

EDUARDO BORGES ARAÚJO

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A CORTE E O PARLAMENTO:
do suposto monólogo ao inevitável diálogo**

**CURITIBA
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A CORTE E O PARLAMENTO:
do suposto monólogo ao inevitável diálogo**

Monografia apresentada pelo acadêmico Eduardo Borges Araújo ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki
Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado

**CURITIBA
2012**

*Ao meu bizavô,
Dr. Heitor Monteiro Espínola Filho,
que gostaria de ter presenciado tudo isso*

AGRADECIMENTOS

Píndaro, poeta grego do século IV a. C., certa vez escreveu: “Homem, torne o que és”. Este trecho ilustra a necessidade de reconhecer com gratidão tudo o que o nascimento proporciona a nós. É neste singelo espaço que tentarei realizar essa difícil tarefa, ciente da infinidade de pessoas presentes não só nos cinco anos de graduação, mas sim nos vinte e três anos de vida. A todos que participaram da caminhada e, em especial, da passagem pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, registro o meu sincero e humilde agradecimento:

Ao Partido Acadêmico Renovador, que me proporcionou os momentos mais marcantes no Prédio Histórico da Santos Andrade. De 2008, com a histórica vitória da chapa Horizontes a azular o Centro Acadêmico Hugo Simas, até 2012, à frente da Coordenação Jurídica do Centro Acadêmico Hugo Simas, só tive o que aprender neste privilegiado espaço, fundamental à minha formação pessoal e profissional. Em especial, gostaria de registrar a minha eterna dívida com três paristas que deram um norte à minha graduação: Eduardo Chavez Pina Ribeiro, Gabriel Merheb Petrus e Saulo Lindorfer Pivetta – serei sempre discípulo.

Ao meu pai, Rodrigo Espínola Araújo, cujas virtudes fariam Érico Veríssimo repensar o seu Capitão Rodrigo de O Tempo e O Vento, e à minha mãe, Valéria Schoeller Borges Araújo, a quem não ousaria tecer maiores elogios, na certeza de não haver palavras que cheguem à altura de seu amor.

À minha irmã, Luíza Maria Borges Araújo, dedico a seguinte passagem de Guimarães Rosa, retirada do livro que juntos compramos logo após o vestibular, há não tão longínquos seis anos: “O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”. Lu, você é a minha coragem.

Aos meus avós paternos, João Maria Araújo e Helena Espínola Araújo, que são os verdadeiros responsáveis pelos meus seis anos em Curitiba e aos quais serei eternamente grato pelo amor e pelas infindáveis conversas na farta mesa de café. Aos meus avós maternos, Antônio Machado Borges e Zilá Marly Schoeller Borges, mesmo que distantes, sempre presentes nas ligações aos finais de semana.

À Família Ebbinghaus Araújo, representados por Misael, Janice, Hannah,

Heitor, Homero e Helena, que fizeram de Colombo minha segunda casa devido ao carinho e cuidado que sempre me foram dispensados.

A Moema Espínola Araújo e Leandro Espínola Araújo Abecassis, pelo prazer de compartilhar com vocês minhas alegrias e meus aborrecimentos.

À Família Kreuz, representados por Artemio, Sílvia, Letícia, Júlia e Leonardo: não poderia agradecer o bastante pela hospitalidade e pelos almoços de domingo.

À Família Schoeller Borges Ribeiro Paiva, representados por Tomás, Márcia, Diego, Marcela, Rafaela, Filipe, Adriana, Ana Gabriela e André: exemplo de Família.

Aos meus amigos, com quem compartilhei muito mais do que uma sala de aula, mas sim um ideal de sociedade justa, fraterna e igualitária: Evandro de Nadai Sutil, um irmão; Letícia Regina Camargo Kreuz, presente desde os primeiros até os últimos dias de Santos Andrade, seja na sala de aula, no movimento estudantil ou na vida para além da Santos Andrade – se é que há alguma; Luísa Carvalho Rodrigues, de altura indiretamente proporcional ao companheirismo.

Aos amigos de sala, que fizeram dela um espaço para o exercício cotidiano da amizade: Daniel Fauth Washington Martins, Felipe Andrés Pizzato Reis, André Sato Shimada, Luís Ossamu Gelati Nagao, Fabio Augusto Tamborlin, Felipe Eduardo Liebl, Luís Henrique Accierini, Pedro Henrique Galotti Kenicke, Thayse Fedalto, Janaína Scopel Bonatto, Angélica Baldissarelli Locatelli, Bruna Regina Fukuyama, Tamira Almeida Martins, Camila Taís Scorsim e Ana Flávia Nogueira do Nascimento.

A Juliano Miguel Braga Griebeler, Fabio Kunitake, Luiz Fernando Pacheco Lobo, Ricardo Pinto Ramos, Renato Pinto Ramos, Jh Wei, Marco Antônio Freiburger Sacht, Anna Lúcia Pacheco Boechat, Lis del Barco, Caroline Castelani, Friederike Strate, Juliana Bach, e Ana Sofia Lima dos Santos Guerra: só posso agradecê-los pela amizade destes dois últimos e melhores anos que vivi em Curitiba – brindemos.

Aos meus Mestres: professora Eneida Desiree Salgado, pela confiança em mim depositada e pela dedicação ao magistério – a sra. é vocacionada; professora Katya Kozicki, que em muito me honrou ao aceitar o convite de orientação para esta monografia; professora Vera Karam de Chueiri, com quem as rápidas conversas ao final das aulas sempre tornavam-se uma verdadeira aula de Direito e faziam o meu dia; e professor Miguel de Gualano Godoy, a quem culpo pelas minhas amadoras incursões no Direito Constitucional.

“Entrando numa habitação desconhecida, o sr. K. procurou ver apenas, antes de se recolher, onde eram as saídas da casa. Perguntado sobre isso, respondeu, sem jeito: 'Este é um hábito antigo e penoso. Eu sou a favor da justiça; por isso é bom que a casa onde estou tenha mais que uma saída.’”

Bertolt Brecht

RESUMO

O desenho institucional traçado pela Constituição Federal de 1988 atribui ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, responsabilizando-o pela “última palavra” em controvérsias constitucionais. Em razão desta circunstância, a arena jurídica serve de espaço para a resolução das mais variadas questões, sejam moral, social ou politicamente relevantes. Esta privilegiada posição é o resultado de um gradual processo de concentração do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Em 1891, instituiu-se um modelo difuso de revisão posterior das leis, que em muito se assemelhava ao controle exercido pelas cortes estadunidenses. De 1891 à 2012, passando pelos anos-chave de 1934, 1965, 1988, 1993, 1999, 2004, chega-se a um modelo de controle judicial ultra-forte que, aparentemente, aproxima-se do padrão europeu de revisão – aparência esta desqualificada caso analisadas as práticas deliberativas internas do STF. No atual cenário institucional, é crescente o ativismo judicial do Tribunal, alçado à qualidade de “última trincheira do cidadão”, o que traz à tona a tensão entre democracia e constitucionalismo. Ao modelo ultra-forte brasileiro é possível contrapor os modelos fracos de controle. Os modelos de controle presentes na Nova Zelândia, Grã-Bretanha e Canadá, que se aproximam na atribuição ao Poder Legislativo da decisão última em controvérsias de direitos fundamentais, constituem um ponto de partida para a abordagem e a análise a alternativa representada pela teoria do diálogo às teorias da última palavra, que localizam o ponto final do circuito decisório formal seja no Poder Judiciário, como será visto na doutrina do juiz Hércules de Ronald Dworkin, ou no Poder Legislativo, como feito por Jeremy Waldron em seu resgate da dignidade da legislação.

Palavras-chave: revisão judicial, democracia, diálogo.

ABSTRACT

The institutional design outlined by the Federal Constitution of 1988 concedes to the Supreme Court the "guardianship of the Constitution", ascribing it the "final word" in constitutional disputes. Given this circumstance, the legal arena serves as a space for the resolution of many issues that are morally, socially and politically relevant. This privileged position is the outcome of a gradual process of concentration of the Brazilian model of judicial review. In 1891, it was established a model of diffuse and prior review of the legislation, which greatly resembled the control exercised by the U.S. courts. From 1891 to 2012, including the key-years of 1934, 1965, 1988, 1993, 1999, 2004, it has evolved into a model of ultra-strong judicial review, apparently similar to the European standard of review – this resemblance is disqualified if analyzed the internal deliberative practices shown by the STF. In the current institutional setting, the judicial activism of the Court is remarkable, with it being elevated to the status of "the citizen's last foxhole", what brings to light the tension between democracy and constitutionalism. To ultra-strong Brazilian model can be counteracted by the weak-forms of control. The models of judicial review in New Zealand, Britain and Canada, that are similar when they assign to the Legislature the last decision in issues about fundamental rights, constitute an starting point for the approach and the analysis of the alternative represented by the theory of dialogue in front of theories of the last word, that locate the end of the decisional circuit in the Judiciary, as will be seen in the doctrine of judge Hercules by Ronald Dworkin, or in the Legislative, as done by Jeremy Waldron in his rescue of the dignity of legislation.

Keywords: judicial review, democracy, dialogue

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – <i>PARTNERS IN PRINCIPLE</i>: DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E REVISÃO JUDICIAL.....	04
1.1 Orquestrando a vida em sociedade: as condições democráticas e a filiação moral à comunidade.....	06
1.2 Sublimando a dificuldade contramajoritária: a revisão judicial como instrumento de aperfeiçoamento da democracia.....	20
CAPÍTULO 2 – DESACORDOS SOBRE JUSTIÇA: DESVINCULAÇÃO ENTRE SUBSTÂNCIA E PROCEDIMENTO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	34
2.1 Problematizando o consenso sobreposto: desacordos sobre justiça para além do alcance da razão pública.....	36
2.2 Procedimento e conteúdo: a revisão judicial no contexto de uma teoria da autoridade.....	49
CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A RETÓRICA E A PRÁTICA: UM OUTRO MODELO DE CONTROLE É POSSÍVEL?.....	59
3.1 Construindo tijolo por tijolo uma Corte (quase) mágica: o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.....	61
3.2 Relativizando a última palavra: a alternativa do diálogo entre Cortes e Parlamentos.....	75
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

INTRODUÇÃO

Seria uma ofensa à democracia se uma Corte britânica tivesse o poder de derrubar a lei da blasfêmia por incompatibilidade com a Convenção? Não, porque democracia não é só estatística, na qual tudo que a maioria quer é legítimo por causa disso (...).

(Ronald Dworkin)

Uma das mudanças que são almejadas é a incorporação de uma Carta de Direitos no ordenamento britânico, junto de uma prática norte-americana de revisão judicial da legislação...Eu acho imperativo, entretanto, que essa reforma não deva ser realizada sem uma noção clara sobre o que é valioso e importante na ideia da legislatura e [na ideia] da dignidade e autoridade que a legislação pode comandar.”

(Jeremy Waldron)

No ano de 1997, ao compor o novo governo britânico, o Partido Trabalhista encampou uma forte campanha para reformar as instituições britânicas – sobretudo, reformar as instituições judiciárias. Tradicionalmente hostil ao Poder Judiciário, cujos juízes de origem aristocrática reiteradamente julgariam em desfavor dos interesses da classe trabalhadora, o posicionamento do partido sofreu “ajustes” após o governo de Margaret Thatcher, que, à frente de sua coalizão conservadora, obteve sucesso em introduzir legislações incompatíveis com as tradições britânicas. Acreditavam os trabalhistas que um Poder Judiciário apto a julgar questões de direitos humanos poderia ter obstruído a introdução das iniciativas neoliberais da “dama de ferro”.

Dentre as várias propostas apresentadas pelo novo governo trabalhista, uma delas provocou um vivo debate acadêmico entre dois dos mais importantes juristas contemporâneos. De um lado, Ronald Dworkin posicionou-se favorável à adoção de uma Carta de Direitos que pudesse ser fiscalizada e implementada pelo Poder Judiciário¹. Do lado oposto, Jeremy Waldron atacou a proposta e elaborou vigorosa defesa do Poder Legislativo². Para não adiantar um assunto que será abordado no correr deste trabalho, mas para também não deixar questões no ar, basta dizer que, em 1998, o Parlamento do Reino Unido introduziu o *Human Rights Act* que, dentre suas novidades, permitiu às Cortes britânicas implementar os direitos fundamentais protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

1 Cf. DWORKIN, Ronald. **A Bill of Rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990.

2 Cf. WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

O exemplo britânico é trazido inicialmente com o fim de ilustrar a atualidade e relevância da questão que será objeto do presente trabalho: o controle judicial de constitucionalidade. A “batalha pela Inglaterra” reveste-se de um significado ainda mais especial pelo embate teórico travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Estes, ao lado de Conrado Hübner Mendes e Mark Tushnet, fizeram-se presentes em grande parte do desenvolvimento teórico. Em suma, é objetivo desta monografia promover uma reflexão sobre o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade a partir das contribuições teóricas não só dos autores acima citados, mas também de diversos outros, cujos argumentos revelar-se-ão no correr das ideias contidas nos três capítulos que integram este trabalho. Antes de analisar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o instituto será investigado a partir de dois prismas muito distintos entre si – à exemplo do caminho trilhado na obra de Conrado Hübner Mendes³. A intenção é destacar os principais argumentos que ou justificam o exercício da revisão judicial pelas Cortes ou desconstruem suas bases filosóficas ou relativizam sua conclusividade. Caso a reflexão aqui conduzida produza uma análise da prática brasileira de revisão judicial de modo que sua democratização torne-se não só possível, mas desejável, considera-se por alcançado o objetivo. Trata-se de um passo fundamental e indispensável à abertura do modelo brasileiro e à inclusão do Poder Legislativo nos processos de interpretação da Constituição.

O primeiro capítulo dedica-se à doutrina de Ronald Dworkin. Em razão da riquíssima produção teórica do norte-americano, realizou-se um recorte cuja atenção volta-se à sua democracia constitucional e ao função nela cumprida pela revisão judicial. Será importante destrinchar, em um primeiro momento, a vertente ética do liberalismo inaugurada por Dworkin após a incorporação das críticas comunitaristas. As condições democráticas, cujo respeito e manutenção garantem o sentimento de pertença do indivíduo à comunidade – garantem sua filiação moral (1.1). A melhor resposta sobre o conteúdo moral que é incorporado ao Direito através dos princípios será descoberta pelos juízes. Apoiando-se nos argumentos de princípios, competirá às Cortes a tarefa hercúlea de “filtrar” as políticas públicas que venham a violar os direitos fundamentais cristalizados na Constituição (1.2).

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

Continuará sendo objeto de atenção, agora no segundo capítulo, a teoria liberal. Se em Ronald Dworkin o liberalismo trazia consigo um elemento ético, ainda que não colocada em risco a tolerância, John Rawls ocupou-se de desenvolver um liberalismo “liberal por excelência”, por assim dizer. Retrocedendo em determinados aspectos de suas primeiras obras, Rawls desenha uma concepção de justiça que, embora ampla e profunda o suficiente para abarcar os princípios básicos de justiça, permitisse a coexistência pacífica entre as variadas concepções de vida boa que bem caracterizam as sociedades modernas. Servirão as ideias de Rawls como ponto de partida para os questionamentos de Jeremy Waldron, cuja problematização em torno da categoria rawlsiana de razão pública colocará em questão a possibilidade de um real consenso sobreposto (2.1) e, conseqüentemente, a natureza democrática do controle de constitucionalidade – defendendo, principalmente, a separação entre teorias de justiça e teorias de autoridade (2.2).

A tarefa do terceiro e último capítulo é dupla. Primeiro, será objeto de estudo o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, tal qual desempenhado hoje pelo Supremo Tribunal Federal. Para fugir um pouco do óbvio e não se restringir à discussão acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, procura-se jogar luz sobre a performance deliberativa interna e externa do Tribunal, compreendida como resultado natural do processo de concentração sofrido pelo modelo brasileiro de revisão judicial (3.1). O contraponto virá a seguir, com a exposição dos modelos fracos de revisão judicial presentes no Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia, que convergem ao incluir o Poder Legislativo no processo de leitura da Constituição, compartilhando a responsabilidade de interpretá-la com o Poder Judiciário (3.2).

Cumprido o desenvolvimento teórico, restará às considerações finais o breve resgate das principais ideias aqui expostas. Para tanto, será importante trazer, ainda que brevemente, o Projeto de Emenda à Constituição n° 33/2011 à discussão. Não é de interesse especular acerca do seu futuro legislativo, se possui ou não chances de aprovação pelo Congresso Nacional. Sua importância talvez esteja em inaugurar, na esfera legislativa, a discussão sobre os limites do Supremo Tribunal Federal diante do Congresso Nacional no exercício de sua função de “Guardião” da Constituição.

1 PARTNERS IN PRINCIPLE: DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E REVISÃO JUDICIAL

No ano de 2011, as legislaturas dos 50 estados que compõem os Unidos da América introduziram número recorde de disposições sobre direitos reprodutivos⁴. Das mais de 1.100 normas colocadas em discussão nas assembleias estaduais, 135 haviam sido promulgadas ao término do ano. Deste total já em vigor, 92 disposições tinham por mérito a restrição à prática de aborto. Anualmente, no dia 22 de janeiro, cerca de 250 mil manifestantes *pro-life*, contrários ao aborto e ao direito de escolha da mulher sobre seu próprio corpo, marcham pela *Constitution Avenue*, em Washington D.C., em direção à sede da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nem a data e muito menos seu destino final foram escolhidos por acaso.

Em 1973, neste mesmo 22 de janeiro, a *Supreme Court of the United States* julgou o polêmico caso *Roe v. Wade* e proferiu uma decisão paradigmática acerca do aborto. Por sete votos contra dois, entendeu a Corte que o direito à privacidade, garantido pelo cláusula do devido processo da 14^a Emenda à Constituição, estendia-se à decisão da mulher em interromper ou não a gestação – desde que tomada a decisão ainda nos três primeiros meses de gravidez. Ao declarar, por consequência, a inconstitucionalidade de diversas leis federais e estaduais que restringiam o acesso a serviços de aborto, o julgado impulsionou um forte debate público que colocou em questão não só o aborto, mas também os papéis político e institucional cumpridos pela mais alta corte do país.

Roe v. Wade constitui apenas um dos inúmeros exemplos em que o Poder Judiciário, ao fiscalizar a constitucionalidade de atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo, desempenhou seu papel contramajoritário nas democracias representativas modernas. Nos papéis federalistas de n° 78, Alexander Hamilton argumentava a favor da revisão judicial como instrumento de proteção contra eventuais abusos de poder por parte do Congresso. Isto não implicaria, adverte Hamilton, a superioridade do Judiciário frente ao Legislativo, mas a superioridade do povo, cuja vontade está cristalizada na Constituição. Por mais que a Constituição

4 The Guttmacher Institute. **States Enact Record Number of Abortion Restrictions in 2011**. Disponível em: <<http://www.guttmacher.org/media/inthenews/2012/01/05/endofyear.html>>. Acesso em 15 de abril de 2012.

seja passível de modificação e abolição, caso não mais compatível com a felicidade geral, essa mutabilidade não seria justificativa para que os representantes popular, se guiados por uma inclinação momentânea, decidam contrariamente à Carta⁵. Quinze anos depois, os argumentos de Alexander Hamilton foram essenciais à construção teórica elaborada pelo *Justice* John Marshall, então Presidente da *Supreme Court*, ao decidir o caso *Marbury v. Madison* e estabelecer as fundações do controle judicial de constitucionalidade.

John Marshall, em sua decisão a favor da revisão judicial, equivocou-se ao confundir um problema prático com um problema lógico, como afirmado por Carlos Santiago Nino⁶. Conceber a Constituição enquanto norma superior, modificável apenas por meios extraordinários, não predefine o órgão de soberania responsável por sua aplicação e fiscalização. Argumentando que a ausência de revisão judicial em dado ordenamento jurídico constitui uma impossibilidade lógica que nega o caráter supremo da Constituição, a supremacia constitucional conduz à supremacia do Poder Judiciário. Não tardou muito para que o recém criado instituto do controle judicial de constitucionalidade recebesse críticas: à época, o Presidente Thomas Jefferson criticou a supremacia judicial como uma perigosa doutrina que levaria o país ao despotismo oligárquico⁷.

A conhecida dificuldade contra majoritária manifesta-se no veto do Poder Judiciário, cujos membros não estão sujeitos à *accountability* das urnas, a atos normativos dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo⁸. É na principal competência do controle judicial de constitucionalidade que reside seu problema⁹ e, ao exercê-la, as Cortes Constitucionais evidenciam a intrínseca tensão entre constitucionalismo e democracia. Seguindo esta linha, a revisão judicial revela-se um obstáculo antidemocrático à fiel manifestação da soberania popular, impondo a

5 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Raleigh, NC: Sweetwater Press, 2007. p. 597.

6 NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven and London: Yale University Press, 1996. p. 190-ss. E também, cf. TROPER, Michael. The logic of justification of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 1, p. 99-121, 2003.

7 JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson**. v. 8. New York: Derby & Jackson, 1859. p. 178.

8 Cf. BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1962. p. 16-23.

9 ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. p. 4-5.

vontade de poucos juizes sobre a decisão dos representantes do povo.

Concepções mais sofisticadas de democracia, entretanto, possuem o condão de afastar críticas de natureza “quantitativa” à revisão judicial. O primeiro capítulo deste trabalho dedica-se às ideias de Ronald Dworkin. Primeiro, interessa abordar os principais pontos de seu liberalismo igualitário, que aposta ser possível uma vida comunal que não coloque em risco a autonomia do sujeito. Em segundo, pretende-se explorar a função da controle judicial e as melhorias promovidas pelo instituto dentro de sua teoria. A intenção final é demonstrar que, na concepção comunal, democracia e revisão judicial não são antagônicas, mas parceiras em princípio¹⁰.

1.1 Orquestrando a vida em sociedade: as condições democráticas e a filiação moral à comunidade

Os princípios liberais – direitos iguais e sistema político justo – são justificados moralmente a partir de três distintos pontos de vista: individualista, pluralista e procedimentalista¹¹. O primeiro deles tem por bases o pensamento de John Stuart Mill. Arriscando-se a definir o conceito de liberdade, escreve o inglês que ela consiste em “em perseguir nosso próprio bem da nossa própria maneira”¹². Assim, sua definição confere aos princípios liberais a dupla função de proteger e garantir a liberdade pessoal. Já a segunda maneira de justificar direitos iguais e sistema político justo formula-os como produtos de um acordo voltado à prevalência da tolerância recíproca frente a oposições irreconciliáveis entre distintas concepções éticas. Por fim, a terceira entende os princípios liberais como normas justificadas por um consenso universal alcançado por aqueles que vivem sob sua tutela.

Ronald Dworkin justifica moralmente os princípios liberais a partir do direito à “igual respeito e consideração”¹³. Em última instância, dispensar igual tratamento a cada indivíduo enquanto ser com iguais direitos de liberdades e com pretensão a uma distribuição dos recursos sociais que garanta a igualdade das oportunidades é

10 “*On the communal conception, democracy and judicial constraint are not antagonists but partners in principle.*” DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: we the people in court.* **Alberta Law Review**, Calgary, v. 28, n. 2, 1989-1990. p. 346.

11 FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo.** São Paulo: Boitempo, 2010. p. 47.

12 MILL, John Stuart. **On liberty.** Indianapolis and New York: The Bobbs-Merril Company, 1956. p. 16.

13 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 65-72.

um direito natural supra positivo cuja titularidade é devida a todos em razão da própria condição humana – direito este que será positivado e será interpretado concretamente. Se assim concebidos, os princípios de igualdade formal e igualdade material tornam-se princípios morais e, em razão disso, tornam-se neutros diante de questões sobre modos de vida boa. “Os princípios liberais garantem a possibilidade, assegurada juridicamente, de viver uma vida própria auto determinada: esse é o sentido da exigência por uma neutralidade ética”¹⁴.

Aos pensadores liberais, dentre os quais Ronald Dworkin é apenas um entre diversos, contrapuseram-se os teóricos comunitaristas. Por mais que seja difícil reconhecer uma homogeneidade entre os teóricos comunitaristas, utiliza-se a expressão “comunitarismo” como um anteparo para reunir teóricos que, embora guardem divergências entre si, convergem na crítica à tolerância liberal, retratada como prejudicial ao código de ética compartilhada que compõe o verdadeiro cerne da ideia de comunidade¹⁵. As críticas comunitaristas podem ser reunidas em torno de quatro argumentos básicos. O primeiro deles defende a justiça e a legitimidade da imposição de visões éticas que predominam em determinada comunidade, vez que a vontade da comunidade confunde-se com a vontade da maioria. O segundo conjunto de críticas entende pela existência de uma obrigação do indivíduo para com o bem-estar da comunidade. Desta obrigação, infere-se que o poder político dos cidadãos deve ser instrumentalizado para garantir a manutenção dos valores e costumes comunitários. Toda e qualquer prática que representasse um risco ao código ético deveria ser eliminada por representar um risco à própria comunidade. O terceiro argumento básico dirige-se ao atomismo liberal. A tolerância, segundo a corrente comunitarista, inviabiliza o atendimento das necessidades sociais dos indivíduos. O desenvolvimento e a realização do ser humano ocorre em um contexto particular e sua personalidade é profundamente marcada pelo pertencimento a grupos sociais e pelos costumes e hábitos que ali fazem-se presentes.

O quarto e último argumento básico merece especial atenção. Ao privilegiar o que é correto sobre o que é bom, o Estado liberal obrigatoriamente deve manter-se

14 FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 48.

15 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. p. 211.

neutro em relação às diferentes concepções de vida boa. A escolha sobre qual ideal de excelência humana perseguir compete única e exclusivamente ao indivíduo. Vocalizada em especial por Michael Sandel¹⁶, a crítica comunitarista dirige-se à neutralidade do Estado liberal e, valendo-se do argumento da integração¹⁷, postula uma íntima vinculação entre a vida dos indivíduos e a vida da comunidade política - vinculação esta que tem o condão de condicionar o sucesso da vida dos indivíduos ao sucesso da comunidade que compõem. É obrigação do Estado comprometer-se com as concepções éticas que promovam as práticas e tradições definidoras da comunidade, não podendo restar indiferente ao que acontece na esfera privada de seus integrantes¹⁸. Ao perceber esta aliança entre o público e o privado, a atenção dedicada pelos cidadãos à sua saúde ética e moral será de igual valor à atenção voltada à saúde da comunidade. Assim, realizar-se-á o autogoverno compartilhado.

O argumento da integração começa bem e termina mal¹⁹. Ronald Dworkin expõe que sua premissa fundamental, sobre as comunidades políticas possuírem uma vida comunal da qual dependem a vida de seus membros, está correta. Seu equívoco está em assimilar a natureza moral da vida comunal à natureza da vida particular. A comunidade é concebida antropomorficamente: seria ela uma pessoa de proporções exageradas, que experimentaria os mesmos conflitos e dilemas encarados pelos indivíduos em seu cotidiano. Os mesmos parâmetros éticos e morais que informam as decisões de seus integrantes seriam aptos a julgar o sucesso ou o fracasso da comunidade. É por meio da adequada exploração da integração que a concepção constitucional de democracia começa a tomar forma.

Usualmente, o indivíduo é a única unidade de responsabilidade pelos próprios atos. Isto é compreendido, por exemplo, pelo princípio da pessoalidade e da individualização da pena. Quando a satisfação de interesses pessoais é a razão da ação, as unidades de responsabilidade e de interesse do autor coincidem. Caso explorado adequadamente, o fenômeno da integração pressupõe um vínculo ético entre indivíduo e comunidade capaz de deslocar a unidade de responsabilidade da

16 Cf. SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1982.

17 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. p. 222.

