativa, não sendo puramente empírica. É necessária uma justificativa normativa para fundamentar o valor moral desses acordos, ou seja, explicar porque eles são desejáveis. Caso contrário, corre-se o risco de se incorrer em uma falácia naturalística – ou seja, na guilhotina de Hume – ao se derivar um ser de um dever ser: o valor dos acordos incompletamente teorizados (uma norma) meramente do fato de que pessoas podem concordar com o nível de operação dos princípios.

geralmente, ocorrer um reconhecimento de princípio de igual reciprocidade e participação sobre a decisão e que todos devem fazer concessões mútuas.

Ainda que Bellamy (2007, p. 95) reconheça que a concepção majoritária não assegure que muitas vezes o eleitorado seja motivado a votar por motivos preconceituosos, e que muitas vezes minorias possam ser oprimidas em seus direitos pela voz da maioria, ele também afirma que o tribunal constitucional não é garantia de que isso não ocorra, como muitas vezes a história da Suprema Corte americana já demonstrou. No final do século XIX e início do século XX, trabalhadores conquistaram vários direitos econômicos e sociais, após pressão popular, no parlamento inglês. Durante a mesma época nos Estados Unidos, cortes estaduais e federais derrubaram dezenas de legislações trabalhistas similares na famigerada Era Lochner (BELLAMY, 2007, p. 34).

Bellamy (2007, p. 97) afirma que argumento de Dworkin é falho ao considerar que cortes promovem amplos debates públicos sobre princípio melhores do que os debates promovidos pelos Legislativos. Há inúmeros exemplos de debates no Legislativo que levam em consideração também os direitos fundamentais, como foi o debate sobre descriminalização da homossexualidade no parlamento inglês. Seria enganoso compreender os debates travados na corte como diálogos platônicos, intocáveis por grupos de pressão, preconceito ou ideologia. Quando a corte começa a discutir importantes questões morais e políticas, esses grupos de pressão simplesmente viram sua atenção para capturar a corte e pressionar juízes. Segundo Bellamy, a corte geralmente segue a opinião pública em questões chaves de moralidade.

O argumento de Dworkin de que participar em um debate público, após uma questão ser decidida na corte, pode ser educativo e aperfeiçoar a qualidade dos argumentos é correto, para Bellamy, mas esquece um ponto fundamental. De acordo com Bellamy (2007, p. 97) fazer parte de uma decisão coletiva gera um senso de responsabilidade moral por parte dos cidadãos, obrigando-os a respeitarem a visão dos companheiros e aceitar sua visão majoritária. Se a decisão for efetivamente retirada de suas mãos, então, por que eles deveriam se sentir com a necessidade de moderar suas visões e acomodá-las com a dos outros? Decidir é tão importante como debater na visão de Bellamy. O autor inglês também critica a visão de Dworkin de que o dano à democracia seria simétrico por um erro tanto da corte como do legislativo. Enquanto Dworkin só admite críticas intelectuais, por meio de argumentos à corte, Bellamy afirma que os cidadãos, em uma decisão majoritária, podem culpar a si mesmos e aos legisladores eleitos, retificando o erro ou ameaçando remover o apoio à autoridade eleita caso o erro não seja corrigido.

Sobre a concepção de igualdade de status em Dworkin, isto é, a ideia de que as decisões políticas tratem a todos com igual respeito e consideração e não discriminem formalmente nenhum grupo, Bellamy (2007, p. 98) afirma que só é possível concebê-la como conferindo, também, igual peso a cada cidadão para definir e decidir seus direitos em uma base igual com os demais cidadãos, caso contrário, seria negar o próprio ideal de igual consideração.

Por fim, Bellamy (2007, p. 99) critica a concepção de liberdade negativa adotada no conceito de democracia de Dworkin, na qual a decisão coletiva deveria respeitar um reino de responsabilidade pessoal e de escolha moral do indivíduo. Isso ocorre porque para Bellamy essa área de responsabilidade individual também seria uma questão de acordo e consideração coletiva. Existem pouquíssimas áreas privadas que não tem implicações públicas. O próprio casamento e a família, que são consideradas áreas essencialmente privadas, são publicamente reguladas, uma vez que o pai, por exemplo, não pode bater na mulher nem abusar dos seus filhos. Bellamy reconhece que Dworkin tem o aborto e a eutanásia em mente quando defende esse argumento do direito individual à privacidade. Porém, mesmo nesses casos, fazer tais matérias de índole privada ignora os efeitos das escolhas de uns sobre os outros, bem como remove a responsabilidade coletiva sobre a questão. Na Europa, onde o aborto foi descriminalizado por legislaturas, houve muito mais preocupação social em dar suporte à mulher que tem o desejo ou efetivamente interrompeu a gravidez, do que nos Estados Unidos, onde a decisão foi tomada pela Suprema Corte. Mesmo que essa independência ética seja vista como um direito, para Bellamy (2007, p. 100), as decisões sobre ela devem ser tomadas democraticamente, tendo em vista as responsabilidades coletivas a se defender.

### **3.2.3 As críticas de Richard Bellamy contra os argumentos de justificação do *judicial review* em John Rawls**

Richard Bellamy é um crítico da ideia, presente no liberalismo político de Rawls, na qual a constituição seria uma espécie de consenso sobreposto de doutrinas morais, filosóficas e religiosas, constituindo a concepção política de justiça mais razoável para assegurar direitos e liberdades fundamentais, de modo que esse acordo garanta ser possível a paz social, a coexistência, a cooperação e a tolerância mútua entre a pluralidade de indivíduos e grupos existentes em uma sociedade democrática. Rawls considera que as dificuldades de alcançar um acordo entre visões ideológica e culturalmente opostas fazem os desacordos serem a primeira fonte de tensão e de instabilidade dentro das sociedades modernas. Conseqüentemente, para Rawls, os direitos básicos e as liberdades fundamentais definidos no acordo presentes em uma constituição deveriam ser removidas do processo político e protegidas por uma corte

constitucional. Para Bellamy, esse isolamento do debate sobre direitos da esfera política é impossível e indesejável, tendo em vista que isso inibe a política de realizar sua função crucial de reconciliar diferenças por meio da negociação e do debate, ao mesmo tempo que exclui importantes questões de minorias da agenda política e deslegitima a esfera pública (BELLAMY, CASTIGLIONE, 1997, p. 604).

Bellamy contesta a compreensão idealizada de Rawls de que uma corte constitucional seria melhor para decidir, em termos de razão pública, quando direitos e liberdades fundamentais estão em jogo, por ser imune a influências políticas comparado a políticos eleitos. É impossível, segundo Bellamy (1997, p. 607), resolver conflitos quando direitos e liberdades básicas estão em discussão de uma maneira pura com base na interpretação do direito constitucional mais elevado. Os juízes decidirão com base em sua compreensão que é muitas vezes parcial, detentora de valores pessoais, opiniões, preconceitos e interesses. Discutir a legitimidade de ações afirmativas ou se a liberdade de expressão compreende a pornografia faz parte dos grandes debates morais contemporâneos, sobre os quais existe uma divergência razoável, sendo impossível ponderar as opções diferentes sem recorrer às nossas próprias compreensões morais.

Uma das consequências práticas de tal fechamento judicial, segundo Bellamy (2007, p. 105), para a decisão dessas grandes questões morais sobre direitos e liberdades, é que se as pessoas discordarem razoavelmente da visão da corte, elas não terão suas visões adequadamente representadas. Na medida em que os cidadãos não têm a chance de canalizar sua voz de oposição nos canais regulares políticos, podem se tentar empregar métodos não razoáveis, como demonstram os ataques violentos a médicos em clínicas de abortos, como os que ocorreram após a decisão da Suprema Corte que julgou inconstitucional a criminalização do aborto nos Estados Unidos.

Para Bellamy (1997, p. 607-8), a falta de representatividade e de responsabilidade do judiciário para influências sociais é uma desvantagem, na medida em que esse poder teria menos capacidade institucional para reconhecer como relevante todos os interesses e valores dos vários grupos em disputa, com vistas a entender e avaliar os princípios em jogo. A política, pelo contrário, ofereceria um fórum melhor para conseguir uma visão completa da questão e para garantir um apoio popular porque é aberta para visões e considerações de todas as pessoas. Além disso, a deliberação política não é sempre baseada no puro autointeresse. Nos Estados Unidos, o *New Deal*, os movimentos por direitos civis – direitos de negros e de mulheres – e pelo meio-ambiente demonstram como é possível discutir política com base em princípios e como o espaço político pode tomar decisões mais efetivas para a transformação social do que

uma decisão isolada da corte. As decisões judiciais que julgaram inconstitucionais a segregação racial (*Brown v. Board of Education*) e o aborto (*Roe v. Wade*) foram inefetivas, e as mudanças geralmente a ela associadas, vieram, na verdade, com ações do Executivo e do Legislativo (BELLAMY, CASTIGLIONE, 1997, p. 608).

Para Bellamy (2007, p. 106), o liberalismo político de Rawls negligencia o papel da política, ignorando a atividade civilizatória da política em si mesma e a função moralizadora da cidadania. Muitas dessas demandas de movimentos de contestação política – ambientalistas, trabalhadores, mulheres, negros – ressignificaram conceitos políticos e obtiveram sucesso. Convencer as pessoas dos méritos de uma dada política e justificar uma exclusão envolve um argumento moral e um debate político. Um consenso sobreposto, para Bellamy (1997, p. 608), deve ser construído politicamente por meio da deliberação, considerando que mesmo que o desacordo razoável permaneça, deve-se tentar encontrar alguma solução aceitável de compromisso. Rawls teme que as soluções políticas possam ser injustas e instáveis, motivadas por interesses e preconceitos em detrimento da justiça e equidade. Isso pode ser verdade. No entanto, como a história demonstra, sucessivos compromissos e negociações podem também levar as pessoas a fazerem as coisas de um jeito que gradualmente produzem um consenso, na medida em que reconhecem e respeitam os outros por meio do processo político.

Democratas comprometidos, para Bellamy (2007, p. 107), distinguem a aceitação do processo político do acordo quanto ao resultado. O problema de Rawls e Dworkin, para Bellamy, é que eles camuflam essa distinção ao tentar distorcer o processo de modo que produza o resultado preferido deles.

### **3.3 Conclusões parciais**

A crítica à legitimidade democrática do exercício do controle judicial de constitucionalidade remonta a sua origem histórica. Com o desenvolvimento da teoria e da prática da jurisdição constitucional, paralelamente foram se aumentando a desconfiança e a preocupação com vários possíveis dos seus efeitos colaterais e deletérios, tais como: a supremacia judicial perante os demais poderes eleitos, a ausência de controle ao poder judicial, o conflito intergeracional entre a vontade dos constituintes no passado e a dos governantes eleitos do presente, o expansionismo e o ativismo judicial em matérias nas quais a constituição não definiu expressamente, a retirada de matérias do debate político. No debate constitucional contemporâneo, Jeremy Waldron e Richard Bellamy são dois dos críticos mais eloquentes acerca do caráter antidemocrático do *judicial review*, desenvolvendo uma concepção de constitucionalismo político, em contraponto ao constitucionalismo jurídico, que resgata o valor

moral da decisão tomada na política pelos representantes eleitos do povo, em igualdade política, bem como o valor da deliberação, da negociação e dos acordos forjados politicamente como mecanismos de reconhecimento mútuo entres os cidadãos.

Em seu objetivo de conceber uma teoria democrática da autoridade, Waldron considera que a justificação da autoridade deve se dar com base essencialmente em razões relacionadas ao processo, não ao resultado. Isso porque em uma sociedade democrática e plural, os cidadãos discordam razoavelmente e de boa-fé sobre qual é a resposta correta. Reconhecer o desacordo não significa ser cético quanto à objetividade da moral e da verdade, mas sim fazer uma constatação realista de como uma sociedade plural funciona: as pessoas, inclusive os filósofos e os intelectuais, divergem com sinceridade sobre os mais variados temas, inclusive as questões vitais de uma comunidade política. Em virtude das circunstâncias da política, isto é, a necessidade de tomar uma decisão em uma dada sociedade aliada ao desacordo de seus membros sobre o conteúdo, deve-se estabelecer uma autoridade baseada no procedimento. Em uma democracia, a decisão majoritária é o procedimento moralmente mais adequado por consagrar a igualdade política dos cidadãos, a neutralidade sobre o resultado, o poder de decisão e o direito à participação de cada um dos seus membros. Dessa maneira, uma decisão tomada por um parlamento democrático é moralmente valiosa, porque os representantes foram eleitos observando a igualdade política entre os cidadãos, e os arranjos internos dele, em regra, se respeitam a igualdade entre os parlamentares, por intermédio da regra majoritária. Portanto, a justificativa da legitimidade da autoridade parlamentar é intrínseca, na medida em que não depende do resultado que proporciona, mas apenas do processo que assegura a igualdade de participação e de voz aos membros da comunidade política.

É por essa razão que Waldron apresenta sua objeção fundamental ao *judicial review*: os juízes não são eleitos, logo, não são responsabilizados perante os cidadãos, falhando na justificativa quanto ao processo. Ademais, no processo de decisão se utilizam da regra majoritária assim como os parlamentares, mas não apresentam o mesmo fundamento moral, porquanto não representam a igualdade política dos cidadãos. Consequentemente, a mesma crítica que se faz aos parlamentos – por tomar decisão com contagem de cabeças, com a “decisão estatística” – pode ser feita em relação à corte.

Além disso, Waldron também rejeita a justificativa instrumental de que as cortes produziram melhores resultados na proteção de direitos, pois isso seria inconclusivo. Historicamente, encontram-se exemplos empíricos nos quais parlamentos produziram boas decisões e que cortes erraram ou fracassaram na tutela de direitos. Sem contar que cortes geralmente não podem enfrentar todas as questões morais, políticas e técnicas, como os

parlamentos, quando debatem um determinado tema; mas apenas podem discutir com base em documentos jurídicos, como constituições e precedentes, o que empobreceria o debate por se prender a um formalismo jurídico excessivo em detrimento de se enfrentar as questões de fundo. Em função disso, nem sempre as cortes exercem um papel deliberativo melhor – o fórum de princípios ou de razões públicas – pelas próprias limitações institucionais.

Contudo, Waldron pressupõe condições históricas, políticas e culturais ideais para sua objeção normativa contra o *judicial review*: instituições democráticas e judiciais funcionando razoavelmente bem e o compromisso da maioria da sociedade com os direitos indivíduos e de minoria, mesmo discordando de boa-fé acerca do conteúdo desses direitos. Em situações atípicas e patológicas de endêmico desrespeito e violação a direitos individuais ou de minorias, Waldron admite que a jurisdição constitucional poderia, excepcionalmente, se justificar, como em uma sociedade com elevado preconceito racial, étnico, religioso ou com culturas políticas corruptas e disfuncionais. Essa concessão sociológica à realidade é relevante porque nem sempre essas condições ideais existem nos países atuais. No entanto, torna-se importante salientar que Waldron não considera desacordo sobre direitos – como aborto e ações afirmativas – como presente nessa exceção. O autor adverte que em um cenário normativamente desejável de uma moderna democracia constitucional, a jurisdição constitucional forte não consiste em um elemento normal e apropriado. Para além disso, Waldron aponta os efeitos negativos da supremacia judicial para um regime constitucional: o deslocamento do autogoverno do povo para a autoridade judicial, a soberania judicial e a hegemonia do tribunal constitucional sobre o direito, assim como a usurpação do poder constitucional com o poder de definir e redefinir a Constituição

Richard Bellamy reforça a crítica de Waldron à jurisdição constitucional, ao afirmar que onde existe supremacia judicial e despolitização de direitos há dominação, o que pode acarretar também em opressão, haja vista que se retira o debate sobre direitos da arena política, de modo que os cidadãos não podem autonomamente participar e decidir sobre seu destino, além de não poder questionar politicamente eventuais situações de opressão na esfera privada. Ademais, muitas vezes quando uma corte constitucional discute sobre direitos individuais, não pode levar em consideração as dimensões coletivas e sociais de um determinado direito, como o parlamento pode fazer. A exclusão do debate político de um tema impede o senso de responsabilidade moral dos cidadãos perante a decisão bem como coíbe a negociação e a possibilidade de compromissos de princípios nos quais as partes adversárias no debate político promovam concessões mútuas para chegar a um acordo sobre aquele direito. Muitas conquistas de direitos ocorreram com base em luta política e em avanços graduais. Bellamy ressalta a

importância da deliberação política para a definição do que se entende por direito, porque por meio dela os cidadãos podem se reconhecer mutuamente e ressignificarem o conteúdo do direito em suas múltiplas dimensões.

#### **4 – A TERCEIRA VIA ENTRE CORTES E PARLAMENTOS: DESASSOCIANDO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SUPREMACIA JUDICIAL.**

Nos capítulos anteriores desta dissertação, foram desenvolvidos os principais argumentos de justificação e de crítica do controle judicial de constitucionalidade da legislação e, paralelamente, os argumentos centrais contrários e favoráveis ao papel do legislativo na proteção dos direitos. O desafio proposto pelo presente trabalho tem sido investigar e tentar responder, de um ponto de vista normativo, “quem” deve ser a autoridade responsável pela decisão final sobre a interpretação da constituição e dos direitos fundamentais em uma democracia constitucional: cortes ou parlamentos? Qual seria a autoridade democraticamente mais legítima ou racionalmente mais adequada para exercer a função hermenêutica e institucional de resguardar e de promover direitos em um regime democrático? O pano de fundo dessas indagações decorre do dilema do constitucionalismo ou no paradoxo da democracia: como conciliar o exercício legítimo e democrático do poder com a proteção efetiva de direitos.

Conforme visto, essa controvérsia da teoria e da prática democrática e constitucional oferece duas respostas tradicionais para essas questões: o constitucionalismo jurídico (concepção constitucional de democracia) e o constitucionalismo político (concepção majoritária de democracia). O constitucionalismo jurídico, em regra, pressupõe: (I) a supremacia de um documento constitucional; (II) direitos fundamentais com *status* jurídico constitucional, isto é, mais elevado que a legislação ordinária, com a finalidade de impor limites ao poder estatal; (III) poder judicial, exercido por juízes e cortes, para invalidar ou não aplicar leis incompatíveis com esses direitos, de modo a salvaguardá-los, impedindo que sejam revistos pelo procedimento majoritário no legislativo. A decorrência lógica desse modelo é a supremacia da autoridade da corte em dar a palavra derradeira sobre a validade de uma norma e o significado da Constituição. O constitucionalismo político, ao contrário, presume: (I) a legitimidade do exercício do poder, pelo autogoverno dos cidadãos por intermédio de representantes eleitos e responsabilizáveis (*accountability*), em respeito à igualdade política; (II) os direitos e as liberdades são definidos politicamente pelas instituições legislativas, que podem emendar ou revogar por maioria simples qualquer lei; (III) o não entrincheiramento de direitos contra a decisão da maioria; (IV) a não sujeição da decisão legislativa à revisão judicial. A supremacia legislativa é o corolário desse paradigma (GARDBAUM, 2010, p. 172).

Os defensores do constitucionalismo jurídico concebem as constituições como definidoras dos direitos e das liberdades, que seriam as condições da democracia, e a jurisdição constitucional, por ser composta por juízes independentes do jogo político e treinados na linguagem de direitos, como mais confiável para resguardar tais direitos, na medida em que ofereça resultados fundamentados em princípios, razões públicas e argumentos corretos. O *judicial review* se legitimaria instrumentalmente: pelo resultado que proporciona. Os entusiastas do constitucionalismo político desafiam essa concepção, tendo em vista que, em primeiro lugar, em uma sociedade democrática existe um desacordo razoável sobre o conteúdo das respostas corretas. Em segundo lugar, o parlamento seria intrinsecamente mais legítimo, por ter como alicerce a igualdade política entre os cidadãos. Em terceiro, poderia ser mais efetivo em dar uma resposta melhor, na medida em que pode enfrentar todas as questões morais, políticas e técnicas sobre um determinado assunto, além de, por ser mais representativo, poder captar a diversidade e multiplicidade de opiniões a respeito de um tema.

Convém ressaltar que essa divisão entre constitucionalismo jurídico e político não é apenas teórica e filosófica, mas principalmente prática e histórica. A ideia de supremacia legislativa prevaleceu nas democracias pelo mundo, sobretudo tendo como referência as matrizes britânicas e francesas, a partir do século XVIII até a Segunda Guerra Mundial. O modelo de supremacia constitucional institucionalmente assegurado pelo *judicial review*, que inicialmente foi uma experiência isolada norte-americana tendo como marco histórico o caso *Madison v. Marbury* em 1803, com algumas tentativas episódicas de implementação na Áustria, na Tchecoslováquia e na Alemanha no período entre guerras no século XX, passou a se expandir progressivamente após o fim da Segunda Guerra e a se tornar predominante em todos os continentes, quando boa parte dos países realizavam a transição de um regime autoritário ou colonial para uma democracia constitucional (GARDBAUM, 2010, p. 164-169)<sup>80</sup>.

Apesar de essa dicotomia entre cortes e parlamentos ter sido tônica do debate e da prática constitucional, recentemente surgiu uma alternativa para estruturar e institucionalizar os arranjos constitucionais que representa uma posição intermediária entre as duas vias tradicionais: o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*).

---

<sup>80</sup> De acordo com Gardbaum (2013, p. 3), alguns países da América Latina, no século XIX, após suas independências, adotaram a supremacia constitucional e empregaram o controle judicial de constitucionalidade, mas foram experiências breves, interrompidas por ditaduras, muitas vezes só na teoria (e não na prática), já que as reivindicações de poder das cortes eram desrespeitadas. Por influência do modelo constitucional americano, após a proclamação da República, o controle de constitucionalidade de índole difusa foi estabelecido pela Constituição de 1891, com a criação do Supremo Tribunal Federal (embora já previsto pelo Decreto nº 848/90). Contudo, muitas vezes o Judiciário não pôde ou não quis controlar os abusos do Executivo e do Congresso, a despeito de alguns episódios de resistência, o Supremo “foi, em geral, bastante dócil diante dos desmandos dos governantes de plantão” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 113-114).

De acordo com Stephen Gardbaum (2010, p. 161), entre 1982 e 1998, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países da Comunidade Britânica que adotavam a supremacia legislativa tradicional – efetuaram reformas institucionais que introduziram cartas ou declarações de direitos, concedendo aos tribunais o poder de proteger tais direitos, mas desvinculando o controle de constitucionalidade da supremacia judicial, ao dar a última palavra ao legislador. Stephen Gardbaum (2010, 2013, 2016) e Mark Tushnet (2008, 2014) são uns dos principais teóricos contemporâneos que descreveram as características e são entusiastas do potencial normativo representado por esse novo paradigma de constitucionalismo, em virtude do fato de que ele proporcionaria um arranjo da separação de poderes mais adequado, que harmonizaria melhor a tutela de direitos fundamentais e o ideal de autogoverno do povo, desempenhado de forma dialógica entre cortes e parlamentos.

O novo modelo mistura duas técnicas de proteção de direitos: um controle político interno antes da promulgação da lei e um controle judicial de constitucionalidade fraco. Em primeiro lugar, os poderes eleitos, o Executivo e o Legislativo, se engajam no processo legislativo, em uma deliberação interna, para a discussão a respeito da compatibilidade da lei com os direitos fundamentais, com o objetivo de verificar e de se evitar potenciais lesões a direitos. Em segundo lugar, o Poder Judiciário detém o poder de analisar a conformidade do diploma legal com a declaração de direitos, mas sem ter a autoridade final sobre a interpretação do direito, uma vez que o legislativo pode rever a decisão judicial (GARDBAUM, 2013, p. 26-27). Esse novo modelo é um meio-termo que transcende a natureza das duas vias tradicionais – concebidas como opostas e excludentes na proteção de direitos – combinando elementos entre elas, tentando-se criar “entre os tribunais e parlamentos, equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo deliberativo quanto à proteção e à aplicação de direitos fundamentais” (GARDBAUM, 2010, p. 162).