18 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. p. 142.

19 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. p. 223.

esfera privada para a esfera pública nos momentos em que tomadas decisões relativas ao bem-estar dos cidadãos, conduzindo à análise dos efeitos que as decisões coletivas terão sobre a vida e o caráter da comunidade. Uma comunidade integrada possuiria interesses e preocupações próprias²⁰.

Abrindo um pequeno parênteses, o desenvolvimento da argumentação de Ronald Dworkin imprescinde da distinção entre ações coletivas comunais e ações coletivas estatísticas. Na concepção constitucional de democracia, a ação coletiva é de natureza comunal. Os indivíduos compartilham a responsabilidade pelos atos praticados em comunidade, neste contexto entendida enquanto uma entidade que vai além da simples soma de seus membros. A natureza desta ação torna-se possível só em razão da existência de ideais socialmente compartilhados. Do outro lado, a ação comunal estatística pode melhor ser evidenciada através da análise econômica da democracia. Assim analisada, a política democrática funcionaria de modo idêntico ao mercado²¹, espaço onde consumidores e produtores negociam sobre os produtos a serem elaborados e produzidos. Adaptado o modelo à arena política, eleitores e representantes negociam as políticas públicas a serem formuladas e implementadas. A interação entre estas duas classes levaria a uma estrutura de ação coletiva que caminharia à “um estado de coisas socialmente valioso”²². Existiria uma mão invisível por detrás dos fenômenos democráticos a dirigir as ações praticadas por seu atores, pouco valendo quais intenções os motivaram. Na análise econômica, a ação coletiva significa a soma de ações individuais praticadas independentemente e livres de qualquer sentimento de pertença à uma comunidade que compartilha determinados valores.

Postular a existência de uma vida comunal não leva necessariamente à primazia ontológica da comunidade ou à concepção metafísica de uma “pessoa gigante”. Pensada em termos práticos²³, a vida comunal é constituída por práticas e

20 DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 226.

21 NINO, Carlos Santiago Nino. **La constitución de la democracia deliberativa**. p. 109.

22 GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Curitiba, 2011. 139 p. Dissertação de Mestrado em Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. p. 48.

23 “*I shall call this interpretation of integration, which assumes that integration depends on social practices and attitudes, the practice view, to distinguish it from the metaphysical view, which assumes that integration depends on the ontological primacy of community.*” DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. p. 226.

atitudes que, além de compartilhadas entre os integrantes, são por eles consideradas constituintes da vida social. Logo, são responsáveis por embasar e compor a integração da comunidade. Entretanto, antes de chegar à existência do vínculo ético entre o indivíduo e a comunidade, é necessário demonstrar a construção da unidade de responsabilidade a partir de práticas coletivas.

Para interpretar a integração em termos práticos, dois pontos devem ser esclarecidos: o estabelecimento da unidade de responsabilidade e a adesão dos indivíduos a ela. O primeiro passo está em identificar e descrever as práticas constituintes da vida social. A unidade coletiva pressupõe ações que serão vinculadas à comunidade, sem que isso implique na desconsideração da dimensão privada. Muito pelo contrário, a dimensão privada importa ao transparecer a filiação moral à comunidade, uma vez que as ações particulares constituintes dos atos comunais são praticadas de forma consciente e orquestrada²⁴. Tais práticas constituintes são impulsionadas em razão de sua natureza coletiva e não se confundem com a soma de atos particulares aleatórios e acidentais. O argumento original da integração, que concebe antropomorficamente a vida comunal, incorre no erro de supor que a comunidade possui uma vida sexual ou religiosa, por assim dizer. Os atos que compõem estas vidas não preenchem os requisitos de práticas sociais constituintes - são, portanto, ações coletivas estatísticas. A composição da comunidade está atrelada e condicionada aos atos coletivos que lhe são constitutivos: através deles, a coletividade deixa transparecer quem são os membros da comunidade.

Levando em consideração a limitação da vida comunal aos atos “tratados como coletivos pelas práticas e atitudes que criam a comunidade enquanto agente coletivo.”²⁵ e a afirmação de que os atos políticos formais atendem às condições de unidade coletiva de responsabilidade, chega-se à natureza da vida em comunidade. A preocupação em não deixar os limites em aberto e definir de antemão o campo político pode ser justificada de duas maneiras. A primeira delas está em fixar contornos artificiais e indiscutíveis valendo-se de uma autoridade transcendente – argumento este que não encontra qualquer apoio na teoria de Ronald Dworkin.

24 Utilizei este termo apenas para não perder a oportunidade. Dworkin lança mão do exemplo da orquestra em diversas oportunidades como forma de melhor ilustrar seus conceitos.

25 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality.** p. 227.

Assim, resta a justificação de ordem prática, cujo fundamento reside no sentido intuitivo de comunidade política. Ainda que existisse consenso sobre as demarcações do campo político, em nada implicaria sobre sua corretude à legitimidade do poder. “Apoiar-se apenas no argumento intuitivo é sempre perigoso. No mínimo, existirão entendimentos divergentes sobre quais as feições da vida comunal da comunidade política lutando por supremacia”²⁶.

As ações praticadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são alçadas à condição de práticas constituintes e, portanto, identificadas como práticas próprias da sociedade. A vantagem moral da lei está em representar a genuína e consciente convicção da comunidade, ainda que essa decisão possa equivocar-se em outro sentido²⁷. A partir da sugestão sobre a existência de uma adequação entre os atos políticos formais e a filiação a uma comunidade política democrática, estes atos são alçados à condição de práticas constituintes da vida social. Em uma democracia decente, a participação dos cidadãos nos processos decisórios deve ser permitida e fomentada. A comunidade política é composta por todos que contribuem à tomada de decisão e que por ela são profundamente atingidos.

Desenhados os traços da vida comunal de uma comunidade política²⁸, volta-se à abordagem da premissa fundamental sustentada corretamente pelo argumento da integração. Desta discussão, os filósofos liberais usualmente furtaram-se, por entender que a integração ameaçava os princípios da autonomia e da tolerância. Dworkin expressa um ponto de vista contrário: a integração é de extrema importância ética e, ao invés de comprometer, valoriza os princípios liberais. Pensá-la em termos liberais providencia uma forma genuína de identificação entre indivíduos e comunidade. A ideia de uma comunidade metafísica e ontologicamente superior a seus membros parece satisfazer a promessa de busca coletiva incansável

26 Essa debilidade é enfrentada, dentro da teoria liberal, pelo diálogo neutral de Bruce Ackerman, para quem a melhor alternativa é deixar aos participantes da comunidade a definição dos limites do político. SOARES, Guilherme. Neutralidade e comunidade no diálogo liberal: em torno do pensamento filosófico-político de Bruce Ackerman. In: LOIS, Cecilia Caballero (org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 74.

27 GUEST, Stephen. Integrity, Equality and Justice. In: ALLARD, Bernard; FRYDMAN, Gary (ed.). **Dworkin with his replies**. Bruxelles: Presses Universitaires de France, 2005. p. 337.

28 “I said that the collective life of a political community includes its official political acts: legislation, adjudication, enforcement, and the other executive functions of government.” DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. p. 231.

pelo bem comum e, de quebra, violar todo e qualquer princípio liberal. Mas, se interpretada dworkinianamente, nenhum princípio seria ameaçado pela vida comunal. Partindo das premissas de que a vida da comunidade esgota-se aos atos políticos formais e de que seu sucesso vincula-se ao sucesso destes atos, cujo critério de avaliação é a tolerância, aceitar a prioridade ética da vida comunal não descarta ou compromete a tolerância liberal e a neutralidade do Estado.

Integrado desta forma à comunidade, a atuação política do sujeito em muito se distinguirá da atuação política liberal clássica, que por excelência rejeita o ideal de integração e age conforme seu senso sobre justiça, que determinará quais decisões políticas merecem sua atenção. Assim, o sujeito liberal traçará uma rígida fronteira entre as exigências de justiça e o sucesso crítico de sua vida, que não será influenciado por decisões injustas tomadas pela comunidade política a que pertence. Por exemplo, discriminação racial ou desigualdade social apenas lhe dirão respeito caso prejudiquem-no diretamente. Na proposta integrada, essa cisão não existe. Caso viva em uma comunidade injusta, a sua vida será necessariamente pior, não importando o quanto ele tenha individualmente se esforçado em favor da justiça, uma vez que entende e aceita o fato de que o valor da sua existência está atrelado ao sucesso da comunidade em tratar a todos com igual respeito e consideração²⁹.

A fusão entre moralidade política e interesse crítico constitui a essência do republicanismo cívico. Na sociedade republicana, os cidadãos integrados fundem seus interesses e personalidades à comunidade, estendendo suas experiências morais à arena política e nela disputando as diferentes concepções de bem comum. Fazer exigências morais aos membros da comunidade vincula as ideias de Ronald Dworkin ao liberalismo ético³⁰. A quarta crítica comunitarista, aqui já explorada, fundamenta-se em dois argumentos: o apoio da teoria liberal sobre uma visão individualista de vida boa e a natureza atomista da sua concepção de bem. Os liberais formularam respostas que terminaram por organizar a corrente filosófica em torno de duas linhas. John Rawls, Bruce Ackerman e Charles Larmore rejeitam o primeiro e o segundo argumento. Não se valendo de concepções éticas, é possível

29 DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 233.

30 FORST, Rainer. **Contextos de Justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 76.

defender a neutralidade ética da justificação dos princípios liberais³¹.

Ao lado de Joseph Raz e Will Kymlicka, Ronald Dworkin processa a crítica comunitarista de que exista uma concepção ética por detrás do liberalismo, embora rejeite a tese de que tal concepção seja problemáticamente atomista. Com isso, é inserido um elemento ético na justificação individualista do liberalismo que permite a ética liberal, que é abstrata e genérica, abarcar distintas concepções substantivas. “Com isso, procuram traçar a quadratura do círculo: justificar a prioridade de princípios que são tolerantes diante de diferentes concepções do bem, com a ajuda de um conceito do bem – a qual obriga no sentido moral à tolerância ética”³². A igualdade liberal, portanto, coloca-se como opção de concepção política de justiça.

Para desenhar este círculo quadrado, há um tortuoso caminho a ser trilhado. O primeiro passo está em diferenciar a noção de bem-estar em duas categorias, conforme a maneira pela qual os indivíduos percebem a ascensão ou o declínio da própria vida. O bem-estar intencional é alcançado quando cumpridos os objetivos efetivamente desejados. Já o bem-estar crítico é atendido quando cumpridos os objetivos a serem idealmente almejados. Assim, atrela-se a objetivos que tornam a vida individual melhor, se desejados, ou pior, se desprezados³³. Feito isso, confere-se aos objetivos críticos normatividade ética e moral. Com esta movimentação, pretende-se demonstrar a harmonia entre ambas as normatividades, de modo os princípios liberais sejam incorporados por todos indivíduos no melhor interesse dos objetivos críticos a serem perseguidos no correr da vida.

Se é possível avaliar os objetivos enquanto intencionais ou críticos, também sujeitam-se à diferenciação os critérios empregados na avaliação do valor da vida conduzida. A concepção aditiva de vida remete à constatação de quais experiências e consequências consideradas por outros valiosas fizeram-se presentes na vida de determinado sujeito, sem questionar sua real intenção em vivê-las. Já na concepção constitutiva, a vida é bem-sucedida caso o protagonista identifique-se com os motivos que o levaram a realizar determinadas condutas. A busca por objetivos, projetos ou relações contribuem para o sucesso da vida apenas existindo tal

31 Esta divisão entre os liberais será melhor explorada no capítulo segundo do presente trabalho.

32 FORST, Rainer. **Contextos de Justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 76. Grifo original.

33 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. p. 216.

identificação. Uma concepção de justiça deve valorizar só a concepção constitutiva de vida, uma vez que “a realização de determinados valores em uma vida que acontece na base da coerção externa não pode conduzir a uma vida boa: não se pode obrigar ninguém a isto”³⁴.

Semelhante às noções de bem-estar e às concepções de vida, o que se entende por “vida boa” pode ser vislumbrado a partir de dois prismas: impacto e desafio. Considerar se a vida é ou não boa a partir do impacto implica avaliá-la objetivamente conforme a diferença operada por seu protagonista sobre o mundo. Mas não há espaço para apreciar o valor ético dos interesses críticos. O modelo do desafio surge como proposta para suprir esta deficiência valorativa e propõe ser “bem-sucedida” a vida em que os desafios foram respondidos e vencidos de maneira apropriada. Para tanto, os recursos econômicos providenciam uma métrica imparcial à valoração e justificam-se ao permitir que cada um viva livremente conforme os recursos disponíveis – nisso consiste o igual tratamento. O modelo do impacto garante um liberalismo neutro em relação aos ideais de vida boa, na medida em que escolher o plano de vida é suficiente para revesti-lo de valor.

Três das quatro principais linhas do liberalismo igualitário de Ronald Dworkin revelam-se neste ponto do traçado do círculo quadrado³⁵. Destacar a personalidade do indivíduo das circunstâncias presentes no correr da vida tem o condão de igualar os indivíduos em suas circunstâncias e torná-los pessoalmente responsáveis pelas decisões tomadas. Essa responsabilidade, porém, não se estende às circunstâncias indesejadas que influenciam a escolha. A conciliação entre vontade e arbitrariedade é promovida através do estabelecimento de regras justas de interação social – uma economia de mercado em que haja responsabilização civil e proteção criminal – e de distribuição igualitária dos recursos básicos iniciais que viabilizem às pessoas a escolha e a busca de seus objetivos³⁶. Ao invés da moral utilitarista de maximização do bem-estar, chega-se a um critério de avaliação mais objetivo³⁷ e, por força disso,

34 FORST, Rainer. **Contextos de Justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 78.

35 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. p. 65.

36 A igual distribuição dos recursos seria determinada através dos testes hipotéticos do leilão e da inveja. Cf. DWORKIN, Ronald. What is equality? Part 2: Equality of Resources. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 10, n. 4, p. 283-345, autumn 1981.

37 Para o utilitarismo, a moral possui o objetivo último de “maximizar a felicidade, assegurando a

a justiça é considerada questão de distribuição igualitária de recursos³⁸.

A adesão do liberalismo ético ao modelo do desafio justifica-se através das respostas fornecidas por ambos os modelos - impacto e desafio - a três perguntas³⁹. A primeira delas, já respondida acima, questiona o sentido da vida. A segunda volta-se aos interesses em jogo, se transcendentais ou vinculados a determinada época ou comunidade. O modelo do impacto entende que o valor ético é transcendente e imutável. Já o modelo do desafio responde que contexto, tempo e cultura exercem influência sobre o plano de vida, cujo valor ético é indexado e atrelado a parâmetros descritivos das condições de êxito para a execução dos desafios. Ao lado dos parâmetros, existem as circunstâncias: todas as situações que dificultam ou impedem a realização de um objetivo ou uma tarefa. A adequada resposta aos desafios da vida pressupõe a distribuição justa de recursos entre os indivíduos. O modelo do desafio, atento a parâmetros e circunstâncias, introduz a justiça enquanto critério normativo de vida boa. “Significa dizer que viver bem é responder da maneira correta o desafio correto e, se não considerarmos a justiça como parâmetro, não teremos uma vida boa, já que o desafio não é correto”⁴⁰.

A harmonização entre interesse crítico e justiça torna-se possível apenas quando os indivíduos aceitam “as premissas do reconhecimento universal – e suas consequências – exclusivamente com base em iguais oportunidades iniciais”⁴¹. Por conta disso, a capacidade da justiça vincula-se à capacidade de avaliação moral da vida segundo este modelo de autocompreensão que, *per se*, já não é obrigatório. A justiça liberal, portanto, aplicar-se-ia somente às pessoas que se enxergam “liberais”. Emerge, então, a separação entre moral e ética. Para resolvê-la, Ronald Dworkin distingue as concepções de bem a partir do titular. A igualdade liberal não

hegemonia do prazer sobre a dor”. SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 48.

38 Para G.A. Cohen, falar em igualdade de acesso às oportunidades possui a vantagem, se comparado com a distribuição dos recursos primários de Dworkin, por aliar as perspectivas de igualdade de bem-estar, proposta por Richard Arneson, e de igualdade de recursos, proposta de Ronald Dworkin. Cf. COHEN, G. A. On the currency of egalitarian justice. **Ethics**, Chicago, v. 99, n. 4, p. 906-944, jul. 1989.

39 FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Dworkin**. São Paulo, 2010. 234 p. Tese de doutorado em Filosofia – Faculdade de História, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. p. 115.

40 FURQUIM, Lilian de Toni. **Idem**. p. 118.

41 FORST, Rainer. **Contextos de Justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo**. p. 79.

se confunde com a neutralidade. Ela será neutra enquanto respeitados os princípios liberais – sendo este o quarto traço do liberalismo ético. Fixa-se um limite às concepções éticas de vida boa: a justiça liberal não é neutra diante de ideais éticos que a desafiem. Desta maneira, é invertida a lógica entre concepção de bem e concepção de justiça. O liberalismo ético propõe uma concepção da justiça cujo fundamento é uma concepção ética liberal. A tolerância e a igualdade de oportunidades encontram suporte na justiça e os direitos subjetivos posicionam-se como trunfos diante das diversas concepções éticas que coexistem na sociedade.

Se todos membros da comunidade política compreendem e compartilham a necessidade de igual respeito e consideração, a comunidade possui uma importante fonte de estabilidade e legitimidade, ainda que seus membros não concordem sobre os pormenores das exigências de justiça. A existência de desacordos em uma sociedade integrada exige a distinção entre ações coletivas comunais integradas e monolíticas⁴². Na primeira espécie, as práticas constituintes não produzem uma unidade coletiva de julgamento. O indivíduo mantém sua consciência individual e, a partir dela, é independente para julgar o mérito das decisões tomadas em comunidade. Já na segunda espécie, as unidades de responsabilidade e de julgamento confundem-se e a comunidade julga suas próprias ações.

Jeremy Waldron escreve que a filosofia política é discussão cívica sem prazo⁴³. Os membros de uma comunidade deverão tomar uma decisão, mais cedo ou mais tarde. Em uma democracia, a decisão competirá a “instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito”⁴⁴. Nesta linha, a melhor democracia seria justamente aquela hábil a produzir as melhores decisões e resultados do ponto de vista do igual respeito e consideração. O relevante não residiria no agente da decisão, mas sim em seu conteúdo. O essencial é que as instituições políticas proporcionem aos membros da comunidade as três condições democráticas, “molas propulsoras de filiação moral e [que] iluminam o modo como um indivíduo deve ser tratado para enxergar-se como um membro moral”⁴⁵.

42 DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in courts. p. 336.

43 WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 229.

44 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. p. 17.

45 “O critério para a qualidade do output, condição para a filiação moral e, ato contínuo, para a

Se a democracia é o governo comunal por iguais, a cada cidadão deverá ser conferido um papel que lhe autorize a influenciar nos processos de decisão política. O princípio da participação não está condicionado a habilidades ou talentos individuais. Na República idealizada por Platão, por exemplo, a função de governar competiria essencialmente aos filósofos, em razão de sua maior proximidade com a verdade, a justiça e o bem⁴⁶. No governo comunal, é condição da unidade coletiva de responsabilidade a participação de todos na vida pública. A participação impõe que a cada membro seja proporcionado um papel justamente porque todos são iguais entre si. Não existem classes a condicionar qual função será cumprida por cada um de seus integrantes. Como a vida comunal limita-se aos atos políticos formais, os direitos políticos surgem em primeiro plano. Se ao indivíduo deve ser oferecida a chance de fazer a diferença, não basta o voto, sendo-lhe também devida a voz – ainda mais em comunidades de grandes proporções. A democracia alia os direitos políticos às liberdades – que exigem a não obstaculização da participação por estruturas ou regulações que neguem aos indivíduos igual respeito.

A segunda condição democrática é a igual consideração. Semelhante à participação, enraíza-se na concepção comunal de democracia e em sua unidade coletiva de responsabilidade. Em ordem de ocorrer integração e sentimento de responsabilidade pelas decisões tomadas coletivamente, é fundamental que as decisões reflitam igual consideração aos interesses de todos os membros. A filiação envolve reciprocidade. O impacto da decisão sobre a vida e o interesse de um dos membros é tão relevante para o sucesso da ação coletiva quanto o impacto sobre qualquer outro membro⁴⁷.

A última condição retoma a distinção entre ações coletivas comunais monolítica e integrada. Caberá ao princípio da independência conciliar a unidade

democracia comunal, é o conteúdo: tratar o cidadão com igual consideração e respeito. De nada interessa se provier de maioria ou de minoria.” MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 63.

46 Assim disse Sócrates a Glauco: “Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada.” PLATÃO. **A República**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. p. 179-180.

47 DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in courts. p. 339.

coletiva de responsabilidade com o julgamento individual⁴⁸. Os membros de uma comunidade devem ser encorajados a formar juízos morais e éticos individualmente através das próprias crenças e convicções, o que não nega a influência do meio cultural sobre a personalidade ou implica a reflexão solitária sobre moral e vida boa.

O princípio da independência proíbe que, em um regime democrático, o governo dite linhas de pensamento. A democracia é subvertida quando a comunidade, através de seus atos políticos, emprega ferramentas para modelar a convicção de seus integrantes. Na literatura estrangeira, regimes totalitários foram muito bem retratados nas obras de Aldous Huxley e George Orwell ⁴⁹. A subversão do regime democrático a partir de ações coletivas voltadas à padronização das convicções individuais ocorreria de duas maneiras⁵⁰. Caso ação buscasse abranger todo o feixe de crenças e opiniões individuais, ela negaria o caráter integrado da comunidade, pois pretende constituir uma comunidade monolítica. Por outro lado, sendo suas ações discriminatórias, voltadas à eliminação apenas das convicções coletivamente consideradas erradas ou degradantes, a integração é destruída em relação a indivíduos que são “reformados”, agora excluídos da comunidade política.

O princípio da independência possui importantes consequências para a análise da democracia. As liberdades políticas são concebidas como elemento estruturante do regime democrático. Garantias constitucionais, como expressão e associação, são necessárias para permitir e encorajar os indivíduos a tomar responsabilidade por suas convicções e ideais. Outra imposição colocada pela

48 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 68.

49 “Atraídos pela fascinação do horror do sofrimento e, interiormente, impelidos pelo hábito da ação em comum, pelo desejo de unanimidade e comunhão, que o condicionamento neles implantara de forma tão indelével, os curiosos puseram-se a imitar o frenesi dos gestos do Selvagem, batendo uns nos outros, enquanto ele fustigava sua própria carne rebelde, ou aquela encarnação roliça da torpeza que se contorcía nas urzes a seus pés.” HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 2 ed. São Paulo: Globo, 2003. p. 312. Em sentido parecido: “Pouco depois de um guincho estridente, como o som produzido por uma máquina monstruosa girando sem lubrificação, escapou da vasta teletela posicionada no fundo da sala. Era um barulho que mexia com os nervos da pessoa e arrepiava os cabelos da nuca. O Ódio havia começado. (...) Não fazia nem meio minuto que o Ódio havia começado e metade das pessoas presentes no salão já começara a emitir exclamações incontroláveis de fúria. Impossível tolerar a visão do rosto ovino e o poder aterrador do exército eurasiático logo atrás. Além disso, a visão ou mesmo a ideia de Goldstein produziam automaticamente medo e ira. (...) Em seu segundo minuto, o Ódio virou desvario. As pessoas pulavam em seus lugares, gritando com toda a força de seus pulmões no esforço de afogar a exasperante voz estentórea que saía da tela.” ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 22-24.

50 DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: we the people in court*. p. 341.

independência é a tolerância liberal a moralidades “impopulares”. A suposta distância entre o princípio da independência e a tolerância liberal – estaria o princípio a tutelar apenas o livre julgar, restando à tolerância proteger o livre pensar – parece desfazer-se quando o interesse do sujeito em relação ao comportamento é bem maior que suas consequências a terceiros. Caso contrário, quando a conduta possui importantes efeitos sobre os demais membros, a comunidade deverá distinguir crença e comportamento e proibir as ações que julga prejudiciais, mas deverá deixar ao agente espaço para argumentar que a decisão coletiva é equivocada e merece ser revertida. Se o prejuízo causado pelo comportamento atingiria apenas o valor ético da vida do praticante, a distinção entre crença e comportamento perde sua razão de ser.

As condições democráticas, enfim, sujeitam o governo ao igual respeito e consideração a todos membros da comunidade política. Quando propõe que a melhor democracia é aquela capaz de alcançar as melhores decisões – do ponto de vista do *equal respect and concern* –, Ronald Dworkin deixa claro sua opção por uma interpretação dependente de democracia. A produção de decisões substantivas e resultados que dispensam tratamento igualitário será o critério para classificar determinada forma de democracia como melhor ou pior⁵¹. A resposta deverá avaliar se a forma em análise é a melhor alternativa para a aperfeiçoar e proteger a distribuição igualitária de recursos, oportunidades e valores. A democracia também pode ser interpretada separadamente. A atenção volta-se às características do processo político, cuja natureza equitativa e democrática será aferida a partir da igual distribuição do poder político, não importando o resultado final⁵².

No capítulo segundo serão abordadas as ideias de Jeremy Waldron, cuja teoria democrática preza pela igual participação dos indivíduos no processo de tomada de decisão, não havendo controle sobre o resultado alcançado – vez que sempre presente o desacordo sobre o que seria uma decisão justa. Na concepção dependente, por outro lado, o teste é de *output*: a democracia será um conjunto mecanismos voltados à tomada da decisão correta. Não é suficiente à concepção constitucional de democracia a realização das vontades majoritárias. Não pode o

51 DWORKIN, Ronald. **The Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. p. 186.

52 DWORKIN, Ronald. **Idem**. p. 186.

igual status dos indivíduos ficar à mercê de procedimentos majoritários. Portanto, se as instituições majoritárias fomentam e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas. Do contrário, não pode haver objeções, em nome da democracia, a procedimentos outros que melhor as protejam e respeitem⁵³.

1.2 Sublimando a dificuldade contramajoritária: a revisão judicial como instrumento de aperfeiçoamento da democracia

Em 1971, quando John Rawls escreve sua Teoria da Justiça, sua pretensão é elaborar uma concepção de justiça que ofereça uma alternativa viável às duas doutrinas que predominavam à época: o intuicionismo e, sobretudo, o utilitarismo⁵⁴. Sucintamente, o intuicionismo pode ser caracterizado a partir de suas duas principais características. Primeiro, haveria na sociedade diversos princípios de justiça, capazes de entrar em conflito entre si. Segundo, como o próprio nome da doutrina já indica, o intuicionismo considera não ser possível recorrer a um método objetivo para decidir qual dos princípios prevalecerá em caso de conflito ou para estipular uma prioridade entre eles. Frente à pluralidade de princípios, restaria apenas avaliá-los intuitivamente até alcançar uma decisão sobre qual princípio adéqua-se melhor ao caso concreto.

A corrente utilitarista merece maior atenção em virtude das críticas por ela recebida de Ronald Dworkin, que servirão de ponto de partida para expor suas ideias acerca do *judicial review*. Para o utilitarismo, a ordem social mostra-se correta e, portanto, justa, “quando suas principais organizações estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem”⁵⁵. Ainda que Rawls apóie-se, ao tratar da teoria moral utilitarista, em Henry Sidgwick, foram Jeremy Bentham e John Stuart Mill os maiores nomes da doutrina⁵⁶. O utilitarismo sustenta-se em três proposições

53 “When majoritarian institutes provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better.” DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: a moral reading of the American Constitution**. p. 17.

54 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 27.

55 RAWLS, John. **Idem**. p. 27.

56 O presente trabalho abordará apenas as formulações de Jeremy Bentham. Cf. ARAÚJO, Cícero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. In: BORON, Atílio A. **Filosofia moderna: De Hobbes a Marx**. São Paulo: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales e Faculdade de

logicamente interligadas que permitem, da natureza do gênero humano, chegar à natureza da comunidade.

Os indivíduos encontram-se sobre domínio de “dois senhores soberanos”: o prazer e a dor. Deles, são deduzidas a norma de justiça, que permite a distinção entre certo e errado, e a cadeia de causas e efeitos, que informa a ação humana. Neste sentido, o princípio da utilidade surge como decorrência da natural vontade do homem em aproximar-se do prazer e afastar-se da dor. A persecução da maior felicidade possível de todos indivíduos cujos interesses estão em disputa afigura-se como “a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável”⁵⁷ não só das ações individuais, como também das ações públicas. A terceira e última proposição define a natureza da comunidade, entendida como o conjunto de “todos aqueles cujos indivíduos cujos interesses estão em disputa”. No utilitarismo, portanto, o interesse da comunidade confunde-se com a soma dos interesses dos diversos de seus membros.

Entendida qual a natureza da comunidade, torna-se fácil vislumbrar o real objetivo das deliberações públicas, principalmente das deliberações públicas que envolvam o ato de legislar: o interesse da sociedade, que aqui deve ser lido como a soma dos interesses de cada um de seus membros individualmente considerados. Ao afastar-se do republicanismo clássico⁵⁸, cujas raízes aristotélicas entendem ser a comunidade entidade não equivalente à totalidade de membros, Bentham entende-a como uma “ficção necessária” composta pelos próprios indivíduos. É a partir de cada um deles que é conferida inteligibilidade à vida social. “O indivíduo é ele próprio um todo e é a soma desses pequenos todos que vai formar a comunidade”⁵⁹. A felicidade social não deve ser pensada fora da esfera privada e vinculada a um bem em separado. Deve a felicidade ser formulada como resultado da simples soma das felicidades individuais. Resultado disso é que, quanto maior for essa soma, maior

Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006.

57 “By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or oppose happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government”. BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Botoche Books: Kitchener, 2000. p. 14.

58 Cf. POCOCCO, J. G. A. **The Machiavelian Moment**. Princeton: Princeton University Press, 1975.

59 ARAÚJO, Cícero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. p. 274.

será a felicidade da comunidade.

O princípio da utilidade, fundamento do “cálculo felicitício”, manifesta dois atraentes aspectos da teoria utilitarista⁶⁰. Por um lado, ela não recorre a princípios metafísicos ou a autoridades soberanas para obter uma resposta acerca de qual solução deve ser dada a um conflito de interesses. Sua sugestão é pela avaliação das distintas opções disponíveis, levando em conta os interesses dos indivíduos que seriam afetados positiva ou negativamente pela escolha. Por outro lado, não é o conteúdo dos desejos e das preferências prejudicado. Os indivíduos, ainda que possuam aptidões intelectuais diversas, são isonomicamente aptos a sentir prazer ou dor. Vez que “cada qual conta por um, ninguém mais do que um”, quanto maior o número de beneficiados por uma decisão pública ou por uma legislação, maior será a felicidade da comunidade – no que será atingido seu real desejo e objetivo.

Ao reexaminar a teoria utilitarista⁶¹, John Rawls dispensa atenção especial à pretensa natureza igualitária que decorre do igual reconhecimento às diferentes preferências. A busca pela maximização do bem-estar geral parece demandar, em ordem de fazer-se possível, que as exigências majoritárias sejam atendidas sem a consideração de seu conteúdo ou do *status* de seus apoiadores. Neste sentido, as críticas de Rawls e Dworkin convergem quanto à possibilidade do utilitarismo incorporar “preferências ou gostos ofensivos”, cujos reflexos demonstrarão que a o utilitarismo só poderá honrar sua promessa igualitária através da incorporação de direitos, caso preferências externas sejam incluídas no “cálculo felicitício”.

As preferências de um indivíduo sobre os reflexos de determinada política pública podem ser interpretadas como externalizando ou uma preferência pessoal sobre seu aproveitamento de bens e oportunidades ou uma preferência externa sobre a alocação destes bens e oportunidades a terceiros – ou ambos⁶². Para ilustrar o argumento, recorre-se ao exemplo de uma faculdade estadual de direito que exclui negros de seu quadro discente. Um candidato branco talvez apóie essa política por

60 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. p. 4-7.

61 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 26-33.

62 “[T]he preferences of an individual for the consequences of a particular policy may be seen to reflect . . . either a personal preference for his own enjoyment of some goods or opportunities, or an external preference for the assignment of goods and opportunities to others, or both.” DWORGIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 234.

ela aumentar suas chances de ingressar na instituição – é sua preferência pessoal, portanto. Ou talvez ele apóie a política por não simpatizar com negros e por não aprovar o convívio social entre diferentes raças. Deste exemplo, conclui-se que preferências externas podem derivar de (pré)conceitos racistas ou, ainda, de moralismos, na hipótese de membros da comunidade repudiar sob pretextos moralizantes a homossexualidade, o aborto ou a “adesão ao Partido Comunista”⁶³.

A única forma defensável de utilitarismo deveria trabalhar apenas com as preferências internas e ignorar as preferências externas⁶⁴. Do contrário, a corrente não honraria com sua promessa igualitária, uma vez que as chances do interesse de cada indivíduo não mais dependeriam só do total de demandas pessoais sobre os bens e oportunidades, mas também do respeito e da consideração dispensada pelos membros da sociedade ao indivíduo. Se as preferências externas poderiam decidir qual a ação deve o poder público tomar, o fato da política pública promover o interesse da sociedade neste viés utilitarista não apresentaria justificativa adequada desta ação aos cidadãos cujo direito à igualdade não é respeitado⁶⁵.

Quando o legislador formula as políticas públicas, deve levar em conta o princípio da utilidade. Os argumentos de políticas – *policies* – procuram melhorar algum aspecto social da comunidade como um todo. Para tanto, demonstra-se que todos ou grande parte dos cidadãos seriam beneficiados se adotada aquela ou esta linha de política pública. É realizado, logo, um cálculo de prós e contras que segue a cartilha utilitarista. Há cálculos de maximização do bem-estar, porém, que devem ser rejeitados quando transpostos do nível individual ao social. O utilitarismo compara a comunidade a um corpo em que cada setor desempenha determinada função⁶⁶. Uma injeção, por exemplo, causa dor imediata. Mas, mediatamente, traz benefícios. Na esfera social, um cálculo de custos e benefícios pode ser repudiado por possibilitar a violação dos direitos da minoria em nome do bem-estar da maioria. Tal possibilidade

63 As preferências externas, entretanto, não são necessariamente políticas, moralistas ou políticas. Voltando ao caso da exclusão de negros da faculdade, talvez um candidato branco possa ser favorável à admissão e ao sucesso de negros, mas prefira a admissão e o sucesso de brancos. Ainda assim, esta preferência seria admitida por Ronald Dworkin como de natureza externa, vez que favorece um indivíduo em detrimento do outro na alocação de recursos e oportunidades. DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 235 e p. 275-276.

64 DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 276.

65 DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 235.

66 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. p. 8.

torna-se ainda mais plausível quando defende-se a felicidade como aspecto da condição humana merecedor de atenção normativa pelos legisladores.

Em uma democracia constitucional, os membros da comunidade aceitam que, enquanto agentes morais, são governados por princípios comuns e não por regras confeccionadas no calor dos compromissos políticos. Quando estão em jogo direitos constitucionais individuais, identificados como direitos de defesa⁶⁷, a decisão da comunidade não pode fundamentar-se no interesse social utilitarista, alcançado pela contabilização dos interesses individuais prós e contras específica política pública. “Nesse caso, não há públicos distintos, interesses diversos, mas somente a 'comunidade', um agente 'supra-individual’”⁶⁸. A comunidade pressupõe a proteção desses direitos individuais enquanto posições contramajoritárias, mesmo que salvaguardá-las inviabilize a concretização imediata do bem-estar coletivo. É em sua pretensão universalizante que se encontra o aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais. Não importando os valores que são compartilhados pela eventual maioria, os direitos fundamentais devem ser garantidos a cada cidadão.

Neste prisma, o direito é interpretado como o conteúdo moral traduzido ao código especificamente jurídico que imprime aos direitos fundamentais o *status* de incondicionalidade frente aos demais bens ou valores sociais⁶⁹. Da imperatividade dos direitos decorre sua função de trunfos diante de atos coletivos justificados por políticas voltadas à maximização dos interesses coletivos. Fundamentar decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral não significa, neste sentido, recorrer a bases extrajurídicas, uma vez que este conteúdo moral foi reconhecido e

67 Norberto Bobbio preocupa-se em traçar a linha entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, que compreenderiam os direitos humanos positivados pela ordem jurídica, dividem-se em duas categorias. O primeiro abarca os direitos individuais e civis consagrados pela Revolução Francesa e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em seu contexto histórico, da transição do Estado absolutista para o Estado liberal, os direitos de defesa representavam o poder de resistência dos cidadãos em face do Estado absolutista. Se o primeiro grupo abstratamente equiparava os sujeitos em sua igualdade e liberdade, o segundo grupo de direitos fundamentais voltou-se às desigualdades fáticas entre os sujeitos, indo além das abstrações de igualdade e liberdade. Através dos direitos econômicos, sociais e culturais, ataca-se as causas que impediam – e ainda impedem – a igual satisfação pelos sujeitos de suas necessidades. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

68 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 49.

69 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74.

assimilado aos princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico. Assim, percebe-se que “certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral”⁷⁰.

É necessário que a democracia forneça os instrumentos de auto-governo, mas o vínculo essencial entre o regime democrático e os direitos individuais pode ser defendido apenas se a democracia for concebida como “algo a mais do que a regra da maioria”⁷¹. Deve ser concebida como uma parceria entre os cidadãos que pressupõe simultaneamente direitos individuais e procedimentos majoritários. A diferenciação interna ao direito entre direitos e políticas reforça a distinção entre duas formas específicas de discurso. Assim, garante-se a primazia de argumentos de princípios face à argumentação consequencialista e pragmática das políticas. O Poder Legislativo é a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos da arena política, cuja incorporação no discurso judicial dar-se-á de forma seletiva e condicionada, conforme a função de filtro atribuído aos direitos fundamentais, de linguagem deontológica, no ordenamento jurídico⁷². Uma decisão legislativa com base em diretrizes políticas só poderá ser revogada por decisões judiciais apoiadas em argumentos de princípios.

A jurisdição constitucional e a legislatura exercem funções necessárias ao desenvolvimento da democracia, possuindo cada uma sua esfera de atuação e sua racionalidade. Ao passo que a Assembleia é o fórum da política, é a Corte o fórum do princípio⁷³. O Direito não se esgota na noção de princípios: existem, ao seu lado, as regras. As regras são preceitos jurídicos de reduzido teor de abstração e generalidade, cujas condições de aplicabilidade são claramente indicadas por seu enunciado⁷⁴. Compreendem relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas

70 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: ente facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 256.

71 DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, n. 3, May. 1998. p. 457.

72 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. p. 58.

73 O Poder Legislativo pode muito bem deliberar suas políticas públicas com base em princípios e em políticas. Já o Poder Judiciário deve necessariamente valer-se dos princípios em suas decisões de revogação de atos legislativos.

74 BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 86.

e aplicáveis a um conjunto limitado de casos. A incidência da regra adéqua-se à fórmula do “tudo ou nada”. Ou é aplicada plenamente sobre a situação, se verificado seu pressuposto fático, ou é afastada naquele específico caso, se verificada a não subsunção do fato ao enunciado.

As antinomias, eventuais conflitos entre regras dentro do ordenamento jurídico, são solucionados por três critérios fundamentais: cronológico, hierárquico e de especialidade⁷⁵. De acordo com o primeiro critério, também conhecido como *lex posterior derogat priori*, de duas normas incompatíveis, prevalecerá a sucessiva. O critério hierárquico, *lex superior derogat inferiori*, postula que, das duas normas, a norma hierarquicamente superior prevalecerá. Por último, conflitando uma regra geral e outra especial, prevalecerá esta – é o critério da especialidade, ou *lex specialis derogat generali*. De modo resumido, a aplicação de uma regra à situação concreta afastará a incidência de qualquer outra. Os conflitos não são resolvidos, mas sim “eliminados” através do emprego destes critérios⁷⁶.

Por sua vez, os princípios não obedecem à fórmula de incidência do “tudo ou nada”, apenas conduzindo a argumentação num certo sentido. É da natureza sua, cuja estrutura é aberta e de maior grau de abstração, uma maleabilidade em seu conteúdo – também chamada de *calibragem*⁷⁷. Em razão disso, é plausível que dois ou mais princípios contraditórios entre si sejam aplicáveis ao mesmo caso. Ao contrário do sucedido com as regras, não pode o intérprete decidir pela incidência exclusiva de um princípio em detrimento do outro⁷⁸. Se a colisão entre princípios faz-se presente, deverá o julgador ponderar⁷⁹ casuisticamente a força relativa de cada um deles, para assim determinar qual prevalecerá, sem que isso exclua o princípio preterido naquela situação do ordenamento jurídico.

Essa fronteira entre regras e princípios nem sempre é clara. Muitas vezes as normas confundem-se, em razão de possuírem uma forma muito próxima. Serão

75 Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 228-254.

76 COELHO, Inocência Mártires. **Hermenêutica constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2003. p. 81.

77 BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. p. 87.

78 BINENBOJM, Gustavo. **Idem**. p. 87.

79 Apenas para não passar batido pelo debate acerca da ponderação e proporcionalidade, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

termos como razoável, injusto e significativo que fazem uma disposição funcionar como regra, do ponto de vista lógico, e como princípio, do ponto de vista substantivo. A inclusão desses termos vincula a aplicação da regra a princípios e diretrizes políticas que ultrapassam seu enunciado, o que não implica torná-los em princípios, sendo mantida sua natureza de regra⁸⁰. Os princípios protagonizam a solução das controvérsias judiciais mais complicadas⁸¹. Quando ponderados, cedem espaço a regras cuja aplicação não se restringe àquele caso em específico.

Ronald Dworkin desenvolve seu modelo instituinte de direitos, alicerçado em conteúdos morais, a partir da crítica à concepção normativista, representada sobretudo pelo positivismo de Herbert Hart. Em casos cuja solução não pode ser encontrada nas regras do ordenamento jurídico, seja porque elas não são claras ou seja porque não estão previstas, seria ela obtida através da discricionariedade do magistrado⁸². Um caso é rotulado como “difícil”, configurando-se em autêntico *hard case*, quando não oferece ao juiz, na análise preliminar, uma interpretação que prevaleça sobre outra, ficando ele entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado⁸³. Ao decidir deste modo, ele cria e aplica de modo retroativo uma nova regra, não importando qual seu esforço argumentativo em situá-la enquanto direito pré-existente para, assim, salvaguardar a ficção da segurança jurídica. O momento de abertura do Direito em muito pouco afetará a segurança jurídica, uma vez que a discricionariedade judicial é limitada e intersticial⁸⁴. Custaria menos à coesão social e à democracia a resolução de um único caso por meio de uma decisão discricionária do que não provê-lo com nenhuma resposta.

O entendimento de Dworkin opõe-se completamente à teoria da decisão de Hart. Quando o juiz depare-se com um caso difícil, em que não existe ao seu alcance norma claramente aplicável à situação, ele legisla novos direitos e aplica-os retroativamente. Porém, ao agir deste modo, o magistrado causa insegurança e,

80 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

81 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 46.

82 A discricionariedade judicial é a terceira das três teses básicas do modelo positivista de Herbert Hart, ao lado da tese das fontes sociais do Direito e da tese da separação conceitual do Direito e da moralidade. STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV 5**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan./jun. 2007. p. 110-111.

83 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 306.

84 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. p. 112.

potencialmente, incorre em decisões injustas⁸⁵. A segunda tese do positivismo de Hart, segundo a qual as conexões entre o Direito e a moral são contingentes⁸⁶, é negada. Os vínculos são lógicos e conceitualmente necessários. Logo, uma teoria sobre a validade da lei não seria neutra, mas sim interpretativa. Com efeito, é seu modo de exercício que deve ser justificado⁸⁷.

Embora não seja o responsável imediato pela construção doutrinária do princípio da proporcionalidade, conceito este ligado à ideia de proporcionalidade, Robert Alexy é talvez o autor de maior destaque internacional a trabalhar com o tema. Não restam dúvidas, porém, de que é o autor mais evocado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão de questões sobre o princípio da proporcionalidade⁸⁸. Para Alexy, o princípio conferiria racionalidade ao discurso jurídico através de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – ou balanceamento. De forma sucinta, o juiz levantaria três pontos ao resolver um conflito entre princípios. Primeiro, se a medida adotada mostra-se suficiente e efetiva à resolução do caso. Segundo, se é a menos prejudicial possível ao princípio ali preterido. Por fim, deve o juiz ponderar os custos e os benefícios da decisão. As três etapas que compõem o princípio da proporcionalidade buscam garantir segurança e objetividade ao discurso do intérprete. “É um forte motivo para a construção de uma legitimidade discursiva por intermédio da racionalidade metódica”⁸⁹.

Há quem sustente, porém, ser o sopesamento apenas uma saída fácil para obter a resposta mais conveniente, uma “expressão de uma certa preguiça em face do trabalho interpretativo”⁹⁰. Na Alemanha, três autores aproximam-se na crítica ao

85 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 128.

86 “Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

87 DWORKIN, Ronald. Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1, 2004. p. 2.

88 BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz (org.). **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1. p. 571.

89 BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. p. 571.

90 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84.

seu emprego exagerado como forma de aplicação do direito, referindo às pretensas subjetividade e irracionalidade do método do sopesamento⁹¹. Para Friedrich Müller, não passaria da manifestação das pré-compreensões do intérprete e dos vínculos afetivos entre ele e o caso concreto. A ponderação mais indicaria uma sugestão do que uma decisão propriamente dita. Em crítica muito similar à de Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma ser o sopesamento uma saída fácil para alcançar a resposta desejada. Alçada à condição de instrumento primeiro de aplicação dos direitos fundamentais, o sopesamento retira da constituição sua normatividade e imperatividade, transformando-a em mero material a ser calibrado pelo juiz. A crítica de Jürgen Habermas dirige-se ao risco à garantia do caráter deontológico dos direitos fundamentais, que passariam a ter um caráter axiológico e teleológico.

Diante de um *hard case*, em que não há uma regra pré-estabelecida que disponha claramente sobre a situação fática e em que uma das partes possui um direito cuja pretensão deve ser judicialmente assegurada, não são procedimentos mecanicistas que permitirão ao juiz alcançar a única resposta certa e descobrir qual direito deve ser tutelado. Concebê-la como única resposta não pressupõe a impossibilidade de desacordos substantivos ou a formulação de idêntica resposta por todos os juízes⁹². Trata-se de uma postura hermenêutica a ser adotada pelo intérprete do Direito, trabalhada a partir da situação fática e fundamentada em princípios jurídicos – entendidos aqui em sua integridade⁹³.

A integridade, como visto acima, é aceita enquanto um ideal político distinto. Reflexo disso é a aceitação do princípio adjudicativo da integridade como soberano sobre a aplicação da lei, em razão do desejo que possuem os cidadãos em tratar a si mesmos como uma associação de princípios – “uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça, equidade e devido processo legal em uma relação correta”⁹⁴. No campo do Direito, a integridade representa a densificação vivencial do ideal de comunidade de princípios em que seus membros reconhecem-

91 SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 364-366.

92 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 81.

93 KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 43.

94 KOZICKI, Katya. **Idem**. p. 46.

se reciprocamente como livres e iguais e, sobretudo, como coautores das leis que redigiram para guiar a vida cotidiana em comum⁹⁵.

Entretanto, conceber uma única resposta pressupõe a objetividade moral, de acordo com a qual existiriam respostas corretas a dilemas morais. Da tese da unidade do valor, que afirma a identificação entre valores éticos e morais, infere-se a existência de uma verdade interpretativa, da qual decorrerá a chance de que julgamentos morais e políticos possam ser verídicos. Não alicerçando em fatos morais sua argumentação, irá o intérprete sustentar que a verdade dos valores morais apóia-se nos argumentos que a ele dão causa. Conclui-se que sua natureza seria argumentativa. “A partir da existência dessa verdade interpretativa, é possível também defender a objetividade (e verdade) na interpretação jurídica, corolários da tese da resposta certa”⁹⁶. Ainda que gerais e abstratos, os princípios exigem do intérprete sua densificação, com especial consideração à história institucional e à coerência dos princípios vinculados ao Direito. Não haveria uma discricionariedade forte como no positivismo: caso houvesse, seria apenas fraca⁹⁷. Ao invés das regras, que trazem consigo regulamentação pormenorizada sobre a conduta que deverá o agente adotar, os princípios são responsáveis por densificar o ambiente decisório.

Para chegar à resposta correta, há um caminho a ser trilhado pelo juiz e, em ordem de fazê-lo, deve ele aceitar alguns pressupostos. Conhecido também como Hércules, o juiz acreditará na responsabilidade atribuída aos seus pares em, mais do que aceitar as leis já positivadas, obedecer aos precedentes de seu tribunal ou dos tribunais superiores. O vínculo entre a justificação política da ideia de criação dos direitos através das leis e o direito supostamente instituído pela lei objeto do caso difícil será alicerçado a partir da intenção da lei e do conceito de princípios que há subentendido às regras positivas. Cria-se “a ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa regra requer”⁹⁸.

95 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. p. 67.

96 KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. p. 45.

97 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 200.

98 DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do

O caminho percorrido por Hércules na busca pela melhor e única resposta envolve cinco passos. O primeiro passo é encontrar uma teoria coerente sobre os direitos em conflito que, caso seguida pelos membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, conduziriam-os a respostas semelhantes às decisões proferidas pelos tribunais. Para isso, é imprescindível estudar a Constituição e compreender quais as regras lá esculpidas, as interpretações judiciais já formuladas e a filosofia política por detrás dos direitos resguardados na Carta⁹⁹. Feito isso, o segundo passo consistirá em verificar a correspondência entre as possíveis soluções ao caso que Hércules tem diante de si e a melhor interpretação do histórico das decisões anteriores. Busca-se a leitura que adequadamente condiciona o fixado pelo legislador naquela lei a partir de outras leis promulgadas e a partir das responsabilidades de Hércules enquanto um juiz. Além dessa busca, cabe a ele a reflexão sobre os argumentos de princípio e de política que motivariam o Poder Legislativo a promulgar a lei em questão, cujo fim será desvelado pela teoria política empregada por Hércules¹⁰⁰.

Existindo hipóteses que se contraponham, deverá ser encontrada qual delas é a correta – o que será feito por Hércules no terceiro passo de sua cruzada, tendo em vista que “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e equitativa do direito”¹⁰¹. Aceitando a tese dos direitos, a interpretação dos precedentes em muito diferenciar-se-á da simples interpretação das leis. Para decifrar a linguagem das leis, Hércules utilizará os argumentos de princípio e de política que possivelmente animaram o legislador em seu ato. Embora sua linha de raciocínio mantenha-se firme nos princípios, a política é ferramenta valiosa por evidenciar os direitos instituídos pelo Legislativo. Já na interpretação dos precedentes, o juiz Hércules, no desempenhar desta tarefa, “atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas”¹⁰². Se norteado pela teoria

Direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, ano IV, n. 4, 2007. p. 149.

99 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. p. 165-168.

100 DWORKIN, Ronald. **Idem**. p. 168-171.

101 DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. p. 152-53.

102 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. p.173.

política subjacente à Constituição, encontrar-se-á a resposta correta ao *hard case*.

Em quarto lugar, eliminam-se todas as decisões que possivelmente sejam incompatíveis com a ideia social de prática jurídica. Partindo dos precedentes, o magistrado construirá a cadeia de princípios que fundamenta o direito costumeiro e que justificará coerentemente a tomada não só da sua decisão naquele caso, mas de todas as decisões já tomadas naquela comunidade¹⁰³. Ao estudar as decisões prévias, o juiz atentarà à força gravitacional contida nas decisões posteriores, que residirá em sua capacidade de prover os casos semelhantes com respostas semelhantes – residirá, portanto, em sua equidade. Os precedentes não estão limitados em sua forma lingüística, mas sim na extensão de seus argumentos de princípio. Ao decidir, o juiz dificilmente não considerará as decisões prévias e, usualmente, buscará uma coerência entre a sua decisão e as decisões anteriores.

O quinto e último passo será dado quando colocada à prova a interpretação escolhida para justificar as estruturas e as decisões políticas prévias da comunidade. Por mais que Hércules dê cada passo cuidadosamente, está ele consciente da possibilidade em alcançar uma decisão que não se encaixe na cadeia de princípios. Neste caso, a atitude a ser tomada pelo magistrado é “ampliar sua teoria de maneira a incluir a idéia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco”¹⁰⁴. Por força da falibilidade inerente aos magistrados, seja Hércules ou não, é imprescindível a formulação de uma teoria sobre erros que será delineada a partir de duas distinções básicas entre autoridades e entre erros¹⁰⁵. As autoridades distinguem-se em autoridade específica, que compreende o condão de uma lei ou de um precedente em produzir os efeitos exatamente previstos pelo seu enunciado, e conseqüências institucionais, que apenas estabelecem qual o poder gravitacional da lei e do precedente. Realizada essa primeira distinção, chega-se à conclusão de que o erro judicial opera efeitos apenas sobre a força gravitacional, não prejudicando a autoridade específica do ato normativo.

Embora impliquem o decréscimo do poder gravitacional, há uma espécie de erro que em nada prejudica os efeitos da lei e do precedente sobre casos concretos. Serão desta natureza os erros cuja autoridade específica encontra-se tão enraizada

103DWORKIN, Ronald. *Idem.* p. 183.

104DWORKIN, Ronald. *Idem.* p. 189.

105DWORKIN, Ronald. *Idem.* p. 189-190.

na cultura legal social que sobrevive à perda da força gravitacional, ao contrário dos erros passíveis de correção, que conduzem à perda da autoridade específica – vez que esta depende da força gravitacional. Se deixada de lado por ser considerada um erro, a lei perderá sua força gravitacional, mas manterá intacta sua autoridade específica, não podendo, portanto, ser revogada. Já nos casos de decisões judiciais, caso enquadradas como um capítulo errado no romance de princípios, perderá sua força gravitacional e, por mais que a doutrina preserve sua autoridade específica, não passará de “destroços de um naufrágio jurídico”¹⁰⁶.