Em face desse quadro, o presente capítulo tem por objetivo, primeiramente, analisar com detalhes essa terceira via representada pelo novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica, que desassocia a jurisdição constitucional da supremacia judicial, bem como as vantagens normativas que representa como uma resposta adequada para reconciliar as demandas de tutela a direitos fundamentais com a legitimidade democrática. Será estudado, dessa forma, esse novo modelo tanto do ângulo descritivo como do ponto de vista normativo, e as contribuições que promete proporcionar. Além disso, pretende-se examinar o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, e, dentro desse contexto, avaliar se a PEC nº 33/11 representaria uma possibilidade de responder ao desafio de aperfeiçoar a legitimidade democrática desse sistema.

#### 4.1 O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica

O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica – ‘o novo modelo’ para encurtar – se refere à experiência de estrutura constitucional comum de Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) instituídas, nas últimas décadas, no Canadá (1982), Nova Zelândia (1990) e no Reino Unido (1998)<sup>81</sup>. Stephen Gardbaum (2013, p. 11) cunhou essa expressão – novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica<sup>82</sup> – para designar as características em comum dos países de onde surgiram e espalharam essa nova experiência institucional: tanto o Canadá como a Nova Zelândia foram colonizados pelo Império Britânico e compartilham de tradições jurídicas, políticas e culturais em comum. Todos partem de uma tradição de supremacia legislativa, na qual não havia declaração de direitos codificada e os direitos eram criados por meio de leis ordinárias, sem possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. A função judicial era limitada a interpretar e aplicar o que a legislatura estabelecia. Ao instituir mecanismos para uma maior tutela dos direitos humanos, rejeitaram o modelo americano de controle de constitucionalidade forte, e optaram por uma terceira via: um controle judicial de constitucionalidade fraco, no qual as cortes têm o poder de revisar a compatibilidade de um diploma legal com a carta de direitos, mas os parlamentos detêm a última palavra sobre os direitos.

##### 4.1.1 Canadá

O Canadá foi o país pioneiro nessa inovação constitucional, ao promulgar a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) em 1982. É importante destacar que o Canadá já tinha tido uma experiência anterior com a Declaração de Direitos e Garantias Canadense (*The Canadian Bill of Rights*) em 1960 – uma lei ordinária que vinculava apenas o governo federal, não as províncias, e não era hierarquicamente superior às

---

<sup>81</sup> Na Austrália, o território da capital em 2004 e o estado de 2006 também introduziram inovações institucionais semelhantes às desses países. Israel, em uma de suas onze Leis Fundamentais (*Basic Laws*) – na *Freedom of Occupation* – instituiu uma ‘cláusula não obstante’ permitindo ao parlamento de Israel (*Knesset*) imunizar um diploma legal pelo voto da maioria dos membros se expressamente indicado quando promulgado. A Constituição da Romênia também prevê uma possibilidade de superação legislativa (*legislative override*) de uma decisão abstrata da corte antes da promulgação de uma lei, desde que o Congresso a aprove novamente por dois terços dos votos nas duas câmaras. Ao aprovar a Convenção Europeia por uma Lei dos Direitos Humanos, a Irlanda tomou emprestado alguns dispositivos da estrutura inglesa, incluindo o mecanismo de declaração de incompatibilidade judicial, mas tem algumas peculiaridades que refletem uma adoção parcial do modelo (GARDBAUM, 2013, p. 11).

<sup>82</sup> Apesar de preferir designar esse fenômeno como “novo modelo de constitucionalidade da Comunidade Britânica”, Stephen Gardbaum (2013, p. 14) reconhece que há outras terminologias utilizadas como sinônimos ou intercambiáveis, tais como: controle de constitucionalidade fraco (*weak-form of judicial review*), modelo parlamentar de declaração de direitos (*the parliamentary bill of rights model*), modelo dialógico (*the dialogue model*), controle de constitucionalidade dialógico (or ‘*dialogic judicial review*’), dentre outros.

outras leis –, mas não foi considerada efetiva para resguardar os direitos nela previstos, uma vez que as cortes os interpretavam por meio das lentes da soberania parlamentar, limitando o escopo deles (GARDBAUM, 2010, p. 173-5).

A Carta de 1982, por sua vez, faz parte da Constituição canadense, a qual apresenta critérios rígidos de mudança constitucional, dotados de superioridade em relação à maioria legislativa. Além de estatuir direitos e liberdades fundamentais, e autorizar o Poder Judiciário a exercer o controle de constitucionalidade de forma difusa para assegurar esses direitos, a Carta inseriu a ‘cláusula não obstante’ (*notwithstanding clause*), em sua Seção 33. Essa disposição permite ao parlamento federal ou ao legislativo de alguma província imunizar uma lei ou uma regra nela contida, por meio de uma declaração expressa, contra os direitos estabelecidos na Carta Canadense por até cinco anos, com a possibilidade de renovação pelas legislaturas seguintes<sup>83</sup> (GARBAUM, 2010, p. 176-179).

Essa cláusula foi projetada como uma solução conciliatória entre aqueles que defendiam a constitucionalização de direitos conforme o modelo dos Estados Unidos e os defensores da soberania popular, que resistiam a essa mudança. Para os que tinham o receio da supremacia judicial, institucionalizou-se uma válvula de escape que dá azo à resposta legislativa: se o legislador não concordar com a posição da corte, ele tem condições de impor-se (MENDES, 2011, p. 149). A disposição anulatória (*override provision*) prevista na Seção 33 limita formalmente o Poder Judiciário canadense, garantindo aos Legislativos, com maioria simples, o poder final de determinar o que é o direito. No entanto, na prática, poucas foram às vezes nas quais ela foi utilizada (GARDBAUM, 2010, p. 178-182).

Outra característica da Carta Canadense que permite a ideia de diálogos entre o Legislativo e o Judiciário desse país no significado do conteúdo dos direitos é a cláusula que possibilita uma limitação razoável dos direitos constitucionais pelo Legislativo, conforme previsto na Seção 1 da Carta<sup>84</sup>. Para Mark Tushnet (2014), enquanto a ‘cláusula não obstante’ seria uma inovação institucional de índole procedimental, essa disposição que expressamente

---

<sup>83</sup> Veja a íntegra do texto da Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>. Acesso em 22/05/2015.

<sup>84</sup> Seção 1 da Carta Canadense “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>. Acesso em 22/05/2015.

estabelece que o Legislativo pode prescrever restrições aos direitos teria natureza substantiva. Tais limites devem ser justificados com base nos princípios de uma sociedade livre e democrática<sup>85</sup>. Quando a corte considera que esses limites não são razoáveis e invalida uma legislação – por julgá-la, por exemplo, demasiadamente restritiva de um direito ou liberdade mesmo que o propósito da lei seja de interesse público – ela deve explicar os motivos pelos quais tal critério não foi satisfeito e quais são as alternativas. Tendo como referência a decisão da corte, o legislativo pode promulgar uma nova lei considerando os aspectos reputados incorretos ou não razoáveis pela corte (HOGG, BUSHEL, p. 87). Peter Hogg e Alison Bushel (1997), em uma pesquisa empírica, apontaram que a maior parte das decisões da corte canadense desencadeou uma sequência legislativa, nas quais os legisladores responderam com a promulgação de uma nova lei se engajando na linguagem de direitos da Carta de Direitos canadense, o que seria a demonstração do diálogo interinstitucional entre os dois poderes e a conciliação da necessidade de respeito a direitos individuais com o ideal de autogoverno<sup>86</sup>.

#### 4.1.2 Nova Zelândia

A Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zeland Bill of Rights Act*) foi instituída em 1990 como lei ordinária, isto é, não possui supremacia constitucional, podendo ser revogada ou emendada como qualquer outra lei. No entanto, apresenta, ainda, a peculiaridade de que os direitos nela contidos não revogam nenhuma lei ordinária anterior com ela conflitante, o que faz com que sua força jurídica seja menor do que uma lei ordinária (GARDBAUM, 2013, p. 129).

Conforme expressamente previsto na Seção 4 da Declaração de Direitos<sup>87</sup>, os tribunais não têm o poder de invalidar, não aplicar ou tratar como inefetiva qualquer lei por

---

<sup>85</sup> Os critérios foram estabelecidos pela Suprema Corte canadense no caso *R. v. Oakes* ([1986] 1. SCR 103) são os seguintes: “(1) the law must pursue an important objective; (2) the law must be rationally connected with the objective; (3) the law must impair the objective no more than necessary to accomplish the objective; and (4) the law must not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it apply” (HOGG, BUSHEL, p. 84-85),

<sup>86</sup> Contudo, conforme Conrado Mendes (2011, p. 152-4) demonstra, essa tese dialógica de Hogg e Bushel recebeu muitas críticas na opinião pública especializada canadense, pois eles supõem que haveria hierarquia na relação entre cortes e parlamentos, na medida em que partem do pressuposto que a decisão da corte sobre a interpretação constitucional ser a correta e o papel do legislativo seria o de adequar a legislação conforme os parâmetros determinados pela corte e não a contrariar. Portanto, não cumpriria o ideal de responsabilidade compartilhada e relação horizontalizada entre os poderes.

<sup>87</sup> *New Zeland Bill of Rights Act*, section 4: ‘Other enactments not affected – No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights) – (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) Decline to apply any provision of the enactment – By reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.’ Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225500.html>> Acesso em 26/05/2016.

incongruências com os direitos nela consagrados – não só as posteriores, mas, inclusive, as anteriores –, eliminando a tradicional regra de que lei posterior revoga tacitamente as anteriores incompatíveis. Em que pese uma lei inconsistente com a Declaração não poder ser invalidada judicialmente, esse documento jurídico impõe aos tribunais o dever de interpretar todas as outras leis em conformidade com os direitos nele assegurados (GARDBAUM, 2010, p. 183).

De acordo com a Seção 6 desta Declaração de Direitos, sempre que um diploma legal puder ser interpretado de modo consistente com os direitos e liberdades contidos nele, tal interpretação deve ser privilegiada em relação a qualquer outro sentido<sup>88</sup>. Nesse contexto, nota-se que a Declaração de Direitos da Nova Zelândia prevê mecanismos para a proteção de direitos fundamentais mais interpretativos do que anulatórios (GARDBAUM, 2013, p. 131). Apesar de não permitir impugnação da validade de uma lei democraticamente aprovada pelo parlamento, concede-se aos tribunais o poder de controlar o significado das leis de modo a levar os direitos fundamentais a sério. Segundo Stephen Gardbaum (2010, p. 186-7), os tribunais neozelandeses têm sido fortes protetores dos direitos fundamentais, desempenhando um papel importante no crescimento de uma cultura de direitos nesse país.

Outra característica distinta do arranjo institucional desse país é o mecanismo político para fortalecer a tutela de direitos previsto na Seção 7 da Declaração, que dispõe ser dever do Procurador Geral examinar pormenorizadamente todos os projetos apresentados à Câmara dos Deputados e chamar a atenção de seus membros quando considerar que as disposições do projeto são incompatíveis com os direitos e liberdades da Declaração<sup>89</sup>. Percebe-se, dessa maneira, que esse desenho institucional impele o legislativo a ser informado e a debater com base em princípios, considerando os direitos e liberdades pertinentes em seus procedimentos de tomada de decisão. Embora a Nova Zelândia proteja uma versão mais forte de soberania parlamentar, a sua Declaração de Direitos apresenta mecanismos institucionais para estimular que se leve os direitos a sério (GARDBAUM, 2010, p. 182-188).

---

<sup>88</sup> New Zealand Bill of Rights Act, Section 6 - ‘Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred – wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning’. Disponível em <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225502.html>> Acesso em 26/05/2016.

<sup>89</sup> New Zealand Bill of Rights Act, Section 7, “Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights. Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a)in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b)in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill; bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights”. Disponível em <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225503.html>>. Acesso em 26/05/2016.

### 4.1.3 Reino Unido

A promulgação da Declaração de Direitos Humanos do Reino Unido (*United Kingdom Human Rights Act*), em 1998, significou uma mudança radical na tradição de séculos de soberania parlamentar do sistema constitucional britânico. Foi resultado de décadas de debates sobre a necessidade ou não da codificação de direitos nessa cultura jurídica e política, bem como da importância de se incorporar os direitos e liberdades previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito interno em particular (GARDBAUM, 2013, p. 156).

Além da novidade representada pelo catálogo de direitos, os mecanismos institucionais estatuídos para salvuardá-los também são originais. Em primeiro lugar, os tribunais têm o dever de interpretar a legislação de um modo compatível com os direitos da Convenção sempre que possível, segundo a Seção 3<sup>90</sup>. Em segundo lugar, os tribunais superiores estão autorizados a proferir uma declaração de incompatibilidade, de acordo com a Seção 4, caso não seja possível interpretar a legislação de acordo com um direito da Convenção<sup>91</sup>. Sem embargo, os tribunais não têm o poder de rejeitar ou invalidar tal legislação, a qual permanece em vigor e continua a ter plenos efeitos jurídicos<sup>92</sup>. Ademais, os parlamentos não têm a obrigação jurídica de responder a essa declaração. Na realidade, o único efeito formal da “declaração de incompatibilidade” é, em consonância com a Seção 10, conceder ao ministro o poder de requerer ao Parlamento um procedimento rápido para emendar a legislação julgada incompatível<sup>93</sup>. A expectativa desse dispositivo é incitar o governo e o parlamento a alterar a lei (GARDBAUM, 2010, p. 190).

---

<sup>90</sup> United Kingdom Human Rights Act, Section 3, “Interpretation of legislation. (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3>>. Acesso em 26/05/2016.

<sup>91</sup> United Kingdom Human Rights Act, Section 4, “Declaration of incompatibility. (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility (...) (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>>. Acesso em 26/05/2016.

<sup>92</sup> Idem, Section 4 “(...) (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made”. Acesso em 26/05/2016.

<sup>93</sup> United Kingdom Human Rights Act, Section 10, “Power to take remedial action. (1) This section applies if— (a) a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right (...) (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.” <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>>. Acesso em 26/05/2016.

Cumpra salientar ainda, em relação à fase política de discussão de uma lei, que cabe ao ministro da área pertinente do governo apresentar uma declaração por escrito atestando se a declaração é compatível com os direitos da Convenção, conforme dispõe a Seção 19<sup>94</sup>(GARDBAUM, 2010, p. 191).

Não obstante o fato da Declaração de Direitos do Reino Unido ser considerada uma lei de natureza constitucional – no sentido material – pela centralidade do conteúdo que versa, formalmente, tem a mesma hierarquia que uma lei ordinária, visto que pode ser emendada ou revogada por lei posterior, sem nenhum quórum especial. Além disso, o parlamento pode decidir de forma incompatível com a Declaração e o tribunal tem o dever de aplicá-la ainda assim. Mesmo assim, ela desempenha um papel especial no sistema, na medida em que orienta a interpretação de todas as leis com base nos direitos nela previsto. Ademais, outra implicação seria a não aplicação da regra da revogação tácita contra a Declaração, em caso de lei posterior incompatível que não revogue expressamente uma disposição nela presente (GARDBAUM, 2013, p. 160-1)<sup>95</sup>.

#### 4.1.4 Características do “novo modelo”

Para Stephen Gardbaum (2010, p. 199), o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica apresenta-se como uma solução original ao constitucionalismo por reconciliar de forma coerente as ideias de supremacia legislativa e tutela efetiva dos direitos fundamentais. A visão tradicional para justificar o controle judicial de constitucionalidade proveniente baseia-se na decisão de Marshall, para quem não havia meio-termo, ou a Constituição – e os direitos individuais nela contidos – era lei suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, não passível de revisão, ou era lei ordinária, passível de modificação pela maioria legislativa<sup>96</sup>. Por outro lado, críticos do *judicial review* apontam a dificuldade contramajoritária da supremacia das cortes ou o déficit democrático delas, pois usurariam a vontade popular e a igualdade política entre os cidadãos presente no Poder Legislativo. Ao contrário de ambas percepções, o novo modelo configurou fórmulas institucionais inéditas que representariam uma posição intermediária nesse dilema, na medida em que reforçam a

---

<sup>94</sup> United Kingdom Human Rights Act, Section 19, “Statements of compatibility. (1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill”. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/19>>. Acesso em 26/05/2016.

<sup>95</sup> Segundo GARDBAUM (2013, p. 161), essa é uma pressuposição controversa, uma vez que há teóricos que a rejeitam.

<sup>96</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Ver notas 3 e 4 supra.

legitimidade das cortes na proteção judicial dos direitos, ao mesmo tempo em que deixam a possibilidade do parlamento superar as decisões delas. Nessa nova divisão de trabalho entre os poderes, retira-se a palavra final das cortes, mas cria-se um ônus de justificação à decisão legislativa sobre direitos, incentivando o legislativo a levar os direitos a sério (MENDES, 2011, p. 160).

O novo modelo é resultado da combinação entre um controle político de direitos e um controle judicial de constitucionalidade fraco, constituído por quatro características principais: I) carta ou declaração de direitos legalizada e codificada, que consagra os direitos fundamentais e serve como referência interpretativa aos exercícios dos poderes legislativo e judiciário; II) uma revisão política obrigatória dos direitos – legislativo e executivo – antes da promulgação da lei, na qual um ministro do executivo pode se manifestar sobre a compatibilidade da lei com a carta dos direitos; III) controle judicial de constitucionalidade fraco com diferentes arranjos institucionais: o dever dos tribunais de interpretarem a legislação em conformidade com os direitos previstos na carta na Nova Zelândia e no Reino Unido; em caso de contrariedade entre legislação e direitos fundamentais, possibilidade de declaração de incompatibilidade mas sem invalidação, criando a expectativa de correção (emenda ou revogação) no processo legislativo no Reino Unido; possibilidade de invalidação de lei inconstitucional no Canadá, mas com sujeição ao poder dos parlamentos de imunizar leis conflitantes ou reinstaurar leis invalidadas; IV) autoridade formal do legislativo em ter a última palavra sobre o que é o direito por meio do voto majoritário. A primeira e a terceira características distinguem o novo modelo da supremacia legislativa tradicional; a quarta a diferencia do constitucionalismo jurídico (GARDBAUM, 2013, p. 30-1).

Em síntese, para Gardbaum (2013, p. 33), o novo modelo britânico apresenta de inovador para a teoria e a prática constitucionais: I) a transcendência da dicotomia padrão de formas institucionais de constitucionalismo (jurídico e político), oferecendo uma terceira opção<sup>97</sup>, II) a mescla de duas técnicas de proteção de direitos: controle político e controle judicial, III) a criação de mecanismos claros para desassociar o *judicial review* da supremacia judicial. Com isso, estabelece uma alocação de poder entre cortes e parlamentos mais equilibrada do que nos outros paradigmas de constitucionalismo. Nessa diretriz, em relação à

---

<sup>97</sup> Richard Bellamy (2011) afirma que no Reino Unido, a despeito das alterações promovidas pela Declaração dos Direitos Humanos, não ocorreu uma mudança do paradigma do constitucionalismo político. Houve, na verdade, um reforço de modelo, na medida em que o Judiciário não invalida nem derruba um diploma legal, mesmo com a declaração de incompatibilidade, ele permanece válido. Só o parlamento pode promover as mudanças legislativas e decidir a respeito de direitos. A mesma lógica se aplicaria a Nova Zelândia. Só o Canadá que destoaria, na medida em que o Judiciário tem o poder de declarar a invalidade de uma norma.

autoridade para engajar no controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais têm mais poder do que no constitucionalismo político e menos que no constitucionalismo jurídico, em virtude de não haver formalmente a última palavra sobre o significado da Constituição. Por sua vez, os legisladores enfrentam mais limitações em suas ações do que sob o constitucionalismo político, mas menos do que no constitucionalismo jurídico.

Mark Tushnet (2008, p. 33) distingue o controle de constitucionalidade forte do fraco, afirmando que enquanto o primeiro é um sistema no qual as interpretações judiciais são finais e não revisáveis por majorias legislativas ordinárias – mas somente por emendas constitucionais, pela mudança de composição na corte ou caso juízes repensem suas posições –, o segundo consiste em um que permite uma resposta rápida dos parlamentos às interpretações judiciais (TUSHNET, 2008, p. 23).

Todavia, torna-se importante destacar a observação de Mark Tushnet (2008, p. 43) de que esse novo paradigma de controle de constitucionalidade fraco pode tender, na prática, ora para a supremacia legislativa, ora para supremacia judicial, falhando no propósito de ser uma terceira via (ANDRADA, 2015, p. 127). Se legislaturas com frequência ignorarem decisões judiciais ou superarem-nas, torna-se, de fato, um regime de supremacia legislativa. Por seu turno, se legislaturas rotineiramente aquiescem com decisões judiciais e não a contrariam, o sistema transforma-se em um controle de constitucionalidade forte. Nessa perspectiva, Aileen Kavenagh (2015) critica a expectativa de Gardbaum de que o novo modelo resolve a dificuldade contramajoritária, pois ela não estaria sendo efetivada na prática, o que colocaria em xeque o caráter distintivo do novo modelo. Segundo Kavenagh (2015, p. 833-4), a cláusula não-obstante nunca foi utilizada pelo parlamento canadense e já teria caído em *desuetudo*. No Reino Unido, por sua vez, existe uma taxa quase-perfeita de conformidade (*compliance*) do Legislativo com as declarações de compatibilidade feitas pelo Judiciário<sup>98</sup>. A explicação para esses parlamentos não se manifestarem contrariamente às decisões judiciais está associada ao alto custo político que envolve tais atos, uma vez que poderia aparentar que o órgão político estaria violando direitos. Para ela, haveria um descompasso entre, de um lado, o apelo moral e a promessa normativa desse novo modelo e, de outro, os resultados e o real funcionamento das instituições (KAVENAGH, 2015, p. 835-6)<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Gardbaum (2013, p. 233) demonstra que a Nova Zelândia é o país do novo modelo que está funcionando mais próximo do ideal, tendo em vista que existem exemplos nos quais o parlamento neozelandês já reverteu a interpretação judicial.

<sup>99</sup> Aileen Kavenagh (2015, p. 846-7) critica que a metáfora da última palavra é enganosa e negligencia os fatores reais de funcionamento das instituições e a complexidade que envolve a interação entre elas e como elas se influenciam mutuamente. Existem mecanismos, dispositivos e práticas nos contextos institucionais e de exercício do controle de constitucionalidade que inibem e calibram a forma como o controle de fato é desempenhado.

Stephen Gardbaum (2016, p. 99-100) reconhece que, em análise sociológica ou política – e não normativa – de como as instituições de fato funcionam, um sistema de controle de constitucionalidade forte pode ser na prática fraco e, por outro lado, um sistema fraco pode ser forte. Uma alocação formal do poder ou dispositivos estruturais não implica necessariamente em como o sistema opera. No entanto, para ele, o desenho constitucional pode impactar e influenciar o resultado. Em outras áreas do constitucionalismo, a mesma distinção entre poder formal e prática real pode ser observada, como entre presidencialismo e parlamentarismo, ou na alocação de poder no federalismo. Em democracias parlamentaristas modernas, por exemplo, apesar de o apelo normativo ser para a supremacia do legislativo, o que vem ocorrendo é a supremacia do executivo. Em um estado federal, mesmo que os estados-membros sejam bem representados no parlamento, pode-se dizer que na prática eles não conseguem se opor contra o poder central. Ainda assim, os conceitos de parlamentarismo ou federalismo não se tornam ilusórios ou inúteis. Para Gardbaum, a importância desse novo paradigma de constitucionalismo consiste, sobretudo, na justificação que oferece para a jurisdição constitucional, que torna mais fácil a sua defesa, por ser mais democraticamente legítimo, conforme será desenvolvido no tópico seguinte.