Uma teoria que explique seus erros encontra maior respaldo do que outra teoria qualquer que simplesmente não os admita. Concebidas a partir da equidade e da integridade do ordenamento jurídico, as decisões proferidas por seus agentes vinculam à sua história institucional como se compusessem um programa político que será objeto de contínuo e cauteloso aperfeiçoamento. Da cuidadosa escrita de cada um dos capítulos do romance, infere-se que a equidade que deverá permear cada decisão judicial liga-se mais às suas futuras aplicações e implicações dentro do ordenamento do que seus eventuais reflexos passados. Se o juiz considerar errado um precedente, tê-lo como um erro institucional, atrai para si o ônus de provar que, por mais que esta decisão possuísse qualquer atrativo, já não apresenta força suficiente para continuar a exercer força gravitacional e, consequência disso, não servirá de pilar a novas decisões, pois o argumento da equidade que lhe dá base encontra-se prejudicado. Assim, se “puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que este princípio é injusto, a despeito de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado”¹⁰⁷.

106“Se negar força gravitacional da lei da limitação da responsabilidade das companhias aéreas, a lei não se verá assim revogada; o erro está implantado de tal maneira que sua autoridade específica sobrevive. Hércules deve continuar a respeitar as limitações que a lei impõe à responsabilidade, mas não a usará para argumentar em favor de um direito mais fraco em algum outro caso. Se Hércules aceitar alguma doutrina estrita do precedente, e considerar errada alguma decisão judicial, como aquela que nega um direito nos casos de negligência praticada pelos contadores, então, nesse caso, a doutrina estrita poderá preservar a autoridade específica dessa decisão, que pode limitar-se à sua força gravitacional. Ela se transformará, nas palavras do juiz Frankfurter, em destroços de um naufrágio jurídico ou em uma carga jurídica jogada ao mar”. DWORKIN, Ronald. **Idem.** p. 190.

107DWORKIN, Ronald. **Idem.** p. 191.

2 DESACORDOS SOBRE JUSTIÇA: DESVINCULAÇÃO ENTRE SUBSTÂNCIA E PROCEDIMENTO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade* não tardou a ser rebatida pelo Congresso em 1976, por meio da promulgação da *Hyde Amendment*, cujo mérito era restringir a destinação de recursos federais a serviços clínicos de aborto, resguardando apenas os casos em que a gestação representasse perigo à vida da gestante, decorresse de estupro ou de incesto. Também não tardou para que a constitucionalidade da Emenda fosse questionada junto à Suprema Corte. Em 1980, a decisão em *Harris v. McRae* entendeu que os estados-membros da federação não eram obrigados a financiar serviços médicos cujo custeio pelo programa federal de saúde era vetado pela Emenda Hyde. Apenas os procedimentos reembolsados pela União seriam exigíveis.

Se *Roe v. Wade* representou uma vitória, *Harris v. McRae* levantou críticas dos movimentos em prol dos direitos das mulheres. Entre os anos de 1953 e 1969, quando presidida por Earl Warren, a jurisprudência da Suprema Corte caracterizou-se por um ativismo judicial de feições esquerdistas¹⁰⁸. Já com a ascensão de Warren Burger ao cargo de *Chief Justice*, a jurisprudência revelou-se “ecclética” o suficiente para não promover maiores retrocessos à agenda liberal. Nesse momento, somente detalhes do instituto do *judicial review* eram criticados pelos liberais, que em nada questionavam sua essência. Porém, no começo de 1994, a Corte passou a adotar um ativismo judicial crescentemente conservador, exercendo um maior controle sobre as leis e os atos normativos do Congresso. Foi especialmente no termo 2002-2003¹⁰⁹, com a *Rehnquist Court*, que as decisões judiciais mostraram-se contrárias às atitudes do Congresso, ao regime constitucional do *New Deal*, aos réus criminais, aos petionários de habeas corpus e às minorias. Direitos de propriedade e direitos federativos encontraram, por sua vez, acolhimento e proteção na Corte.

Com *Bush v. Gore*¹¹⁰, a Corte extrapolou os limites liberais e passou a receber

108FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. **University of Cincinnati Law Review**, v. 72, 2004. p. 1260.

109Cf. Legal Information Institute of the Cornell University Law School. **Highlights of the Supreme Court's 2002-2003 term**. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/03highlts.html>>. Acesso em 21 de junho de 2012.

110Cf. DWORKIN, Ronald. **A badly flawed election: debating Bush v. Gore, the Supreme Court and**

críticas fortes. A novidade está não nas críticas voltadas ao conteúdo das decisões, mas sim nos questionamentos acerca de seus fundamentos e na natureza extrema dos remédios propostos pelos críticos liberais¹¹¹, como reformas estruturais e novos parâmetros para o exercício da revisão judicial. A raiz da crítica liberal hoje está na reivindicação da Suprema Corte como a única intérprete do texto constitucional.

As críticas conservadores levaram mais tempo para ganhar força. Desde sua criação, no século XIX, a revisão judicial era celebrada como maior salvaguarda às liberdades e garantias fundamentais. Benquista pelos liberais na década de 50, a Corte Warren evidenciou a dificuldade contramajoritária aos conservadores, cujas críticas à época convergiram em torno da corrente interpretativa do originalismo. Ao interpretar a Constituição, os *Justices* deveriam fazê-lo de acordo com o sentido que os Constituintes teriam dado às disposições da Carta¹¹². Seria necessário que os valores e princípios que animaram James Madison e demais *founding fathers* em 1787 fossem buscados pela Corte. O descontentamento conservador, primeira vez sentido em 1950, encontrou seu fim apenas em 2002, com um ativismo judicial que agradou aos setores mais conservadores da sociedade norte-americana, embora as expectativas fossem inicialmente negativas. Deste breve apanhado histórico, extrai-se a conclusão de que tanto liberais quanto conservadores julgam a atuação do Poder Judiciário conforme suas opiniões imediatas¹¹³. Resultado dessa consideração a curto prazo é que ambas as correntes revezam-se no posicionamento acerca da revisão judicial: ora favoráveis, ora contrários.

Para Barry Friedman, este resgate presta-se à justificação preliminar de sua proposta por uma abordagem positiva da jurisdição constitucional¹¹⁴. Aqui, seu papel é ilustrar a presença perene de um elemento até então negligenciado pela filosofia política. “Uma teoria da Justiça”, obra de John Rawls, inaugurou um novo momento

American democracy. New York: The New Press, 2002.

111FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. p. 1262.

112“*The core idea of the originalism is that when we give meanings to the words of the Constitution, we should use the meanings that the people who adopted those constitutional provisions would have assigned.*” STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 10.

113FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. p. 1266.

114Trata-se do *positive approach* proposto por Friedman. Influenciado pelas ciências sociais, sua preocupação dirige-se ao desenvolvimento de uma teoria sobre o “por que” e o “como” do funcionamento das instituições políticas. FRIEDMAN, Barry. Idem. p. 1257.

no pensamento filosófico liberal. As críticas à obra, proferidas pelas mais variadas correntes filosóficas, culminaram na reformulação das primeiras ideias de Rawls e na publicação de seu “Liberalismo político”, em que o autor dedica-se à elaboração de uma concepção neutra de justiça que não dispute espaço com a infinidade de doutrinas abrangentes, sejam elas de natureza ética, filosófica ou religiosas, que coexistem na plural. O principal objeto do presente capítulo será o desacordo e, para melhor analisá-lo, serão imprescindíveis as problematizações levantadas por Jeremy Waldron sobre a categoria rawlsiana de razão pública. De início, importa trazer as ideias principais de Rawls e providenciar um ponto de partida para a exposição posterior das ponderações de Waldron acerca da impossibilidade de instituir um consenso sobreposto. Constatado que “o desacordo à flor da pele sobre justiça continua a ser a condição mais gritante da política”¹¹⁵, a atenção volta-se às suas consequências institucionais para, assim, oferecer um contraponto às ideias já vistas de Ronald Dworkin e preparar terreno para a proposta do diálogo.

2.1 Problematizando o consenso sobreposto: desacordos sobre justiça para além do alcance da razão pública

A filosofia da história de Georg Hegel dedica-se à análise das relações entre a sociedade e o Estado, na Europa Ocidental, a partir da redefinição do conteúdo destas interações no desenvolver das cinco mais relevantes conjunções críticas – ou dos mais relevantes momentos políticos: i) a organização da democracia na Grécia antiga; ii) o surgimento do cristianismo em Roma; iii) a instituição da ordem medieval através dos reinados de Carlos Magno e Gregório VII; iv) a Reforma Protestante, lançadas as fundações do Estado moderno europeu; e v) a Revolução Francesa, responsável por definir os contornos do governo representativo popular¹¹⁶.

Chegando à era moderna, “o direito da particularidade do sujeito de encontrar sua satisfação ou, o que é mesmo, o direito da liberdade subjetiva, constitui o ponto

115WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 163.

116“O conceito de conjunções críticas é utilizado neste artigo a partir da histórica comparada e das teorias de path dependence, para captar a singular condição causal das repentinas e significativas mudanças políticas que reformulam periodicamente as relações entre sociedade e Estado.” METTENHEIN, Kurt Von. **Conjunções Críticas da Democratização: as Implicações da Filosofia da História de Hegel para uma Análise Histórica Comparativa**. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 24 de junho de 2012. p. 1.

crítico e central na diferença entre o tempo moderno e a antiguidade”¹¹⁷. O princípio da autonomia da liberdade individual é o símbolo maior do progresso trazido pela modernidade. No entanto, situá-lo adequadamente na teoria de Hegel requer uma cuidadosa análise. No prisma jurídico e político, o princípio da autonomia implica a aceitação dos direitos individuais defendidos pelo jusracionalismo moderno e presentes na teoria liberal clássica. Respeita-se o interesse particular e o direito subjetivo, que devem ser espontaneamente determinados pelo indivíduo sem haver qualquer ingerência. Quando considerados a partir de um ponto de vista lógico conceitual, os pontos liberais básicos são criticados em razão do caráter abstrato do individualismo em conceber o indivíduo como objetivo e princípio do Estado¹¹⁸.

No liberalismo, compete às instituições civis proteger e preservar a liberdade individual de seus membros na esfera de relações sociais e econômicas em que prevalecem os interesses individuais da sociedade civil burguesa. O Estado, por sua vez, não possui como norte “um contrato, nem sua essência substancial é, de modo incondicional, a defesa e a garantia da vida e da propriedade dos indivíduos singulares”¹¹⁹. Não pode o Estado operar segundo as categorias de direito privado e princípios éticos dos benefícios pessoais. Com a particularidade, responsável pela mediação entre o particular e o universal, encontra-se o caminho para cumprir a tarefa central da filosofia política: a conciliação entre liberdade individual, principal valor do liberalismo, e uma ordem social fundada na prioridade do público¹²⁰.

O diagnóstico sobre as consequências da moralidade subjetiva sobre os indivíduos, sobre o fato de “a sociedade política não mais existe e a comunidade encontra-se desagregada”¹²¹, já antecipava o problema central da filosofia política: a forma como os indivíduos enxergam-se como filiados à comunidade política, quais

117“*El Derecho de la particularidad del sujeto a sentirse satisfecho o, lo que es lo mismo, el derecho de la libertad subjetiva, constituye el punto crítico y central de la diferencia entre la Antigüedad y la Edad Moderna.*” HEGEL, G. W. F. **Filosofia del derecho**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968. p. 125.

118RAMOS, Cesar Augusto. Rawls, Hegel e o liberalismo da liberdade. **Veritas**, Porto Alegre, v. 50, n. 1, mar. 2005. p. 49.

119“*Sólo que el Estado no es un contrato, ni su esencia sustancial en la defensa y garantía de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional.*” HEGEL, G. W. F. **Filosofia del derecho**. p. 109.

120COUTINHO, Carlos Nelson. **Hegel e a democracia**. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 24 de junho de 2012. p. 4.

121GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 36.

vínculos que possui com os demais cidadãos e quais responsabilidades implicadas à vida em sociedade. Com isso, o *ethos* da democracia coloca em evidência “as condições de possibilidade e o modo de uma 'justificação pública' de normas legítimas em discursos democráticos”¹²². Concebê-lo na realidade das sociedades do século XXI exige uma resposta mais complexa e completa, frente à coexistência de convicções éticas que não raramente se contrapõem.

Dos dois dilemas que este fenômeno impõe à filosofia política, Michael Walzer joga luz sobre o primeiro deles¹²³. Os laços de cooperação e associação fragilizam-se gradualmente nas modernas democracias capitalista. A solidariedade familiar, a assistência mútua e a afinidade política não são firmes e sólidas como já o foram. Estranhos são menos dignos de confiança e as cidades mais barulhentas e sujas: “a imagem Hobbesiana de sociedade é mais persuasiva do que era anteriormente”¹²⁴. Questiona-se, então, como fomentar solidariedade social e autogoverno democrático em uma sociedade cujos vínculos entre os cidadãos estariam dissolvidos em grande parte. O segundo dilema é adiantado por Jürgen Habermas¹²⁵. Afastando a análise de Karl Marx sobre as crises na sociedade capitalista, vez que a aliança entre o Estado do Bem-Estar Social e o capitalismo rendeu frutos, argumenta que as crises geradas pela esfera econômica seriam transferidas à esfera cultural através da ação estatal. O reflexo deste deslocamento seriam problemas de integração social que minariam os recursos exigidos pelo Estado na condução da economia e provocariam a perda de legitimidade das instituições governamentais.

À questão do *ethos* da democracia, a teoria política liberal ofereceu duas respostas. Cada uma delas, ao discorrer sobre quais aspectos compartilhados entre os membros da comunidade política que promoverão estabilidade e solidariedade social, traz conceitos específicos de cidadania e espaço público. Ambas convergem, entretanto, na neutralidade ética de justificação dos princípios liberais. Trata-se dos teóricos liberais que, como visto no primeiro capítulo, recusaram ambas as críticas

122FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 115.

123Cf. WALZER, Michael. **Radical Principles**. Nova York: Basic Books, 1980.

124“*The Hobbist account of society is more persuasive than it once was.*” WALZER, Michael. The civil society argument. In: MOUFFE, Chantal (ed.). **Dimensions of Radical Democracy**: Pluralism, Citizenship, Community. London: Verso, 1992. p. 91.

125Cf. HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

comunitaristas e não inseriram qualquer elemento ético à teoria. A primeira resposta é formulada por Charles Larmore, em muito acompanhado por Bruce Ackerman, cuja compreensão sobre o liberalismo remete a procedimentos discursivos e deliberativos delineados pelas regras do diálogo racional e do igual respeito. A moralidade política é desenvolvida a partir de um ponto de vista público e reflexivo baseado em termos aceitáveis, e não verdadeiros. O papel do Estado é circunscrito à concepção moral mínima¹²⁶ e o objeto do liberalismo limitados aos princípios políticos fundamentados em razões morais que proporcionem os fundamentos da moralidade, abandonando as tentativas de fazê-lo por meio de ideais substantivos de vida boa¹²⁷.

O princípio da neutralidade garantirá o mínimo moral exigido pelas condições subjetivas modernas: “a crescente consciência de que pessoas razoáveis tendem a divergir e discordar sobre a natureza de uma vida boa”¹²⁸. Apenas os princípios neutrais podem ser justificados sem referência a concepções pessoais éticas de vida boa. Retirar destes conteúdos todo e qualquer conteúdo moral tornaria impossível o cumprimento da primeira “tarefa” do liberalismo – qual seja, fixar os limites morais dos poderes do Estado com base em um valor comum reconhecido e promovido. Como consequência, é preciso de uma justificação neutra que servirá de plataforma ao diálogo liberal também neutro, que será travado apenas a partir dos elementos essenciais comuns às diferentes moralidades. A melhor das justificações observará as normas do diálogo racional e do igual respeito. Logo, a primeira condição a ser atendida impõe que os valores compartilhados constituam ponto de partida para a resolução de conflitos e que as ações necessárias para tanto sejam razoavelmente justificáveis a todos os atingidos.

São três as dificuldades enfrentadas pelo *modus vivendi* de Charles Larmore, uma vez que “uma coisa é defender a primazia de princípios fundamentais da justiça política justificados de forma imparcial; todavia, uma outra é tematizar sua realização numa comunidade política”¹²⁹. As convicções morais primárias não dispõem de um

126LARMORE, Charles. Political liberalism. **Political Theory**, New York, v. 18, n. 3, aug. 1990. p. 340.

127NICOLACOPOULOS, Toulia. **The Radical Critique of Liberalism**: In Memory of a Vision. Melbourne: re.press, 2008. p. 144.

128“*The increasing awareness that reasonable people tend to differ and disagree about the nature of the good life.*” LARMORE, Charles. Political liberalism. p. 339 – 340.

129FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. p. 121.

critério com substância suficiente que justifique a exclusão posterior de argumentos éticos do espaço público¹³⁰. Critérios procedimentais de boas razões são assimilados na condição de critérios substantivos a delimitar os argumentos aptos ao discurso de justificação. Em relação ao espaço público, o *modus vivendi* concebe os domínios privado e domínio público, os espaços do bem e da neutralidade como se fossem separados por uma linha rígida e visível. Em sintonia com Ackerman e seu princípio de restrição ao debate¹³¹, os ideais morais controversos devem ser excluídos da agenda política liberal. Essa exclusão ignora as diversas desigualdades que, embora tradicionalmente ligadas à esfera privada, merecem discussão no domínio público, como a violência de gênero. O conceito de cidadania delineado pelo *modus vivendi* é contraditório: ao mesmo tempo em que atribui ao indivíduo a aptidão para decidir e excluir do debate público as questões eticamente problemáticas, considera-o inapto à discussão de seus posicionamentos e à obtenção de consensos ou compromissos.

A segunda resposta ao *ethos* da democracia é formulada por John Rawls, que em obras posteriores dedicou-se ao reexame e à reformulação da sua teoria da justiça¹³². Embora não admita, esse movimento ocorreu em grande parte devido às críticas recebidas – em especial, as críticas de Michael Sandel sobre o liberalismo fundar-se em uma concepção liberal de vida boa que tornaria-a incapaz de garantir uma base estável¹³³. É possível encontrar semelhante crítica em Alasdair MacIntyre, para quem o liberalismo fundamenta-se em pontos de partida liberais não neutros¹³⁴. Chega-se à imagem de uma sociedade composta por indivíduos, cada qual com seus interesses próprios, que depois reunir-se-iam para formular as regras comuns da vida social. Nesta formulação, os indivíduos encontram-se em primeiro plano, vindo a sociedade apenas em um segundo momento. Os interesses particulares são

130FORST, Rainer. *Idem*. p. 121.

131“*We should simply say nothing at all about this disagreement and put the moral ideals that divide us off the conversational agenda of the liberal state. In restraining ourselves in this way, we need not lose the chance to talk to one another about our deepest moral disagreements in countless other, more private, contexts.*” ACKERMAN, Bruce. Why dialogue? **The Journal of Philosophy**, New York, v. 86, n. 1, jan. 1989. p. 16.

132Cf. RAWLS, John. Justice as fairness: political, not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, summer 1985. p. 223-225. Também, cf. RAWLS, John. The domain of the political and the overlapping consensus. **New York University Law Review**, New York, v. 64, n. 2, p. 233-255, may. 1989.

133FREEMAN, Samuel. Introduction: John Rawls – An Overview. In: FREEMAN, Samuel (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2003. p. 58.

134MACINTYRE, Alasdair. **Whose Justice? Which Rationality?** Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988. p. 345.

prévios e independentes da construção do vínculo moral entre os futuros cidadãos. Charles Taylor critica o liberalismo a partir de seu atomismo, condição em que todos cidadãos definem seus propósitos em termos individuais e recorrem à sociedade apenas por razões instrumentais¹³⁵.

É preocupado em garantir estabilidade ao liberalismo político que John Rawls afasta-se das ideias desenvolvidas nas sessões últimas de sua teoria da justiça¹³⁶. A estabilidade corresponde à incorporação de um sentido de justiça pelos membros de uma sociedade bem organizada, de tal maneira que exista uma congruência entre o sentido de justiça e a concepção do bem¹³⁷. Os princípios de justiça ali formulados endereçam-se à estrutura básica da sociedade. Porém, a teoria revelara-se doutrina compreensiva na medida em que demandava a adequação à concepção de justiça das concepções pessoais de vida boa¹³⁸. A doutrina abrangente inclui concepções acerca dos valores, ideais e virtudes que são valiosos à existência humana, além de concepções sobre laços de amizade e de familiaridade. Enfim, incorpora tudo que informa, limita e norteia a condução do projeto de vida. É afastada, como aspiração iluminista inatingível a sociedade bem-organizada, em que todos indivíduos aceitam o princípio da máxima e igual extensão de liberdades básicas e o princípio da diferença e reconhecem que os demais também os aceitam; na qual as instituições básicas da sociedade geralmente satisfazem tais princípios e são reconhecidas por satisfazê-los; e em que seus cidadãos compartilham um sentido de justiça que leva ao consentimento para com essas instituições básicas¹³⁹.

Chegar à tal conclusão compreendeu o reconhecimento de fatos que uma concepção adequada de justiça obrigatoriamente deve levar em conta quando for construída. Ao lado do imprescindível apoio dos cidadãos politicamente engajados e de uma cultura política que contenha ideias intuitivas fundamentais que sirvam de base para erguer uma concepção política da justiça, o fato do “pluralismo razoável” merece especial atenção¹⁴⁰. As sociedades modernas destacam-se pela coexistência

135TAYLOR, Charles. **Sources of the self**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1989. p. 414.

136Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971. p. 395-588.

137RAWLS, John. **Idem**. p. 397.

138RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 13.

139RAWLS, John. **Idem**. p. xvi.

140GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia**

de doutrinas abrangentes, sejam morais, religiosas ou filosóficas. Essas doutrinas, não obstante serem razoáveis, são por vezes incompatíveis entre si. Este conflito não é acidente histórico, mas traço permanente da cultura política democrática que remete aos limites naturais da razão humana – *the burdens of judgement*. Não são a má-fé ou a irracionalidade que levam pessoas a divergir em suas convicções mais básicas e sim a adesão a concepções abrangentes razoáveis. Os limites do juízo poderiam aplicar-se a diferenças religiosas e políticas, por exemplo. A concepção política, todavia, é excluída da esfera do desacordo, com os limites do juízo agora circunscritos às diferentes concepções sobre o bem. Portanto, a intenção consciente dos indivíduos em arrazoar entre si não leva a um acordo razoável em função dos riscos enfrentados quando correta e conscientemente exercitadas as faculdades humanas de diálogo e julgamento no correr da vida política.

Dos seis limites naturais da razão, vale destacar a dificuldade em sopesar adequadamente as diferentes considerações normativas que se opõe em certo caso e a dificuldade em tomar a decisão final em dilemas valorativos¹⁴¹. Nada disso seria válido para questões de justiça. Os limites naturais da razão não seriam suficientes para gerar, em uma sociedade bem-organizada, desacordos profundos sobre os termos básicos e os princípios fundamentais da associação política¹⁴². Em conjunto, os limites tornam o desacordo sobre doutrinas abrangentes possível e, sobretudo, plausível. Indivíduos ligados a doutrinas abrangentes irreconciliáveis podem conviver estavelmente sob um regime político considerado legítimo por todos a partir do liberalismo político, agora reduzido ao *overlapping consensus* entre as doutrinas abrangentes, capaz de sustentar um regime constitucional¹⁴³. Sua pretensão em ser razoável, e não verdadeira, compatibiliza a concepção política com a multiplicidade de valores éticos, não havendo concorrência entre eles.

O consenso sobreposto é pactuado apenas entre doutrinas abrangentes razoáveis. Ainda que John Rawls não defina o conteúdo da razoabilidade, limitando-se a exemplificar doutrinas razoáveis e não razoáveis, entende-se que uma doutrina abrangente razoável deve reconhecer a todos os cidadãos liberdade e igualdade,

política. p. 228.

141 GARGARELLA, Roberto. *Idem*. p. 228-229.

142 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. p. 152.

143 RAWLS, John. *Political liberalism*. p. 65.

bem como propor termos justos de cooperação social. John Rawls assim procede porque o conteúdo do razoável talvez não possa ser determinado previamente, mas apenas revelado em sua prática¹⁴⁴. Entretanto, não parece certo que essa revelação prática inviabilize uma definição específica de razoabilidade que jogaria luz sobre alguns pontos deixados obscuros em sua obra¹⁴⁵. A concepção política será razoável se observadas três condições. Direitos, liberdades e oportunidades básicas são a primeira exigência. Depois, uma prioridade especial destas garantias sobre valores éticos. Por último, a concepção deve garantir medidas que certifiquem igualmente a todos indivíduos os meios suficientes à efetivação das liberdades¹⁴⁶.

A superação dos desacordos envolve a identificação de bases para um acordo amplo o suficiente, abarcando os princípios fundamentais, e profundo o suficiente, incluindo concepções sobre pessoa e sociedade. Ainda que possua uma natureza moral, a concepção política não traz valorações a respeito de condutas ou de virtudes pessoais. Ela dirige-se às questões básicas de justiça e às questões constitucionais essenciais: a estrutura básica do governo e do processo político, bem como de iguais direitos e liberdades básicas aos cidadãos¹⁴⁷. Relacionar-se com um objeto mais específico é a primeira característica de uma concepção que pretenda ser objeto do contrato social. No mais, deve mostrar-se independente de qualquer doutrina abrangente e seu conteúdo deve ser acessível e identificável pelos cidadãos. Para isso, deve trazer ideias ligadas aos valores que informam a cultura política de uma sociedade democrática. O consenso sobreposto, em razão de sua amplitude e profundidade, revela-se etapa final de um processo gradual de incorporação e reconhecimento de princípios de justiça¹⁴⁸. Além da capacidade para elaborar um ideal de bem e da capacidade para aceitar a concepção de justiça e equidade, os indivíduos possuem o desejo de agir segundo essas concepções.

144“Rawls contends that proceeding in this way is necessary, since ‘the content of the reasonable’ can only be ‘specified by the content of a reasonable political conception’ of justice.” FREEMAN, Samuel. **Introduction:** John Rawls – An Overview. p. 31.

145SAENZ, Carla. **Political liberalism and its internal critiques:** feminist theory, communitarianism, and republicanism. Austin, 2007. 193 p. Tese de Doutorado em Filosofia – Faculty of the Graduate School of The University of Texas at Austin. p. 17.

146RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 64, n. 3, summer 1997. p. 774.

147RAWLS, John. **Political liberalism.** p. 228.

148Para um breve relato dessa passagem, cujo ponto de partida é o *modus vivendi* (que nada tem a ver com o *modus vivendi* de Larmore), passando pelo consenso constitucional e, ao fim, chegando ao consenso sobreposto, Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** p. 161-163.

A psicologia moral razoável é necessária frente à insuficiência da concepção política em resolver todas questões políticas relevantes que se apresentam. Primeiro, a concepção política abarca conceitos genéricos que são passíveis de distintas leituras. Segundo, a implementação de políticas públicas baseadas na concepção política exige discriminar circunstâncias e personalidades e, terceiro, as doutrinas abrangentes dão margem a interpretações conflitantes sobre a concepção política. Surge a necessidade de complementar a concepção política com uma visão de razão pública que norteie a discussão pública sobre questões de justiça. No que for possível, “o conhecimento e as maneiras de argumentar que embasam nossa sustentação dos princípios de justiça devem encontrar fundamento nas verdades plenas agora amplamente aceitas, ou disponíveis, aos cidadãos em geral”¹⁴⁹.

Se presentes aqui os limites do julgamento humano, as razões empregadas pelos indivíduos ao articular e argumentar sobre as visões de justiça não seriam, e nem poderiam, ser compartilhadas em suficiente profundidade e amplitude. A defesa da razão pública como pedra de toque das discussões públicas sobre justiça implica negar a influência dos limites do julgamento humanos, do que seria possível extrair a indesejável conclusão de que não existe desacordo razoável sobre os princípios de justiça. “Os limites do juízo explicam como desacordos razoáveis são possíveis. Mas o ideal de razão pública parece pressupor que esta explicação não é aplicável a questões públicas sobre justiça e Direito que sejam discutidos na política”¹⁵⁰.

Entretanto, a razão pública a nada prestaria caso não existissem desacordos sobre justiça¹⁵¹. Uma vez que a concepção política pretende-se neutral diante das doutrinas abrangentes, o liberalismo político pressupõe uma distinção entre a esfera do político, governada pela concepção política de justiça, e a esfera do não político, em que presentes as várias doutrinas abrangentes. Caso a arena política contasse apenas com o consenso entre os cidadãos, não haveria muito a ser discutido. Mas, se é admitida a hipótese do desacordo e se as pessoas instrumentalizam a razão pública para solucioná-lo, não há por quê negar que este desacordo era, ao menos em seu surgir, razoável. Por desacordo razoável, entenda-se que possui peso moral.

149“*As far as possible, the knowledge and ways of reasoning that ground our affirming the principles of justice are to rest on the plain truths now widely accepted, or available, to citizen generally.*”
RAWLS, John. **Political liberalism**. p. 225.

150WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 152.

151WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 153.

Há desacordos “insanos”, quando rejeitada uma proposta por não garantir direitos e liberdades a caiporas e sacis, e há desacordos “injustos”, quando rejeitada qualquer proposta que, por exemplo, não reinstitua o Império e torne seu propositor o próximo Orleans & Bragança. Não tecer semelhante distinção levaria à não consideração de qualquer desacordo, o que é contrário à proposta liberal, ou à consideração de todas as objeções, atribuindo igual valor a insanidades ou injustiças. A questão última não é distinguir objeções razoáveis de irrazoáveis, mas sim “traçar a linha” entre elas¹⁵².

A esfera do político é reservada à discussão sobre os detalhes dos princípios da justiça por meio do uso da razão pública¹⁵³. Instrumentalizá-la na condição de fundamento da legitimidade política não significaria aceitar a concepção liberal de justiça até seus últimos detalhes. Curiosamente, John Rawls oferece os princípios da justiça como equidade como critérios para determinar a conformidade do diálogo político para com a razão pública. Serão parâmetros os princípios obtidos na *original position*, artifício apto a atender as condições de imparcialidade e universalidade.

As condições procedimentais imparciais, quando escolhidos os princípios de justiça, levam à justiça enquanto equidade. A posição original é o artifício utilizado para imprimir imparcialidade e universalidade aos princípios. Os sujeitos encontram-se imersos em uma circunstância peculiar, que os impede de conhecer a qual classe econômica, status social, geração ou gênero pertencerão. São dois os princípios de justiça que Rawls extrai da posição original¹⁵⁴. O primeiro princípio garante a cada indivíduo igual direito ao mais amplo sistema de liberdades básicas compatível com semelhante sistema de liberdades para todos e, em segundo lugar, o princípio da diferença aplica-se à distribuição dos recursos e à estruturação de organizações assentadas sobre autoridade e responsabilidade. Todos os bens primários devem ser igualmente distribuídos, embora sejam admitidas desigualdades, desde que as condições de promover o maior benefício possível a todos e garantir a acessibilidade universal a cargos e posições sejam observadas.

No mundo real, as pessoas divergem radicalmente sobre justiça, seja quanto aos seus detalhes ou quanto aos seus princípios. Em John Rawls, essas diferenças

152ESTLUND, David. Jeremy Waldron on law and disagreement, **Philosophical Studies**, v. 99, n. 1, may. 2000. p. 112.

153RAWLS, John. **Political liberalism**. p. 226.

154RAWLS, John. **A theory of justice**. p. 54-117.

serão discutidas na esfera do político através de princípios e parâmetros deliberados na posição original, ainda que passagens de sua obra abram margem ao desacordo radical¹⁵⁵. Uma das críticas comunitaristas já tratadas aqui é dirigida à concepção da sociedade nesse esquema procedimental contratualista. Poucos foram os filósofos que aderiram aos princípios e parâmetros da posição original. Para Jeremy Waldron, não parece sensato selecionar esta “concepção extraordinariamente controvertida” como base para a normatização da razão pública e dos termos sobre os quais os cidadãos poderão resolver adequadamente seus desacordos¹⁵⁶. O equívoco residiria em identificar as normas que enquadram o debate público sobre justiça com valores e princípios que constituem uma das posições que serão debatidas publicamente – semelhante ao cometido por Charles Larmore ao assimilar critérios procedimentais de boas razões como critérios substantivos de argumentos possíveis no discurso de justificação. Não há posição sobre equidade, justiça ou legitimidade que esteja além da esfera dos desacordos razoáveis.

A passagem do *modus vivendi* ao *overlapping consensus* compreenderia a escolha de alguns valores e princípios fundamentais dentre todos os coexistentes na sociedade, que o correr do tempo revelaria mais razoáveis. Jeremy Waldron resume este processo de seleção “natural”: inicialmente, coexistiriam diversas concepções de justiça – a concepção rawlsiana inclusa. Competiria à filosofia política, através da argumentação, escolher qual das concepções será o critério de razão pública. Feito isso, é possível julgar as concepções não selecionadas como irrazoáveis devido à incompatibilidade frente o critério selecionado. Logo, o desacordo sobre princípios de justiça era antes possível. Depois, não mais, uma vez que eleita apenas uma concepção política. Restariam só “desacordos sobre a especificação dos detalhes da concepção política que a primeira fase da argumentação providenciou”¹⁵⁷.

O *Political Liberalism* defende a possibilidade, na sociedade bem-organizada, de que os cidadãos compartilhem iguais princípios de justiça, ainda que a partir de diferentes concepções éticas. De volta à *A Theory of Justice*, a justiça da legislação, principalmente em relação às políticas econômicas e sociais, era reconhecidamente

155RAWLS, John. **Political liberalism**. p. 44.

156WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 154.

157WALDRON, Jeremy. **Idem**. p. 154.

objeto de razoáveis diferenças de opinião¹⁵⁸. A resolução dessas divergências dar-se-ia pela instituição de procedimentos constitucionais que garantiriam a tomada de decisão em face do desacordo. Desacordo este que pode muito bem ocorrer quanto ao procedimento que deva ser utilizado. Duas questões devem ser resolvidas pelos cidadãos quando em discussão as estruturas da sociedade e sua justiça¹⁵⁹. Primeiro, cada um deverá julgar a justiça da legislação e das políticas públicas, cientes de que diferentes juízos serão emitidos pelos seus pares. Depois, a coletividade decidirá o desenho constitucional mais adequado à composição entre opiniões contrárias. Uma concepção completa de justiça fornece não só os subsídios para o julgamento das leis e políticas, mas também os instrumentos de seleção das posições políticas que devem ser objeto da legislação.

Os procedimentos políticos serão avaliados a partir da Constituição melhor calculada à produção de leis justas e efetivas, ainda que a produção de resultados injustos seja possível em todos os procedimentos. No máximo, será uma justiça procedimental imperfeita. Embora exista critério independente para analisar a justiça dos resultados produzidos pelos procedimentos políticos, não está ao alcance dos cidadãos um método que garanta Restaria elaborar uma Constituição que maximize as chances de chegar a decisões justas, cujos procedimentos serão limitados e fundamentados pelos princípios de justiça.

Entretanto, é impossível obter um consenso sobre quais procedimentos serão empregados quando o desacordo entre cidadãos estende-se para os mais básicos detalhes de justiça, chegando até mesmo à finalidade da Constituição¹⁶⁰. Para os libertários, a Constituição deve limitar o Estado a proteger as pessoas – contra o roubo, a fraude e o emprego ilegítimo da força – e a tutelar os contratos¹⁶¹. Muito diferente é o posicionamento dos republicanistas, para quem o cidadão deve ser um cidadão perfeito, sob pena de atrair seus concidadãos para a injustiça e a corrupção. “[Frente a]o principal interesse republicano em contar com uma cidadania ativa, comprometida com a saúde política do Estado, eram justificáveis, portanto, as tentativas de promover certas qualidades nos indivíduos”¹⁶². Os desacordos sobre

158RAWLS, John. **A theory of justice**. p. 198-199.

159RAWLS, John. **Idem**. p. 196.

160WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 157.

161Cf. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

162GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia**

justiça antecedem os desacordos sobre desenho institucional. Quando se preocupa com os pormenores da Constituição, pressupõe-se que os cidadãos conhecem e concordam sobre os princípios de Justiça. Com isso, os desacordos circunscrevem-se à aplicação detalhada dos princípios da justiça como equidade, não sobre os princípios em si. Seja em *A Theory of Justice* ou em *Political Liberalism*, John Rawls assume que os participantes da arena política chegarão, mais cedo ou mais tarde, a um acordo sobre os princípios de justiça¹⁶³.

Ao inaugurar a filosofia política, Thomas Hobbes explica o poder a partir da arquitetura racional de sua legislação. O humanismo hobbesiano implica uma dupla recusa: Hobbes opera uma ruptura com as tradições do cosmologismo naturalista e do teologismo providencialista. O poder é concebido e desenvolvido pelas aptidões racionais humanas. Consequência disso são os crescentes desnaturalização da autoridade e desencamento do mundo da esfera temporal. O igualitarismo de Thomas Hobbes constitui sua “tese mais inovadora e também a mais importante por suas consequências jurídicas”¹⁶⁴. Os homens possuiriam igual constituição natural, idênticas aptidões e necessidades, mesmos fins e meios. A contribuição de cada ser humano para a instituição e institucionalização do Poder, para a celebração do pacto social, é idêntica. É das leis naturais que irão os homens extrair a lei fundamental. O segundo aspecto reside em seu contratualismo, verdadeiro cálculo racional de interesses. Em sua teoria, surge o Estado como “(...) artifício racional necessário que constrói a sociedade civil”.

O estado de natureza revela-se intolerável ao homem a longo prazo. Todos indivíduos possuem concepções próprias e distintas de justiça, o que provoca conflito entre eles e coloca em constante risco o bem mais importante: a vida. Sob forma de leis naturais, a razão do homem irá auxiliá-lo a encontrar as regras que tornarão possível uma coexistência pacífica entre todos¹⁶⁵, que irão concordar em conciliar os argumentos de modo civilizado, ao invés de cada um insistir em fazer vencer seu ponto de vista. Embora compartilhe com Thomas Hobbes a persistência

política. p. 200.

163WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 157.

164São quatro os filosofemas que resumem a modernidade do pensamento de Thomas Hobbes: humanismo, individualismo, igualitarismo e racionalismo. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 81.

165BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1981. p. 40.

do desacordo e a importância da decisão, não é na instituição de um único tomador de decisão que Waldron encontra a resposta às “circunstâncias da política”. Quando celebrado o contrato social em Hobbes, os indivíduos cedem parte de sua soberania ao soberano agora constituído. Caberá a ele, e apenas a ele, tomar as decisões.

Em Jeremy Waldron, o respeito ao igual status moral de todos os indivíduos implicará a igual consideração, no debate público, de todos os argumentos, não havendo que se falar em argumentos melhores ou piores. Assim como o consenso sobreposto de John Rawls seria profundo e amplo para, abarcar concepções substantivas mínimas e compreender todas doutrinas abrangentes, o desacordo razoável também revela-se profundo e amplo, de maneira que não existem bases morais para condicionar procedimentos majoritários através da revisão judicial ou para fundamentar a legitimidade política em critérios de justiça, bem ou verdade¹⁶⁶.

2.2 Procedimento e conteúdo: a revisão judicial no contexto de uma teoria da autoridade

A tese da resposta correta, a ser descoberta pelo juiz Hércules em sua leitura moral da Constituição, fundamenta-se em um objetivismo moral¹⁶⁷. Os teóricos que defendem que alguns julgamentos morais são objetivamente verdadeiros, enquanto outros são objetivamente falsos, são denominados de “realistas morais”. A principal tese do realismo moral é a existência de verdades morais objetivas e falsidades morais objetivas, que pode assim ser resumida: “existem fatos que tornam certos julgamentos morais (isto é, certas afirmações de valor ou de princípio) verdadeiros e outros falsos, fatos estes que são independentes de crenças ou de sentimentos que qualquer pessoa possa ter sobre os assuntos em questão”¹⁶⁸. Opostos aos realistas, os anti-realistas negam a existência de fatos que por si determinam a veracidade ou a falsidade dos julgamentos. “Haveria somente julgamentos morais e os indivíduos que julgam”¹⁶⁹. Alguns julgamentos são bem recebidos, já outros não. Alguns são

166ESTLUND, David. Jeremy Waldron on law and disagreement. p. 112.

167Cf. DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy & Public Affairs**, Princeton, v. 25, n. 2, p. 87-139, spring 1996.

168“*There are facts which make some moral judgements (that is, some statements of value or principle) true and others false, facts which are independent of anyone's beliefs or feelings about the matters in questions.*” WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 164.

169“*There are only moral judgments and the people who make them.*” WALDRON, Jeremy. **Idem**. p. 165.

repudiados, já outros são comemorados. Alguns são desprezados, já outros são defendidos com unhas e dentes. Porém, não estariam ao alcance fatos objetivos que possibilitassem classificar determinadas atitudes ou determinados julgamentos como corretos e outros como incorretos.

A circunstância do desacordo sobre princípios não implica a ausência de respostas corretas. Das diversas visões de justiça e de direitos que competem na sociedade, certamente algumas delas são mais aceitáveis do que outras e, também, certamente algumas delas são verdadeiras e outras são falsas. Para certos filósofos, como Ronald Dworkin, a possibilidade de coexistirem, na sociedade, concepções verdadeiras e falsas não deveria ser ignorada pela política. Jeremy Waldron, porém, encara o objetivismo moral como irrelevante diante das “circunstâncias da política”, por falhar em estabelecer um vínculo entre a ideia de verdade objetiva e a existência de procedimentos de resolução dos desacordos. Diante disso, os desacordos morais persistem enquanto uma dificuldade para o realismo moral¹⁷⁰.

Conservadores e liberais convergem na preocupação em restringir a esfera de discricionariedade dos juízes. A redução da arbitrariedade faz-se importante para explicitar aos julgadores que sua esfera de atuação encontra limites, não sendo lhes facultado decidir o destino de litigantes e demais cidadãos como bem entenderem. Devem eles atuar cientes da condição de que são agentes tomadores de decisão limitados. “Porém, se a decisão do juiz contem um elemento moral, e se o realismo moral é falso, então o senso de limitação desaparece”¹⁷¹. Nessa linha, as decisões são condicionados pelas preferências subjetivas do magistrado. Sendo ele o único responsável por controlá-las, poderá tomar as decisões que quiser. Caso contrário, estando o realismo moral correto, existiria uma resposta correta a ser encontrada diante da questão de princípios que se apresenta ao juiz – consequentemente, também existiria um limite à atuação judicial.

A existência ou não de uma resposta correta é questão de ontologia¹⁷². Ainda que haja fatos sobre a matéria discutida no caso concreto que imprimam à decisão oferecida pelo magistrado aspecto de verdade ou de equívoco, manifestar a veracidade ou a falsidade da decisão não é algo que os fatos proporcionam ao juiz.

170WALDRON, Jeremy. *Idem*. p. 177.

171WALDRON, Jeremy. *Idem*. p. 186.

172WALDRON, Jeremy. *Idem*. p. 186.

No campo da política, os limites dos fatos morais não se apresentam interessantes. A existência da resposta correta coloca-se apenas como garantia de que os juízes, quando ponderam e sopesam princípios em sua busca, não estão à toa. Não há garantia de que a existência da resposta certa obrigue ou certifique sua descoberta. Diferentes juízes chegarão a diferentes resultados ainda que todos se considerem na busca pela resposta correta e nada permite que um magistrado considere sua resposta melhor do que a oferecida pelo outro.

No pano de fundo, tem-se, mais uma vez, a dificuldade contramajoritária que envolve o exercício da revisão judicial diante de atos legislativos. É a partir do voto de um antigo Ministro da *Supreme Court of the United States*, *Justice White*, que John Hart Ely delineará uma teoria que justificará o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e, em específico, justificará a sua prática pela Corte *Warren* em casos controvertidos. Escreveu White na decisão de *United States v. Carolene Products Co.*, em 1938, que preconceitos contra “minorias discretas e insulares” podem representar um obstáculo aos processos políticos responsáveis justamente pela proteção das minorias. Portanto, tais falhas no processo poderiam demandar “uma correspondente investigação judicial mais profunda”¹⁷³.

Estando todos os indivíduos em igual situação na “posição original”, com igual interesse na formação de um governo, começa-se da presunção de que os valores de cada um possuem igual peso, nenhum deles contando mais ou menos. Assim, chega-se à conclusão de que questões públicas devem ser decididas pelo voto majoritário, seja dos cidadãos ou de seus representantes. Entretanto, o texto da Constituição incorpora princípios procedimentais que viabilizam o ideal americano de democracia representativa. Quando percebida a debilidade do processo político, que coloca em xeque o objetivo republicano, deve a Corte intervir e, através do exercício do controle de constitucionalidade, corrigir a fratura procedimental e implementar os princípios representativos contidos na Constituição¹⁷⁴. Ely, em sintonia com o julgado de White, dispensa especial atenção a deficiências no processo político que afastem

173 “[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition...curtailing the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” Para uma discussão aprofundada sobre a definição de “minorias discretas e insulares”, cf. ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, p. 713-746, feb. 1985.

174 ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. p. 1.

“minorias discretas e insulares” ou violem direitos fundamentais.

Para chegar ao seu *representation reinforcing judicial review*, John Hart Ely traz o debate travado entre os interpretativistas e os não-interpretativistas. A primeira corrente defende que as decisões judiciais estão limitadas às normas expressa ou implicitamente contidas na Constituição, ao passo que a segunda argumenta que os juízes devem interpretar a Constituição para além do texto posto e “implementar as normas que podem ser descobertas nos quatros cantos do documento”¹⁷⁵. Levando em consideração o caráter aberto e abstrato de certas disposições constitucionais, seria impossível interpretar a Constituição de modo “fechado”. Liberdade religiosa e devido processo legal, ambos direitos fundamentais protegidos pelas respectivas primeira e décima-quarta emendas à Constituição norte-americana, são expressões cujo significado pleno não pode ser extraído sem a remissão a outras fontes além da Constituição, cujo texto inclusive convidaria seu intérprete a aventurar-se por outras áreas do conhecimento humano na busca por seu sentido¹⁷⁶.

Rejeitado o interpretativismo fechado, deve-se procurar quais os valores que informarão o entendimento sobre as disposições constitucionais abertas e genéricas. Ao fim, rejeitados os valores subjetivos do juiz, o direito natural, princípios neutros, a razão pública, a tradição e o consenso, chega-se a um impasse que, se contornado, leva ao cerne do modelo de revisão judicial proposto por Ely. Mais do que elaborar um método interpretativo fiel ao texto constitucional ou um método interpretativo para cada previsão abstrata, de modo a resguardar os direitos fundamentais, tarefas que seriam inúteis, é tarefa do intérprete reconhecer que a responsabilidade primeira da Constituição é constituir o processo político que conduzirá a democracia norte-americana representativa à plenitude¹⁷⁷.

Portanto, são as Cortes competentes para proteger direitos designados com maior precisão na Constituição. No caso dos dispositivos constitucionais possuírem redação aberta, são duas as saídas possíveis ao intérprete. A primeira delas aponta

175“[...] indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution [...] the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document.” ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. p. 1.

176ELY, John Hart. **Idem** p. 14.

177ELY, John Hart. **Idem**. p. 102-103.

na direção de salvaguardar os direitos de acesso político, como o direito ao voto, a capacidade eleitoral ativa, a liberdade de associação e a liberdade de expressão. A segunda aponta aos direitos de igualdade imbricados no ideal de representação. Cabe ao representante representar não só aqueles cidadãos que nele depositaram seu voto, mas toda a sociedade, minorias inclusas. Possuem elas, então, o direito a não serem tratadas por regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma. Não poderá a maioria tratar as minorias pior do que trata a si mesma¹⁷⁸.

Ainda que sejam as questões de políticas públicas reservadas aos órgãos de representação política, como são por excelência os Poderes Legislativo e Executivo, a função de preservação da competição eleitoral e promoção das vias de expressão e canalização dos projetos coletivos escusaria a intervenção do Poder Judiciário no processo político em três hipóteses excepcionais¹⁷⁹. Primeiro, quando a maioria dos cidadãos votar pela exclusão ou minimização da influência de minorias no processo. Segundo, quando a maioria dos cidadãos promulgar para si um regime regulatório particular que lhe implique benefícios em detrimento de minorias. Terceiro, quando a maioria decidir, através de procedimentos supermajoritários, petrificar em documento constitucional constrangimentos colaterais à minoria.

Os direitos políticos em questão – de acesso político e de igualdade – são justamente aqueles cuja proteção não deveria ser atribuída aos representantes eleitos, que não possuiriam quaisquer incentivos para promover o acesso político de grupos opositores e possuiriam todos incentivos para colaborar com a manutenção do *status quo*, do que resultaria em tirania ou discriminação de certas minorias cujo apoio não seria indispensável¹⁸⁰. São esses direitos que a Constituição dedica-se às “questões de processo e estrutura, não à identificação e preservação de específicos valores substantivos”¹⁸¹. O controle de constitucionalidade orientado à participação – ‘participation-oriented’ *form of judicial review* – seria o mais consistente com a teoria

178ELY, John Hart. **Idem.** p. 100-101.

179ELY, John Hart. **On Constitutional Ground.** p. 5.

180Entretanto, a intervenção judicial não seria respaldada caso buscasse proteger os “valores fundamentais da sociedade”. Entende Fernanda Ferro que, se os representantes eleitos incarnam a vontade da maioria e movem-se na busca pelo respaldo popular, haveria incentivo suficiente para que definissem-nos corretamente e, assim, conquistassem sua reeleição. FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010. p. 114.

181ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** p. 92.

democrática subjacente às instituições estadunidenses. Ao contrário das visões mais tradicionais sobre a Constituição dos Estados Unidos, documento em que “as regras jurídicas e os princípios de direito constroem e protegem direitos dentro de uma ordem normativa”¹⁸², John Hart Ely afirma que a seleção e a acomodação de valores substantivos são de responsabilidade do processo político. À Constituição cabe duas tarefas. A primeira delas é garantir justiça procedimental – *procedure fairness* – à resolução de litígios individuais. Ao lado do processo “micro”, há o processo “macro”: é também seu dever certificar a participação popular nos processos de eleição e de decisão dos ramos de governo¹⁸³. Esta premissa sobre a natureza dos dispositivos constitucionais desemboca em dois outros argumentos. O modelo de revisão judicial proposto, voltado à promoção dos canais de representação democrática, adquire um desenho compatível com as diretrizes do sistema norte-americano de democracia representativa, não havendo motivo para preocupar-se com a dificuldade contra-majoritária do Poder Judiciário em sua função de fiscalizar atos do Poder Legislativo. Não haveria instituição mais qualificada do que a Corte, com seu conhecimento sobre processos e seu afastamento da atividade política.

Com isso, a revisão judicial torna-se não só justificada, mas sim necessária quando o processo político sofre uma ruptura, quando violados direitos fundamentais essenciais à participação política ou quando o processo político falha em proteger uma “minorias insular ou discreta”¹⁸⁴. Isolada da política ordinária e salvaguardada por mandatos e salários vitalícios, o Poder Judiciário revela-se à altura do desafio que é fiscalizar o processo político. Como se órgão antitruste fosse¹⁸⁵, será responsável por garantir uma disputa política igualitária. Ainda que John Hart Ely preocupe-se em limitar o escopo do controle de constitucionalidade, percebe-se que sua teoria apóia-se ainda em uma teoria de *output*, norteada pela qualidade substantiva da resposta obtida. As Cortes Constitucionais estariam em melhor posição e possuiriam melhor incentivo para conceber a decisão correta – ainda que em menor número de casos.

Para dar a dimensão adequada dos argumentos de Jeremy Waldron que em

182KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. p. 31.

183ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. p. 87-88.

184ELY, John Hart. **Idem**. p. 102-103.

185ELY, John Hart. **Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review**. **Maryland Law Review**, v. 37, n. 3, 1978. p. 488.

seguida serão trazidos, ilustrativo importar os julgados do Supremo Tribunal Federal em que afirmada a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010. Melhor conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, sua promulgação foi responsável por alterar profundamente o sistema jurídico brasileiro de inelegibilidades, estabelecendo novas hipóteses e ampliando o prazo para hipóteses já previstas anteriormente. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, a Confederação Nacional das Profissões Liberais questionou o artigo 1º, I, alínea *m* da Lei, que impunha oito anos de inelegibilidade para aqueles excluídos do exercício da profissão em decorrência de infração ético-profissional. O Partido Popular Socialista e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, com o idêntico objetivo de blindar a Lei contra declarações incidentais de inconstitucionalidade.

Todavia, foi por meio da via difusa que o entendimento do Supremo Tribunal Federal começou a tomar forma, com o julgamento dos Recursos Extraordinários ajuizados por Joaquim Roriz¹⁸⁶ e Jader Barbalho¹⁸⁷ – candidatos ao pleito de 2010 tornados inelegíveis pela nova Lei de Incompatibilidades. Mais importante do que abordar a argumentação das partes em suas peças ou o fundamento trabalhado pelos Ministros em seus votos, será verificar o posicionamento dos Ministros.

Nos julgamentos de Roriz e Barbalho, deparou-se a Corte com um empate. Ao apreciar o primeiro recurso, ao lado do Relator Carlos Ayres Britto, os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carmem Lúcia afastaram a incidência do artigo 16 da Constituição e a determinação de que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. Já os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e César Peluzzo sustentaram a aplicabilidade do artigo 16 da Constituição, “pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o processo eleitoral em curso”.

Apenas em 23 de março de 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário

186Recurso Extraordinário nº 630147 Distrito Federal. Acórdão disponível em : <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE630147MRL.pdf>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.

187Recurso Extraordinário nº 631102 Pará. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1954517>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.

nº 633.703, o Tribunal chegou a uma decisão sobre o artigo 16 e sua aplicabilidade às eleições de 2010¹⁸⁸. Pelo apertado resultado de seis votos contra cinco, vencidos os “Senhores Ministros Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie”, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os dispositivos da nova Lei de Inelegibilidades eram inaplicáveis à disputa eleitoral de 2010, devido à garantia fundamental da anterioridade eleitoral protegida pelo artigo 16 da Carta, “a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral”.

Interposta em 30 de março de 2011, o julgamento da ADI nº 4578 começou a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 09 de novembro de 2012. Similar aos julgamentos dos Recursos Extraordinários, o Supremo decidiu, por frágil maioria, a favor da a constitucionalidade na Lei Complementar nº 135/2010. Decidiu-se em contrário da ação, vencidos os Ministros Dias Toffoli, que a julgou parcialmente procedente, Gilmar Mendes, que a julgou totalmente procedente, e Celso de Mello e Cezar Peluso, que a julgaram parcialmente procedente em extensões distintas¹⁸⁹. Na ADC nº 29, a maioria do Tribunal decidiu como procedente a ação, contra o votos do Ministro Luiz Fux, que a julgou parcialmente procedente, e Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que a julgaram improcedente¹⁹⁰. Na ADC nº 30, o Supremo também decidiu pela constitucionalidade da Lei, vencidos os votos dos Ministros Luiz Fux, que a julgou parcialmente procedente, e dos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, cujos pronunciamentos foram pela declaração da parcial procedência, em respectivas extensões¹⁹¹.