#### **4.1.5 As vantagens normativas da jurisdição constitucional sem supremacia judicial**

O novo modelo da Comunidade Britânica não oferece apenas uma nova forma de controle de constitucionalidade, na prática, mas também proporciona uma nova justificação normativa para o *judicial review*, que tenta resolver a dificuldade contramajoritária. De acordo com Stephen Gardbaum (2013, p. 36), a tarefa de defender o papel do judiciário na proteção de direitos se torna mais fácil se este não é vinculado à supremacia judicial. Um modelo de constitucionalismo que autoriza a revisão judicial da legislação, porém concede a última palavra a uma maioria ordinária no legislativo apresenta uma superioridade normativa, uma vez que é mais democraticamente legítimo em relação àqueles nos quais o Judiciário é o responsável final pelo significado da Constituição ou da Carta de Direitos.

Para Garbaum (2013, p. 61), a essência da atratividade do novo modelo é a sua proposta de harmonizar um controle de constitucionalidade fraco e uma forma igualmente fraca de instituições legislativas, ao contrário das versões fortes de controle de constitucionalidade do constitucionalismo jurídico e supremacia legislativa do constitucionalismo político, que seriam extremos e falhos. Nessa diretriz, o novo modelo é um híbrido institucional que tem como

---

Existiria mais divisão de trabalho e complementariedade de funções do que uma instituição detentora materialmente do controle final.

vantagem combinar os pontos fortes dos constitucionalismos jurídico e político, e a tentativa de evitar ou de minimizar os pontos fracos de cada, no que diz respeito, especialmente, à proteção de direitos e à legitimidade democrática.

No que se refere à proteção de direitos, o novo modelo se beneficia do constitucionalismo político do raciocínio legislativo sem constrangimento, que pode levar todos os argumentos em consideração – morais, sociais, econômicos e políticos; de princípio e pragmático – e enfrentar a questão moral diretamente, bem como por ser um órgão com mais diversidade, o que seria superior ao raciocínio jurídico das cortes, mais artificial e limitado, por se prender ao direito posto e a questões interpretativas que seriam secundárias. Isso ocorre tanto na fase de controle político pré-promulgação da lei como na possibilidade posterior de superação legislativa. Por sua vez, do constitucionalismo jurídico traz a oportunidade de reduzir a proteção deficiente de direitos fundamentais e a de ajudar a obtenção de melhores resultados, ao dar poder a uma corte de juízes independentes do processo político para avaliar criticamente a justificação pública das leis e, assim, reforçar a legitimidade total do sistema político (GARDBAUM, 2016). Em função disso, o controle judicial complementa a deliberação legislativa ao verificar, informar, alertar no processo de decisão sobre direitos, contribuindo para impedir as possíveis patologias e fraquezas do legislativo, como possíveis pontos cegos em relação a direitos individuais e de minorias. Além de diminuir a chance de uma proteção deficiente de direitos, o novo modelo possibilita também que se coíba uma atuação excessiva e exagerada do judiciário para aplicar um determinado direito individual (*overenforcement*), que seria uma falha do constitucionalismo jurídico, como ocorreu na *Era Lochner*, em relação à liberdade contratual em detrimento dos direitos dos trabalhadores (GARDBAUM, 2013, p. 67).

No que concerne à legitimidade democrática, segundo Gardbaum (2013, p. 65), o novo modelo preserva o respeito aos princípios democráticos da igualdade política e da *accountability* eleitoral, tão caros ao constitucionalismo político, ao conceder formalmente a última palavra ao legislador, e permite neutralizar a falha do constitucionalismo jurídico de questionamento sobre seu déficit de legitimidade democrática. O novo modelo protege e promove o valor democrático do procedimento decisório, ao mesmo tempo que possibilita que o judiciário seja um ponto de verificação e checagem no sistema (*checking point*) para aumentar a probabilidade de se minimizar danos a direitos fundamentais, o que poderia, inclusive, aumentar a legitimidade política geral do regime democrático, conforme defendem Ronald Dworkin (2014a) e Richard Fallon (2008)<sup>100</sup>. Em síntese, o novo modelo promete oferecer o

---

<sup>100</sup> Ver nota de rodapé 65.

melhor dos dois mundos, ao tentar fazer acomodar as virtudes e se restringir os vícios do constitucionalismo jurídico e político: juízes independentes com a possibilidade de conter abusos a direitos fundamentais bem como o legislativo com a autoridade democrática final.

Conforme adverte Thomas Bustamante (2016a, p. 60), o argumento mais sólido de Dworkin para justificar o controle judicial de constitucionalidade em uma democracia constitucional é a importância que exerce em compelir a comunidade política a deliberar sobre questões de direito e de princípio, que podem ser negligenciadas pelos julgamentos políticos da maioria. A jurisdição constitucional pode quebrar a inércia da arena legislativa que algumas vezes surge quando grupos de interesses ou sectários não querem se comprometer nos meios ordinários sobre questões de direito. Dessa maneira, a corte pode desempenhar um papel de fórum de princípio para Dworkin – ou fórum de razões públicas, nos termos de Rawls; ou exercer a representação argumentativa, consoante Alexy – ao promover uma deliberação pública sobre direitos e princípios, tendo por objetivo a busca por argumentos racionais, razoáveis, sólidos e corretos. Pode também, nessa linha de argumentação, contribuir para fomentar o debate inclusive fora dela, atraindo a atenção da esfera pública e das instituições políticas para razões de princípios que por vezes são negligenciadas pelo debate político realizado nas instâncias ordinárias. Mesmo Waldron (2010, p. 117) reconhece que é útil haver um mecanismo para chamar a atenção ou para alertar sobre questões de direitos quando os legisladores não conseguem vislumbrar ou identificar tais questões subjacentes na proposta legislativa. Entretanto, para Waldron, esse é um argumento que justificaria apenas o controle de constitucionalidade fraco. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica proporciona esse papel da corte como um *checking point* no sistema, de verificar, informar e alertar sobre questões de direito, mas sem a corte ter a última palavra sobre as controvérsias. Concilia a necessidade de ter uma corte independente da política para forçar o debate sobre direitos e princípios na arena legislativa, conforme defende Dworkin, ao mesmo tempo em que satisfaz o critério de Waldron de que o procedimento final de decisão deve pertencer a uma instituição democrática, que respeite os critérios da igualdade política entre os cidadãos e seja eleitoralmente responsabilizável.

O poder de superação legislativa é baseado no princípio de que em uma democracia, um julgamento razoável do legislativo deve triunfar perante um julgamento razoável do judiciário. Sob uma perspectiva realista, tanto o legislativo como o judiciário são falíveis e podem errar no exercício de suas atribuições. No entanto, em um sistema de supremacia judicial, se o judiciário se excede no exercício de suas atribuições, invalidando um ato legislativo razoável, não existe nenhuma ferramenta de controle a ele. Para Gardbaum (2013, p. 66), o poder de

superação legislativa poderia ser justificado como um mecanismo de controle institucional em uma nova dinâmica da separação de poderes que prestigia a legitimidade democrática da autoridade final. Esse poder final de superação legislativa da decisão judicial, ao contrário da visão tradicional da supremacia legislativa, enfrenta um pesado ônus argumentativo e político contra o mau uso, dado que o legislativo tem que justificar, em sua reconsideração, as razões por que estaria contrariando uma decisão judicial que verificou a violação de direitos individuais. O parlamento ganha um ônus adicional para confirmar que agiu em conformidade com as precondições da democracia. Diante disso, protege-se o princípio do autogoverno, ao mesmo tempo que se exige dos decisores uma motivação razoável e transparente (ANDRADA, 2015, p. 128).

Em virtude de sua natureza híbrida, o novo modelo não apenas incorpora e mistura os pontos fortes e fracos do constitucionalismo jurídico e político, mas também cria duas novas características, que contribuem substancialmente para o caráter atraente do seu apelo normativo. Em primeiro lugar, o papel de checagem e de alerta sobre proteção de direitos exercido pelas cortes, cujo exemplo principal é declaração de incompatibilidade prevista na Declaração de Direitos do Reino Unido, que é mais um poder de desacelerar as decisões sobre direitos do que propriamente um poder de veto final como aquele desempenhado por cortes em sistemas de supremacia judicial. A segunda característica é a dispersão da responsabilidade entre os poderes acerca da proteção sobre direitos em vez da centralização presente nas cortes (supremacia judicial) ou nas instituições legislativas (supremacia legislativa). O novo arranjo permite uma repartição mais proporcional das competências entre os poderes, ao instituir três fases fiscalizatórias de constitucionalidade: 1) um controle político prévio, sob responsabilidade do executivo e do legislativo; 2) um controle judicial da compatibilidade da legislação; 3) um controle político e final, a cargo do legislativo (GARDBAUM, 2013, p. 68).

De acordo com Gardbaum (2013, p. 69), esse novo equilíbrio entre os poderes proporcionado pela desconcentração da responsabilidade sobre os direitos contribui para o desenvolvimento de uma nova e mais profunda consciência e cultura de direitos, que é mais sedutora que aquela produzida em um regime de supremacia judicial. Em primeiro lugar, em um contexto de desacordo razoável de direito, essa dispersão de responsabilidade de direitos, afeta diretamente o conteúdo do reconhecimento dos direitos: I) por retirar a discussão a respeito deles apenas do raciocínio judicial, que é hermético devido a se prender em questões interpretativas e não poder se engajar diretamente no debate moral e pragmático sobre direitos; II) pela diversidade de perspectivas e visões que podem ser levadas para a deliberação pelo corpo heterogêneo representantes eleitos, em detrimento do corpo mais homogêneo e menor da

elite judicial. Em segundo lugar, em termos procedimentais, ocorre um ganho de inclusão e participação popular na deliberação e decisão sobre direitos, e os representantes eleitos bem como o eleitorado se tornam mais conscientes sobre direitos. Em terceiro lugar, o novo padrão de *checks and balances* desconcentrado e mais cooperativo entre os poderes reduz o risco de proteção insuficiente dos direitos, na medida em que aprimora os mecanismos de fiscalização entre os poderes. Essa inovação chave que distingue o novo modelo consiste em impulsionar a internalização de uma consciência de direitos dentro do processo de decisão política, para que o executivo e, especialmente, o legislativo sejam corresponsáveis.

Além das vantagens normativas já desenvolvidas, Stephen Gardbaum (2010, p. 204-7) aponta mais quatro benefícios proporcionados pelo novo modelo da Comunidade Britânica em comparação a um sistema de controle de constitucionalidade forte: I) a revitalização do debate político e popular, uma vez que onde os legislativos não são encarregados da palavra final, existe uma tendência de se deixar as questões de constitucionalidade e de direitos para os tribunais, de sorte que com o retorno da autoridade final para as instituições legislativas, há a expectativa de que sejam forçados a enfrentar e deliberar sobre tais questões com base em princípios; II) a transformação do discurso sobre direitos constitucionais de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional entre tribunais e parlamentos mais equilibrado e rico, de modo a aprimorar a qualidade e as dimensões da análise constitucional; III) o aperfeiçoamento da legitimidade do papel dos tribunais por meio da criação de uma divisão de trabalho para o exercício de uma tarefa compartilhada, de tal maneira que os tribunais se sintam encorajados a interpretar o conteúdo e o âmbito dos direitos e tomar uma decisão constitucional mais apropriada, sem ficar com receio de invadirem o espaço político, uma vez que não terão a responsabilidade final sobre a questão; IV) a amenização da tensão entre o processo democrático e a tutela judicial dos direitos fundamentais, e a diluição da dificuldade contramajoritária, haja vista que a proteção judicial de direitos passa a ser compatível com o ideal de legitimidade democrática que deve permear uma democracia constitucional.

Concordando com Thomas Bustamante (2016a, p. 61), a principal virtude dos sistemas de controle de constitucionalidade fraco, no qual a última palavra é alocada no Legislativo, seria o fato de que eles não retiram dos cidadãos e de seus representantes a responsabilidade moral pela interpretação dos direitos que possuem, ao permitir que permaneçam com o seu direito de compartilhar de forma equânime o poder de tomada de decisão. Em um contexto de desacordo de direitos, mesmo a justificação instrumental das cortes em desempenhar um importante papel de promover a discussão com base em direitos, não consiste em um fundamento suficiente para ela substituir a autoridade final de uma legislatura, pelo caráter democrático desta. Segundo

Thomas Bustamante (2016a, p. 65), quaisquer que sejam as circunstâncias que justificam o exercício do controle judicial de constitucionalidade em um determinado regime democrático, sob condições normais, nenhuma corte constitucional deveria ter o poder para invalidar, de forma irreversível, a validade de uma lei que é formalmente promulgada por instituições legislativas democráticas<sup>101</sup> Em face disso, a vantagem do novo modelo de constitucionalismo, consoante Bustamante (2016a, p. 66), é que ao remover a autoridade final das cortes sobre direitos fundamentais, ainda que o parlamento não use seu poder de superação legislativa, a eficácia do pronunciamento da corte dependerá apenas da solidez de suas razões. Ademais, a tensão entre democracia e constitucionalismo é reduzida e os cidadãos retomam o controle de seu código moral.

#### 4.2 Diálogos interinstitucionais e última palavra: potenciais normativos e desenho institucional

Para a melhor compreensão das virtudes dessa “terceira via” que desassocia o controle de constitucionalidade da supremacia judicial, torna-se importante analisar com mais atenção notadamente os proveitos normativos proporcionados pela ideia de diálogo interinstitucional entre os poderes legislativo e judicial<sup>102103</sup>. De acordo com Christine Bateup (2006), os

<sup>101</sup> “Whatever might be the circumstances that justify judicial review in a particular legal system, I am convinced that one of these circumstances will be that under normal circumstances *no constitutional court should have the power to quash, in an irreversible way, the validity of a law that is formally enacted by the legislative assemblies*” (BUSTAMANTEa, 2016a, p. 65).

<sup>102</sup> Conforme explicam Conrado Mendes (2011) e Rodrigo Brandão (2012), a literatura sobre os diálogos interinstitucionais é multifacetada, apresenta diferentes versões e nuances e a ideia se tornou uma “metáfora ubíqua” para designar as interações entre os poderes políticos e o judiciário sobre a interpretação da constituição. Conrado Mendes (2011, p. 107) apresenta que o que elas têm em comum é: I) a rejeição do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida legitimamente pelos outros poderes; II) a recusa da existência da última palavra sobre a interpretação, ou de que a corte a tenha com exclusividade por intermédio do *judicial review*. Existem duas classificações principais que dividem as teorias do diálogo em endógenas e exógenas, e em empíricas e normativas. As teorias endógenas são aquelas que propõe um diálogo no interior da decisão judicial, de modo que a própria corte reconheça o contexto político de influência e de reação do parlamento. Assim, a decisão pode ser: deferente, passivista, autocontida ou minimalista; ou ativista e maximalista (MENDES, 2011, p. 108). As exógenas são aquelas que concebem o diálogo como produto necessário da separação de poderes, como decorrência do desenho institucional (MENDES, 2011, p. 130). As teorias do diálogo empíricas defendem que, na prática, a interação entre “os poderes” e com a esfera pública demonstram que o judiciário não tem, de fato, a última palavra acerca da interpretação constitucional. As perspectivas normativas sustentam que “o Judiciário não deve ter a última palavra sobre a interpretação constitucional, sob pena de haver grave lesão à democracia, à separação dos poderes e a uma análise realista das capacidades institucionais” (BRANDÃO, 2012, p. 224). A ideia de diálogos trabalhada nesta dissertação tem natureza normativa e exógena.

<sup>103</sup> Conforme adverte Jane Reis (2013), uma crítica comum feita às teorias dialógicas é de que elas seriam demasiadamente otimistas, pois diálogos pressupõem cooperação, e os embates entre os poderes não tem o hábito de terem esse aspecto colaborativo. Nessa perspectiva, é interessante observar a crítica de Roberto Gargarella (2014), que entende que a estrutura tradicional de freios e contrapesos dificulta uma prática de diálogo e seus efeitos são limitados, uma vez que foram desenvolvidas para conter ou evitar conflitos sociais e políticos profundos, não para favorecer ou promover o diálogo e a cooperação entre os poderes; em vez de propiciar a aprendizagem e a ajuda mútua, tratava de impedir a possível destruição um dos outros. Por isso, foram criados mais mecanismos defensivos de um poder em relação ao outro do que aqueles que oportunizassem o diálogo, tais como o veto

principais potenciais normativos da comunicação entre parlamentos e cortes consistem em dois fatores: I) promover e facilitar o engajamento em uma ampla discussão e debate sobre a melhor interpretação acerca do significado dos direitos e da constituição não apenas entre os atores políticos, mas com toda a sociedade democrática, internalizando uma cultura de direitos entre os membros da comunidade política; II) combinar as diferentes perspectivas institucionais, na medida em que cortes e parlamentos apresentam expertises singulares e analisam questões constitucionais sob prismas distintos, de sorte que cada um tem contribuições distintas a oferecer e a possibilidade de aprender com o outro.

Para Rodrigo Brandão (2012, p. 288), a grande virtude dos diálogos entre parlamentos e tribunais seria o reconhecimento das fraquezas e das qualidades de cada ator institucional, consistindo em uma perspectiva mais realista do potencial de falibilidade da capacidade institucional de cada poder. A noção de diálogos não romantiza nem idealiza uma “pintura rósea” tampouco “açucarada” de um poder em detrimento do outro para conceder-lhe o atributo da supremacia dentro do sistema. Com efeito, permite que as instituições políticas contribuam com sua expertise institucional, confiando que um processo interativo entre elas produza um sistema de separação de poderes mais propenso para a construção de deliberações e de decisões melhores, visto que se sujeitam permanentemente à crítica entre elas e da sociedade civil, de tal maneira que isso favorece a correção e a contenção de abusos. Um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais, tendo em vista que:

(I) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (II) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal; (...) (III) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consenso políticos e a garantir segurança jurídica (BRANDÃO, 2012, p. 289).

Conrado Hübner Mendes (2011, p. 191) sustenta que “a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas

---

presidencial, a possibilidade de invalidar uma norma pelo judiciário ou a possibilidade de uma Câmara bloquear a proposição proveniente da outra. Para o teórico argentino, essa ideia de “diálogos” também se limita a uma interação entre poderes, e falta a ideia de um diálogo democrático que inclua o povo, os verdadeiros autores em igualdade do processo democrático. Nessa mesma linha de crítica à ideia de diálogos, Juliano Zaiden Benvido (2014, p. 90) sustenta que a democracia é marcada pelo conflito e “não há harmonia entre os Poderes. Há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder”.

nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”. Para ele, a revisão judicial das leis apresenta um valor inerente, porquanto qualifica a interlocução entre os poderes, incluindo um ônus deliberativo no sistema de tomada de decisões ao provocar o parlamento a exercer sua responsabilidade deliberativa. Parte-se do pressuposto que “a separação dos poderes, entendida genericamente, carrega um princípio virtuoso para tornar a política sensível a boas razões” (MENDES, 2011, p. 193). Quando um poder desafia o outro para incentivar a busca por argumentos de melhor qualidade, a inter-relação entre eles gera uma tensão virtuosa e permanente. Em um regime democrático organizado sob o princípio da separação de poderes, configura-se ideal que as instituições coexistam, interajam e desafiem-se mutuamente de modo a maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos. Para Conrado Mendes (2011, p. 208-9), existe uma promessa epistêmica subjacente em uma proposta de separação de poderes deliberativa, que teria uma maior probabilidade de atingir a resposta correta. Para ele, a corte pode ser um catalisador deliberativo – um mecanismo propulsor de melhores deliberações –, que contribui não apenas para evitar danos a direitos individuais, mas também para desafiar a política superar-se em qualidade nos argumentos para a produção de suas decisões (MENDES, 2011, p. 212).

Nota-se que tanto Rodrigo Brandão como Conrado Mendes desenvolvem suas justificativas normativas sobre o valor dos diálogos interinstitucionais de modo instrumental: pelo seu ganho substantivo ou pelo resultado que proporcionam, isto é, a maior chance de se aperfeiçoarem as deliberações e a qualidade das decisões tomadas no sistema político como um todo, para além da forma e da legitimidade intrínseca do desenho procedimental a respeito de qual instituição está alocada o poder final sobre a interpretação constitucional. Sem dúvidas, essa é uma conquista relevante que deve ser levada em consideração como um dos principais argumentos para defendê-los, especialmente em um arranjo institucional que estimula isso, como é o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. Contudo, afigura-se válido realçar que ainda persiste a preocupação com a “dificuldade contramajoritária”, mesmo em um modelo de jurisdição constitucional dialógica, que incentiva a interação entre os poderes, mas não define uma autoridade democrática como a instituição responsável pela última palavra, ainda que provisória. Além dessa dimensão substantiva, o desenho institucional do novo modelo, adiciona a preocupação com a legitimidade democrática da autoridade final como característica central. Em um cenário ideal de uma democracia em bom funcionamento com uma forte cultura de direitos, essa é uma variável imprescindível.

Em relação à questão da última palavra, especificamente, isto é, sobre a autoridade que deve ter o poder final de decisão, Conrado Mendes (2011, p. 170-2) relativiza sua importância,

ao invocar a ideia de provisoriedade, uma vez que permanece a possibilidade de as decisões coletivas tomadas serem reabertas, debatidas e revistas no futuro em uma nova rodada procedimental. A instituição definida para portar a autoridade final em um determinado sistema constitucional, apenas a terá em uma rodada procedimental, que pode ser recomeçada com a contestação das decisões dessa autoridade. No longo prazo, o diálogo é inevitável, de modo que os poderes continuam interagindo interruptamente. A decisão é um ponto de chegada temporário, visto que mesmo que os temas concretos sejam resolvidos, eles podem voltar a ser reprocessados pela comunidade. O teórico constitucional brasileiro desenvolve uma acepção de separação de poderes mais deliberativa, dinâmica, cambiante e flexível, que reflete um senso de continuidade temporal e histórica, em detrimento de uma estática, definitiva e aprisionada em um esquema rígido (MENDES, 2014). Apesar dessa perspectiva que contemporiza e contextualiza a última palavra em complementariedade com a noção de diálogo, a última palavra ainda importa “para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos” (MENDES, 2011, p. 182). Conforme entende Jane Reis Pereira (2013), a ideia de diálogos “tem que ser conciliada com a noção de que, em determinados cenários, alguém terá que ter a responsabilidade de dar a última palavra, ainda que como solução de curto ou médio prazo”.