A intenção em trazer aqui a academicamente controvertida, mas socialmente aclamada, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade imediata da

188Recurso Extraordinário nº 633703 Minas Gerais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 08 de novembro de 2012

189Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em 08 de novembro de 2010.

190Ação Direta de Constitucionalidade nº 29 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 08 de novembro de 2010.

191Ação Direta de Constitucionalidade nº 30 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em 08 de novembro de 2010.

Lei Complementar nº 135/2010 está em apontar duas observações sobre o instituto da revisão judicial que levam à seguinte pergunta: qual é o papel de uma teoria da justiça no particular contexto do controle judicial de constitucionalidade? Como os julgados bem ilustram, verificou-se no Plenário do Supremo a presença de diferentes entendimentos sobre o conteúdo embutido no conceito de “processo eleitoral” – em torno do qual foi verificada a disputa. Para o Ministro Ricardo Lewandowski, ausente qualquer “alteração do processo eleitoral, pois não se registrou qualquer casuísmo ou rompimento da chamada paridade de armas que pudesse acarretar alguma deformação no processo eleitoral”. Já para o Ministro Dias Toffoli, houve modificação sim no processo, “pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o processo eleitoral em curso”.

A *raison d'être* de uma teoria da justiça é propor uma coerente e persuasiva visão de uma sociedade organizada a partir de princípios de justiça e de Direito. Não por acaso, cada filósofo sustentará seus princípios como os adequados, dizendo que “claro que existem desacordos sobre justiça, mas, como teriam provado os realistas morais, a existência de desacordo é compatível com uma das visões em questão sendo a verdadeira e as demais, falsas”¹⁹². O desacordo, porém, persistirá acerca de qual a teoria de justiça correta deverá informar a decisão a ser tomada socialmente. “O que nós devemos pensar sobre procedimentos democráticos e constitucionais, dado que esses procedimentos devem acomodar a política àqueles que divergem fundamentalmente sobre se teorias como a de Rawls são corretas”¹⁹³?

Portanto, dado que há divergências na sociedade sobre quais direitos seus cidadãos possuem ou deveriam possuir na sociedade, será necessário especificá-los através de algum processo político. Para volta ao exemplo dos direitos políticos, se seriam eles alterados ou não pela entrada em vigência da “Lei da Ficha Limpa”, o Supremo Tribunal Federal não decide conforme a melhor resposta que por ventura tenha sido apresentada no Plenário. “Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a

192“A confidente theorist of justice may announce, ‘Well, of course there is disagreement about justice; but as the moral realists have shown, the existence of disagreement is quite compatible with one of the contestant views being true and the others false.’ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 3.

193“*What are we to think about democratic and constitutional procedures, given that such procedures have to accommodate a politics for those who differ fundamentally about whether theories like Rawls’s are correct?*” WALDRON, Jeremy. **Idem**. p. 3.

constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros”¹⁹⁴. A decisão última do Supremo dá-se conforme o sentido indicado pelo voto da maioria dos seus Ministros.

Direitos não constituem exceção à necessidade de uma autoridade. Ao invés de romanceá-la como “protetora dos direitos fundamentais” ou “promotora de filiação moral”, a “abordagem mais sincera e correta da revisão judicial é a procedimental”¹⁹⁵. Levando em consideração que os cidadãos possuem respectivas concepções sobre direitos e que a vida em sociedade exige uma visão comum sobre quais são eles, há que se perguntar: “Quem deve deter a competência de tomar as decisões sociais ou por meio de quais processos devem as decisões sociais serem feitas, em questões práticas que teorias de direitos disputantes desejam resolver”¹⁹⁶? Logo, a abordagem procedimental, calcada em uma teoria da autoridade, conduz ao cerne da questão.

Não é o caso de rejeitar ou descartar uma concepção substantiva de direitos frente a uma concepção de autoridade. Ambas complementam-se. A pergunta sobre qual a correta visão de direitos não é desfeita a partir do momento em que localizado o órgão a quem compete a última palavra. Muito pelo contrário, é precisamente esta a questão cuja resposta espera-se ser encontrada por este órgão. Mas a supremacia não é definida através da imposição de restrições substantivas, como as cláusulas pétreas. É justamente dos desacordos sobre os resultados do procedimento político que é necessário reconhecer e definir uma autoridade. Como diria Thomas Hobbes, “*Autorictas, non veritas, facet legem*” – o soberano é definido pelo procedimento, não pelo conteúdo de sua decisão¹⁹⁷.

194Assim está disposto no artigo 173 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

195MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 99.

196“*Who is to have the power to make social decisions, or by what procedures are social decisions to be made, on the practical issues that competing theories of rights purport to address?*” WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. p. 244.

197MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 100.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A RETÓRICA E A PRÁTICA: UM OUTRO MODELO DE CONTROLE É POSSÍVEL?

No dia 30 de janeiro de 2012, durante visita oficial ao Egito e à Tunísia, à Ruth Bader Ginsburg foi questionado se o Egito deveria inspirar-se em outros países no processo de feitura de sua própria Constituição, no que respondeu que ela “não olharia para a Constituição dos Estados Unidos caso estivesse escrevendo uma constituição no ano de 2012”¹⁹⁸. Ao invés, sugeriu, as democracias conquistadas na Primavera Árabe deveriam valer-se das experiências constituintes do Canadá e da África do Sul, bem como das discussões sobre a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A sugestão muito possivelmente passasse despercebida, se não fosse pela particular função exercida por Bader Ginsburg: *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos. Sua breve colocação foi suficiente para despertar um vivo debate sobre a declinante influência mundial da Constituição norte-americana.

Em 1987, no bicentenário do documento escrito na Convenção Continental da Filadélfia, a revista *Time* estimou que aproximadamente 160 nações escreveram sua Constituição com os olhos voltados à Carta estadunidense – foram 160 nações dentre as 170 que existiam à época¹⁹⁹. Esta influência ampliou-se para além do continente americano sobretudo no período pós-Segunda Guerra Mundial, vez que o único modelo de revisão judicial disponível aos *constitutional designers* era o modelo forte exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, cujas três maiores diretrizes foram reproduzidas mundo afora: direitos com *status* jurídico superior à legislação ordinária, o entrincheiramento de direitos e sua proteção pela revisão judicial.

O modelo forte de controle de constitucionalidade atribuí ao Poder Judiciário a competência de analisar a compatibilidade entre a Constituição e os atos normativos infra-constitucionais emanados dos Poderes Legislativo e Executivo²⁰⁰. Caso conclua

198SCHWARTZ, Daniel. **Charter of Rights turns Canada into a 'constitutional' trendsetter** – The Charter of Rights and Freedoms turns 30 on April 17. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/canada/story/2012/04/16/f-charter-30-intl.html>>. Acesso em 02 de julho de 2012.

199GREENWALD, John. **A gift to all nations**. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,964901,00.html>>. Acesso em 02 de julho de 2012.

200TUSHNET, Mark. The Rise of Weak-Form of Judicial Review. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011. p. 325.

pela inadequação, deverá a Corte negar efeitos legais ao ato normativo e invalidá-lo. Em razão da natureza aberta e genérica das disposições constitucionais, natural que desacordos razoáveis sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade ocorram e, em situações como essa, não impõe o constitucionalismo a prevalência da opinião da Corte, seja ela razoável ou não, em detrimento de um entendimento razoável do Parlamento. Portanto, até mesmo os modelos fortes preveem mecanismos hábeis de revisão que proporcionam às legislaturas a oportunidade de responder decisões judiciais por ela consideradas equivocadas – o processo de emenda à Constituição.

No ano de 1949, a Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, cuja guarda competia à Corte Constitucional. A Itália, por mais que sua Constituição de 1947 já previsse uma Corte Constitucional, só a institui no ano de 1965. A terceira onda de democratização trouxe novas constituições aos países de Portugal, Espanha e Brasil²⁰¹. Tais Constituições inserem-se na tendência mundial de adoção do mecanismo de revisões constitucionais e de incorporação de Cartas de Direitos ao ordenamento jurídico²⁰². Não sendo um processo isolado, este fenômeno implica transferências significativas de poderes das instituições representativas aos órgãos judiciários e, em razão desta circunstância, a arena jurídica transforma-se em palco de resolução das questões moral, social e politicamente mais relevantes.

Os defensores de um constitucionalismo que resguarde a supremacia parlamentar destacaram a conflituosa relação, evidenciada nos modelos fortes de revisão judicial, entre a soberania do Povo e a soberania da Constituição. Respostas foram desenvolvidas pelos *constitutional designers* com a criação de mecanismos que amenizassem esta tensão, a exemplo da instituição de processos específicos para seleção de Ministros das Cortes Constitucionais e mecanismos de limitação dos efeitos das decisões judiciais. Mesmo com a formulação destas atenuantes, refletir sobre controle judicial de constitucionalidade remetia ao modelo forte estadunidense.

A verdadeira inovação em termos de desenho constitucional surgiu somente

201HUNTINGTON, Samuel. **The third wave: democratization in the late Twentieth Century.** Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991. p. 26. Conrado Hübner Mendes fala em “terceira onda constitucional”. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** p. 15.

202Hirshl denomina este fenômeno mundial de “juristocracia”. HIRSHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004. p. 1.

com os trabalhos constituintes do Canadá, em meados da década de 80 do século XX. A cláusula do não-obstante foi responsável por inventar – ou, para ser mais preciso, reinventar – o modelo fraco de revisão judicial. Ao lado do Canadá, outras nações da *Commonwealth* britânica inovaram no desenho constitucional e criaram modelos fracos de controle. O objetivo deste terceiro e último capítulo é apresentar uma alternativa ao modelo ultra forte de revisão judicial desempenhado no Brasil, destacando as deficiências do Supremo Tribunal Federal e as vantagens em incluir o Congresso Nacional no processo de interpretação da Constituição. Primeiramente, serão analisadas a construção do modelo brasileiro de revisão, que sofreu gradual processo de concentração de poderes em torno do Supremo, e a performance do Tribunal como Corte Constitucional. Depois disso, serão apresentados exemplos de modelos fracos de controle que reservam um papel ativo e desafiador ao Parlamento na interpretação constitucional. Evidenciadas a limitação e a falibilidade do Supremo Tribunal Federal, abre-se espaço para revelar as vantagens e os benefícios de um modelo fraco e, principalmente, democrático de revisão judicial, em que é reservada a última palavra provisória ao Poder que apresentar os melhores argumentos.

3.1 Construindo tijolo por tijolo uma Corte (quase) mágica: o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade foi instituído com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, no ano de 1891²⁰³. Estabelecia-se a competência do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposição da Constituição” e decidir “quando se contestar a validade de leis ou de atos do governo dos Governos do Estado em face da Constituição”. Nascia um modelo difuso e posterior de controle das leis que em muito lembrava o controle exercido pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos.

O princípio da separação dos poderes transparecia a influência do desenho político norte-americano. No artigo 15 da Constituição, colocava-se que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário eram harmônicos e independentes entre si. Diante

²⁰³Antes disso, vale lembrar do Decreto n° 848 de 1890 que já autorizava o Supremo Tribunal Federal a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade.

deste cenário, a Suprema Corte adotava posturas de auto-contenção e hesitava em desempenhar sua prerrogativa constitucional de revisão judicial sob o pretexto de não interferir nas ações dos demais Poderes. A auto-contenção judicial manifesta-se em três comportamentos básicos. Primeiro, em não aplicar diretamente as normas constitucionais a situações que não estejam expressamente previstas em sua esfera de incidência. Segundo, em declarar a inconstitucionalidade de lei e ato normativo a partir de critérios hermenêuticos rígidos. Por fim, em se omitir das discussões sobre políticas públicas²⁰⁴. No início da República brasileira, as decisões da Suprema Corte eram interpretadas como interferência indevida do Direito sobre esferas reservadas exclusivamente à política²⁰⁵. A separação dos poderes pressupunha uma distribuição taxativa e estanque de funções a cada um dos Poderes.

Neste período, a atuação de dois juristas foi fundamental à consolidação e à afirmação do controle judicial de constitucionalidade. Ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1907 e 1921, Pedro Lessa é automaticamente associado à doutrina brasileira do *habeas corpus* – instituto que posteriormente cedeu espaço ao mandado de segurança contemporâneo²⁰⁶. O desenvolvimento do instituto buscou ampliar as garantias fundamentais dos cidadãos, sobretudo frente ao Poder Público. Ao lado de Pedro Lessa, o advogado Rui Barbosa também vinculou-se à doutrina, cujo marco inicial, por sinal, remete à série de pedidos de *habeas corpus* impetrados por ele quando decretado estado de sítio pelo Presidente Floriano Peixoto, em 1892. Rui Barbosa convenceu a Suprema Corte da possibilidade de analisar a legalidade dos atos do Poder Executivo por meio do *habeas corpus*. A liberdade de locomoção, bem jurídico imediatamente tutelado pela ação, passou a compreender também os direitos que lhe eram correspondentes. Assim, a doutrina do *habeas corpus* buscava “melhorar os costumes da República, que nunca se esmerou em respeitar na prática o idealismo dos fundadores e nunca se revelou exemplar no respeito aos princípios da Constituição (...)”²⁰⁷.

204BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, fev./mai., 2010. p. 9.

205SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, 2009. p. 215.

206HORBACH, Carlos Bastide. **Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 76.

207TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 157, v. 38, jan./mar., 1981, p. 52.

O primeiro passo relevante em direção a um modelo concentrado e abstrato foi dado no ano de 1934. Além deste, os anos de 1965, 1988, 1993, 1999 e 2004 foram chave deste gradual processo²⁰⁸. A Constituição de 1934, promulgada sob a Presidência de Getúlio Vargas, já incorporava mecanismos de intervenção da União sobre os Estados-membros, caso quebrados os princípios constitucionais sensíveis previstos no artigo 7º, inciso I, alíneas a a h²⁰⁹. Confiada unicamente ao Procurador-Geral da República, a “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal” condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa privativa do Senado Federal, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo, pela primeira vez em sua história institucional, tornou-se competente para verificar a constitucionalidade de lei em tese. Apesar da Constituição determinar, em seu artigo 38, ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, a representação interventiva configurava uma peculiar fórmula judicial de composição dos conflitos federativos que tinha o condão de transferir uma questão essencialmente política ao campo jurídico. A judicialização do conflito, por mais que a decisão fosse estritamente técnica, revela que um papel político foi efetivamente delegado ao Poder Judiciário²¹⁰. A Carta inovou ao exigir maioria da totalidade dos Ministros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de leis, procurando conferir maior segurança jurídica frente às contínuas flutuações de entendimento.

Quase 30 anos depois, em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 introduziu na Constituição Federal de 1946, além da já conhecida representação interventiva, a representação de inconstitucionalidade. Sob manejo exclusivo do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal decidiria sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, seja ele federal ou estadual. Logo, o mérito desta reforma foi instituir o controle abstrato, de uma vez por todas. O âmbito material da via de ação foi ampliado e passou a abarcar os direitos objetivos, não mais limitando-se à

208SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. p. 215.

209A Constituição de 1934 autorizava a intervenção da União sobre os Estados caso desrespeitados os seguintes princípios: i) forma republicana representativa; ii) independência e coordenação de poderes; iii) temporariedade das funções eletivas; iv) autonomia dos municípios; v) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; vi) prestação de contas da Administração; vii) possibilidade de reforma constitucional e possibilidade do Poder Legislativo para decretá-la; e viii) representação das profissões.

210MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 22.

proteção dos princípios sensíveis. “Toda lei de nosso ordenamento jurídico (...) poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso”²¹¹.

Antes de analisadas as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 em relação ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, é interessante trazer um episódio que refletiu posteriormente na ampliação dos atores legitimados à via direta de ação. Em 1971, o Supremo Tribunal Federal foi chamado para resolver uma polêmica entre o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e a Procuradoria-Geral da República. Inconformado com o arquivamento de uma representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-lei n° 1077, de 26 de janeiro de 1970, que instituiu censura prévia em livros e periódicos, o MDB defendia que o Procurador-Geral da República era obrigado a encaminhar ao STF toda as representações que lhe eram apresentadas. Caso contrário, ao arquivá-las mediante mero despacho, o Procurador agia como se fosse juiz da causa e usurpava a função do Supremo ao decidir de antemão sobre a constitucionalidade da matéria. O entendimento do STF, entretanto, foi pela não obrigatoriedade da PGR em encaminhar cada representação que lhe fosse submetida. Decidir o contrário seria transformá-lo em “mensageiro” de agentes a quem a Constituição não reconhecia legitimidade ativa²¹².

A Carta de 1988 alargou a titularidade e o escopo do direito de ação ao Supremo Tribunal Federal. Seu artigo 103 trouxe sete novos agentes legitimados ao ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade²¹³. Além da ADI, foram criadas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, ferramentas voltadas à solucionar comportamentos omissivos do legislador ordinário que ponham em risco a eficácia de normas constitucionais. O ano de 1988 também trouxe, subsidiariamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ser usada para reparar ou evitar lesão à direito fundamental pelo Poder Público.

211BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 330.

212BONAVIDES, Paulo. **Idem**. p. 332.

213Poderão propor ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Logo em 1993 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 03, responsável pela instituição da ação declaratória de constitucionalidade. Através dela, o Supremo é chamado para decidir controvérsia ou dúvida sobre a constitucionalidade de norma capaz de gerar um estado de incerteza jurídica. A Emenda trouxe a regulamentação da eficácia *ex-nunc* das decisões da Corte e do instrumento da ADPF. Logo em seguida, no ano de 1999, promulgaram-se duas leis importantes à revisão judicial. A Lei nº 9.868, que trata do rito de ADI e de ADC perante o Supremo Tribunal Federal, e a Lei nº 9.882, que trata do processo e do julgamento de ADPF. Ambas as leis já evidenciavam a tendência concentradora e vinculante do controle judicial.

A última etapa do processo descrito ocorreu no ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 e conseqüente criação da súmula vinculante, cuja aprovação pelo STF está condicionada a reiteradas decisões sobre matérias constitucionais. Aprovada, a súmula subordina não só os atos Poder Judiciário, mas também de toda a administração pública direta e indireta, nos três níveis federativos. Aprovar, revisar ou cancelar súmulas só pode ser pleiteado pelos agentes previstos no artigo 103. No controle difuso, a Emenda nº 45 condicionou a admissibilidade de recursos extraordinários à verificação de repercussão geral da matéria discutida no caso.

Seriam estes, portanto, os cinco “anos-chave” do processo de concentração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Para os mais desatentos, esta evolução histórica levou a um modelo europeu de revisão judicial, corriqueira e superficialmente caracterizado como posterior e concentrado. Esta simplificação leva a pensar que “com o aumento essa concentração também no Brasil, o Supremo Tribunal Federal estaria a um passo de se transformar em um tribunal constitucional por excelência”²¹⁴. Entretanto, não são apreendidas marcas do modelo europeu que evidenciam a distância entre o Supremo e um tribunal constitucional por excelência.

O modelo europeu é um fenômeno de origem pós-autoritária, surgido a partir do processo de reconstitucionalização que tomou conta do continente ao término da Segunda Guerra Mundial. Os juízes europeus não gozam de mandatos vitalícios e nomeá-los demanda um elevado consenso político entre as forças representadas no Parlamento. As Cortes são responsáveis pela decisão final em sede de controle

214SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. p. 216.

abstrato – o que é o traço mais característico deste modelo. É reduzido o número de audiências e sustentações orais realizadas que precedem o julgamento e, quando o Tribunal põe-se a decidir, emite uma única decisão de natureza institucional: profere-se a decisão da Corte²¹⁵, cujos efeitos dar-se-ão *ex-nunc*. Três marcas do processo decisório do STF mostram que o modelo brasileiro continua a ser o que, desde o ano de 1891, é: “uma cópia – às vezes bem feita, às vezes mal feita – do modelo norte-americano”²¹⁶. A decisão do Supremo Tribunal Federal é determinada por meio da soma do dispositivo do voto de cada um dos Ministros, não importando qual a fundamentação que leva àquela conclusão. Desta circunstância são inferidas duas carências: de unidade institucional de decisão e de decisões objetivas. Por fim, os julgamentos dificilmente são palco de argumentação e convencimento, sendo usual que os Ministros levem seus votos já prontos.

Ao lado dos cinco anos-chave acima retratados, é interessante retornar ao ano-chave de 1993. Nove meses após a promulgação da Emenda Constitucional nº 03, no mês de março, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939²¹⁷. Em sua peça inicial, questionava-se a Lei Complementar nº 77/93. Ao instituir o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), regulamentado pela referida lei, o artigo 2º, §2º, da Emenda supostamente autorizava a quebra do princípio da imunidade recíproca entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, assim, colocaria em risco o princípio federativo – cláusula pétrea da Constituição.

O Poder de Reforma da Constituição sujeita-se a limitações de procedimento, forma e conteúdo. Especificamente quanto ao conteúdo, os limites materiais à reforma da Constituição são determinados pelas cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º, cujo objetivo maior é prevenir a erosão da Constituição e de seu projeto básico. Desta forma, “Uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas, mas apenas no pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição, considerada como um

215SILVA, Virgílio Afonso da. Idem. p. 216.

216SILVA, Virgílio Afonso da. Idem. p. 217.

217Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em 2 de julho de 2012.

tudo”²¹⁸. A Carta Magna de 1988 determina quatro proibições materiais às emendas constitucionais, que não poderão ser objeto de deliberação caso tendam a abolir: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e as garantias individuais.

A competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal é superlativa²¹⁹. Além de Tribunal Constitucional²²⁰, a Corte também desempenha funções de foro judicial especializado, quando julga criminalmente os ocupantes dos mais altos cargos da República, e de tribunal de recurso em última instância, quando ratifica ou retifica o controle difuso realizado pelos tribunais de instâncias inferiores. Coloca-se, porém, que a leitura da Constituição hora alguma permite o entendimento de que compete à Corte fiscalizar os atos do Poder Constituinte Derivado. O artigo 102, inciso I, alínea a, fundamento legal da competência do controle judicial de constitucionalidade, diz respeito a lei ou ato normativo. “Extraír desta expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece um razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou”²²¹.

Não foi este, entretanto, o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A ementa da decisão na ADI n° 939 discorre que, na hipótese de Emenda Constitucional, manifestação típica do Poder Reformador, violar o projeto básico da Constituição, está apto o Tribunal a fiscalizar sua constitucionalidade. Para o Ministro Celso de Mello, “Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade [direitos e liberdades constitucionais] não seja desfigurada”²²². A posição majoritária entendeu que os princípios atingidos pela Emenda questionada naquele caso constituíam cláusulas pétreas, embora não tenha havido um maior esforço por parte da Corte em definir qual o real conteúdo da forma federativa do Estado e das garantias individuais.

Uma análise sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da

218SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001. p. 119.

219VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 447.

220É esta a função “politicamente mais impactante” do Tribunal, por trazer à tona a clássica tensão entre constitucionalismo e democracia. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 39.

221MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 146.

222Voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 293. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916>>. Acesso em 2 de julho de 2012.

constitucionalidade de Emendas à Constituição conduz à três conclusões²²³. A *ratio decidendi* desenvolveu-se a partir da análise casuística das cláusulas pétreas, estando restrita à análise de adequação do princípio supostamente atacado às cláusulas pétreas e isenta de explicações sobre as razões para incluí-lo entre o rol taxativo do artigo 60. É possível que se deva à ausência, sendo essa a segunda conclusão alcançada, de um conceito claro da função e dos limites das cláusulas pétreas. “Em nenhum dos julgamentos a Corte construiu conjuntamente, a fim de consolidar posição acerca da função e limites das cláusulas pétreas, um conceito sólido acerca do núcleo intangível da Constituição”²²⁴. Ainda que alguns Ministros do STF tenham se dedicado à definição, seus esforços não provocaram maior debate e não influenciaram substancialmente o julgamento.

Se o modelo forte de revisão judicial imputa às Cortes a competência de analisar em conclusivo a adequação entre legislação infra-constitucional e texto constitucional, parece razoável taxar o modelo brasileiro como ultra-forte, levando em consideração sua prerrogativa de fiscalizar o Poder Constituinte de Reforma²²⁵.

Este resgate é necessário à compreensão da atual posição institucional do Supremo Tribunal Federal. Como visto, a Constituição Federal de 1988 trouxe novas ações constitucionais, ampliou o escopo material da revisão judicial e abarcou novos agentes. Um dos reflexos destas inovações é a crescente judicialização da política. O desenho institucional contemporâneo reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal²²⁶. Em razão desta circunstância, a arena jurídica torna-se palco de resolução das questões moral, social e politicamente mais relevantes. O ativismo judicial, que não se confunde com a judicialização da política, vincula-se a uma postura que advoga por uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos objetivos constitucionais. Este

223Cf. MORAIS, Laio Correia. **O controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais: Como o STF lida com as cláusulas pétreas?** São Paulo, 2011. 133 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

224MORAIS, Laio Correia. **Idem.** p. 58.

225SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. p. 217-218.

226O circuito decisório formal compreende os procedimentos de deliberação e decisão previstos pela Constituição. Seriam, superficialmente, quatro as etapas deste circuito: promulgação de lei, declaração de inconstitucionalidade, promulgação de emenda e declaração de inconstitucionalidade. Este desenho, diria Hübner Mendes, é insuficiente. “Apenas estabelece uma ordem das intervenções.” MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** p. 217.

protagonismo culminaria na interferência sobre espaços até então tradicionalmente ocupados pelo Executivo e Legislativo ou apenas na “mera ocupação de espaços vazios”²²⁷. O Ministro Gilmar Mendes considera ser o ativismo judicial consequência do desenho institucional contemporâneo. Quando questionado sobre a possibilidade do ativismo ser banalizado, respondeu que seria ele “um dado inevitável do novo contexto institucional que experimentamos”²²⁸.

O ativismo judicial, conforme Luís Roberto Barroso, manifesta-se em três linhas de ação²²⁹. Em primeiro lugar, na aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamente em seu texto, não levando em consideração manifestações do Poder Legislativo. Em segundo lugar, com a declaração da inconstitucionalidade de atos legislativos, mesmo não havendo patente e ostensiva violação à Constituição, e, por último, na imposição de obrigações de fazer ou não fazer ao Poder Público. O ativismo judicial possui faces positiva e negativa. Por um lado, o Poder Judiciário está atendendo as demandas do cidadão, cujo acesso à justiça parece mais efetivo do que o acesso ao Parlamento. A face negativa do ativismo, curiosamente não voltada ao Poder Judiciário, está em somente revelar as dificuldades experimentadas pelo Poder Legislativo – entende Luís Roberto Barroso.

Importante exemplo de ativismo judicial é fornecido pelo caso da infidelidade partidária. No julgamento dos mandados de segurança impetrados pelos Partido da Social Democracia Brasileira, Partido Popular Socialista e Democratas, o Supremo inovou juridicamente e reconheceu a titularidade do mandato parlamentar ao partido político²³⁰. Decidiu que a troca injustificada de legenda partidária implica perda do mandato pelo candidato eleito. A infidelidade partidária foi considerada violação ao direito fundamental da oposição política, real ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder. A decisão foi muito bem recebida pela sociedade civil,

227BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. p. 9.

228Trecho extraído da entrevista concedida por Gilmar Mendes ao Jornal Valor Econômico, no dia 18 de outubro de 2007, publicada sob o título de “Uma revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal”.

229BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, jan./fev., 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora>. Acesso em 21 de maio de 2012. p. 9.