Nesse aspecto, para Conrado Mendes (2011, p. 187), a escolha da autoridade detentora da prerrogativa da última palavra provisória é pragmática e historicamente contingente, depende da confiança da sociedade democrática na instituição que tenha maior probabilidade de tomar a melhor decisão. Não haveria, para ele, uma resposta de princípio, universal e abstrata. A legitimidade seria definida pelo desempenho e pelos resultados que as instituições consigam alcançar (*ex post*). A legitimidade não deveria ser determinada apenas por um critério formal, abstrato e *ex ante* da separação dos poderes. Segundo Conrado Mendes (2014), a democracia não pode abdicar de um critério consequencialista para certificar a legitimidade de suas instituições. Os resultados importam tanto como os procedimentos em um regime democrático. Dessa maneira, a legitimidade da autoridade final estaria associada ao contexto e a um teste de custo benefício qualitativo: aquela apta a produzir o melhor resultado. Em função disso, em um sistema de controle de constitucionalidade, a corte poderia exercer esse papel para Conrado Mendes (2011, p. 205).

Na mesma diretriz, Rodrigo Brandão (2012, p. 287), em que pese afirmar que o entendimento judicial sobre uma questão constitucional não seja imutável, considera “essencial à noção de autoridade e à estabilidade social que a deliberação em algum momento se encerre para que uma decisão seja tomada pela autoridade competente”. Em um regime que adota o

controle judicial de constitucionalidade, o papel de dirimir lides e aferir a constitucionalidade de leis caberia ao Judiciário.

É importante salientar que a ideia de diálogo interinstitucional presente em um modelo de controle de constitucionalidade forte se diferencia de um sistema de controle de constitucionalidade fraco, conforme observa Mark Tushnet (2008, p. 34-6), pela dimensão temporal no qual a “conversa” entre poderes ocorre. Os sistemas fracos possibilitam “diálogos em tempo real”, isto é, respostas ágeis, no curto prazo, por parte do legislador. Por sua vez, para o diálogo ocorrer em sistemas fortes, além da possibilidade de alteração por emendas constitucionais, cuja lentidão da resposta dependerá da dificuldade do procedimento de reforma constitucional (um mais rigoroso, a resposta será mais no longo prazo; um menos, de forma mais célere), pode se dar por meio de mudança na coalizão política, de modo a se indicar juízes com perfil de interpretações distintos da composição anterior, bem como por meio da mobilização e da pressão por parte de movimentos sociais que podem incentivar a mudança de percepção de juízes sobre uma questão constitucional. Diante de tal panorama, percebe-se que o “novo modelo” pode propiciar, inclusive, um maior e mais frequente diálogo interinstitucional.

Stephen Gardbaum (2013, p. 27-8) aponta que mesmo que se reconheça que exista uma interação entre poderes no longo prazo e essa possa ser benéfica, isso não resolve a questão da legitimidade democrática da autoridade sobre a última palavra, pois em sistemas constitucionais de controle de constitucionalidade fortes com supremacia judicial, o Judiciário ainda permanecerá com o poder final sobre a validade ou invalidade, em um dado momento específico, acerca de um problema específico. Um arranjo institucional de controle de constitucionalidade fraco permite a resposta imediata dos representantes do povo acerca dessa questão.

### **4.3 Condições normativas desejáveis x condições reais de uma democracia**

Apesar de ser importante colocar em perspectiva contextual a análise da legitimidade dos desenhos procedimentais de uma determinada democracia constitucional com base em fatores reais, culturais e históricos ou mesmo pragmáticos, a filosofia e a teoria constitucional não podem se abster de seu papel em pensar o ângulo normativo do arranjo institucional: qual seria o desenho institucional ideal para consagrar o princípio do autogoverno? As teorias de Conrado Mendes e Rodrigo Brandão embora contribuam com argumentos relevantes sobre o potencial epistêmico dos diálogos entre poderes – que servem para reforçar, notadamente, a justificativa sobre a superioridade normativa de um modelo de constitucionalismo sem supremacia judicial – não atendem ao propósito de oferecer uma resposta sobre qual seria a

arquitetura institucional normativamente desejável para uma democracia em bom funcionamento.

Dentro desse panorama, o próprio Stephen Gardbaum (2013, p. 49-50), pressupõe as mesmas condições substantivas ideais existentes na sociedade democrática para justificar as vantagens normativas do novo modelo de constitucionalismo que Jeremy Waldron (2010, p. 106) utiliza para justificar sua objeção contra o *judicial review*: instituições democráticas e judiciais funcionando razoavelmente bem, um amplo compromisso com a ideia de direitos individuais e direitos de minorias, bem como a existência de desacordos razoáveis e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos. Nas democracias maduras e consolidadas, onde essas condições são obtidas, um modelo híbrido de jurisdição constitucional sem supremacia judicial é um arranjo institucional normativamente melhor e mais adequado do que um que adota a supremacia judicial ou a supremacia legislativa, por conciliar melhor a proteção a direitos fundamentais com a legitimidade democrática. Entretanto, onde essas condições não são satisfeitas, como em muitos regimes democráticos novos, em processo de transição de um passado autoritário, ou frágeis, talvez essa estrutura procedimental não seja o ideal, devido a esses fatores contingentes culturais e históricos<sup>104</sup>.

Para Gardbaum (2013, p. 50), se legislaturas ou tribunais não estão funcionando bem, isso afetará a alocação relativa do poder, de tal modo que esses aspectos contextuais são relevantes para determinar qual regime jurídico provavelmente protegerá melhor os direitos. Podem ser proeminentes fatores contextuais tais como o desejo por uma mudança de regime e um novo começo, por exemplo, as novas Constituições pós-nazismo na Alemanha e pós-apartheid na África do Sul. Nesses casos, a supremacia judicial e um modelo de controle de constitucionalidade forte podem ter representado uma ruptura mais profunda com o passado, o que foi indispensável por expressivas razões práticas (GARDBAUM, 2013, p.50).

Na onda global de constitucionalismo que ocorreu na segunda metade do século XX, o estabelecimento de cortes constitucionais foi uma parte chave do modelo constitucional de transição de regimes autoritários para democráticos. Stephen Gardbaum (2015, p. 287) elencou

---

<sup>104</sup> Apesar de condicionar seu argumento normativo para um controle de constitucionalidade sem supremacia judicial, não se aplicando genericamente a democracias frágeis ou em transição, Gardbaum (2015) defende que um controle de constitucionalidade fraco, no qual o judiciário não tenha a última palavra, pode ser preferível por razões pragmáticas em novas democracias também. Especialmente onde o exercício da jurisdição constitucional pode desencadear reações políticas (*backlashes*) contra suas decisões e correm o risco de ter sua independência reduzida ou eliminada. Há exemplo recentes de retaliações ou ataques contra cortes constitucionais que enfraquecem sua autonomia e independência, tais como na Hungria, Egito, Turquia e Rússia. Com base nesse contexto, Gardbaum (2015) defende que por razões de prudência e cautela também, talvez um controle de constitucionalidade fraco pode contribuir para assegurar a independência do Judiciário e para garantir a estabilidade de uma democracia constitucional ainda não consolidada.

as principais explicações oferecidas pela teoria constitucional para essa expansão do controle de constitucionalidade em novas democracias: (I) facilita a transição para a democracia, fornecendo uma segurança política aos detentores de poder existentes em face da incerteza futura do processo eleitoral ou político; (II) estabiliza a democracia, ajudando-a a se proteger contra a consolidação de um só partido no poder; (III) confere credibilidade aos compromissos firmados pelos constituintes; (IV) resguarda o regime político contra excessos democráticos. Para Samuel Issacharoff (2014), as cortes constitucionais desempenham um papel importante em transições democráticas e para democracias frágeis, uma vez que supervisionam e certificam os seus resultados do processo eleitoral e servem de proteção contra excessos majoritários, evitando a dominação de um partido único.

Segundo Issacharoff (2015, p. 3-10), muitas novas democracias, que surgem após um regime colonial ou autoritário, são construídas em sociedades profundamente fraturadas por conflitos étnicos ou religiosos. Eleições por si só não asseguram uma cultura de tolerância e de respeito a minorias vulneráveis. Algumas vezes, pelo contrário, podem reviver e reproduzir o conflito étnico existente anteriormente, no qual uma maioria de um grupo dominante, agora aparentemente legitimada pela vitória no processo eleitoral, pode impor uma estrutura opressiva, perpetuando o problema histórico de intolerância naquela sociedade. Em nações multiculturais – onde não exista homogeneidade cultural, étnica ou religiosa – eleições podem não ser suficientes para garantir a estabilidade política e uma cultura de respeito a direitos individuais. O processo majoritário sozinho pode não evitar que uma minoria estigmatizada seja tiranizada por uma maioria legitimamente eleita. Por essa razão, muitas democracias recentes, ao mesmo tempo em que instituíram um processo eleitoral democrático, optaram por um controle judicial de constitucionalidade forte para limitar o poder da autoridade democrática. Isso porque configura-se como objetivo delas não apenas promover o autogoverno popular, mas gerenciar o conflito dessa sociedade fraturada, bem como estabilizar o governo democrático, de modo a capacitar que os perdedores de hoje possam ser os vencedores de amanhã: ou seja, assegurar o direito à oposição e à contestação em um regime democrático. Dessa forma, nesses contextos de transição de um regime autoritário para um democrático, Issacharoff (2015, p. 10) defende que o uso do constitucionalismo aliado a uma corte constitucional restringindo o poder da autoridade democrática, pode contribuir para a própria estabilização da democracia constitucional, facilitando o processo de transição para uma cultura democrática e de respeito a direitos, assim como para evitar a dominação de um partido político exclusivo.

Sem embargo, nem mesmo o filósofo Jeremy Waldron, que apresenta uma das objeções mais eloquentes contra o controle judicial de constitucionalidade, como demonstrado no

capítulo anterior, pelo menos em sua versão mais forte, se opõe ao uso dessa instituição de forma excepcional, caso o contexto sociológico assim o exija, como em situações atípicas e patológicas, onde os parlamentos são disfuncionais, existem culturas políticas corruptas e sectárias ou legados de racismo, intolerância e outras formas de preconceito endêmico (WALDRON, 2010, p. 157). Apesar disso, é válido ressaltar, que em um cenário normal de uma democracia em bom funcionamento, presente uma cultura de direitos, não seria normativamente desejável a existência, para ele, do *judicial review* forte.

Ronald Dworkin (2014, p. 609-10), por sua vez, em que pese justifique o controle judicial de constitucionalidade pelo resultado que proporciona – a contribuição geral para a legitimidade do governo ao resguardar as condições da democracia –, reconhece que a jurisdição constitucional pode ser menos necessária em democracias consolidadas, onde uma maioria estável tem o costume histórico de salvaguardar a legitimidade do governo, identificando e respeitando devidamente os direitos individuais e das minorias.

Diante de tal quadro, propõe-se para a justificativa normativa do controle judicial de constitucionalidade sem supremacia judicial, condicionados pelas circunstâncias da realidade, nos mesmos parâmetros propostos por Waldron (2010), Gardbaum (2013) e, especialmente, Bustamante (2016a), o defensor da ideia de que sob condições normais, nenhuma corte constitucional deveria ter o poder para invalidar, de forma irreversível, a validade de uma lei que é formalmente promulgada por instituições legislativas democráticas.

Assim sendo, a regra geral normativamente desejável em uma democracia madura e consolidada, em uma sociedade bem ordenada, deve ser: **o controle judicial de constitucionalidade sem supremacia judicial, isto é, a última palavra sobre direitos deve pertencer a uma autoridade democraticamente eleita, em um cenário no qual as instituições legislativas e judiciais funcionam razoavelmente bem, direitos individuais e de minorias são reconhecidos e respeitados pelas autoridades democráticas e pela sociedade, e existente desacordo razoável e de boa-fé sobre esses direitos**, por melhor conciliar os ideais de proteção a direitos fundamentais e a legitimidade democrática do sistema jurídico.

Não obstante, pode-se elaborar uma exceção a essa regra, com base nas condições reais, históricas, culturais e contingentes de uma determinada sociedade, de índole prudencial, instrumental, pragmática e contextual: **caso a democracia seja frágil, não consolidada, ou esteja em um processo de transição de um regime autoritário, onde os parlamentos são disfuncionais, existem culturas políticas corruptas e sectárias ou legados de racismo,**

### **intolerância e outras formas de preconceito endêmico, talvez o controle judicial de constitucionalidade com supremacia judicial possa se justificar.**

Com o argumento geral da dissertação desenvolvido, torna-se importante analisar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, considerado forte, e avaliar se a Proposta de Emenda à Constituição nº33/2011 atenderia essa finalidade de democratizar a jurisdição constitucional brasileira.

#### **4.4 O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a PEC 33/11**

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é eminentemente judicial e repressivo de cunho misto, ao combinar o controle por via incidental e difuso, de matriz norte-americana, que vem desde a origem da República<sup>105</sup>, com o controle por via principal e concentrado, de matriz austríaca (adotado, em regra, no sistema continental europeu), que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16/65<sup>106</sup>. Apesar de a regra geral do modelo brasileiro de fiscalização da constitucionalidade ser o controle judicial, existem algumas hipóteses nas quais os poderes políticos – Executivo e Legislativo – exercem o controle de constitucionalidade prévio, tais como: o poder de veto atribuído ao Chefe do Executivo em caso de inconstitucionalidade (art. 66, § 1º, CR/88) e o pronunciamento das comissões de constituição e justiça nas casas legislativas (nos termos do art. 58 da CR/88, geralmente previstas nos seus regimento). Além disso, existe a possibilidade de controle repressivo pelo Poder Legislativo, pela competência atribuída ao Congresso Nacional de sustar atos normativos do Poder Executivo (art. 49, V), bem como pela aprovação de emenda constitucional superadora de interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011b, p. 96).

As características básicas do controle difuso-concreto são, de acordo com Bernardo Fernandes (2013, p. 1091): “a) realizado por todos os juízes; b) via de exceção (ou defesa); c) em um caso concreto; d) de modo incidental (incidente de inconstitucionalidade no caso concreto)”. No controle difuso, em um caso concreto, caso exista uma dúvida ou controvérsia sobre a (in)constitucionalidade de uma norma, o juiz decidirá essa questão incidental, antes de julgar a questão fundamental. Os efeitos da decisão são *ex tunc* e interpartes, atingindo apenas

---

<sup>105</sup> Implementado pelo Decreto nº 848/1890 e posteriormente adotado pela Constituição de 1891.

<sup>106</sup> A Emenda Constitucional nº 16 de 1965 à Constituição de 1946 (já vigente o regime militar) instituiu a então denominada ação genérica de inconstitucionalidade, pela qual o Supremo Tribunal Federal passava a ter a competência de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, por meio de representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Apesar ser esse o marco histórico da introdução do controle abstrato e concentrado pelo STF, a Constituição de 1934 já previa uma modalidade específica de ação de controle concentrado: a representação interventiva, cabível na hipótese de os Estados violarem os denominados princípios constitucionais sensíveis (BARROSO, 2011b, p. 85-86).

as partes envolvidas e de forma retroativa, mesmo em relação aos casos julgados por Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal. Para a decisão ser *erga omnes* e produzir efeitos contra todos, existem dois modos: I) o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CR/88)<sup>107</sup>; II) a edição de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da CR/88, introduzida pela Emenda nº 45/04.

Por sua vez, as características básicas do controle concentrado:

“a) realizado somente pelo STF; b) via ação específica, na qual o controle de constitucionalidade se torna a questão principal (por isso, via principal), c) de modo direto (no STF); d) vai se dar, via de regra, *in abstracto*, pois não há caso concreto, não há partes e não há lide, conforme o entendimento majoritário; e) envolve, portanto, via de regra, uma análise de uma lei em tese (ou da falta da lei, no caso da ADI por omissão)” (FERNANDES, 2011, p. 1091).

O controle concentrado de constitucionalidade, por via principal ou por ação direta, trata-se de um processo objetivo, sem partes, nem litígio acerca de uma situação concreta, no qual o juízo de constitucionalidade de uma lei é o próprio objeto da ação. A ação direta destina-se à proteção do ordenamento constitucional, tornando inválida uma lei, um dispositivo legal ou uma interpretação e afastando-a do sistema, em caso de incompatibilidade com a Constituição (BARROSO, 2011b, p. 176-7). O controle concentrado atribui a um órgão ou a um número limitado deles a atribuição da guarda da Constituição, ao contrário do controle difuso, que atribui a todos órgãos jurisdicionais. No plano federal, o controle de constitucionalidade concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, CR/88), e pode ser provocado por meio das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a, da CR/88), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §8º da CR/88), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a da CR/88), arguição de descumprimento por preceito fundamental (art. 102, §1º). Os efeitos da decisão do controle concentrado, em regra, são *ex tunc* e *erga omnes*, mas podem ser excepcionalmente *ex nunc*, e modulados, conforme art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>108</sup>. Ademais, deve-se destacar que o rol de

<sup>107</sup> No julgamento da Reclamação nº 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau suscitaram a tese da abstrativização do controle difuso, entendendo que teria ocorrido uma mutação constitucional do art. 52, X, na qual os efeitos do controle difuso poderiam excepcionalmente serem transformados de *inter partes* em *erga omnes*, sem a intervenção do Senado Federal em suspender a lei, mas apenas para oficializar e dar publicidades sobre a decisão do STF em controle difuso. Contudo, essa tese recebeu bastante crítica da opinião pública especializada. Para Lênio Streck (2012, p. 52-3), isso é um exemplo de ativismo judicial, que vai além do texto e da dicção do art. 52, X, da Constituição. Configurando-se, para ele, um verdadeiro rompimento constitucional, uma vez que muda o próprio texto constitucional, não sendo uma questão meramente interpretativa. No entanto, essa tese da abstrativização foi rejeitada pelos demais ministros no encerramento do julgamento desse caso em 2014 e perdeu espaço diante da possibilidade do próprio Supremo Tribunal Federal em editar súmulas vinculantes.

<sup>108</sup> Lei nº 9.868/99, “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois

legitimados para deflagrar o controle concentrado é bastante amplo, conferindo a possibilidade a diversos atores políticos e sociais de provocá-lo, conforme previsto no art. 103 da CR/88<sup>109</sup>.

Diante dessas características gerais acima apresentadas, depreende-se que a Constituição brasileira de 1988 consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, rico em técnicas, métodos e vias de acesso, que pode ser desencadeado com facilidade, uma vez que associa uma Constituição extensa e analítica com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 175). Nos mais de 27 anos de vigência da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional se expandiu e se reinventou de inúmeras formas, adotando cada vez mais instrumentos de centralização, simplificação e abstrativização (BUSTAMANTE, PATRUS, 2014, p. 795). Esse processo de expansão da autoridade do sistema judicial brasileiro é bem descrito por Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444):

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.

Nesse mesmo sentido, Clara da Mota Santos (2013, p. 30) aduz:

Não há paralelo no mundo quanto à gama de ações e poderes que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal. A Corte tem a característica de cúpula do sistema difuso de constitucionalidade; detém a prerrogativa de atuação frente às omissões constitucionais; pode se posicionar liminarmente contra o poder constituinte de reforma, cassando as emendas; e pode, ainda, decretar a constitucionalidade de praticamente todo e qualquer ato normativo existente no país, o que foi garantido pela subsidiariedade da ação por descumprimento de preceito fundamental.

A constitucionalização analítica e abrangente leva um tema que pertencia ao debate político “para o universo das pretensões judicializáveis” (BARROSO, 2011b, p. 7-8). Esse fator aliado a uma profusão de meios e vias para a realização da fiscalização jurisdicional de compatibilidade da vida pública em face da Constituição, abre um espaço considerável ao Judiciário para a revisão do produto das atividades políticas desempenhadas pelo Legislativo e

---

terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>109</sup> Constituição de 1988, art. 103. “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

pelo Executivo (BUSTAMANTE, PATRUS, 2014, p. 795). Em face de tal realidade, boa parte das questões de relevância política, social ou moral são discutidas judicialmente, notadamente perante o Supremo Tribunal Federal, conforme exemplificado pelos seguintes casos:

- (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF);
- (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367);
- (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF) (BARROSO, 2011a, p. 8).

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 445) designa esse fenômeno da expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal – deslocando-se para o centro do arranjo político, muitas vezes em detrimento dos demais poderes – como “supremocracia”. A ampliação dos instrumentos disponíveis à jurisdição constitucional tem levado o tribunal constitucional brasileiro a ser responsável por enunciar a última palavra acerca de inúmeros assuntos de natureza substantiva, ora validando e legitimando as escolhas dos órgãos representativos, ora contrariando as decisões majoritárias. É importante ressaltar, ainda, que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, entende-se que o Supremo Tribunal Federal possui a competência para verificar a constitucionalidade de emendas à Constituição, e invalidá-las caso essas coloquem em perigo as cláusulas pétreas previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição, o que reforça a ideia de que o Judiciário deteria a palavra final no sistema constitucional brasileiro.

Essa atribuição ao Supremo Tribunal Federal de controle judicial de emendas constitucionais evidencia o caráter forte da jurisdição constitucional brasileira, bem como a supremacia judicial em sentido formal da corte na estrutura geral do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. O sistema constitucional brasileiro, como se observa pelas características descritas, enquadra-se no paradigma de constitucionalismo jurídico tradicional, uma vez que a última palavra é alocada formalmente no Judiciário, especialmente no que diz respeito às matérias protegidas por cláusulas pétreas. Apesar de no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, na prática, a possibilidade de resposta do Poder Legislativo a uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio de alteração formal não ser muito difícil, uma vez que o quórum para aprovação de emendas constitucionais é bem menos rígido comparativamente: três quintos dos membros da Câmara e do Senado em dois turnos no Brasil; enquanto nos Estados Unidos exige-se a aprovação por dois terços dos membros da Câmara e do Senado e aprovação de três quartos dos estados. Essa relativa facilidade para o exercício do poder de reforma constitucional já ensejou a promulgação de 90 emendas constitucionais no decorrer

dos 27 anos de vigência da Constituição de 1988. Há alguns precedentes, inclusive, de emendas que superaram interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>110</sup>. Além disso, o efeito vinculante das decisões do Supremo não se aplica ao Poder Legislativo, não havendo óbice formal para um ato normativo proveniente do Legislativo em contrariedade ao que o Supremo Tribunal Federal decidiu. A despeito de a supremacia judicial no sentido material ser passível de controvérsia, haja vista não haver obstáculos – na prática – tão rígidos à atuação dos representantes do povo para reverter a interpretação judicial, assim como por ser mais factível e célere a possibilidade de diálogo entre os poderes, o fato é que institucionalmente a última palavra, ainda que provisoriamente em uma rodada procedimental, é conferida à corte constitucional.

Esse arranjo de jurisdição constitucional alargado e forte, com múltiplas possibilidades de acesso, instituído no Brasil, favorece fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política, que suscitam reflexões sobre os limites da legitimidade democrática da intervenção jurisdicional. Essa expansão quanto ao exercício da jurisdição – sobretudo quando se percebe que inúmeros temas, que tradicionalmente eram de competência apenas dos poderes políticos, passam a entrar na agenda judicial – induzem a grande preocupação, especialmente quando o Judiciário exerce um papel contramajoritário, quando desborda o campo do direito e adentra indevidamente no campo da política ou quando abusa no exercício do poder decisório (decisionismo) (CATTONI DE OLIVEIRA, BAHIA, NUNES, 2013). É inegável que “os julgadores muitas vezes derrubam ou reformulam – em definitivo – decisões políticas gestadas nos meios político-decisórios majoritários” (BUSTAMANTE, PATRUS, 2014, p. 796). A judicialização da política pode revelar um grave déficit democrático da atuação judicial, uma vez que em uma democracia, o parlamento é o centro do regime político (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 451).