230Cf. SALGADO, Eneida Desiree; BERNADELLI, Paula. A inocuidade da reforma política a fórceps – ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução n° 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral – ou, ainda, como diria o poeta, “os lírios não nascem das leis”. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, n. 5, ano 3, jul./dez. 2011.

que “apoiou o ativismo do STF como uma espécie de remédio contra a inércia do Legislativo, uma ocupação legítima de um espaço vazio”²³¹.

O “jogo do contente” é a filosofia de vida praticada por Pollyanna, no clássico literário infantil que leva o nome da personagem. Com um exagerado otimismo, a menina esforça-se para enxergar sempre o lado bom de todas as situações – inclusive, quando presenteada com um par de muletas no natal. Embora esperasse ganhar uma boneca, Pollyanna enxergou o lado positivo daquela inusitada situação: não precisava de muletas. A visão “Pollyanna” sobre o Supremo Tribunal Federal é questionada por Conrado Hübner Mendes, que vislumbra na atuação da Corte dois comportamentos em muito contraditórios: a retórica do Guardiã entrincheirado e a prática do Guardiã acanhado.

A retórica do Guardiã entrincheirado manifesta-se quando o Tribunal evoca sua condição de defensor último da Constituição. Uma Constituição desprovida de revisão judicial não passaria de conjunto de normas sem instrumento de efetivação – uma folha de papel²³². Ao Supremo, portanto, caberia levar os direitos a sério e fazer valer a vontade de Constituição²³³. Quando decide pela inconstitucionalidade de lei ou emenda constitucional, decide para obrigar o legislador ordinário, movido por interesses políticos egoístas e imediatos, a obedecer e a prestar contas ao legislador extraordinário, ao povo que se manifesta nos momentos constitucionais.

A supremacia judicial, temperada com a “retórica do Guardiã entrincheirado”, produz efeitos perversos sobre o circuito decisório desenhado pela Carta de 1988. Em primeiro lugar, supõe Ministros isolados do contexto fática em que instalada a controvérsia constitucional e escurece a função política por eles cumprida. Esta ideia é a pedra de toque das teorias do “pré-comprometimento”. Não contagiados pela *akrasia* que toma conta das massas, os juizes decidiriam com maior propriedade porque são agentes externos cujo espírito é independente. Nada contribuiria tanto a este espírito independente, “essencial à performance devotada de dever tão difícil”,

231MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 228

232Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen-Júris, 2001.

233Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 6 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

do que mandato vitalício²³⁴. Assim, não seriam envolvidos pelo estado patológico de tomada irracional de decisão em momentos de comoção geral²³⁵.

Além disso, a retórica possui o condão de liberar Corte e Parlamento do ônus argumentativo. À primeira, restaria proceder a interpretação e aplicação automática das normas constitucionais, sem maiores fundamentações. Já os legisladores, frente ao ativismo judicial, sentem-se desincumbidos do dever de justificar suas posições em termos constitucionais e prendem-se à estrita legalidade de seus atos. Caso a feitura de leis e políticas públicas incorra em inconstitucionalidade, caberá ao juiz aferi-la posteriormente²³⁶. É presumida a infalibilidade judicial e são subestimadas a possibilidade e a consequência do seu erro. No julgado da fidelidade partidária, para voltar ao exemplo de antes, a resposta formulada pelo Supremo Tribunal Federal seria naturalmente a melhor resposta possível, “sem que se possa cogitar de que as questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias”²³⁷.

“A 'excepcional personalidade do jurista' criada por uma 'formação ética' atua como indício da existência de uma ordem de valores justa, qual seja: 'uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa’”²³⁸. Na fuga da complexidade social, em que coloca-se em questão a objetividade dos valores sociais, é comum a transferência do superego da sociedade ao Judiciário. Discussões e procedimentos imprescindíveis à construção de normas e valores sociais são ignorados e eliminados através da centralização da “consciência” social na figura da Justiça.

A “prática do Guardiã acanhado” faz-se presente na postura tímida adotada pelo Supremo no julgamento de casos delicados, embora centrais à proteção e à promoção de direitos. Valendo-se de posturas típicas de autocontenção, o Tribunal utiliza critérios hermenêuticos conservadores e desperdiça espaços interpretativos relevantes que permitiriam atuação mais interventiva. Estas decisões acanhadas são reflexos do peso que a missão heróica de salvaguardar direitos e liberdades coloca

234HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. p. 597.

235WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. p. 266.

236THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, oct., 1893. p. 155-156.

237Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2012.

238MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, CEBRAP, 2000. p. 128.

sobre as costas do Tribunal. Os votos dos Ministros no julgamento da ADPF n° 153 constituem um exemplo, ao empregar parâmetros hermenêuticos obsoletos e ao recusar uma interpretação mais interventiva. Os argumentos utilizados no sentido de afirmar a recepção da Lei de Anistia pela nova ordem constitucional sustentaram-se em conceitos e formulações já ultrapassados na Teoria e Filosofia do Direito²³⁹. Além, a Corte nega seu histórico ativista e postula que “ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs (...)”. Segundo o voto do Ministro Relator, Eros Grau, a “revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”²⁴⁰.

Quando não decide acanhadamente, a Corte emprega ferramentas que postergam ou evitam a tomada de decisão, como a definição da pauta de julgamento e o voto-vista. Uma pequena análise sobre o trâmite judicial das ações diretas de inconstitucionalidade ilustrará bem o argumento²⁴¹. Desde 1988, mais de quatro mil ações deste tipo foram propostas no Supremo. As regras para seu processamento estão previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁴², cujos dispositivos afirmam que não há limite à possibilidade do relator escolher o tempo de apresentar seu relatório e voto em razão do “acúmulo de serviço”. O prazo de trinta dias encontra saídas para ser legalmente extrapolado. O regimento também faculta ao relator decidir quando está habilitado para o julgamento, sem qualquer limitação temporal ou respeito à ordem dos processos. A prioridade das ações é de nenhuma relevância prática, frente à lista de ações e recursos a serem julgados que possuem igual prioridade. “Dito de outra maneira, o RISTF delega ao Relator a competência de determinar a pauta”²⁴³.

239SILVA, José Carlos Moreira da. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira.** Disponível em: <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2012.

240Arguição de Descumprimento de Preceito Federal n° 153 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 2 de julho de 2012.

241DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 4357-4377. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf>. Acesso em 2 de julho de 2012.

242O RISTF dispõe, em seu artigo 21, X, caber ao Relator pedir dia para o julgamento dos feitos em que estiver habilitado a proferir voto.

243DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo

A ADI nº 3685, cujo objeto eram as alianças partidárias, foi distribuída em 09 de março de 2006. Catorze dias depois, o Plenário tomou a decisão definitiva. Por outro lado, a ADI nº 73 e nº 94, respectivamente sobre um decreto paulista que trata de questões ambientais e sobre a regulamentação da Procuradoria de Rondônia pela Constituição estadual, foram ajuizadas em 1989. Após 23 anos, vigora na ADI nº 73 a suspensão cautelar dos dispositivos. Já na ADI nº 94, o julgamento ocorreu apenas em 20 de junho de 2012. Um terceiro grupo é composto pelas ADI nº 179 e nº 185, distribuídas ambas em primeiro de fevereiro de 1990 e questionando leis estaduais de menor relevância. Até hoje, não foram julgadas em definitivo. O quarto grupo é representado pela ADI nº 494, proposta em 29 de abril de 1991, e pela ADI nº 1648, proposta em 7 de agosto de 1997. Os pedidos de vista postergaram até hoje uma decisão definitiva sobre mérito de ambas as ações diretas.

O voto-vista encontra guarida legal no artigo 555, §2, do Código de Processo Civil. Poderão os magistrados requerer vista do processo caso não se considerem habilitados a proferir imediatamente seu voto. Deverão os Ministros devolvê-lo no prazo de trinta dias, a partir da data de recebimento, com o julgamento prosseguindo na primeira sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. Este prazo é reiteradamente descumprido, sob a justificativa regimental de “acúmulo de serviço”. O tempo médio entre o pedido de vista e a apresentação do voto chega a 2,29 anos²⁴⁴. Ainda que o voto-vista tenha por fim garantir o tempo necessário à livre formação da convicção do magistrado, seu uso é perverso sobre a deliberação colegiada²⁴⁵. Primeiro, pela demora na apresentação do voto. Em regra, uma sessão do Supremo bastaria para deliberação e apreciação do processo. Na ADI nº 1864, a primeira sessão ocorreu em 12 de abril de 2004, ocasião em que o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista do processo, sendo a sessão retomada só dia 08 de agosto de 2007²⁴⁶. A segunda perversidade está no tipo do voto apresentado,

Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. p. 4362.

244RIBEIRO, Caio Gentil. **Voto-vista e deliberação no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2011. 133 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. p. 26.

245KLAFFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2010. 173 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. p. 100.

246Assim se manifestaram no acórdão, respectivamente, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa: “Já tinha formado convencimento a respeito e fatalmente não me lembrarei mais dos parâmetros, em si, da controvérsia, quando vier à balha o processo” e “esse meu voto está

apoiado em citações doutrinárias e desatento às posições dos demais Ministros.

No ano de 2009, o RISTF foi atualizado pela Emenda Regimental nº 29, regulamentando as audiências públicas para colher depoimentos de pessoas não diretamente relacionadas aos autos do processo, mas que possuam experiência e autoridade na matéria ali discutida. Questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas seriam esclarecidas neste espaço. Foram seis as audiências realizadas no total, sendo três delas anteriores à Emenda. A primeira ocorreu em abril de 2007, tendo por objeto a pesquisa científica com células-tronco embrionárias. Estiveram presentes apenas quatro dos onze Ministros: Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Já na segunda audiência, sobre a importação de pneus usados, em junho de 2008, a presença dos Ministros foi ainda menor. Além da relatora, Carmem Lúcia, compareceram Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. A antecipação de parto em caso de fetos anencefálicos foi tratado na terceira audiência pública, realizada em agosto e setembro de 2008. Dela participaram os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Menezes Direito.

Após a promulgação da Emenda nº 29, foram três audiências realizadas. O quórum manteve-se baixo na audiência pública que se ocupou do Sistema Único de Saúde, nos meses de abril e maio do ano de 2009. Estiveram presentes Menezes Direito, Cezar Peluso e Gilmar Mendes – Presidente do STF à época. Na penúltima audiência, sobre políticas de ação afirmativa de reservas de vagas em instituições de ensino superior, o comparecimento foi maior, embora isso não implique um tempo maior de permanência. Relator e Presidente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes compareceram, junto dos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e José Dias Toffoli. Em agosto de 2012, foi realizada a audiência pública para avaliar a utilização do amianto na construção civil e seus reflexos sobre a saúde. De 2005 a 2011, de todos Ministros que compuseram o Supremo Tribunal Federal, três nunca compareceram a qualquer audiência: Nelson Jobim, Celso de Mello e Eros Grau.

É interessante notar que, em nenhuma das audiências públicas realizadas após a Emenda nº 29, o Ministro Relator reservou um espaço a questionamentos²⁴⁷.

preparado há mais de dois anos, já não me lembrava de muita coisa". Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524321>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

247ARIEDE, Elouise Bueno. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**: um estudo comparativo de sua prática, antes e depois do advento da Emenda Regimental nº 29 de 2009. São

Não obstante, ao proferir seu voto sobre as pesquisas científicas com células-tronco, declarou o Ministro Gilmar Mendes que as práticas do Supremo demonstrariam que a Corte “pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento”²⁴⁸. Porém, a baixa teorização sobre a função e a organização da audiência, cujo procedimento fica sob responsabilidade do Relator, prejudica seu potencial deliberativo e transforma-a em um “teatro autolegitimatório ou autocongratulatório, com especialistas de todos os tipos apresentando argumento, mas com pouca ou nenhuma deliberação”²⁴⁹.

A combinação entre a prática e a retórica leva à um Tribunal que “late, mas não morde”. A responsabilidade em ter a última palavra leva ao seu acanhamento diante de chances em que poderia decidir mais ativamente em favor de direitos fundamentais, só atuando dessa maneira em conflitos de potencial político limitado. Portanto, de melhor grado seria

*um Tribunal comedido e modesto na retórica, que se enxerga como participante de um processo interinstitucional de construção do significado da constituição e que não se intimida com ser ativista quando detentor de um bom argumento, a um tribunal verborrágico, mas pouco corajoso no desafio ao legislador*²⁵⁰.

3.2 Relativizando a última palavra: a alternativa do diálogo entre Cortes e Parlamentos

A Constituição do Estados Unidos, na cláusula segunda de seu sexto artigo, estabelece que a Carta, ao lado das leis promulgadas e dos tratados celebrados para sua consecução, compõem a lei suprema do país, estando os juízes de todos os estados da federação a ela vinculados, ficando sem efeito qualquer disposição contrária à Constituição ou às leis de qualquer dos estados. Os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade revelam-se um tanto quanto inadequados quando considerado que remetem à natureza escrita da Constituição e ao juramento prestado pelos magistrados²⁵¹. Nenhum deles implica a prerrogativa do Judiciário em

Paulo, 2011. 80 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. p. 59.

248Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em 19 de julho de 2012.

249MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. p. 253.

250MENDES, Conrado Hübner. **Idem**. p. 215.

251THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. p. 130.

invalidar ou substituir qualquer ato do Legislativo ou do Executivo para o qual estes Poderes estivessem constitucionalmente autorizados. A revisão judicial surge como resultado natural da experiência política estadunidense antes de sua independência.

Enquanto governadas pelo Reino Unido, as Treze Colônias regiam-se pelas cartas de governo provenientes de sua metrópole, cujas instituições eram as responsáveis por implementar suas disposições e assim faziam de diversos modos, através de atos do Parlamento, de processos judiciais ou de recursos ao Conselho Privado – a mais alta instância recursal britânica. Esta limitação sobre a soberania ocorria por outros instrumentos além do jurídico e consistia no corriqueiro exercício de poder pelas instituições inglesas. “Uma autoridade externa impusera os termos das Cartas, a autoridade de um governo superior, totalmente organizado e equipado para todas exigências de desobediência, com um rei, legislatura e cortes seus”²⁵². Tendo a Coroa sua autoridade e seu direito reconhecidos na América, as cortes da colônia aplicavam as mesmas leis que as aplicadas pelas cortes da metrópole. A prática norte-americana de revisão judicial tornou-se resultado natural, porém não necessário, desta experiência²⁵³.

Com a Revolução de 1776, os Estados Unidos não mais se submetiam a um poder soberano externo. Com o movimento de independência, a posição da Coroa inglesa é ocupada pelo povo das treze colônias, que passa a ser o próprio soberano. Não existe um poder superior a impor as leis arbitrariamente. As instituições políticas mantiveram-se intactas, entretanto, sendo edificadas a partir da tradução do nome e do estilo do soberano inglês para o novo soberano americano – o povo, liderado por seus pares agora e, sobretudo, pelos cidadãos incumbidos do dever de governar²⁵⁴. Na história política estadunidense, a feitura da Constituição de 1787 situa-se em um momento constitucional²⁵⁵. Ao contrário da política ordinária, em que as decisões são tomadas conforme as diretrizes governamentais, a política constitucional caracteriza-

252“An external authority had imposed the terms of the charters, the authority of a paramount government, fully organized and equipped for every exigency of disobedience, with a king and legislature and courts of its own.” THAYER, James Bradley. Idem. p. 131.

253THAYER, James Bradley. Idem. p. 131.

254THAYER, James Bradley. Idem. p. 132.

255Para Bruce Ackerman, os “*founding fathers*” foram revolucionários que instituíram uma ordem constitucional que concebe a política em dois momentos distintos: política ordinária e política constitucional. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. p. 6-7.

se por um cuidadoso processo deliberativo entre toda a população. A particularidade está em fomentar uma cidadania engajada em questões de justiça que irão modificar a ordem constitucional da sociedade.

Após sua manifestação, o Poder Constituinte retira-se de cena. Embora não deixe de existir, torna-se latente e só em novos momentos constitucionais voltará a se manifestar²⁵⁶. Ausente o soberano, inexistiria qualquer órgão responsável por fazer valer sua vontade originária, com exceção dos destinatários dos comandos da Constituição. “Então, como deveria sua constituição escrita ser cumprida caso os responsáveis desobedecessem, falhassem ou errassem”²⁵⁷? As instituições norte-americanas depararam-se com um problema que não havia na época colonial. Ainda assim, não elaboraram respostas para isso, utilizando ainda os antigos métodos e concepções. Nem por isso os primeiros exercícios de revisão judicial foram bem vindos. Um dos primeiros casos em que o Poder Judiciário declarou inválido um ato do Poder Legislativo ocorreu no estado de Rhode Island, em 1786 - quase 20 anos antes de *Marbury v. Madison*. A decisão em *Trevet v. Weeden* foi recebida com sobressaltos pela Assembleia Geral de Rhode Island, transparecendo a crença de que a independência das Treze Colônias teria tornado o Legislativo norte-americano tão soberano quanto o Parlamento inglês.

O instituto da revisão judicial ainda era ponto controverso no cenário político americano. Não só era recusado por diversos membros da Convenção Continental da Filadélfia como era objeto de indecisão por parte dos juízes nos últimos vinte anos do século XVIII. Quando já consolidada²⁵⁸, a prática era concebida em termos puramente jurídicos. As constituições estaduais tomaram o cuidado em tripartir os Poderes governamentais, atribuindo à cada Poder uma única função e proibindo seu exercício por outro que não fosse o constitucionalmente competente. A competência do Poder Judiciário limitava-se a determinar, diante de um caso concreto submetido

256Os momentos constitucionais não se limitariam ao Poder Constituinte, seja original ou derivado. Na história constitucional norte-americana, seriam três as ocasiões em que a política constitucional ocorreu sob outra forma que não o Poder Constituinte: a fundação da República, a Reconstrução no pós-Guerra Civil e o New Deal. ACKERMAN, Bruce. *Idem*. p. 40.

257THAYER, James Bradley. *The origin and scope of american doctrine of constitutional law*. p. 132.

258A prática judicial de invalidar atos legislativos que contrariassem o texto constitucional talvez tenha informada pela teoria, que à época era popular entre os revolucionários, de que as cortes poderiam desconsiderar tais atos caso desobedecessem as máximas fundamentais da moral - em outras palavras, caso desobedecessem as leis da natureza. THAYER, James Bradley. *Idem*. p. 133.

à sua jurisdição, a constitucionalidade da disputa sobre o exercício de poder. Assim, as Cortes cumpririam seu dever constitucional e não subtrairiam as atribuições ou limitariam a discricionariedade do Presidente ou do Congresso, caso apreciassem as questões apresentadas com foco no amplo e fluido raio de competência e decisão legislativas. Desde que movimentassem-se dentro desta margem, os feitores de lei agiriam livres. “Em relação à escolha legislativa, concebidas aqui ilimitáveis, poder selecionar uma ou outra forma de ação, os juízes devem não interferir, desde que sua questão é uma puramente jurídica”²⁵⁹.

Era competente o Poder Legislativo não só para promulgar leis, mas também para interpretar a Constituição. A atribuição de uma competência tão respeitosa quanto à autoridade primária para interpretar a Constituição implica igual respeito ao Poder incumbido de sua consecução, não só por razões de cortesia ou hábito, mas em termos de política e Direito. De competência jurídica e interferência limitada, o Judiciário era uma das diversas salvaguardas a leis inconstitucionais. Não obstante isso, o Poder Judiciário apropriou-se desta competência a partir de um fundamento simples: seria o Poder Legislativo que possuiria uma autoridade delegada e restrita. Para que as restrições fossem obedecidas, elas deveriam ser revestidas de natureza jurídica e deveriam ser fiscalizadas pelas Cortes²⁶⁰. Foi este argumento que passou a ser sustentado pelas Supremas Cortes estaduais, até repercutir na Suprema Corte federal, com John Marshall e *Marbury v. Madison*.

O raciocínio de John Marshall, em resumo²⁶¹, parte das pretensas limitações impostas pela Constituição escrita sobre o Poder Legislativo. Os atos legislativos considerados “repugnantes”, isto é, contrários ao texto constitucional, não eram considerados leis. Competiriam às Cortes três tarefas: esclarecer o que seria lei e dizer, no caso de duas normas conflitantes, qual delas prevalece. Assim, o Judiciário faz valer a supremacia da Constituição, vez que ou é declarado nulo o ato legislativo

259 “In so far as legislative choice, ranging here unfettered, may select one form of action or another, the judges must not interfere, since their question is a naked judicial one”. THAYER, James Bradley. Idem. p. 135.

260 THAYER, James Bradley. Idem. p. 138.

261 “The people, it said, have established written limitations upon the legislature; these control all repugnant legislative Acts; such acts are not law; this theory is essentially attached to a written constitution; it is for the judiciary to say what the law is, and if two rules conflict, to say which governs; the judiciary are to declare a legislative Act void which conflicts with the constitution, or else that instrument is reduced to nothing. And then, it was added, in the Federal instrument that power is expressly given”. THAYER. James Bradley. Idem p. 139.

contrário à Constituição ou este instrumento é reduzido à nada. Concluindo, John Marshall infere que esta prerrogativa seria expressamente conferida pela Carta.

Entre o ano de 1787, com a Convenção Constitucional da Filadélfia, e o ano de 1803, com a decisão em *Marbury v. Madison*, as Cortes exerceram o controle de constitucionalidade e recusaram a aplicação de leis declaradas inconstitucionais em tão só cinco oportunidades. A análise dos argumentos apresentados nestas decisões trazem à baila uma regra de administração que, embora excluída por John Marshall de seu raciocínio lógico, corrigia a operação do Judiciário e trazia à interpretação constitucional importantes considerações. Colocava-se às Cortes uma condição: o exercício da revisão judicial só estava legitimado nas situações em que os atos do Parlamento violassem à Constituição tão manifestamente a ponto de não deixar dúvidas. “A ausência de ativa revisão judicial reflete o entendimento de que este poder estava limitado aos atos obviamente inconstitucionais”²⁶².

Embora predomine a posição de que o controle judicial de constitucionalidade já era praticado pelas Cortes antes, mas de escopo limitado e de baixa ocorrência, a posição melhor conhecida defende que o entendimento original não atribuía às Cortes a competência para invalidar atos do Parlamento. Se houve a criação de uma doutrina legal em determinado momento, a revisão judicial é esta doutrina e *Marbury* é este momento²⁶³. Instituíam-se um sistema departamentalista de revisão judicial²⁶⁴, cujas características evidenciavam duas versões de departamentalismo. Em sua primeira versão, cada Poder é responsável por aferir a constitucionalidade dos atos dos outros Poderes que possam ou venham a interferir em seu regular funcionamento. Na segunda versão, cada Poder possui o direito – talvez o dever – de agir conforme sua melhor interpretação do texto constitucional.

Mesmo sendo prescindíveis, as leituras dos outros Poderes desempenham duas funções. Primeiro, fornecem subsídio à tomada de decisão e, por isso, são

262 “*The absence of active judicial review reflected the understanding that this power was limited to the concededly unconstitutional act*”. Sylvia Snowiss chega à mesma conclusão da alcançada por James Bradley Thayer. SNOWISS, Sylvia. **Judicial Review and the Law of the Constitution**. New Haven and London: Yale University Press, 1990. p. 60.

263 BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. p. 1.

264 Por ser expressão não muito utilizada aqui no Brasil, ao invés de empregar “Departamento”, como feito originalmente Mark Tushnet, farei remissão ao termo “Poder”, no sentido de “Poder constituído”. TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, 2003. p. 2782.

dignas de respeito e consideração. Segundo, o desacordo acerca da leitura correta implica prudência sobre a atitude que cada Poder deve adotar diante da divergência. O custo ao sistema em razão da insistência de um Poder em agir segundo sua interpretação, em termos de estabilidade, pode ser o suficiente para justificar sua recusa em agir conforme seu julgamento, ressalvado seu poder para tanto²⁶⁵.

A derrota eleitoral do Partido Federalista em 1800 foi em grande parte responsável pela fundamentação de *Marbury v. Madison*²⁶⁶, com os federalistas perdendo a maioria no Congresso Nacional e a cadeira de Presidente da República para os republicanos. Thomas Jefferson, líder do Partido Republicano, substituiria John Adams e ascenderia à Presidência dos Estados Unidos, embora os federalistas permanecessem à frente do governo até 1801. Neste período tiveram eles o cuidado em adotar medidas que resguardassem seus interesses diante do novo governo. Com o *Judiciary Act* de 1801, promulgado às vésperas da posse de Thomas Jefferson, foram criados inúmeros cargos, sobretudo no Poder Judiciário, que seriam ocupados por juízes federalistas escolhidos por Adams e nomeados por Marshall – a quem competia, na condição de Secretário de Estado, apor os selos nos diplomas de nomeação e encaminhá-los ao nomeados. Marshall, porém, não teve tempo para comissionar William Marbury no cargo de juiz de paz. Frente à negativa de James Madison, Secretário de Estado de Jefferson, Marbury peticionou junto à Suprema Corte requerendo a expedição da carta de comissionamento.

Foram quatro os pontos contornados por John Marshall, agora Presidente da Suprema Corte, neste conflito político entre um Poder Judiciário federalista e um Poder Legislativo republicano. Respondeu positivamente às três primeiras questões: se William Marbury teria direito à entrega da carta de comissionamento; se, havendo tal direito, existiria mecanismo judicial hábil ao seu exercício; e se, havendo esse mecanismo, seria ele o *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Já último ponto foi respondido negativamente. Para Marshall, ainda que existisse o direito de Marbury e fosse o *writ* meio idôneo para exigí-lo, a Corte era incompetente para processá-lo.

265“*Sometimes, the costs to the constitutional system of a department insisting on its own interpretation, in terms of stability and the like, may be so large as to justify the department refusing to act on its own judgement while insisting on its power to do so*”. TUSHNET, Mark. Idem. p. 2782.

266POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people. Controle Judicial de Constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. **Revista Digital de Direito Público**, v. 1, n. 1, 2012, p. 01 - 29. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

Na composição deste conflito através de uma solução de acomodação atenta aos arranjos políticos de interesse²⁶⁷, a Suprema Corte decidiu, em opinião redigida por John Marshall, que suas competências estavam previstas exhaustivamente na Constituição. A decisão ainda declarou inconstitucional o *Judiciary Act* de 1789 por ampliar as competência das Cortes – atribuindo-lhes, inclusive, a competência para analisar casos como *Marbury v. Madison*. Por meio desta lei, o Congresso haveria alterado indevidamente a distribuição de poderes dentro do Judiciário. A decisão, portanto, obedece à primeira versão do departamentalismo. Fundamentada na interpretação promovida pela Suprema Corte, *Marbury v. Madison* confirmou-se em detrimento da interpretação promovida pelos Poderes Executivo e Legislativo, para a qual a lei não violava o texto constitucional.

No correr do século XIX, a prática habitual do controle de constitucionalidade adequava-se à versão primeira do departamentalismo. Eram constantes os debates constitucionais travados entre os Poderes da República. Antes dos republicanos ganharem a maioria do parlamento e a cadeira da Presidência, ao término do século XVIII, os federalistas promulgaram uma lei que criminalizava críticas ao Presidente, mas não as críticas ao Vice-Presidente. Diversos correligionários de Jefferson, que era o então Vice-Presidente de Adams, foram julgados e condenados com base nesta lei. Quando ascendeu à Presidência, em 1801, Jefferson concedeu anistia a todos, afirmando que a lei violava a o direito constitucional à liberdade de expressão. Explicando sua posição à Abigail Adams, esposa de seu adversário político, assim escrevera Jefferson: “Você pensa que competia aos juízes decidir sobre a validade da lei de sedição. Porém nada na Constituição confere-lhes o direito de decidir pelo Executivo, não mais do que [o direito do] Executivo decidir por eles”²⁶⁸. Semelhante atitude tomou Andrew Jackson, também como Presidente, quando a Suprema Corte

267VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no Pós-1988**. São Paulo, 2006. 264 p. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 41. Grifo original.