É dentro desse contexto que, recentemente, surgem propostas de reformulação radical do sistema de controle de constitucionalidade, que impactam na dinâmica de como se compreende a separação de poderes no ordenamento constitucional brasileiro, com o objetivo de fortalecer a esfera legislativa na decisão sobre questões constitucionais, tais como a Proposta

---

<sup>110</sup> São exemplos de emendas constitucionais aprovadas com o objetivo de superar precedentes do Supremo Tribunal Federal estabelecidos: a EC n. 19/98, relativamente à inclusão de vantagens pessoais no limite máximo de remuneração de servidores públicos; a EC 29/2000, sobre à admissibilidade de IPTU progressivo; a EC 39/2002, a respeito da cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio de iluminação pública; a EC n. 57/2008, acerca da convalidação das leis de criação de municípios publicadas até 2006; a EC 58/2009, que definiu limites máximos de vereadores de acordo com a população dos municípios (BARROSO, 2011b, p. 96-7; BRANDÃO, 2012, p. 292-5).

de Emenda à Constituição 3/11<sup>111</sup> e a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/11 (PEC 33/11) apresentada pelo Deputado Nazareno Fonteles, com a subscrição de outros 219 deputados, a qual será objeto da análise a seguir.

#### **4.4.1 A Proposta de Emenda à Constituição 33/11**

Em linhas gerais, a PEC 33/11 tem como propósito: 1) alterar o quórum para declaração de inconstitucionalidade de leis, exigindo-se a manifestação de quatro quintos dos membros dos Tribunais em detrimento do quórum atual de maioria absoluta; 2) condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; 3) e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição e autorizá-lo, diante de uma manifestação de contrariedade à decisão do Supremo, a consultar a população sobre a controvérsia.

Segundo o autor da proposição, ela se justificaria, entre outras razões, pelo excesso de ativismo judicial por parte dos membros do Poder Judiciário, tendo em vista que, de acordo com ele, as decisões tomadas com base nessa interpretação proativa, que vão além do necessário para o caso concreto, careceriam de legitimidade democrática. A preocupação do autor, presente na justificação da PEC 33, seria o fato de que “em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. (...) Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país”<sup>112</sup>. Os objetivos centrais dessa proposta seriam, para o seu autor, resgatar o valor da representação política, da soberania popular, da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, além de reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, fomentando o diálogo interinstitucional entre eles e valorizando o Poder Legislativo. É interessante notar que Jeremy Waldron serve como referência teórica na justificação da PEC, sendo citado expressamente por suas críticas ao controle judicial de constitucionalidade em sua versão mais forte. Ademais, o controle de constitucionalidade canadense é mencionado como

---

<sup>111</sup> A PEC 3/2011, também de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, pretende modificar o sistema de controle de constitucionalidade, ao propor a alteração do inciso V do artigo 49 da Constituição para permitir que o Congresso Nacional possa sustar atos normativos de “outros poderes” que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Isto é, tem o objetivo de incluir o Poder Judiciário, além do Poder Executivo, na possibilidade de que o Congresso suste as decisões judiciais, permitindo um controle legislativo sobre o Judiciário, para preservar sua competência normativa. Não é objeto do presente trabalho a análise detida dessa proposta, mas a PEC 3/11 configura mais um exemplo de proposta tentando fortalecer o papel do Legislativo na decisão de questões constitucionais.

<sup>112</sup> O inteiro teor da PEC 33 e da sua justificação encontram-se disponíveis no site da Câmara dos Deputados e podem ser acessadas no seguinte endereço eletrônico: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33%2F2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33%2F2011)>. Acesso em 10/06/2016.

uma alternativa de jurisdição constitucional na qual o Judiciário não tem o monopólio da última palavra.

Em análise na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, o primeiro relator da PEC 33/11, o Deputado Exeiridião Amim, reconheceu expressamente o atual contexto de protagonismo judicial e de exacerbado ativismo judicial, o qual justificaria mudanças com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo<sup>113</sup>. Nessa diretriz, reputou constitucionais a mudança para o quórum de quatro quintos para declaração de inconstitucionalidade de norma, bem como a exigência de que as súmulas vinculantes sejam aprovadas pelo Congresso Nacional. Contudo, esse relator propôs uma emenda supressiva para excluir o dispositivo que prevê a necessidade de manifestação do Congresso Nacional e de consulta popular caso o Supremo Tribunal Federal julgue inconstitucional emenda à Constituição, por considerá-lo uma interferência indevida em atividade típica do Poder Judiciário e, por conseguinte, uma ofensa à separação dos poderes. Por outro lado, com relação a esse ponto da PEC, o segundo relator, o Deputado João Campos, entendeu não haver afronta à separação dos poderes, mas que subsistiria, na realidade, uma inovação constitucional, que contribui para o diálogo e a harmonia entre os poderes, e que reforça a soberania popular, ao atribuir ao povo soberanamente à decisão em caso de conflito entre os poderes sobre a interpretação de uma emenda constitucional<sup>114</sup>.

Em voto em separado, o Deputado Paes Landim reputou ser a PEC 33/11 inconstitucional por ser emenda tendente a abolir a separação de poderes por se imiscuir em competência do Supremo Tribunal Federal concebida pelo constituinte originário, qual seja, a de ser o guardião da Constituição, conforme estatui o *caput* do art. 102 da Constituição de 1988. O deputado presume a partir desse dispositivo o ideal de supremacia judicial como intrínseco ao arranjo de separação de poderes brasileiro, e que as mudanças aventadas visam a reduzir o Judiciário a “um Poder sem poder”<sup>115</sup>. Por sua vez, o Deputado Vieira da Cunha, no seu voto apartado, considerou a PEC 33/11 inconstitucional por embarçar e vulnerar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal em sua função de protetor dos direitos fundamentais,

---

<sup>113</sup> O parecer do Deputado Exeiridião Amim encontra-se presente no seguinte endereço eletrônico: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914386&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em 10/06/2016.

<sup>114</sup> O parecer do Deputado João Campos encontra-se presente no seguinte endereço eletrônico <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1046676&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em 10/06/2016.

<sup>115</sup> O voto em separado do Deputado Paes Landim encontra-se presente no seguinte endereço eletrônico <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em 10/06/2016.

comprometendo a eficácia de suas decisões<sup>116</sup>. Em primeiro lugar, reputou que o quórum de quatro quintos fragiliza o Poder Judiciário, ao dificultar sobejamente a invalidação de uma norma inconstitucional pelos tribunais ao exigir uma maioria quase unânime, o que causaria descrédito institucional e minaria a força normativa da Constituição. Em segundo lugar, considerou que repassar o debate sobre a constitucionalidade de uma questão de um órgão neutro para um órgão político ou mesmo para a população por meio de plebiscito, retiraria a racionalidade no debate democrático. Nesse aspecto, percebe-se a pressuposição de que o Judiciário produziria decisões mais racionais que o Legislativo. Ademais, para ele, a referida PEC traz a reminiscência histórica da Constituição de 1937 e da concepção autoritária do período do Estado Novo, que estabelecia a possibilidade de controle político pelo Congresso do controle judicial de constitucionalidade da legislação<sup>117</sup>.

Após a PEC 33/11 ser admitida pela CCJC, em abril de 2013, houve imediata reação da opinião pública, sobretudo a da comunidade jurídica, sendo que muitos a consideraram flagrantemente inconstitucional por ferir a separação dos poderes. Essa PEC foi, inclusive, objeto de Mandado de Segurança impetrado contra a sua tramitação por supostamente atentar contra a separação dos poderes e a harmonia entre eles, cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso III, da Constituição da República de 1988<sup>118</sup>, ao vulnerar o exercício da competência de “guardião da Constituição” do Supremo Tribunal Federal. Apesar dessa proposição não ter ido adiante ao ser arquivada com o início da nova legislatura em 2015, e não ter voltado à tramitação<sup>119</sup>, ela engendrou debates relevantes sobre o controle de constitucionalidade brasileiro e reascendeu a tensão entre constitucionalismo e democracia, inerente a todas democracias que adotam alguma forma de controle judicial de constitucionalidade.

Em face de tal quadro, torna-se importante analisar detidamente cada uma das sugestões de alterações contidas na PEC 33/11, assim como verificar se tal proposição consistiria em um novo arranjo de separação de poderes adequado para consubstanciar simultaneamente, e de

---

<sup>116</sup> O voto em separado do Deputado Vieira da Cunha encontra-se presente no seguinte endereço eletrônico <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1074731&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em 10/06/2016.

<sup>117</sup> Constituição de 1937, art. 96, parágrafo único: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>118</sup> Os Mandados de Segurança números 32.036/DF e 32.037/DF foram impetrados pelo PSDB e pelo PPS contra a deliberação da PEC 33 no Congresso Nacional e tramitam no Supremo com a relatoria do Ministro Dias Toffoli, que denegou a liminar por ausência do requisito *periculum in mora*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/toffoli-nega-liminar-suspender-pec-33.pdf>>. Acesso em 19/10/2013.

<sup>119</sup> O art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados determina que “finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação (...)”.

forma mais adequada, os ideais de proteção a direitos fundamentais e de legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade brasileiro, consagrando um controle de constitucionalidade sem supremacia judicial.

#### **4.4.1.1 O aumento do quórum para declaração de inconstitucionalidade**

No que concerne à mudança de quórum para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no parlamento, o quórum atual, conforme determina o art. 97 da Constituição de 1988, é de maioria absoluta dos membros dos tribunais<sup>120</sup>, e o autor propõe a alteração dele para uma maioria qualificada de quatro quintos<sup>121</sup>. No caso do Supremo Tribunal Federal, em vez de seis ministros para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, seriam necessários nove de onze. De acordo com a justificação anexa à PEC 33/11, “a opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular”. Com a modificação sugerida, “terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte”.

Essa proposta nos faz retomar a crítica de Jeremy Waldron (2013), demonstrada no capítulo anterior, acerca da ausência de fundamentação moral e de valor epistêmico no uso da regra da maioria pelos tribunais. Conforme visto, o autor critica a razão pela qual uma maioria judicial seria preferível a uma maioria legislativa. A mesma “estatística” e “contagem de cabeças” que colocaria em risco a tomada de uma decisão equivocada ou “tirânica” pelo Legislativo seria equivalente ao perigo de erro nas decisões majoritárias judiciais. Além do mais, o Poder Legislativo teria a vantagem moral, pois a justificativa da regra majoritária, no seu caso, consistiria no respeito à igualdade política dos cidadãos que elegeram os seus representantes, fundamentação que faltaria ao Judiciário. Sobre a insuficiência de superioridade epistêmica, Waldron aponta que o resultado de uma maioria apertada seria mais o reconhecimento da existência do desacordo moral também no Judiciário do que uma confiança na objetividade da verdade. Diante dessas críticas, não se afigura descabida, nem atentatória à separação dos poderes, a proposta da alteração de um quórum de maioria absoluta para uma maioria qualificada.

---

<sup>120</sup> Constituição de 1988, “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>121</sup> PEC 33/11. “Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: “Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público.”.

Consoante atesta Conrado Hübner Mendes (2013, p. 167-8), ao analisar o potencial deliberativo dos padrões de decisão, uma maioria qualificada pode, inclusive, incentivar mais a deliberação e proporcionar a produção de resultados melhores. Ademais, “o aumento do quórum disposto na PEC, mesmo que numa instituição judicial, parece dar maior importância à decisão do legislador diante do quadro de desacordo natural existente na sociedade” (BUSTAMANTE; VILLANI, 2014). Pode-se presumir que os argumentos utilizados no debate da questão de índole constitucional teriam de ser melhores para que pudessem convencer, não apenas a metade mais um dos magistrados, mas a maior parte deles. Conforme afirma Thomas Bustamante (2015b, p. 391), uma maioria qualificada substantiva pode ser uma maneira de responder a objeção de Waldron contra decisões majoritárias em cortes constitucionais. De acordo com Bustamante, essa maioria qualificada pode ser uma posição intermediária, que admite que a jurisdição constitucional exerça a proteção de minorias contra majorias que desrespeitem seus direitos, ao mesmo tempo em que estabelece um quórum qualificado na corte de modo a evitar o risco de se substituir a decisão do parlamento meramente por uma decisão da maioria em uma corte dividida.

Em que pese não considerarmos uma maioria qualificada para a decisão de um tribunal violadora da Constituição e do princípio da separação dos poderes, cumpre ponderar que a “supermaioria” de quatro quintos, proposta pela PEC 33/11, talvez imponha um ônus demasiadamente alto para a deliberação no tribunal constitucional, pois seria um quórum “excessivamente elevado, quase correspondendo à unanimidade” (PEREIRA, 2013). De acordo com Conrado Mendes (2013, p. 168), a decisão unânime estabelece um fardo pesado para deliberar quando a instituição chega a um impasse, incentivando uma obstrução excessiva bem como mais a barganha do que a deliberação. Isso poderia enfraquecer o sistema de controle de constitucionalidade. Além disso, conforme Jane Reis Pereira (2013), “essa *supermaioria* também tornaria o processo de nomeação para a Corte mais suscetível a ingerências estratégicas de caráter político, já que o presidente da República poderia com maior facilidade modificar o equilíbrio de forças na Corte”. A omissão em indicar ministros poderia inviabilizar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal e interferir na formação do juízo de inconstitucionalidade, reduzindo o insulamento político do tribunal. Em nossa história temos o exemplo do ataque institucional promovido pelo Presidente Floriano Peixoto ao Supremo Tribunal Federal, na República Velha, que não nomeou os sucessores dos ministros que se aposentaram com o propósito de deixar a corte desfalcada e sem quórum para decidir questões importantes (BRANDÃO, 2012, p. 98). Recentemente, a presidenta Dilma Rouseff demorou cerca de seis meses para indicar o ministro Luís Roberto Barroso após a aposentadoria do

ministro Carlos Ayres Britto e, aproximadamente, nove meses para indicar o ministro Luís Edson Fachin após a saída do ministro Joaquim Barbosa. Independente dos motivos que levaram a esse prolongamento, o fato é que a repetição da demora na indicação de um ministro no contexto de uma maioria de quatro quintos, com fins políticos ou não, poderia dificultar o exercício das atribuições do tribunal constitucional. Portanto, não seria inconstitucional tal alteração de quórum, mas talvez inconveniente, em uma perspectiva de política constitucional, a mudança para quatro quintos.

Em face desses argumentos, em vez de quatro quintos, a exigência de uma maioria qualificada intermediária entre a maioria absoluta e a unanimidade – como três quintos ou dois terços dos seus membros (sete ou oito ministros de onze) – para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, talvez seja um quórum mais adequado para prestigiar a decisão tomada no Legislativo – arena democrática por excelência –, encorajar a deliberação entre os ministros, mas sem pôr em perigo o isolamento político do tribunal constitucional.

#### **4.4.1.2 O condicionamento do efeito vinculante das súmulas vinculantes ao Congresso e o aumento do quórum para sua aprovação.**

As súmulas vinculantes foram instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, e reguladas pela Lei 11.417/2006, com o objetivo de atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Judiciário a observância obrigatória da jurisprudência da corte em questões constitucionais. Em um contexto de elevada litigiosidade somado a uma expressiva quantidade de demandas repetitivas, a súmula vinculante foi uma solução encontrada para racionalizar o processo decisório bem como para contribuir para a celeridade e eficiência na administração da justiça e para a diminuição do volume de recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011b, p. 102). Tal instituto visa atender, ademais, os princípios da igualdade e da segurança jurídica, na medida em que o tribunal pode impor uma interpretação dotada de eficácia geral e vinculante sobre a (in)constitucionalidade de uma determinada norma, coordenando e uniformizando o entendimento judicial sobre certo assunto, com base em parâmetros que propiciem a isonomia e a coerência (BARROSO, 2011b, p. 103-5). Tem como objeto, dessa maneira, a eficácia, a validade ou a interpretação de normas do ordenamento jurídico. Os requisitos e os procedimentos para sua edição estão dispostos no art. 103-A da Constituição de 1988, consistindo, basicamente: na necessidade da decisão de 8 ministros (2/3) para sua promulgação, reiteradas decisões sobre a matéria objeto da súmula, controvérsia judicial ou entre os órgãos judiciais e a administração pública que esteja causando grave

insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (FERNANDES, 2013, p. 1097)<sup>122</sup>.

A súmula vinculante consiste em um exemplo da expansão da jurisdição, com a criação de ferramentas constitucionais, no período de vigência da Constituição de 1988, que centralizaram e fortaleceram um sistema judicial de interpretação constitucional. De acordo com Thomas Bustamante e Rafael Patrus (2014, p. 803), configura-se como um instrumento de produção normativa pelo Supremo Tribunal Federal bastante poderoso e como uma especificidade brasileira, visto que não se encontra no direito comparado sistemas jurídicos que outorguem a um órgão do Poder Judiciário o poder para estabelecer enunciados normativos gerais, abstratos e grau de vinculação assemelhados aos produzidos pelo legislador ordinário. Essa atribuição de produzir enunciados normativos abstratos e gerais constitui-se em uma atividade atípica do Judiciário, por ser uma função originalmente pertencente ao Poder Legislativo.

Convém salientar que a preocupação com a usurpação da atividade legislativa – e, por consequência, com a possível afronta ao tradicional arranjo de separação de poderes – pelas súmulas vinculantes já estava presente nos debates que antecederam a sua promulgação. Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997) ao analisar a PEC 96/92, que foi transformada posteriormente na EC 45/04, criticava tal instituto por imiscuir-se na competência legislativa de criação de normas jurídicas, de inovação do direito, o que, para ela, contrariaria o princípio democrático. A formulação de conteúdos impositivos uniformizados de obrigações por magistrados não eleitos não teria legitimidade democrática por não ser proveniente da fonte legítima da representação popular, por não respeitar o direito fundamental do cidadão de participar da formação e por não garantir o processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo para a criação de norma jurídica (ROCHA, 1997, p. 57).

---

<sup>122</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Na mesma tônica de crítica à legitimidade democrática das súmulas vinculantes, Lênio Streck (2008, p. 164-165) compara-as com as medidas provisórias, sendo que ambas representariam o fenômeno de que a “construção democrática do direito no âmbito do parlamento vai sofrendo – progressivamente – um arrocho cada vez mais agudo, ora pela atividade legiferante do executivo, ora pela atividade – em última análise também legiferante – do judiciário”. Tanto as súmulas vinculantes como as medidas provisórias são manifestações da natureza atípica das funções jurisdicionais e executiva, por possibilitarem a emissão de comandos normativos em caráter geral e abstrato, justificados por razões de necessidade: no primeiro caso, a diminuição de demandas repetitivas e a racionalização do judiciário; no segundo, para aumentar a eficiência da atividade governamental. Nos dois institutos, segundo Streck (2008, p. 164), existe a possibilidade da criação da norma e da aplicação/execução dela na mesma função do poder estatal. No caso das súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal é onde está situada essa coincidência entre o órgão criador das disposições normativas e o responsável pela sua concretização, na medida em que é “o responsável pela criação dos textos sumulares e, ao mesmo tempo, tem a competência constitucional (§ 3º do art. 103-A) de julgar as reclamações decorrentes de atos administrativos ou jurisdicionais que estiverem em “desacordo” com a súmula por ele editada” (STRECK, 2008, p. 165). Nessa analogia entre súmulas vinculantes e medidas provisórias, a diferença principal é que em relação às medidas provisórias há a exigência expressa de que o Congresso Nacional delibere, aprove ou rejeite a medida, para convertê-la ou não em lei; já no que concerne às súmulas, não existe essa previsão formal de deliberação do órgão legislativo, em que pese este não seja vinculado pelos efeitos da súmula, podendo legislar em contrário.

A Exposição de Motivos da PEC 33/11, no que se refere às súmulas vinculantes, demonstra a preocupação em preservar as competências do Poder Legislativo, de modo a evitar os “excessos legislativos” do Supremo Tribunal Federal, e de controlá-lo a fim de verificar se tal órgão observou os requisitos necessários previstos para instituição desse mecanismo, especialmente a exigência de reiteradas decisões sobre o assunto, o que não teria sido cumprido em algumas ocasiões. Dentro desse contexto, propõe: I) aumentar o quórum de decisão para aprovação de dois terços para quatro quintos (de oito para nove dos onze ministros)<sup>123</sup>, II) reforçar a necessidade de que a súmula mantenha identidade com os precedentes que a deram

---

<sup>123</sup> PEC 33/11. “O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, **mediante decisão de quatro quintos de seus membros**, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula [...]”

origem<sup>124</sup>, III) criar a possibilidade de controle da súmula pelo Congresso Nacional, pela manifestação da maioria absoluta de seus membros<sup>125</sup>. Em caso de rejeição do efeito vinculante da súmula, ela se tornará mais uma das súmulas ordinárias do tribunal constitucional. Para não prejudicar a agilidade da decisão, sugere-se o prazo de 90 noventa dias para a tomada de decisão pelo Congresso, com a aprovação tácita no dia subsequente ao término do prazo em caso de não ocorrência da votação nesse período estabelecido.

No que tange à alteração do quórum para a decisão sobre uma súmula vinculante para quatro quintos dos membros do Supremo, os mesmos argumentos da análise no tópico anterior se aplicam neste. É legítima a mudança para um quórum qualificado e o próprio constituinte derivado reconheceu a importância dessa maioria substantiva na EC 45/2004 ao instituir o quórum de dois terços dos membros para a sua decisão. Todavia, o quórum de quatro quintos pode levar a obstrução deliberativa na corte bem como a inviabilidade do exercício dessa competência, não sendo o mais adequado em uma perspectiva de política constitucional.

Sobre o dispositivo que reforça que as súmulas mantenham identidade com os precedentes que lhe deram origem, ele é, na verdade, um reforço tautológico ao que já constitui o objeto das súmulas vinculantes, uma vez que o propósito delas é estabelecer um enunciado normativo vinculante acerca de decisões reiteradas sobre um assunto constitucional. Conforme Lênio Streck (2008, p. 173) explica, as súmulas vinculantes podem contribuir para a formação de uma cultura de tradição, coerência e integridade do direito (conforme a teoria de Ronald Dworkin). Logo, os precedentes já servem de referência para a construção do enunciado da súmula, ainda que, ressalte-se, sejam coisas diversas, uma vez que “casos julgados e precedentes são formados para resolver casos concretos e, no caso dos precedentes, eventualmente influenciam decisões futuras”, por sua vez “as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos – características presentes na lei – que são editados visando a solução de casos futuros” (STRECK, 2008, p. 166). No entanto, conforme alerta Lênio Streck (2008, p. 175) o “precedente não cabe no enunciado da súmula”. Para ele, o enunciado da súmula só alcançará sentido diante de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais se construirá uma tradição de casos concretos que darão sentido ao vazio dos enunciados. A súmula não define um enunciado universalizante descolado da

---

<sup>124</sup> PEC 33/11. “[...]§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação [...]”

<sup>125</sup>PEC 33/11. [...] “§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita. [...]”

tradição jurídica que a ensinou, ou seja, do conjunto dos precedentes que a tornaram necessária. Dito de outro modo, segundo Streck, para a compreensão do seu enunciado e sua aplicação, afigura-se indispensável a reconstrução do conjunto de casos presentes naquela determinada tradição jurídica. Enfim, esse dispositivo não é inconstitucional, pode ser um complemento normativo sobre o significado das súmulas vinculantes, mas – na prática – não traz nenhuma novidade ao que já se compreende acerca delas.

Na verdade, o problema mais grave proveniente desse instrumento constitucional é a prática judicial que se rende à execução simplificadora da lei e desconsidera as circunstâncias concretas do caso, conforme critica Thomas Bustamante (2013, p. 98):

As súmulas existem para “facilitar” a vida dos juízes e advogados, para permitir uma aplicação massificada do direito e julgar milhares de casos segundo um único esquema padrão. Os casos são decididos “no atacado”, sem uma análise detalhada e a necessária consideração de todas as circunstâncias individuais.

Por essa razão, esse autor é um crítico das reformas legislativas que negligenciam “os aspectos mais importantes da interpretação do direito, que se referem justamente ao ajustamento da norma ao caso concreto” (BUSTAMANTE, 2013, p. 102). Para Thomas Bustamante (2013, p. 103-5), configura-se uma violação ao princípio da igualdade e da ideia de justiça não levar em conta as singularidades e as diferenças do caso concreto. A aplicação de qualquer súmula ou, de forma genérica, de qualquer regra ou princípio jurídico, deve ter atenção detalhada de todas as circunstâncias específicas de cada caso concreto, com a finalidade de realizar o ajustamento da norma à realidade, por intermédio da individualização do direito. Nem esse dispositivo, tampouco a PEC 33/11 enfrentam essa questão<sup>126</sup>.

Em relação à possibilidade de controle legislativo das súmulas vinculantes, não há violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que, em primeiro lugar, elas não representam atividade jurisdicional típica. Não se constituem como uma característica essencial do exercício da atividade judicial, sendo, na verdade, um mecanismo jurisdicional exclusivo da realidade brasileira. Em segundo lugar, tal instituto não fazia parte do desenho original do

---

<sup>126</sup> É interessante notar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro, promulgado pela Lei nº 13.105/2015, atentou-se a essas preocupações e consagrou dispositivos prevendo tanto o dever do juiz fundamentar suas decisões demonstrando como os fundamentos determinantes da súmula se ajustam ao caso concreto, como a necessidade da súmula observar as circunstâncias fáticas, bem como a importância de se almejar a integridade do direito: Lei nº 13.105/2015 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente: [...] § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

arranjo dos poderes da Constituição de 1988, mas consiste em uma inovação introduzida pelo poder constituinte derivado. Em função disso, afigura-se plenamente possível não apenas modificar suas configurações e requisitos, mas, inclusive, removê-los, conforme nos lembra Jane Reis Pereira (2013). Trata-se mais de uma questão de conveniência e política constitucionais do que propriamente de interpretação sobre a compatibilidade ou não com o ordenamento constitucional.

Na prática, o efeito vinculante da súmula já não atinge o Poder Legislativo, mas tão somente os órgãos judiciais e a administração pública. Dessa forma, o Poder Legislativo já tem permissão para legislar em contrário ao conteúdo da súmula. A institucionalização da possibilidade de manifestação legislativa só reforça um mecanismo de “freio e contrapeso” de caráter democrático. Haveria, com isso, a formalização da possibilidade de fiscalização do devido exercício da atribuição de edição de comandos normativos pelo Judiciário, pela autoridade democrática por excelência, de modo a conter abusos, aumentando a *accountability* judicial. Ademais, acrescentar-se-ia o elemento democrático que falta na equação institucional desse instrumento, como existe na possibilidade de rejeição de veto ou da medida provisória oriundos do Poder Executivo. Além disso, esse controle legislativo das súmulas vinculantes poderia favorecer uma prática de diálogo interinstitucional sobre a interpretação constitucional entre os Poderes Legislativo e Judicial, de modo que cada um com sua expertise institucional possa contribuir para a melhor leitura da Constituição. Em face do exposto, há a chance de ganho tanto do ponto de vista da legitimidade democrática, ao formalizar a possibilidade de que os representantes do povo tenham a palavra final sobre as súmulas vinculantes; como do ponto de vista epistêmico, ao aumentar a probabilidade de interação deliberativa entre os poderes, de modo a incentivar a busca por melhores respostas sobre a interpretação constitucional.

#### **4.4.1.3 A submissão das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade de emendas ao Congresso e à consulta popular.**

A terceira mudança apresentada pela PEC 33/11 foi a que despertou a maior controvérsia e o debate mais complexo em torno dela: a respeito de quem deveria ter a palavra final sobre o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição. A proposta versa sobre o acréscimo de dispositivos ao art. 102 da Constituição de 1988 – o qual define a competência do Supremo do Tribunal Federal – para impor, caso a decisão de mérito do tribunal constitucional declare a inconstitucionalidade material de emendas constitucionais, a necessidade de retorno obrigatório ao Poder Legislativo para uma nova deliberação. A decisão que julgasse uma emenda inconstitucional não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia

contra todos (“*erga omnes*”), os quais só seriam reconhecidos após a apreciação e aprovação pelo Congresso Nacional. Em caso de manifestação contrária do Legislativo à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, a questão deveria ser submetida à consulta popular. Para a réplica do Congresso, exige-se o quórum de três quintos dos seus membros em sessão conjunta, que deveria ser tomada em até noventa dias. Caso não observado o prazo para a votação, a decisão do Supremo prevaleceria com efeito vinculante e eficácia contra todos<sup>127</sup>.

A PEC 33/11 preconiza uma nova rodada procedimental, na qual os representantes eleitos do povo possam apreciar outra vez a controvérsia constitucional. A autoridade legislativa deteria, por conseguinte, a autoridade final sobre a aprovação da emenda constitucional, apenas preponderando a autoridade judicial em caso de omissão da autoridade legislativa. Na persistência da desavença entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a decisão derradeira sobre a querela constitucional. De acordo com o Deputado Nazareno Fonteles, na Exposição dos Motivos da PEC 33/11, não ocorreria nenhuma supressão do poder do Judiciário de controle de constitucionalidade de emendas, e sim a valorização do papel do Poder Legislativo nesse processo. Além disso, para ele, incentivava-se o diálogo interinstitucional e cria-se um mecanismo de controle democrático contra eventuais exorbitâncias do Poder Judiciário.

Sem embargo, como já demonstrado acima, tal dispositivo da PEC 33/11 recebeu manifestações contrárias à sua constitucionalidade no próprio Congresso Nacional por considerá-lo ofensiva à cláusula pétrea de separação dos poderes expressa no art. 60, §4º, da Constituição de 1988 por: 1) intrometer-se indevidamente em atividade típica do Poder Judiciário (Dep. Experidião Amim); 2) interferir na competência de guardião constitucional do Supremo Tribunal Federal definida pelo constituinte originário (Dep. Paes Landim); 3) enfraquecer a atribuição de protetor dos direitos fundamentais Supremo Tribunal Federal em sua função (Dep. Vieira da Cunha); 4) afetar a racionalidade no debate democrático (Dep. Vieira da Cunha); 5) estabelecer o controle político pelo Congresso do controle judicial de constitucionalidade, o que seria uma reminiscência autoritária do Estado Novo. Nessa mesma tônica, alguns juristas criticaram essa proposta de forma veemente. Jane Reis Pereira (2013)

---

<sup>127</sup>PEC 33/11. "Art. 102. [...] § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal”.

apontou que essa mudança comprometeria o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, vulnerando o entrincheiramento de direitos, ao sujeitar as decisões fundamentais presentes na Constituição às maiorias ocasionais, o que representaria uma ruptura com o pacto constitucional originário. Para Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia e Dierle Nunes (2013), essa modificação seria inconstitucional, tendo em vista que “não se pode restringir por meio de controle político, majoritário, decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal”. De acordo com eles, a natureza do controle de constitucionalidade brasileiro é judicial e não poderia ser política. Ademais, segundo eles, caberia à jurisdição constitucional assegurar o devido processo legislativo, compreendendo, para isso, os direitos fundamentais como condição de possibilidade democrática, de sorte que a proteção desses direitos poderia ser enfraquecida com o controle proposto pela PEC 33/11.

Como se observa, os opositores a essa modificação sobre a autoridade no controle de constitucionalidade de emendas partem do pressuposto de que o paradigma de constitucionalismo adotado no Brasil é o modelo de constitucionalismo jurídico tradicional, que associa o controle de constitucionalidade forte – não apenas da legislação, mas, inclusive, de emendas constitucionais – com a supremacia judicial, e essa característica pertenceria ao núcleo essencial do arranjo de separação de poderes concebido pela Constituição de 1988, que seria imutável por ser um limite intangível ao poder de reforma – cláusula pétrea – presente no art. 60, §4, III (*Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes*). Em função disso, seriam inconstitucionais as propostas que tivessem por objetivo mudar a autoridade formal do Poder Judiciário em decidir, finalmente, sobre a interpretação e a validade de uma emenda constitucional.

Não obstante, é possível disputar essa premissa, conforme se demonstrará adiante, e compreender que o sistema de separação de poderes não impõe uma divisão de funções estanque e absoluta, mas sim, uma estrutura dinâmica de controle recíprocos – de freios e contrapesos – para conter abusos. Ademais, o retorno da decisão sobre inconstitucionalidade de emendas ao Poder Legislativo pode contribuir para reconciliar a proteção de direitos fundamentais, promessa do constitucionalismo jurídico, com a legitimidade democrática do ordenamento constitucional brasileiro, consolidando um controle de constitucionalidade sem supremacia judicial.

Primeiramente, conforme nos lembra Virgílio Afonso da Silva (2013b), “a Constituição não define com clareza que cabe ao STF a última palavra sobre emendas constitucionais”. De fato, não existe na Constituição, de forma literal e expressa, a previsão da competência do Supremo Tribunal Federal de julgar a constitucionalidade de uma reforma constitucional. Tal

atribuição da corte decorreria da função dela de “guardiã da Constituição”, prevista no *caput* do art. 102 da CR/88, do poder para julgar ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos federais (art. 102, I, a, CR/88), e principalmente, pela necessidade de se resguardar os limites materiais ao poder de reforma, que protegeriam a própria identidade constitucional, estatuídos nos incisos do art. 60, §4º: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais; dispositivo que veda emendas tendentes a aboli-los.

A tese que prepondera na doutrina e na jurisprudência brasileira é de que as denominadas cláusulas pétreas seriam juridicamente vinculantes, cuja violação não pode ser afastada do conhecimento dos tribunais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 283). Os limites materiais ao poder de reforma seriam, dessa maneira, juridicamente sindicáveis tanto por meio do controle de constitucionalidade abstrato como do concentrado, pois, caso contrário, tais normas seriam compreendidas como limites meramente políticos, carecedores de força jurídica. Constatando-se a incompatibilidade entre a emenda constitucional e a cláusula pétrea, constituiria dever do Judiciário declarar a inconstitucionalidade da emenda. Conforme explicam Ingo Sarlet e Rodrigo Brandão (2013, p. 1130), as justificativas desse poder se baseiam: I) na superioridade do poder constituinte originário – por ser a expressão máxima da soberania popular, cuja natureza é política e ilimitada – em detrimento do poder constituinte derivado, por ser um poder constituído de natureza jurídica e limitada; II) na impossibilidade da emenda constitucional, com o pretexto de modificar a Constituição, destruir o seu núcleo de identidade; III) na importância de se conservar os elementos constitucionais essenciais de maiorias transitórias. Percebe-se que a justificativa do controle de constitucionalidade de emendas retoma alguns argumentos clássicos do constitucionalismo jurídico, tais como a tese pioneira de Marshall de que seria uma decorrência lógica do sistema constitucional a autoridade de um tribunal judicial para invalidar atos incompatíveis com a Constituição, haja vista sua supremacia, bem como a ideia de se assegurar os pré-compromissos constitucionais contra maiorias ocasionais ou contra a tirania da maioria.

Dentro desse paradigma de constitucionalismo jurídico, o Supremo Tribunal Federal reconhece sua competência para apreciar a constitucionalidade de emendas, “seja em uma análise formal, do processo legislativo democrático, ou material, de violação às cláusulas pétreas” (MOREIRA, 2014, p. 64). O primeiro precedente remonta a 1926 (HC n. 18.178), ainda na vigência da Constituição de 1891, no qual o Supremo avaliou a validade de uma emenda constitucional, confirmando-a. No entanto, apenas sob a égide da Constituição de 1988, no julgamento da ADI n. 939-7/DF, que o STF considerou inconstitucionais dispositivos

inseridos na reforma constitucional que instituiu o imposto provisório sobre movimentações financeiras (IMPF), por violar a regra da anterioridade tributária (art. 150, III, *a*, CR/88) e a da imunidade recíproca entre os entes federativos (art. 150, VI) – ao ofender, respectivamente, direito e garantia individual e a forma federativa de Estado, cláusulas pétreas –, e desde então diversas emendas constitucionais já foram invalidadas no todo ou em parte (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 282)<sup>128129</sup>. Nesse precedente, poucos ministros se preocuparam em justificar essa possibilidade, sobressaindo-se, nesse aspecto, o voto do ministro Celso de Melo:

É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí, a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, §4º, da Carta Federal. As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembleia Nacional Constituinte, do poder de Reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.

Com efeito, nesse mesmo caso, outro voto que se destacou foi o do ministro Paulo Brossard, que, apesar de acompanhar a maioria no sentido de reputar inconstitucional a emenda impugnada, chamou a atenção para a necessidade de haver prudência na interpretação das chamadas cláusulas pétreas, pois existe uma grande diferença entre o significado de abolição e alteração (a Constituição proíbe emendas tendentes a abolir, não as de mudar os limites materiais elencados no art. 60, §4º), e ressaltando que as normas jurídicas devem ter flexibilidade para acompanhar as mudanças que acontecem, de forma superveniente, na sociedade e no plano institucional, conforme se observa no seguinte trecho:

(...) o art. 60 fala em abolir, projetos tendentes a abolir, e entre uma restrição e a abolição, uma restrição mínima e transitória e a abolição, que é extinção, que é eliminação, vai grande e imensa distância. Abolir não é mudar, não é alterar, ainda que, dir-se-á, de mudança em mudança pode terminar na abolição; (...) seria

<sup>128</sup> O primeiro precedente, sob a vigência da Constituição de 1988, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu o controle judicial de emendas constitucionais foi na ADI 829/DF (Rel. Min. Moreira Alves, Julg. 14.4.1993, DJ 16.09.), que declarou a constitucionalidade da EC n. 02/1992, que antecipou a data do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, disposto no art. 2º do ADCT. Nela, o Ministro Moreira Alves afirmou: “não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, é esta Corte competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – como sucede no caso – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”.

<sup>129</sup> Ana Luísa Moreira (2014, p. 64) elenca uma lista de casos que exemplificam a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de emendas: “Na ADI nº 2.135-4/DF, o Supremo declarou a inconstitucionalidade formal da aprovação da Emenda nº 19/98 da reforma administrativa; na ADI nº 1946-5, julgou parcialmente procedente para atribuir à Emenda Constitucional nº 20/98, da reforma da Previdência Social, interpretação conforme a Constituição; nos autos da ADI nº 3.128-7/DF e da ADI nº 3.105-8/DF, declarou inconstitucional parte da Emenda Constitucional nº 41/03, que ao alterar as regras de seguridade social, impôs base de cálculo diferenciadas aos servidores e pensionistas da União, de um lado, e dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro; na ADI 3.685-8/DF, conferiu interpretação conforme à Constituição para que as regras constitucionais da coligação partidária para as eleições que foram alteradas pela Emenda Constitucional nº 52/06 somente fossem aplicadas após decorrido um ano da data de sua vigência (e não, portanto, às eleições marcadas poucos meses após a publicação da Emenda). Caso ainda mais recente foi a ADI de n. 2.356/DF, cujo objeto foi a inconstitucionalidade de dispositivos normativos da Emenda Constitucional de n. 30/2000, sobre liquidação de precatórios”.

imprudente atribuir caráter absoluto a preceitos que tem de ser entendidos nos termos de sua formulação; abolir quer dizer extinguir, não quer dizer modificar.  
(...) Amarrar com concreto armado normas jurídicas que devem ter flexibilidade para acompanhar os tremores de terra, que muitas vezes acontecem no plano institucional, pode produzir efeito contrário ao desejado.

Esse alerta é importante porque nele está presente um cuidado com o contexto de mudanças inerentes à democracia. Como salientam Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 283), se a dificuldade contramajoritária já se apresenta como uma preocupação subjacente ao exercício de controle judicial de constitucionalidade da legislação, ela seria ainda mais intensa quando esse controle é efetuado contra as reformas constitucionais, na medida em que o quórum é muito mais elevado e o processo bem mais rígido para se obter uma mudança constitucional, demandando a articulação de uma ampla maioria para aprovar cada medida. Nesse ponto, torna-se importante evidenciar que a Suprema Corte americana não reconhece a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, por entender que se trata de questão política o processo de mudança constitucional (BRANDÃO, 2007, p. 5). Por sua vez, o Tribunal Constitucional alemão, embora admita sua competência para fiscalizar a constitucionalidade de reformas constitucionais, nunca exerceu tal atribuição, pois concebe que “os limites materiais ao poder de reforma representam apenas uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição” (SARLET; BRANDÃO, 2013, p. 1131). Percebe-se que a sindicabilidade judicial de emendas constitucionais não é intrínseca a outros arranjos de controle jurisdicional de constitucionalidade. Não existe correlação necessária entre supremacia judicial e o controle de normas de natureza constitucional, como as promulgadas por reforma constitucional.

De acordo com Ana Luisa de Navarro Moreira (2014, p. 66), o controle de constitucionalidade de emendas praticado pelo Supremo Tribunal Federal constitui uma usurpação judicial da política. Para ela, o tribunal constitucional não deveria decidir com autoridade final questões controversas a respeito dos princípios morais implícitos à proposta de emenda constitucional, por padecer de grave déficit de legitimidade democrática. Em um contexto democrático de desacordo moral, reconhecer a superioridade do judiciário como intérprete final sobre os princípios morais constantes na constituição, acaba por privilegiar a leitura judicial em detrimento da legislativa e popular. Perfilhando-se ao marco teórico *habermasiano*, Ana Luisa Moreira (2014, p. 168) considera que o “único direito que é capaz de reivindicar a autoridade que reclama é o direito com legitimidade democrática”. Uma norma seria válida e dotada de autoridade quando engendrada por um procedimento discursivo que garanta condições democráticas para a formação da vontade do povo no qual o próprio povo é levado a sério. O povo, titular do poder constituinte, renova e legitima a autoridade da

Constituição de forma contínua em cada momento histórico (MOREIRA, 2014, p. 169). Por essa razão, ela defende que existe “um fundamento moral para a ampliação discursiva e participativa do povo na decisão final sobre mudança constitucional em sede de reforma por emenda, que é crucial para que essa decisão seja dotada de autoridade que o direito reivindica para si” (MOREIRA, 2014, p. 174).

A desconfiança das teorias (e práticas) constitucionais que não reconhecem ou retiram a responsabilidade do povo ou dos seus representantes como o intérprete final da constituição, enfraquecem o ideal de que o povo é a legítima autoridade do poder, do direito e da constituição (MOREIRA, 2014, p. 175). Em uma democracia de direitos, na qual todos os poderes são igualmente responsáveis e estão empenhados em zelar pela supremacia constitucional e proteger os direitos fundamentais a ela subjacentes, o ideal é que se reconheça o povo como o legítimo portador da autoridade final pela mudança constitucional (MOREIRA, 2014, p. 133; 175). Caso contrário, um regime constitucional que aloca a palavra final sobre o poder de reforma constitucional para a autoridade judicial pode acarretar nos perigos à soberania popular apontados por Waldron (2014), estudados no capítulo anterior, sobre a ideia de supremacia judicial: a) o deslocamento do autogoverno do povo para a autoridade judicial, b) a soberania judicial e a hegemonia sobre o direito, c) a usurpação do poder constitucional pela autoridade judicial com o poder de definir e redefinir a Constituição. Nesse aspecto, conforme asseveram Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2013, p. 795), o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal são também poderes constituídos como a autoridade legislativa e, portanto, submetidos aos limites da Constituição e da lei. Não se configura uma violação à autonomia, à independência e à capacidade de fiscalizar livremente as demais instituições republicanas a imposição de um controle aos órgãos da jurisdição constitucional, senão passariam a verdadeiros soberanos absolutos, sem nenhuma espécie de mecanismo para conter os seus eventuais abusos.

Diante dessa perspectiva, torna-se importante reavaliar o princípio da separação dos poderes, cláusula intangível que seria afrontada pela PEC 33/11, de acordo com os seus opositores. Conforme desenvolvido brevemente no segundo capítulo, o constitucionalismo liberal concebia a ideia de separação de poderes para desconcentrar o exercício do poder, com a finalidade de evitar o abuso dos governantes e assegurar a liberdade dos governados. Montesquieu é considerado o teórico mais influente nessa ideia de que um governo moderado e controlado por meio do fracionamento do poder em órgãos distintos e independentes seria indispensável para a manutenção da liberdade e a contenção do arbítrio, de modo que o poder freie o poder e limite as chances de opressão. O federalista James Madison (2003, p. 317-321),

inspirado nele, desenvolveu essa ideia no constitucionalismo americano, instituindo a ideia de um sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), no qual além da exigência da divisão das funções estatais, acrescenta a necessidade de mecanismos interdependentes de controles recíprocos entre os poderes (SARLET; BRANDÃO, 2013, p. 1134).

Dessa forma, consoante destacam Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2013, p. 797), nem a concepção de Montesquieu tampouco a dos federalistas, defendiam que poderes são separados de forma estanque, total ou absoluta ou exigiam que fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, esse princípio envolve mais a ideia de que um poder controle o outro, e de que a fiscalização recíproca é indispensável ao sistema constitucional para evitar o abuso de qualquer um dos poderes sobre os outros. O grande perigo não consistia no controle de todos os poderes uns pelos outros, mas sim a ameaça derivada da sua ausência de controle, inclusive em relação ao Poder Judiciário, que poderia representar um risco adicional à democracia constitucional, conforme já alertava Thomas Jefferson. Por essa razão, “um maior controle do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo não fere a separação de poderes. Pelo contrário, o que se opõe a toda tradição constitucionalista de separação dos poderes é justamente a falta de controle do Judiciário” (BERCOVICI; LIMA, p. 798).

Além dessa concepção clássica de separação dos poderes, torna-se importante salientar que o constitucionalismo contemporâneo enriqueceu esse princípio por novas preocupações para além da contenção dos abusos do poder. Diante do paradigma Estado Democrático de Direito, que exige uma atuação dos poderes públicos mais enérgica em prol dos direitos fundamentais e dos interesses sociais, coletivos e difusos, a finalidade da separação dos poderes passou a abranger a eficiência estatal e sua vocação para salvaguardar direitos fundamentais, bem como a legitimação democrática da atuação estatal (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 305). Em função disso, de acordo com Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 305), “a cláusula pétrea da separação dos poderes deve ser pensada sem fetichismos institucionais que inibam qualquer possibilidade de experimentalismo democrático na busca de arranjos estruturais mais adequados aos desafios do Estado contemporâneo”. Desse modo, o que não pode haver é uma mudança constitucional que tenha por objetivo uma supressão ou o esvaziamento de uma atribuição essencial de uma autoridade estatal, que a enfraqueça desmedidamente ou concentre excessivamente poderes em outra. Uma alteração de atribuições entre os poderes, que não implique em abolição de suas competências nem mine a autonomia e a independência de poderes, mas fortaleça mecanismos de controle recíprocos e, ainda, reforce a legitimidade democrática da ordem constitucional não viola o ideal de separação de poderes.

Esse é o caso da PEC 33/11. Com as propostas de modificações presentes nela, o Poder Judiciário continua exercendo sua atividade típica definida, de forma expressa, pela Constituição: o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos com a possibilidade de invalidação. Não somente, mas inclusive a possibilidade decorrente de verificar a compatibilidade de emendas constitucionais, só que agora com a existência expressa de um controle democrático – um freio e contrapeso – realizado pelo Poder Legislativo. Não se afigura uma inferência lógica que a instituição de um controle democrático na competência de fiscalização judicial de emendas implica a supressão, a interferência ou a intromissão indevida na independência e na autonomia do Poder Judiciário.

A possibilidade de controle da atividade do *judicial review* por outro poder de índole política não se vincula necessariamente a uma concepção autoritária, como a presente no desenho procedimental da Constituição da ditadura do Estado Novo. Conforme demonstrado na primeira parte desse capítulo, o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica – existente no Canadá, no Reino Unido e na Nova Zelândia – prevê a possibilidade em democracias maduras e consolidadas. Além disso, no próprio Estados Unidos da América, país de origem da jurisdição constitucional, ainda que se argumente que a existência de emendas constitucionais seja menos frequente, pelo seu processo ser mais rígido, o controle da reforma constitucional não é admitido pela Suprema Corte. Mesmo Ronald Dworkin (2006b), em sua defesa eloquente de que a corte constitucional pode – por meio dos resultados que proporciona ao proteger as condições da democracia – contribuir para a legitimidade geral de um regime político, considera que a democracia não faz questão de que o Judiciário detenha a última palavra sobre a Constituição (mas, para ele, também não faz questão que não a tenha). Não existe uma relação ontológica entre a sindicabilidade judicial de emendas constitucionais e a democracia constitucional. O arranjo de separação de poderes de uma democracia constitucional não exige que o Judiciário exerça, como atividade típica, o controle judicial das reformas constitucionais, não sendo obviamente ilegítimas, nem inconstitucionais, as mudanças aventadas pela PEC 33/11. Conforme afirma Virgílio da Silva (2013b), decidir quem deve ter a última palavra sobre a Constituição não é algo que decorre da própria Carta – o Poder Judiciário, o Poder Legislativo ou o povo – “trata-se mais de conveniência e oportunidade do que de mera interpretação constitucional”. Depreende-se, com isso, que a PEC 33/11 pode, ao contrário, responder ao desafio do constitucionalismo brasileiro, de reconciliar a necessidade de uma corte constitucional, capaz de fomentar um debate pautado em argumentos de princípios, com o imperativo de democratizar o direito constitucional e de introduzir mecanismos mais

ativos de participação do Poder Legislativo para contribuir na decisão final sobre os direitos fundamentais (BUSTAMANTE, PATRUS, 2014, p. 813).

A exigência formal de uma manifestação do Poder Legislativo subsequente à declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, para ratificar ou se opor à leitura judicial, conforme proposto pela PEC 33/11, pode representar a criação de um modelo de jurisdição constitucional sem supremacia judicial, harmonizando um controle de constitucionalidade menos forte e revigorando a legitimidade democrática do ordenamento constitucional brasileiro ao retirar a autoridade da última palavra do Poder Judiciário. No entanto, torna-se relevante registrar que diferente da característica do “novo modelo”, de acordo com Stephen Gardbaum (2010, 2013), de alocar a última palavra para uma maioria simples do Poder Legislativo, a proposta da PEC 33/11 impõe a necessidade do quórum qualificado de três quintos para o posicionamento contrário do Poder Legislativo, isto é, apresenta um quórum mais dificultoso para a possibilidade de reversão da decisão judicial. Outra característica distinta, ao menos dos modelos britânico e neozelandês, é a de que a posição do Judiciário no sistema não seria meramente interpretativa da conformidade ou compatibilidade da norma com a Constituição, mas permanece com o poder anulatório, de declarar a invalidade da norma que julga inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico. Entretanto, os efeitos vinculantes e *erga omnes* seriam postergados para depois da decisão legislativa ou popular, os quais apenas não ocorrerão em caso de dupla contrariedade: legislativa e popular. Além disso, o objeto da revisão do Congresso Nacional seriam apenas as emendas constitucionais, ou seja, diversamente dos países referências do novo modelo, no qual a possibilidade de superação formal do Poder Legislativo ocorre também em relação à legislação, no sistema brasileiro essa revisão obrigatória seria restrita às normas provenientes das reformas constitucionais. Contudo, permaneceria a possibilidade de superação da interpretação judicial por intermédio de emenda constitucional (ou mesmo leis) já existente atualmente.

De certo modo, o ordenamento constitucional brasileiro continuaria com características distantes de um paradigma de controle de constitucionalidade fraco, ao menos dos exemplos utilizados por Stephen Gardbaum: Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá. A solução proposta para a alteração do sistema brasileiro pela PEC 33/11 seria uma evolução mais incremental, e menos radical do que cogitam os seus críticos, do controle judicial de constitucionalidade, na medida em que apenas se refere ao controle de emendas constitucionais, atributo o qual nem faz parte de todos os sistemas de jurisdição constitucional forte. Essa reforma consistiria, por conseguinte, mais em uma adaptação gradual em consonância com o contexto histórico institucional brasileiro, com as idiosincrasias da realidade da nossa democracia constitucional,

do que uma transformação radical rumo a um paradigma de controle de constitucionalidade fraco. Com efeito, há um acréscimo de caráter democrático na autoridade final do sistema, sem comprometer (ao menos, em tese) a proteção de direitos fundamentais, o que seria o principal benefício normativo representado por um modelo de controle de constitucionalidade sem supremacia judicial.

Não obstante as diferenças institucionais dos exemplos do constitucionalismo da Comunidade Britânica, tal alteração no sistema constitucional brasileiro pode proporcionar as vantagens normativas apontadas por Stephen Gardbaum, de potencializar tanto as virtudes do constitucionalismo jurídico como as do constitucionalismo político e minimizar as possíveis falhas de ambos, mormente no que concerne à proteção de direitos e à legitimidade democrática. Há uma descentralização de responsabilidades sobre direitos, compartilhando-as entre corte e parlamento, favorecendo um diálogo interinstitucional, no qual cada ator institucional pode contribuir com suas expertises e capacidade institucional, de modo a analisar as questões constitucionais sob perspectivas distintas, e a promover uma maior cooperação institucional na interpretação sobre direitos. Desse modo, aproveita-se tanto o raciocínio moral mais livre e heterogêneo do Poder Legislativo, baseado na multiplicidade de informações e de orientações ideológicas, como do raciocínio baseado em princípios e no direito posto, presente no Poder Judiciário. Essa interação entre as duas instituições pode promover um ganho epistêmico na produção de melhores decisões sobre as questões pertinentes a emendas constitucionais. Corrobora-se aqui a ideia de Ronald Dworkin (2014a, p. 206-7) de que o direito é uma interpretação colaborativa, na qual legisladores e juízes são seus coautores e compartilham o mesmo objetivo: são parceiros na construção e na plena realização de um projeto coerente e mais adequado da prática jurídica em uma determinada comunidade de princípios.

Além disso, o Poder Judiciário continuaria a exercer o seu papel de ponto de checagem e de alerta sobre a proteção de direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro – o fórum de princípios, o fórum de razões públicas, a representação argumentativa – exercendo um papel de catalisador deliberativo sobre direitos fundamentais, quebrando a inércia ou possíveis fraquezas do Legislativo nessa questão, de modo a se reduzir a chance de proteção deficiente sobre eles e de se evitar abusos. No entanto, em vez de exercer um veto final no sistema, o papel do Poder Judiciário representaria mais uma função de desaceleração sobre a decisão, para impor um ônus deliberativo ao Poder Legislativo e de chamar a atenção sobre questões de direitos. Na reapreciação da decisão, o Congresso Nacional teria um ônus argumentativo e político maior, visto que teria que justificar a razão pela qual está indo de encontro à interpretação judicial.

Ademais, no caso de desacordo entre as duas instituições, delega-se diretamente ao povo, por meio de um mecanismo de democracia direta a autoridade final sobre a questão crucial de constitucionalidade. Reforça-se, assim, a legitimidade democrática do sistema, incluindo a participação popular no processo de deliberação e decisão constitucionais, revitalizando o debate político e popular e promovendo o autogoverno do povo, haja vista que não apenas os seus representantes como também a população diretamente pode enfrentar as questões com base em princípios. Torna mais viva, ainda, a ideia de Peter Häberle (1997) de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, tendo em vista que haveria uma democratização profunda da interpretação constitucional, na qual todos os cidadãos que vivem a norma poderiam interpretá-la conjuntamente e decidir sobre seu significado. A interpretação constitucional deixaria de pertencer exclusivamente a uma sociedade fechada, na qual, participam apenas os intérpretes jurídicos e participantes formais do processo constitucional, para o envolvimento do órgão legislativo, cidadãos, grupos e movimentos sociais que fazem parte dessa sociedade aberta e pluralista. Também é fortalecida a compreensão de “interpretação protestante”, que se traduz na ideia de que cada cidadão é igualmente responsável pela interpretação do direito e da Constituição, e “por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios” (DWORKIN, 2014b, p. 492). Ao contrário de uma “interpretação católica”, que reconhece apenas o monopólio da autoridade judicial para definir o sentido da Constituição, a “interpretação protestante” entende que todos os cidadãos têm legitimidade para decidir o que significa a Constituição, isto é, todos os membros da comunidade política seriam coautores no processo de argumentação, deliberação e de decisão sobre o conteúdo constitucional (BALKIN, 2011, p. 10)<sup>130</sup>.

Essa possibilidade de introdução de uma inovação institucional de consulta ao povo poderia representar um aperfeiçoamento democrático da ideia de diálogos constitucionais, que, de acordo com Roberto Gargarella (2016, p. 138), padece do defeito de alienar juridicamente o povo do debate constitucional. Para Gargarella (2016, p. 139-141), o problema das teorias e práticas dialógicas contemporâneas é que elas partem do pressuposto de que só o fato de alocar institucionalmente a última palavra para os parlamentos, ou de se constatar a interação entre

---

<sup>130</sup> Conforme Jack Balkin (2011, p. 95) explica, a ideia de interpretação protestante, desenvolvida por Sanford Levinson (1989), se contrapõe a interpretação católica, fazendo um paralelo com as religiões católica e as protestantes. Enquanto para os católicos a única interpretação legítima da Bíblia é a realizada pelas autoridades da Igreja; para os protestantes, desde a Reforma iniciada por Martin Lutero, cada fiel teria o poder de interpretar o texto sagrado a seu modo, conforme a sua consciência. Da mesma maneira, na interpretação constitucional, o “constitucionalismo católico” entende que deveria haver uma autoridade central para a interpretação constitucional, ao passo que o “constitucionalismo protestante” concebe que a autoridade poderia ser múltipla: estar presente nos demais poderes políticos, nos movimentos sociais e, inclusive, nos cidadãos individualmente.

cortes e legislativos na resolução de controvérsias, que o problema democrático estaria resolvido. Mesmo os legislativos, para o teórico argentino, não representam a multiplicidade de visões e de vozes que existem nas sociedades contemporâneas. Embora ele reconheça que um sistema no qual os legisladores tenham a última palavra seja um aperfeiçoamento modesto, não seria a solução, porque ainda seria um sistema de cima para baixo (*top-down*), manejado pelas elites políticas e econômicas, sem controle popular. Para Gargarella (2016, p. 142), nós, o povo, permanecemos fora da Constituição<sup>131</sup>. Em função disso, a institucionalização de um mecanismo de democracia direta poderia representar um aperfeiçoamento mais ambicioso em direção a inclusão democrática do povo como parceiros e autores da interpretação constitucional. Seria valorizado, com isso, o direito dos direitos – o direito à participação – e a igualdade política, tão caros a Jeremy Waldron em sua teoria democrática do direito, não apenas pelos canais indiretos de representação, mas especialmente pela oportunidade do exercício direto deles pelos cidadãos.

A consulta popular<sup>132</sup>, no caso de desavença e impasse entre a interpretação judicial e a interpretação legislativa, poderia representar a ideia de “momento constitucional” desenvolvida por Ackerman (1993), conforme lembra Ana Luisa Moreira (2014, p. 164), pois a decisão tomada pode desencadear um momento extraordinário de elevada mobilização cívica e com profundo apoio popular. Na fase da deliberação institucional tanto do Poder Legislativo como do Judiciário ocorreria uma deliberação substantiva sobre os principais argumentos relativos à questão constitucional, promovendo uma forte mobilização sobre os fundamentos racionais levantados sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da emenda de modo que o povo refletisse sobre o seu conteúdo. No entanto, dado contexto de circunstâncias da política, a necessidade pragmática de se decidir em uma situação de desacordo, a partir dos argumentos amplamente apresentados, o povo deteria a autoridade final para tomar a decisão (MOREIRA, 2014, p. 166). Concordando com Ana Luisa Moreira (2014, p. 166):

O retorno ao povo satisfaria a igualdade de impacto e a forte legitimidade democrática que se exige quando da construção desse momento constitucional, para que assim seja legítima a alteração realizada na Constituição em seus compromissos normativos. O

---

<sup>131</sup> ““We the people” still remain outside of the Constitution, fundamentally incapable of managing and controlling our own public affairs” (GARGARELLA, 2016, p. 142).

<sup>132</sup> A PEC 33/11 não esclarece o mecanismo de democracia direta para consultar o povo, mas provavelmente seria por meio do referendo uma vez que o referendo é a consulta formulado ao povo para que delibere posteriormente ao ato legislativo, para rejeitá-lo ou confirmá-lo, conforme definido pela Lei 9.709/1998: “2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”.

ponto principal é que seja instituído um procedimento participativo com o reconhecimento real de que os indivíduos são agentes morais autônomos e que, portanto, estes podem exercer concretamente o poder decisório.

Em face do exposto, a exigência da manifestação legislativa após a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, proposta pela PEC 33/11, não apenas não viola o princípio da separação de poderes, como pode aperfeiçoá-lo, na medida em que o arranjo desejável da jurisdição constitucional em uma democracia consolidada é um que exerça o controle judicial de constitucionalidade sem supremacia judicial, isto é, a última palavra deve pertencer a uma autoridade democraticamente eleita, por consubstanciar melhor os ideais de proteção a direitos fundamentais e de legitimidade democrática do ordenamento jurídico-constitucional.

Em que pese a PEC 33/11 não ser inconstitucional e normativamente, inclusive, estar de acordo com a justificção desejável de separação de poderes e de como a jurisdição constitucional deveria exercer seu papel em uma democracia constitucional consolidada, a análise sobre a instituição desse mecanismo no momento atual da democracia brasileira deve ser também de política constitucional. Deve-se verificar se o contexto histórico e cultural brasileiro já está maduro e sólido o suficiente, bem como se satisfaz as condições substantivas de uma democracia em bom funcionamento, especialmente, a existência de instituições legislativas funcionando razoavelmente bem como a de uma cultura de respeito a direitos individuais e de minorias pelas instituições políticas e pelos cidadãos. Não foi o propósito da presente pesquisa realizar essa análise contextual e empírica, porque dependeria de variáveis de ciência política, sociologia e antropologia, o que pode ser o objeto de outro trabalho. A objeção possível à PEC 33/11 seria uma de índole sociológica, prudencial e pragmática: o Brasil ainda estaria em um processo de transição para uma democracia plena, que ainda não assegura de forma efetiva os direitos de minorias, apresentando legados de intolerância e sectarismos, e corrupção endêmica, que justificariam o exercício do controle de constitucionalidade forte sobre emendas constitucionais.

Enfim, a mudança da estrutura de controle de constitucionalidade brasileira, tal como aventada na PEC 33/11, deve ser discutida mais em uma perspectiva de conveniência e oportunidade, escolha própria da arena política, do que em uma interpretação constitucional de validade/invalidade, mais pertinente à jurisdição constitucional em nosso modelo de controle de constitucionalidade forte. Seria uma avaliação própria da política constitucional, legislativa e judicial, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal decidir, no campo hermenêutico, se seria compatível ou não um arranjo de separação de poderes distinto do atual – que não extingue suas

competências, mas reforça um mecanismo de controle democrático – pelos motivos acima apresentados.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto de ascensão institucional do Judiciário no Brasil e em vários países no mundo, na atuação do controle de constitucionalidade de leis – e de emendas constitucionais, em alguns casos –, ao decidir, muitas vezes, temas de forte apelo moral e político, o propósito desta dissertação foi investigar a melhor justificativa normativa para o exercício legítimo da jurisdição constitucional em um regime democrático e, como decorrência disso, o arranjo de separação de poderes mais adequado e legítimo em uma democracia constitucional. O pano de fundo desse debate é o paradoxo da democracia ou o dilema do constitucionalismo: como harmonizar o ideal de autogoverno do povo, pretendido pela democracia, com o de limitação do poder e de garantia dos direitos fundamentais, almejado pelo constitucionalismo?

A resposta mais satisfatória para essa indagação na filosofia constitucional contemporânea, de um ponto de vista prescritivo, é, como demonstrado no quarto capítulo, a desenvolvida por Stephen Gardbaum tendo por parâmetro o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica: a jurisdição constitucional sem supremacia judicial. Um controle de constitucionalidade fraco, no qual a última palavra é alocada institucionalmente no poder legislativo, consegue compartilhar de modo mais equilibrado a responsabilidade entre poderes pela proteção de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que resolve a “dificuldade contramajoritária”. Nesse modelo intermediário entre a supremacia judicial e a legislativa, as cortes, no desempenho do seu papel de fiscalização da compatibilidade dos atos normativos com a constituição, não teriam mais o ônus democrático de contrariar uma legislação aprovada pelos representantes do povo, uma vez que os legisladores possuem autoridade formal para reverter a interpretação judicial sobre a constituição. A desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial apresenta um caráter atraente pois promete proporcionar uma conciliação entre os pontos fortes do constitucionalismo jurídico e do constitucionalismo político, e amenizar suas fraquezas, notadamente, no que concerne, respectivamente, à legitimidade democrática e à proteção dos direitos fundamentais.

Com a finalidade de explicitar as principais virtudes do papel das cortes e dos parlamentos, torna-se importante relembrar os argumentos favoráveis e os contrários a essas instituições na decisão sobre direitos. No segundo capítulo, descrevemos a concepção constitucional de democracia, elaborada por Ronald Dworkin, que não se preocuparia apenas com a justiça procedimental – como a concepção majoritária, que foca somente na distribuição igualitária do poder no processo de decisão política –, mas também com as metas substantivas

de democracia. Dworkin compreende uma concepção de democracia que integra procedimentos de participação com as condições de legitimidade de uma comunidade política, denominadas por ele de condições de filiação moral. As condições de filiação moral são aquelas que justificam o vínculo de obediência de um indivíduo à sua comunidade política, que exigem que seus cidadãos sejam tratados e se sintam como seus verdadeiros membros morais. Essas são as condições democráticas de igual status e dignidade: as liberdades positiva e negativa dos cidadãos somadas a exigência de igual tratamento e consideração a todos. Para Dworkin, um procedimento não-majoritário, como uma corte constitucional, pode ser legítimo se contribuir para aperfeiçoar as condições de democracia de uma comunidade política. Dessa forma, de acordo com ele, se os tribunais constitucionais produzirem resultados substantivamente corretos para resguardarem direitos fundamentais e os princípios constitucionalmente previstos, podem, inclusive, reforçar a democracia e a legitimidade geral do sistema político.

Como corolário dessa concepção constitucional de democracia, em Dworkin, é a ideia do tribunal constitucional como fórum de princípios – ou fórum de razões públicas, em John Rawls; ou de a representação argumentativa, em Robert Alexy – para justificar a importância da jurisdição constitucional em impulsionar o debate público a inserir argumentos de princípios e de direito, que podem ser negligenciados pelos julgamentos políticos da maioria. Como ressalta Alexy, a concepção mais adequada de democracia contemporânea não se satisfaz apenas com o aspecto decisório, mas também deve compreender a importância da deliberação e da argumentação. Nesse aspecto, a corte poderia exercer um papel de representação argumentativa, ao decidir com base em direitos e princípios, ao buscar argumentos sólidos e corretos, razoáveis e racionais. Nessa tônica, Dworkin defende que os juízes se engajem na leitura moral dos princípios disciplinada pela exigência de integridade, visando ser coerentes com a história institucional daquela comunidade política – isto é, com a Constituição e os precedentes – ao mesmo passo que procurem a melhor interpretação para essa prática. Assim sendo, o tribunal constitucional pode servir para quebrar a inércia legislativa sobre um determinado tema e contribuir para incentivar o debate também fora dela, atraindo a atenção das instituições políticas e da esfera pública para razões de princípios. A corte constitucional pode ser útil como um mecanismo constitucional para chamar a atenção de direitos fundamentais e fortalecer a sua proteção.

No entanto, como explica Thomas Bustamante, o papel das cortes constitucionais só pode ser justificado de forma instrumental, não de modo intrínseco: pelos resultados que produz ao ajudar a salvaguardar direitos fundamentais ou ao desencadear uma discussão pública sobre princípios. As cortes só poderiam ser justificadas sob a ótica da teoria da autoridade de Joseph

Raz, para quem, as autoridades só são legítimas quando facilitam, ao exercer um papel de mediador, os subordinados a agirem com as razões corretas. Nesse sentido, os arranjos de poder e as instituições são justificadas de forma indireta, instrumentalmente, pelos resultados que a autoridade proporciona: uma maior conformidade com as razões. A autoridade de uma corte só pode ser fundamentada em uma análise empírica e consequencial de desempenho do tribunal constitucional: os resultados proporcionados na tutela de direitos fundamentais. Contudo, a justificativa sobre a legitimidade da autoridade mais poderosa, conforme destacou Thomas Bustamante, é a teoria democrática da autoridade produzida por Waldron, que compreende que uma instituição exerce intrínseca legitimidade sobre uma pessoa, quando as diretivas das instituições são resultado de um processo de decisão público e justo no qual a pessoa tem o direito à participação. Em função disso, uma decisão oriunda do legislativo teria natureza democrática, independente do resultado que produz, pela natureza democrática do processo no qual a lei é desenvolvida.

Conforme revelamos ao descrever a teoria de Waldron, no terceiro capítulo, para esse autor, em sociedades democráticas e plurais, os desacordos entre os cidadãos são sinceros e persistentes sobre justiça, política, direitos e acerca das questões vitais da comunidade, tornando-se necessária a definição de um processo de decisão que assegure o direito à participação, de voz e voto, aos cidadãos. Nesse contexto de circunstâncias da política – desacordo moral aliado a necessidade de decisão – deve-se estabelecer uma autoridade alicerçada no procedimento. Em uma democracia, há uma justificativa subjacente à decisão majoritária, por ser um procedimento equânime que consagra a igualdade de impacto dos cidadãos, a neutralidade sobre o resultado e o direito à participação de cada um dos seus membros. Dessa forma, a justificativa para uma decisão proveniente de um parlamento democrático ser intrinsecamente valiosa se dá por causa de sua eletividade e do controle político-eleitoral (reeleição, por exemplo), pois os representantes do povo são eleitos, por intermédio da regra majoritária, observando a igualdade política e de participação entre os cidadãos. Além disso, conforme Richard Bellamy salienta, a deliberação política pode ser importante, inclusive, para possibilitar negociações, acordos, concessões mútuas, reconciliação de diferenças e compromissos de princípios, que desenvolvam um senso de responsabilidade moral e um respeito mútuo entre os cidadãos que participaram daquela decisão em igualdade.

Além de exaltar as vantagens normativas intrínsecas do parlamento como autoridade decisória, Waldron contesta a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade forte, em democracias maduras em bom funcionamento, fundamentado em duas objeções centrais: uma relacionada ao processo; outra, ao resultado. No que diz respeito às razões procedimentais, o

*judicial review* seria politicamente ilegítimo, em primeiro lugar, porque juízes não são eleitos tampouco responsabilizáveis perante aos cidadãos, como são os parlamentares; não prestigiando, dessa maneira, os valores democráticos da igualdade política, da representação e da participação na resolução das questões finais de direito. Em segundo lugar, porque decidem, a rigor, por meio da regra majoritária assim como os legisladores, mas essa decisão majoritária judicial carece de fundamentação moral, pois não representa a igualdade política dos cidadãos, assim como não apresenta fundamentação epistêmica razoável, afinal uma maioria apertada – de seis a cinco ministros em uma decisão no Supremo Tribunal Federal, por exemplo – está mais próximo a uma situação de desacordo moral do que de objetividade da verdade. No que se refere às razões instrumentais, associadas a uma pretensa qualidade deliberativa superior das cortes, Waldron questiona esse argumento, afirmando que seria inconclusivo. Primeiramente, pois existiram diversos exemplos na história da Suprema Corte americana que essa instituição atuou contra direitos fundamentais. Além disso, nem sempre a corte exerce uma deliberação boa ou os parlamentos, ruim. Para questões morais vitais de uma comunidade política, o legislador tem a vantagem de enfrentar diretamente o mérito das questões em jogo e o desacordo, por argumentos de princípios, pragmáticos ou técnicos, ao contrário do juiz que seria limitado a argumentar apenas com base no direito posto.

Waldron se preocupa ainda mais com os perigos de um arranjo constitucional que adota a supremacia judicial, que seria uma um risco ainda maior para o ideal de autogoverno do povo, por acarretar: a) o deslocamento do autogoverno do povo para a autoridade judicial; b) a soberania judicial e a hegemonia sobre o direito; c) a usurpação do poder constitucional com o poder de definir e redefinir a Constituição. Essa ascendência da autoridade judicial no arranjo constitucional, com o poder final de rever o trabalho das outras instituições, ameaça o equilíbrio da constituição, a harmonia entre os poderes e a soberania popular.

Diante disso, em consonância com Thomas Bustamante, uma corte constitucional pode exercer o papel de fórum de princípios no estágio deliberativo de um processo político, ao contribuir com o reforço das condições democráticas de filiação moral (liberdade negativa, liberdade positiva, igualdade de respeito e consideração) no processo de debate sobre uma questão de direitos, sem desrespeitar a ideia de autoridade democrática. Todavia, no estágio decisório, ela não pode substituir, em caráter final, o papel de participação dos cidadãos, sob o risco de comprometer o direito de participação, a igualdade política e a autonomia moral de tomar decisões sobre o próprio destino. Uma corte constitucional pode exercer a tutela de direitos fundamentais com base em argumentos de princípios e catalisar o debate público sobre um tema, conforme defendido por Dworkin, sem precisar, para isso, de deter a última palavra

sobre a interpretação constitucional. É por essa razão que o modelo híbrido que mistura controle político e controle jurídico, representado pelo novo modelo da Comunidade Britânica, apresenta uma justificativa mais fácil e melhor para a jurisdição constitucional em um arranjo de separação de poderes mais legítimo, em virtude de ter como características: um controle político prévio obrigatório, a cargo do executivo e do legislativo; um controle judicial de constitucionalidade fraco; por fim, um controle político final, a cargo do legislativo. Em vista disso, pode-se acomodar tanto a ideia de Dworkin de ter uma corte judicial independente para forçar o debate sobre direitos e princípios na arena legislativa, de modo a alertar sobre abusos a direitos fundamentais, quanto o critério de Waldron de que o procedimento final de decisão pertença a uma instituição democrática, que observa a exigência de igualdade política entre os cidadãos e o direito à participação.

Os principais potenciais normativos da jurisdição constitucional sem supremacia judicial, apresentados no quarto capítulo, com base em Gardbaum, seriam: I) sobre a proteção de direitos, o compartilhamento de responsabilidades entre o raciocínio político – mais livre para enfrentar questões morais e políticas, aliado a um corpo plural com diversidade de visões – e o raciocínio judicial – focado mais em questões de direitos e de princípios – com o intuito de evitar tanto a proteção deficiente como a exagerada de direitos; II) sobre a legitimidade democrática, a preservação do respeito aos princípios democráticos da igualdade política e da *accountability* eleitoral, ao conceder a última palavra ao legislador; III) a criação um ponto de checagem e verificação de direitos, que funciona mais para desacelerar a decisão do que como um veto final irreversível do judiciário; IV) a desconcentração de responsabilidade sobre direitos para um novo padrão de “freios e contrapesos” mais cooperativo”; V) o ganho de inclusão de participação popular na deliberação e decisão sobre direitos; VI) a transformação de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional; VII) o desenvolvimento de uma cultura de direitos mais profunda, visto que os representantes legislativos bem como o eleitorado se tornam mais conscientes ao deter a responsabilidade de decidir sobre direitos; VIII) a amenização da tensão entre democracia e constitucionalismo e a diluição da dificuldade contramajoritária.

Se a interação deliberativa entre cortes e parlamentos apresenta um potencial epistêmico de alcançar decisões com mais qualidade no decorrer do tempo, conforme defendem as teses dos diálogos interinstitucionais, tendo em vista que cada instituição contribui com sua expertise e capacidade institucional com uma perspectiva distinta no processo de tomada de decisão, um controle de constitucionalidade fraco pode ensejar que essa interação ocorra com mais frequência. Logo, a introdução de um mecanismo que possibilite a resposta do legislador, além

de fortalecer a dimensão democrática do arranjo dos poderes – de uma forma intrínseca –, pode ser mais propensa a produzir resultados melhores.

Isto posto, concluímos que a regra geral normativamente desejável de um arranjo de poderes, em uma democracia madura e consolidada, com instituições legislativas e judiciais em bom funcionamento, com respeito a direitos individuais e de minorias pelas instituições políticas e pela sociedade, existente o desacordo moral razoável, deve ser: o controle judicial sem supremacia judicial, com a última palavra formalmente pertencendo a uma instituição legislativa. Contudo, elaboramos uma exceção a essa regra, tendo em vista as condições reais – históricas, culturais, sociológicas – de uma determinada sociedade, com base em razões prudenciais, pragmáticas, consequencialistas e contextuais: caso a democracia não esteja consolidada, seja frágil ou esteja em um processo de transição de um regime autoritário; os parlamentos sejam disfuncionais; a corrupção seja endêmica; o sectarismo, o racismo e outras formas de preconceito e intolerância sejam patológicos na sociedade; o controle judicial de constitucionalidade com supremacia judicial, excepcionalmente, poderia se justificar, em virtude dessas circunstâncias.

Após delineado o argumento normativo geral, analisamos brevemente o contexto atual do sistema constitucional brasileiro e se a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/11 apresentada pelo Deputado Nazareno Fonteles poderia representar, se aprovada, uma mudança rumo a um sistema de jurisdição constitucional sem supremacia judicial. No Brasil, com a expansão da autoridade e do protagonismo do Poder Judiciário após a Constituição de 1988, deslocando-se para o centro do arranjo político para debater questões públicas relevantes, muitas vezes em detrimento dos demais poderes políticos, fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política passaram a ser motivo de preocupação e a promover reflexões e críticas sobre os limites democráticos da intervenção judicial. Em face dessa conjuntura, a PEC 33/11 tem como motivação o receio com a hipertrofia do Judiciário e como finalidade as necessidades de valorizar o Poder Legislativo, de reestabelecer o equilíbrio entre os poderes e de incentivar os diálogos interinstitucionais. Por isso, propôs as seguintes mudanças: I) a modificação de quórum para declaração de inconstitucionalidade de leis para quintos dos membros dos Tribunais; II) a possibilidade de controle legislativo do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal; 3) a submissão ao Congresso Nacional da decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição, e a autorização, diante de uma manifestação de contrariedade à decisão do Supremo, a consultar a população sobre a controvérsia.

A mudança do quórum da decisão de um tribunal constitucional, de uma maioria simples para uma maioria qualificada substantiva, poderia ser uma maneira de responder a objeção de Waldron sobre a ausência de valor moral e epistêmico na decisão majoritária judicial. Os argumentos utilizados para contrariar uma decisão tomada pelos representantes do povo teriam que ser persuasivos para convencer um número maior de juízes, o que poderia incentivar, inclusive, a deliberação interna na corte de modo a produzir uma decisão mais qualificada. Não se substituiria uma decisão tomada no Poder Legislativo, arena democrática por excelência, meramente por uma corte dividida. Como notou Thomas Bustamante, um quórum qualificado ainda possibilita que a jurisdição constitucional desempenhe seu papel de proteger direitos fundamentais, mas evita que se troque o desacordo moral da política pelo desacordo judicial, prestigiando, desse modo, as instituições políticas.

Por sua vez, a possibilidade de controle legislativo de súmulas vinculantes, prevista pela PEC 33/11, reforçaria um mecanismo de controle recíproco entre poderes de natureza democrática, na equação institucional das súmulas, que poderia promover, inclusive, um diálogo interinstitucional entre cortes e legislativos sobre o conteúdo das súmulas. As súmulas vinculantes não representam atividade jurisdicional típica, uma vez que a emissão de comandos normativos em caráter geral e abstrato são, em regra, competência legislativa. De forma semelhante às medidas provisórias, idealizadas para aumentar a eficiência da atividade governamental, as súmulas vinculantes são justificadas por razões de necessidade, racionalizar o Judiciário, mas ao contrário das medidas provisórias, não há exigência expressa de que o Congresso Nacional delibere, aprove ou as rejeite. Por consequência, poderia ocorrer tanto um ganho em uma perspectiva da legitimidade democrática do instituto, ao conceder a palavra final formalmente aos representantes do povo, quanto do ponto de vista epistêmico, ao facilitar a interação entre cortes e parlamentos na busca por melhores respostas.

A última proposta da PEC 33/11 é a inovação constitucional que poderia representar o maior aperfeiçoamento democrático do arranjo de separação de poderes no Brasil rumo a um paradigma de jurisdição constitucional sem supremacia judicial, adaptado as nossas circunstâncias institucionais. Essa terceira mudança preconiza a necessidade de retorno obrigatório ao Poder Legislativo, em caso de decisão de mérito declarando a inconstitucionalidade material de emendas constitucionais, para uma nova deliberação. Se os representantes do povo apreciarem a emenda de forma diferente que os juízes da corte, a controvérsia deverá ser submetida à consulta popular. Consoante observaram Gilberto Bercovici e Martonio Barreto Lima, subjacente à ideia de separação dos poderes está a de desconcentração do exercício do poder com a existência de mecanismos interdependentes de

controles recíprocos entre os poderes. Como demonstramos no capítulo anterior, essa proposta da PEC 33/11 prevê a existência de um controle democrático – um freio e contrapeso – efetivado pelos representantes do povo e, em último caso, diretamente pelo próprio povo. O Judiciário não perde sua autonomia nem independência, tampouco tem sua competência jurisdicional suprimida, uma vez que continua com a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade de leis e, inclusive, de emendas. Só que se acrescenta, nessa última hipótese, a possibilidade de uma fiscalização democrática. Como visto, inexistente uma relação ontológica entre controle judicial de emendas e democracia constitucional. A própria Suprema Corte americana, país referência de constitucionalismo jurídico, não admite o controle de emendas. Como evidenciado pelo estudo do controle de constitucionalidade dos países do novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica – Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido –, é plenamente possível – e desejável – que o poder legislativo detenha a última palavra em um regime democrático. No Brasil, ainda subsistiria a possibilidade de controle judicial de emendas, mas com a inclusão de mecanismos que incentivariam a participação democrática na decisão sobre direitos.

A institucionalização da última palavra no Congresso Nacional e, em último caso, no próprio povo, por meio de um mecanismo de democracia direta para decidir sobre a controvérsia constitucional, além de resolver a dificuldade contramajoritária e revigorar a legitimidade democrática do ordenamento constitucional brasileiro, ao retirar a última palavra do Judiciário, não perderia o importante papel do tribunal constitucional em exercer a função de catalisador deliberativo de direitos fundamentais. Tal inovação potencializaria a ideia de diálogos interinstitucionais, ao compartilhar de forma mais equilibrada responsabilidade na decisão sobre direitos entre as instituições legislativas e judiciais, de modo que cada uma, com sua expertise e capacidade institucional possa contribuir para o processo de decisão. Dessa forma, poderia se ter tanto um ganho substancial no quesito democrático – e, na legitimidade intrínseca do sistema –, como também no quesito epistêmico-instrumental, na capacidade de produzir resultados com qualidade, em virtude da possibilidade de interação entre poderes nesse processo.

Esse desenho procedimental proposto permitiria, ademais, um aperfeiçoamento da ideia de diálogos constitucionais, ao incluir a possibilidade do povo de resolver a controvérsia de forma definitiva. Conforme critica Gargarella, as teorias e práticas dialógicas padecem do defeito de alienar o povo do debate constitucional, já que, para ele, uma instituição legislativa – de índole elitista – não representaria a multiplicidade existente em uma sociedade democrática. Dessa forma, a inclusão de um mecanismo de democracia direta para a decisão

final poderia valorizar, ainda mais, o direito à participação, a igualdade política e reconhecer os indivíduos como agentes morais autônomos responsáveis por decidir o seu próprio destino. Nessa perspectiva, ganha força a ideia de interpretação protestante da constituição, que significa que todos os cidadãos têm legitimidade e são igualmente responsáveis por interpretar o direito e a constituição, e seriam coautores no processo de deliberação e de decisão sobre o seu significado.

Por todo o exposto, a PEC 33/11, caso aprovada, reformularia o sistema constitucional brasileiro para um arranjo de separação de poderes mais legítimo e adequado – de controle de constitucionalidade sem supremacia judicial –, por acomodar melhor os ideais de proteção de direitos fundamentais e de legitimidade democrática, ao retirar a última palavra do Poder Judiciário e transferi-la para a instituição legislativa e, de forma final, para o povo. Configura-se em um arranjo constitucional de separação de poderes não só possível, mas, notadamente, normativamente desejável em uma democracia consolidada. Não sendo, portanto, inconstitucional. Não se trata de uma questão de interpretação constitucional, de competência exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal – no sistema constitucional atual – de decidir pela sua (in)validade, mas sim de política constitucional, judiciária e legislativa. Em virtude disso, cabe aos representantes do povo, no Congresso Nacional, em uma análise de conveniência e oportunidade, decidirem a pertinência do momento dessa mudança, analisando se o contexto constitucional brasileiro atende as condições substantivas de uma democracia em bom funcionamento, especialmente, instituições legislativas funcionando de maneira razoável e uma cultura de respeito a direitos individuais e de minorias pelas instituições políticas e pelos cidadãos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of founding Fathers: Jefferson, Marshal and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n.4, p. 572-581, 2005.

ANDRADA, Bonifácio José Suppes. *A Constituição Fora das Cortes: controle de constitucionalidade e democracia representativa*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PUC-MG: Belo Horizonte, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. *Cortes Constitucionais*. AVRITZER, Leonardo *et al* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 195-206, 2013.

BALKIN, Jack. *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press, 2011

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo, 2011a*. Disponível em < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo\\_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf)>. Acesso em 03/06/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

BARROSO, Luís Roberto. *Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts* N: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 71-90, 2016.

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006.

BELLAMY, Richard. *Constitutionalism and Democracy*. International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth, 2006.

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press, 2007.

BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. International Journal of Constitutional Law, V. 9, n. 1, p. 86–111, 2011.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. *Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution*. British Journal of Political Science, 27, 1997.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A 'Última Palavra,' O Poder E a História: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa (Senado Federal/Federal Senate), vol. 201, p. 71-95, 2014.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In I. Berlin, *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1958. Disponível em: [https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso\\_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin\\_twoconceptsofliberty.pdf](https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin_twoconceptsofliberty.pdf). Acesso em 15/01/2016.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1968.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e aplicação do art. 60, §4º, IV da CR/88*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-10-ABRIL-2007-RODRIGO%20BRANDAO.pdf>>. Acesso em 22/06/2016.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/11. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 26 maio 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 20/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI n. 829. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 14/04/93, DJ de 16.09/94.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI n. 939-7. Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ de 15/12/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 733387-DF. Relator: Mininistro Celso de Mello, DJ de 16.12.2008.

BRINA, Christina; PAULINO, Lucas. *A justificação da autoridade em Joseph Raz e Jeremy Waldron* (no prelo), 2016.

BUSTAMANTE, Thomas. *Súmulas, praticidade e justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: Sacha Calmon Navarro Coêlho. (Org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, , v. 1, p. 65-106, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. *Anti-Theoretical Claims about Legal Interpretation: The Argument behind the Fallacy*. In: BUSTAMANTE, Thomas. DALMAN, Christian (eds.). *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*. Heidelberg – New York, Springer, 2015a.

BUSTAMANTE, Thomas. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic yet Principled’ Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?* *The Modern Law Review*, Vol.78(2), pp. 372-393, 2015b.

BUSTAMANTE, Thomas. *On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review be Morally Justified?* IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 29-69, 2016a.

BUSTAMANTE, Thomas. *Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? Uma análise de duas alternativas para se contestar a supremacia das Cortes Constitucionais*. *Direito e Incertezas Normativas: Teorias Jurídicas Contemporâneas*, Série Cadernos FGV Direito Rio, volume 13 (no prelo), 2016b.

BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo (org.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016

BUSTAMANTE, T. R. ; VILLANI, A. A. . Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: Jonathan Barros Vita, Margareth Anne Leister. (Org.). *Direitos fundamentais e democracia II [Recurso eletrônico on-line] - Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE (São Paulo)*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 179-202, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas; PATRUS, Rafael Dilly. *Do Governo dos Cenáculos ao Governo do Povo: A Jurisdição Constitucional nos Vinte e Cinco Anos da Constituição da República*. In.: CLÈVE, Clemerson Marlin; FREIRE, Alexandre (coord.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 791-816, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In.: CLÈVE, Clemerson Marlin; FREIRE, Alexandre (coord.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 219-269, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. *Controle de Constitucionalidade é judicial, não político*. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em 19/05/2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. *Processo Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CHRISTIANO, Thomas. The Authority of Democracy. 12 *The Journal of Political Philosophy* 266, 2004.

CHRISTIANO, Thomas. *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its limits*. Oxford University Press, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, vol.6 no.1, São Paulo, Jan./June 2010.

CLEVES, Gonzalo Andres Ramirez. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy* IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 213-229, 2016.

DAHL, ROBERT. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-284, 1957

DAHL, ROBERT. *Democracy and its critics*. Yale University Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: we the people in the court*. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p 324-346, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and democracy*. *European Journal of Philosophy*, v. 3, p. 2-11, 1995.

DWORKIN, Ronald. *The partnership conception of democracy*. *California Law Review*, v. 86, n. 3, p. 453-458, 1998.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade – tradução Jussara Simões*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio: tradução Luís Carlos Borges*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap, 2006a.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana – tradução: Marcelo Brandão Cipolla*. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério: tradução Nelson Boeira*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais – tradução Jefferson Luiz Camargo*. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *The Decision That Threatens Democracy*. *The New York Review of Books*, 2010. Disponível em:  
<http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>.  
Acesso em 15/01/2016.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor* – tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014a.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*: tradução Jeferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

DYZENHAUS, David. *The Incoherence of Constitutional Positivism*. In.: HUSCROFT, Grant (ed.). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge University Press, p. 138-160, 2008.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALLON, Richard H. Jr. *An uneasy case for judicial review*. Harvard Law Review. Vol 121-7, p. 1693-1736, 2008.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review 82, p. 1671-1704. 2004.

FERNANDES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2013.

FERNANDES, Bernardo. *A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review*. IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 147-164, 2016.

FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy. VOL. 9, Nº 4, 1991.

GARDBAUM, Stephen. *O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge Univ. Press. 2013.

GARDBAUM, Stephen. *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?* Columbia Journal of Transnational Law 53, p. 51-86. 2015.

GARDBAUM, Stephen. *Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy*. IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 93-117, 2016.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. IN: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el poder*

judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *Scopes and Limits of Dialogic Constitutionalism*. IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 119-146, 2016.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why Do Countries Adopt Constitutional Review?* Journal of Law Economics, and Organization, Forthcoming; Virginia Public Law and Legal Theory Research n° 2013-29, 2013. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2319363>. Acesso em 27/06/2016.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madri: Trotta, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON; James. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HERSHOVITZ, Scott. *Legitimacy, democracy and razian authority*. Legal Theory 9: p. 201–220, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter. BUSHEL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997.

HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

ISSACHAROFF, Samuel. *The Democratic Risk to Democratic Transitions*. Constitutional Court Review (South Africa), Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-53, 2013.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

KAVENAGH, Aileen. *A Hard Look at the Last Word*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 35, No. 4, p. 825–847, 2015.

KRAMER, Larry D. *The People by Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KUMM, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation*, European Journal of Legal Studies, v. 1, 2007.

LEVINSON, Sanford V. *Constitutional Faith*. Princeton University Press, 1989.

MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943.

MARMOR, Andrei. *Authority, equality and democracy*. Ratio Juris. 18, p. 315–345, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*. IN: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MILL, John Stuart. *Da Liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A, 1963.

MILLHISER, Ian. *Injustices: The Supreme Court's History of Comforting the Comfortable and Afflicting the Afflicted*. New York: Nation Book, 2015.

MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. *We (Believe or Distrust) the People: O controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. UFMG: Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O Supremo não é oráculo: conversas acadêmicas com Jane Reis*. Os Constitucionalistas, 2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo>. Acesso em 07/06/2013.

PETTIT, Philip. *On the People Terms – A Republican Theory and Model of Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2012

PULIDO, Carlos Bernal. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 11 No. 2, 339–357, 2013

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. Chicago Law Review, v. 64, n. 3, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político* – tradução Álvaro de Vita. 1ª. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. *Authority, Law and Morality* IN: Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics 210, 1994.

RAZ, Joseph. *A moralidade da liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Sobre a súmula vinculante*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. de 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/193>. Acesso em 17/06/2016.

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. UnB: Brasília, 2013.

SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. *Comentário ao art. 60*. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1124-1138

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, p. 557-584, 2013a.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Professor da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes*. Revista Consultor Jurídico, 2013b. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>>. Acesso em 22/06/2016.

SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, L. L. . *Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades: necessitamos de uma "Teoria Geral dos Precedentes"?*. Direitos Fundamentais & Justiça , v. 5, p. 162-185, 2008.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro Silva. 2. ed. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1987.

TRINDADE, Glayton. *Marx e Republicanismo: Reflexões em torno da liberdade e do Estado Ético Político*. 252 p. Tese – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política - Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

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

TUSHNET, Mark. *Revisión Judicial Dialógica*. IN: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

VERMEULLE, Adrian; SUNSTEIN, Cass. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Reivew, Vol. 101, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política*. AVRITZER, Leonardo *et al* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 207-214, 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese do Programa de Doutorado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rev. Direito GV, vol. 4, nº. 2, São Paulo: July/Dec, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. Oxford Journal of Legal Studies, 1993.

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

WALDRON, Jeremy. *The dignity of Legislation*. Cambridge University Press. 1999b.

WALDRON, Jeremy. *Authority for Officials*. IN.: MEYER, Lucas; PAULSON, Stanley; POGGE, Thomas. *Rights, Culture and the Law: Themes from Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford, p. 45-70, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Can there be a democratic jurisprudence?* NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A Majority in the Lifeboat*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-49, 2009a.

WALDRON, Jeremy. *Judges as Moral Reasoners*. International Journal of Constitutional Law, No 7-2. 2009b.

WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. *Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-72, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Judicial review and Judicial Supremacy*. NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 14-57. 2014.