268“*You think it devolved on the judges to decide on the validity of the sedition law. But nothing on the Constitution has given them a right to decide for the Executive, any more than the Executive to decide for them*”. E assim segue Jefferson: “*The judges, believing the law constitutional, had a right to pass a sentence...because that power was placed in their hands by the Constitution. But the Executive, believing the law to be unconstitutional, was bound to remit the execution of it; because that power has been confined to him by the Constitution*”. BERG, A. E. *The Writings of Thomas Jefferson*. v. 11. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1905. p. 311-313. Apud: TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 15.

sentenciou que o Congresso possuía a prerrogativa em criar um banco nacional. Quando seus oponentes articularam-se pela renovação da lei que criara o *National Bank*, Jackson vetou a proposta e argumentou que “[a] opinião dos juízes não possui mais autoridade sobre o Congresso do que a opinião do Congresso possui sobre os juízes, e, neste ponto, o Presidente é independente de ambas”²⁶⁹.

Embora seja difícil precisar com exatidão, a prática departamentalista perdeu-se em determinado momento histórico compreendido entre o final do século XIX e meados do século XX²⁷⁰. A crítica de James Bradley Thayer pressupõe um modelo forte de revisão judicial, vez que os reflexos negativos desta prática á eram por ele denunciados²⁷¹. No ano de 1958, em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte sentir-se-ia à vontade para sentenciar que o Judiciário Federal é supremo na exposição da lei constitucional. Portanto, suas decisões vinculariam todos os Estados e Poderes, agora obrigados a cumprir suas decisões, mesmo que com elas não concordassem.

De um modelo em que cada Poder manifestava e agia conforme seu entender sobre o significado do texto constitucional, a revisão judicial desembocou em um modelo em que a responsabilidade da interpretação constitucional é atribuída apenas ao Poder Judiciário. Rejeitam-se ambas as versões do departamentalismo, possuindo as Cortes a autoridade exclusiva para decidir o sentido da Constituição, com demais órgãos de soberania não possuindo maiores funções em subsidiar a interpretação constitucional do Judiciário²⁷². É edificado, portanto, o modelo que será exportado ao mundo ocidental no período após a Segunda Guerra Mundial e cuja mais relevante característica é vincular os Poderes Executivo e Legislativo, a médio e longo prazo, à interpretação do Poder Judiciário. Decisões judiciais de última instância em sede de controle de constitucionalidade não podem ser revertidas através de legislação ordinária, mas somente por meios legislativos que demandem

269“*Opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both*”. RICHARDSON, J. D. (org.). **Messages and Papers of the Presidents**. v. 2. p. 576-591. Washington, DC: Bureau of National Literature, 1897. Disponível em: <<http://ia700303.us.archive.org/25/items/compilationof2474rich/compilationof2474rich.pdf>>. Acesso em 01 de Outubro de 2012.

270TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. p. 2783.

271Cf. THAYER. James Bradley. *The origin and scope of american doctrine of constitutional law*. p. 143-156.

272TUSHNET, Mark. *Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, n. 41, 2006. p. 1.

maior articulação, deliberação e quórum dos parlamentares. Funciona desse modo o mecanismo de emenda, cujo mérito é criar atrasos e acalmar os ânimos²⁷³.

Competiu ao constituinte canadense inventar - ou melhor, reinventar através da instituição de novos mecanismos – o modelo fraco de revisão judicial²⁷⁴. A Corte continua autorizada a avaliar a adequação entre a legislação infra-constitucional e os dispositivos constitucionais. Sua principal característica é permitir à maioria legislativa ordinária desbancar interpretações judiciais sobre a Constituição em curto prazo e impor sua própria interpretação, ainda que inconsistente com a interpretação da Corte. “A forma fraca de revisão responde à preocupação de que a forma forte de revisão autoriza que cortes com fraco pedigree democrático desbanquem as decisões tomadas por órgãos com pedigree democrático mais forte”²⁷⁵.

Duas marcas das constituições modernas impulsionaram a reinvenção do modelo fraco de controle judicial²⁷⁶. Primeiro, a suscetibilidade de divergências entre os intérpretes sobre o verdadeiro sentido dos termos constitucionais – divergências principalmente entre os legisladores e os Ministros das Cortes Constitucionais. Em segundo lugar, toda constituição prevê mecanismos para emenda, com a facilidade ou a dificuldade em instrumentalizá-los influenciando a escolha entre um modelo forte ou fraco. Logo, os modelos fracos justificam-se ao prever mecanismos aptos à implementação de legislações compatíveis com leituras razoáveis dos direitos constitucionais, enquanto afastando a implementação de leis irrazoáveis²⁷⁷. É a plausibilidade do desacordo sobre os significados do texto constitucional que torna o modelo fraco de revisão judicial um excelente instrumento de implementação de um constitucionalismo democrático²⁷⁸.

O modelo fraco de controle de constitucionalidade desempenhado releva-se em três diferentes versões. A novidade representada indica ser possível e provável

273ELSTER, John. **Ulisses liberto**. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 126.

274Embora Tushnet fale em “invenção” do modelo fraco pelos constituintes canadenses, reconhece que a prática da revisão judicial já fora concebida em termos fracos, mas, com seu gradual fortalecimento, precisou ser reinventada. TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. p. 2781.

275TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. p. 2786.

276TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak-Form of Judicial Review*. p. 323.

277Ainda assim, entende Mark Tushnet que o defeito intrínseco ao modelo fraco de revisão judicial é possibilitar às legislaturas implementar também suas leituras irrazoáveis. TUSHNET, Mark. *Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. p. 10.

278TUSHNET, Mark. *Idem*. p. 7.

que as possibilidades institucionais estendam-se para além dos desenhos já em vigor²⁷⁹. A versão mais “forte” concebe as Cortes competentes para suspender os efeitos legais de legislações, podendo o Parlamento responder à decisão judicial através de legislação ordinária, não precisando recorrer ao trabalhoso processo de emenda constitucional. Exemplo de modelo “menos fraco” é oferecido pelo Canadá. A patriação da Constituição canadense era celebrada por Pierre Trudeau, então Primeiro-Ministro do país, como oportunidade para resolver a histórica divisão entre a província de Québec, reconhecida como sociedade distinta, e o resto do país²⁸⁰. A patriação representava a chance para situar a identidade cultural do Canadá em torno da Carta, que substituiria a dicotomia inglês-francês pelo multiculturalismo²⁸¹.

Pierre Trudeau comprometera-se com uma Carta de Direitos que pudesse ser fiscalizada e implementada pelo Poder Judiciário, compromisso esse que encontrou resistência por parte das províncias canadenses. Para tornar o *Canada Act* de 1982 consenso e elaborar uma Constituição cujos direitos mais fundamentais poderiam ser entrincheirados pelas Cortes, os Primeiros-Ministros das províncias forçaram a introdução de duas proposições em seu Texto, ambas referentes ao exercício do controle judicial de constitucionalidade. A primeira delas chama-se “cláusula de limitações gerais” e teve sua redação em muito influenciada pela linguagem dos documentos internacionais de direitos humanos. Com termos que buscam tornar claras as possíveis restrições a direitos e garantias fundamentais, a cláusula garante que os direitos e as liberdades previstos na Carta sujeitam-se somente aos “limites razoáveis prescritos em lei que possam ser justificáveis em uma sociedade livre e democrática”. Já a segunda exigência das províncias acrescentou à Constituição a “cláusula do não-obstante” – verdadeira inovação de desenho constitucional²⁸².

A notwithstanding clause conciliou as duas leituras contrárias sobre o sistema

279TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak-Form Judicial Review*. p. 335.

280“*The unease and concern of Canadians has to do with definition. For me and for some folks who have worked and talked, and thought about the issue of the unique status and the distinct nature of Quebec society, it might be clear. We therefore have little trouble putting down on paper that we see the Québécois people as a nation within Canada. For us it is a description that defines a people. It reflects a history. It is imbued with all kinds of meanings and values. It is important.*” Cf. CANADA. 39th Parliament of Canada. Official Report (Hansard) of November 27, 2006.

281Até 1982, o Canadá era constitucionalmente governado por leis britânicas, cujas modificações dependiam do parlamento do Reino Unido e do consentimento do governo do Canadá. Com a patriação, ou nacionalização, da Constituição, o processo de emenda torna-se prerrogativa exclusiva das instituições canadenses.

282TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak-Form Judicial Review*. p. 341.

político canadense: a tradição britânica de governo democrático responsável e a tradição norte-americana de supremacia judicial e de judicialização dos direitos constitucionais²⁸³. Em resumo, a cláusula permite ao Poder Legislativo federal e provincial a adoção de leis, ainda que elas atinjam previsões constitucionais de direitos fundamentais²⁸⁴. A operacionalização do não-obstante ocorre a partir de lei expressa, cujo objeto seja desentrincheirar, pelo prazo máximo de cinco anos, direitos constitucionais específicos para o propósito daquela legislação. Embora o Parlamento possa reeditá-la indefinidamente, o limite temporal justifica-se por forçar a ocorrência de eleições entre a edição e a reedição da lei. O prazo oferece à sociedade a oportunidade de discutir a adequação do emprego da cláusula. Através do exercício do não-obstante, a soberania do parlamento é revivida através da competência revogadora de decisões judiciais de inconstitucionalidade.

No outro extremo, a forma mais fraca atribui uma função interpretativa ao Poder Judiciário²⁸⁵. Assim é na Nova Zelândia, onde cabe aos juízes ler a legislação, já em vigor ou em vias de ser promulgada, conforme uma lista de direitos protegidos – protegidos, mas não entrincheirados. Há uma “Carta de Direitos”, promulgada sob *status* de lei ordinária e, logo, passível de revogação ou modificação. São duas as atitudes esperadas da Corte neste modelo de revisão judicial. Em relação às leis vigentes, a Carta de Direitos deveria ser recepcionada como uma grande emenda à legislação em sua totalidade, cujos termos pautarão a interpretação do ordenamento vigente. Quanto à legislação promulgada posteriormente, a Corte deveria supor que a legislatura deseja respeitar os direitos já protegidos pela legislação. Então, caberia à Corte promover uma leitura conforme dos futuros atos legislativos²⁸⁶.

283JOHANSEN, David; ROSEN, Philip. **The notwithstanding clause of the Charter**. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2012. p. 2.

284Poderão os legisladores “desentrincheirar” os seguintes direitos fundamentais: liberdade de expressão, liberdade de consciência, liberdade de associação, direito à vida, direito à liberdade e segurança, liberdade de prisões e detenções arbitrárias, entre outros. Porém, alguns direitos estão fora do alcance da cláusula, como os direitos democráticos, os direitos de mobilidade, os direitos de linguagem, os direitos da minoria à educação linguística e a igualdade entre gêneros.

285Se é que tal forma merece a denominação de revisão judicial. TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak-Form Judicial Review*. p. 331.

286Outro possível enfrentamento de leis posteriores, refutada pelos proponentes do mandato interpretativo, é recebê-las como emendas específicas aos direitos, posição esta que levaria a uma interpretação sem maiores vínculos com a Carta e suas previsões. Uma crítica ao mandato interpretativo questiona suas implicações às legislaturas subseqüentes, cujo poder estaria previamente limitado por ato de legislatura igualmente ordinária.

Em um meio termo, as Cortes são hábeis a declarar a incompatibilidade entre a legislação e os direitos fundamentais, desde que conclua primeiro ser impossível interpretar o estatuto de modo a não violar as liberdades e garantias básicas. Pode a violação não ser de intenção da legislatura, emergindo a partir de tecnicismos que passariam despercebidos pelo legislador. Nessa circunstância, caberá ao Judiciário aplicar o parâmetro interpretativo e declarar a incompatibilidade entre lei e direitos fundamentais. Uma redação precisa, em que a violação de direitos configure a real intenção do Poder Legislativo ou que assim entenda o Poder Judiciário, é o cenário mais provável. Seja por ingenuidade ou de propósito, é difícil imaginar em ambos casos qualquer resposta do Parlamento à declaração da Corte²⁸⁷. Um exemplo de modelo fraco intermediária é exercido no Reino Unido, a partir da entrada em vigor do *Human Rights Act*, no ano de 1998. As reformas constitucionais promovidas pelo Partido Trabalhista procuravam conferir eficácia aos direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que poderiam ser aplicada pelas cortes britânicas através do mandato interpretativo. Tornaram-se as Cortes superiores competentes para declarar a incompatibilidade das leis ordinárias com os direitos protegidos pela Convenção, com o fim de mobilizar o Parlamento a responder através de nova legislação. “[O] *Human Rights Act*, então, buscou introduzir um discurso de direitos no primeiro plano de uma cultura legal da qual estavam previa e largamente ausentes”²⁸⁸. O Poder Legislativo, entretanto, tomou o cuidado em preservar sua soberania. Fonte soberana das leis, seu atos jamais seriam declaradamente inconstitucionais²⁸⁹.

O diálogo talvez seja a maior vantagem do modelo fraco de revisão judicial²⁹⁰. Seu produto será uma decisão mais democrática e só poderá tomar forma caso a decisão judicial sobre a inconstitucionalidade da lei possa ser revertida, modificada ou evitada pelo processo legislativo ordinário. Assim, o Judiciário terá a oportunidade de, ao invés de invalidar prontamente o ato legislativo, subsidiar o Legislativo com sua interpretação constitucional. Pode o Parlamento aceitar a leitura oferecida pela

287TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak-Form Judicial Review*. p. 333.

288GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. **American Journal of Comparative Law**, v. 49, n. 4, 2001. p. 35. Grifo nosso.

289“*For the law of the land knows not the word or the idea*”. CHRIMES, S. B. **English Constitutional History**. London: Oxford University Press, 1967. p. 42.

290Cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Courts And Legislatures – Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Things*. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, spring 1997. p. 75-124.

Corte ou responder e manter-se firme ao seu entendimento – agora informado pelo Judiciário acerca de aspectos constitucionais que talvez lhe faltassem antes. O modelo fraco proporciona a oportunidade para que o Legislativo promova a análise constitucional de suas decisões e, caso persista entendendo-o como adequado e consistente, possa escolher reeditá-lo.

A literatura constitucional dos países do *Commonwealth*, sobretudo do Reino Unido e Nova Zelândia, foram muito influenciados pelo debate travado no Canadá acerca do diálogo. Note-se que a resposta oferecida pelo Poder Legislativo, através da “cláusula de limitações gerais”, considera correta a interpretação constitucional da Corte, discordando apenas com a aplicação desta leitura à lei ora em questão. Seu propósito é fornecer uma justificação plausível das consequências da lei e demonstrar à Corte que as violações por ela levantadas são justificáveis diante do próprio entendimento da Corte acerca dos requisitos necessários à justificação das violações²⁹¹. Não há nesta cláusula a preocupação em fomentar uma comunicação entre Corte e Parlamentos – preocupação esta presente na utilização da cláusula do não-obstante pelas legislaturas. “Neste sentido, um diálogo benéfico entre cortes e legislaturas substituiria o modelo americano de monólogo judicial”²⁹².

São dois componentes que condicionam a ocorrência do diálogo entre as instituições: o desenho institucional que disciplina essa troca de argumentos e a cultura política que informa a interação entre os Poderes²⁹³. O constitucionalismo, como é sabido, impõe limitações sobre soberania parlamentar ao limitar a esfera de atuação dos representantes democraticamente eleitos. Estas limitações podem ser implementadas por meio de uma cultura de legalidade incutida nas elites políticas, podendo forçar os legisladores a deliberarem seriamente sobre as políticas públicas

291TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. p. 6.

292Para Stephen Gardbaum, entretanto, a escassa instrumentalização da *notwithstanding clause* levou ao não estabelecimento de um verdadeiro modelo fraco de revisão judicial. GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. p. 23. Mark Tushnet expressa semelhante opinião: “My view is that these provisions have not worked in practice to create an effective system of weak-form review”. TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. p. 5. Além, Ao contrário do monólogo judicial sugerido por Stephen Gardbaum, Louis Fisher entende que esta percepção é fatalmente míope, não enxergando muito bem de longe. Para Fisher, o direito constitucional é um processo de convergência e interação entre os três Poderes, com importantes contribuições dos estados e da opinião pública. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 3.

293MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. p. 174.

e sua compatibilidade frente aos valores constitucionais, e inculcadas na sociedade civil, podendo levar à escolha ou à destituição dos representantes de acordo com o respeito demonstrado aos valores constitucionais. A arquitetura institucional, claro que importante ao incentivo de deliberações e interações de melhor qualidade, não seria o principal ponto a ser discutido se priorizado “o passo anterior” e vislumbrados seus reflexos: a interação entre as instituições no correr do tempo é incontornável, variando apenas seu intervalo conforme a força do modelo de revisão judicial, e as concepções de legitimidade que informam a cultura política.

No contexto do diálogo interinstitucional e da democracia constitucional, a separação dos Poderes tem o condão de relativizar a última palavra, esteja ela localizada no Poder Judiciário ou no Poder Legislativo. “É necessário ponderar esse suposto ápice do processo decisório com o fato de que a luta política está fadada a continuar, e novos atos desafiarão a supremacia de uma ou de outra instituição”²⁹⁴. A separação dos poderes consistirá em técnica de multiplicação do tempo da política, tornando possível que interpretações constitucionais possam ser realizadas tanto pela Corte, quanto pelo Parlamento. Os prós e contras em responsabilizar uma ou outra instituição com a última decisão em controvérsias constitucionais podem coexistir e informar “uma análise de custo-benefício para o desenho de uma rodada procedimental, que é tudo que está ao alcance de um arquiteto constitucional”²⁹⁵.

O veto imposto por um Poder à decisão do outro é suficiente para iniciar uma nova rodada decisória e (re)iniciar o diálogo interinstitucional. Aquele cuja decisão fora derrubada terá que enfrentar os argumentados e reverter o ônus argumentativo imposto sobre si. Neste sentido, Cortes e Parlamentos possuem igual legitimidade para adotar posturas ativistas, desde que engajados no diálogo e na persuasão. O desempenho argumentativo oferece um caminho para institucionalizar a moralidade política de maneira mais eficaz. Judiciário e Legislativo possuem expertises distintas, cada instituição analisando a mesma questão por um diferente prisma. Para instituir um diálogo democrático e evitar o monólogo das supremacias, é imprescindível que ambos os fóruns mantenham-se modestos quanto à superioridade de seu respectivo julgamento e respeitosos quanto à qualidade da interpretação alheia.

294MENDES, Conrado Hübner. **Idem.** p. 187.

295MENDES, Conrado Hübner. **Idem.** p. 187.

CONCLUSÃO

As conclusões obtidas ao longo do desenvolvimento do presente trabalho serão trazidas sucintamente. Feito isso, vale a pena quebrar o protocolo e trazer à conclusão o Projeto de Emenda à Constituição n° 33 de 2011, cuja fundamentação em muito ilustra o objetivo principal deste trabalho – qual seja, atentar à necessidade de democratizar a prática brasileira do controle judicial de constitucionalidade.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que Ronald Dworkin e seu liberalismo ético impõem limites à ação da sociedade frente à autonomia de cada um de seus membros. O respeito às condições democráticas de participação, igual consideração e independência possuem o condão de fomentar a filiação moral do indivíduo à comunidade. São estas condições que, em seu conteúdo moral, são incorporadas pelo Direito, na condição de princípios que exercerão o papel de filtro às políticas públicas orientadas pela vontade majoritária (1.1). Diante de conflitos entre direitos e entre direitos e políticas públicas, a melhor resposta aos *hard cases* será encontrada pelo Poder Judiciário através de uma postura hermenêutica que aceite a soberania do ideal da integridade sobre o Direito (1.2).

A existência de uma resposta correta à conflitos entre direitos fundamentais é colocada em questão no segundo capítulo. A partir da problematização da função da categoria da razão pública dentro da teoria de John Rawls, que se esgotaria na definição dos detalhes dos princípios de justiça, Jeremy Waldron descarta o ideal de estabelecer um consenso sobreposto e afirma que o desacordo entre os membros da sociedade política estende-se para além da mera definição de detalhes e alcança a própria substância dos princípios (2.1). No contexto do desacordo razoável, torna-se inútil pensar no controle de constitucionalidade em termos da produção do melhores resultados – em termos de *output*. É desvelada, a confusão entre teorias de justiça e teorias de procedimento (2.2). Atribuir às Cortes Constitucionais a última palavra torna-se, desta forma, apenas um dentre diversas maneiras de pensar os procedimentos para a tomada de decisões.

Levando em consideração a diferenciação entre substância e procedimento, coube ao terceiro capítulo analisar a performance institucional do Supremo Tribunal Federal e explorar os modelos fracos de controle de constitucionalidade. Enquadrar

o STF enquanto última etapa do circuito decisório formal delineado pela Constituição Federal de 1988, resultado de um processo gradual de concentração das funções de controle de constitucionalidade em torno do Poder Judiciário, conduz à análise não dos méritos das decisões, mas especialmente à análise dos mecanismos decisórios empregados pelo Tribunal. Foram verificadas nas práticas um déficit deliberativo em nível interno, quanto à deliberação entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e em nível externo, quanto à deliberação entre o Supremo Tribunal Federal e demais instâncias democráticas de deliberação, seja o Poder Legislativo ou a sociedade civil organizada (3.1). Em seguida, foram apresentados os modelos fracos de controle de constitucionalidade presentes no Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia – países da *Commonwealth* britânica, cuja particularidade está em permitir maior participação do Poder Legislativo no processo de interpretação constitucional e, conseqüentemente, em fomentar um diálogo entre os Poderes (3.2).

Como já escrito na introdução, o objetivo maior deste trabalho monográfico é tornar necessária e, mais do que isso, desejável a democratização do modelo ultraforte de controle judicial de constitucionalidade desempenhado no Brasil. A posição institucional hoje ocupada pelo Supremo Tribunal Federal não permite ao Congresso Nacional qualquer espaço para interpretar a Constituição e decidir com autonomia em casos de desacordo entre os Poderes. Este suposto monopólio da Corte possui o condão de isentar o Parlamento da devida responsabilidade constitucional na elaboração de políticas públicas. Os reflexos negativos do modelo forte de revisão judicial já eram antecipados na virada para o século XX por James Bradley Thayer. A proeminência das Cortes sobre os Parlamentos terminaria por esvaziar a esfera legislativa de questões de justiça e de Direito, relegando aos legisladores apenas as questões de legalidade. Ainda assim, “até mesmo nas questões de legalidade, eles [os legisladores] sentiram pouca responsabilidade; caso nós estejamos equivocados, eles dizem, as Cortes irão corrigir”²⁹⁶.

²⁹⁶“And moreover, even in the matter of legality, they have felt little responsibility; if we are wrong, they say, the Courts will correct it.” THAYER, James Bradley. *The origin and scope of american doctrine of constitutional law*. p. 155-156.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, p. 713-746, feb. 1985.

_____. Why dialogue? **The Journal of Philosophy**, New York, v. 86, n. 1, p. 5-22, jan. 1989.

_____. **We the people: foundations**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

ALLARD, Bernard; FRYDMAN, Gary (ed.). **Dworkin with his replies**. Bruxelles: Presses Universitaires de France, 2005.

ARIEDE, Elouise Bueno. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da Emenda Regimental nº 29 de 2009**. São Paulo, 2011. 80 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, jan./fev. 2009.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, fev./mai. 2010.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Botoche Books: Kitchener, 2000.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. v. 1. Brasília: Guerra Editora, 2011.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BORON, Atílio A. **Filosofia moderna**: De Hobbes a Marx. São Paulo: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales e Faculdade de Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHRIMES, S. B. **English Constitutional History**. London: Oxford University Press, 1967.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2003.

COHEN, G. A. On the currency of egalitarian justice. **Ethics**, Chicago, v. 99, n. 4, p. 906-944, jul. 1989.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Hegel e a democracia**. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 24 de junho de 2012.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2 ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

_____. What is equality? Part 2: Equality of Resources. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 10, n. 4, p. 283-345, autumn 1981.

_____. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1989-1990.

_____. **A Bill of Rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990.

_____. **Freedom's Law**: a moral reading of the American Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, v. 86, n. 3, p. 453-458, May 1998.

_____. **Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A badly flawed election**: debating Bush v. Gore, the Supreme Court

and American democracy. New York: The New Press, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1, p. 1-37, spring 2004.

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, ano IV, n. 4, p. 144-155, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**; 20, 21 e 22 de novembro de 2008; Brasília/DF. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 4357-4377. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf>. Acesso em 2 de julho de 2012.

ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. **Maryland Law Review**, v. 37, n. 3, p. 451-487, 1978.

_____. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESTLUND, David. Jeremy Waldron on law and disagreement. **Philosophical Studies**, v. 99, n. 1, p. 111-128, may. 2000.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FREEMAN, Samuel. Introduction: John Rawls – An Overview. FREEMAN, Samuel (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2003.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. **University of Cincinnati Law Review**, v. 72, p. 1257-1303, 2004.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Dworkin**. São Paulo, 2010. 234 p. Tese de doutorado em Filosofia – Faculdade de História, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, v. 49, n. 4, p. 707-760, fall 2001.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Curitiba, 2011. 139 p. Dissertação de Mestrado em Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GREENWALD, John. **A gift to all nations**. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,964901,00.html>>. Acesso em 02 de julho de 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: ente facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Raleigh, NC: Sweetwater Press, 2007.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia del derecho**. 5. ed. Buenos Aires: Claridad, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 6 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

HIEBERT, Janet. **Charter Conflicts: what is Parliament's role?** Québec: McGill-Queens University Press, 2004.

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

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. Courts And Legislatures – Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Things. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, spring 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória Jurisprudencial**: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HUNTINGTON, Samuel. **The third wave**: democratization in the late Twentieth Century. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 2 ed. São Paulo: Globo, 2003.

JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson**. v. 8. New York: Derby & Jackson, 1859.

JOHANSEN, David; ROSEN, Philip. **The notwithstanding clause of the Charter**. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2012.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2010. 173 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LARMORE, Charles. Political liberalism. **Political Theory**, New York, v. 18, n. 3, p. 339-360, aug. 1990.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen-Júris, 2001.

Legal Information Institute of the Cornell University Law School. **Highlights of the Supreme Court's 2002-2003 term**. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/03highlts.html>>. Acesso em 21 de junho de 2012.

MACINTYRE, Alasdair. **Whose Justice? Which Rationality?** Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

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

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

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

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

METTENHEIN, Kurt Von. **Conjunções Críticas da Democratização: as Implicações da Filosofia da História de Hegel para uma Análise Histórica Comparativa**. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 24 de junho de 2012.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Indianapolis and New York: The Bobbs-Merrill Company, 1956.

MORAIS, Laio Correia. **O controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais**: Como o STF lida com as cláusulas pétreas? São Paulo, 2011. 133 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

WALZER, Michael. The civil society argument. In: MOUFFE, Chantal (ed.). **Dimensions of Radical Democracy**: Pluralism, Citizenship, Community. London: Verso, 1992.

NICOLACOPOULOS, Toulia. **The Radical Critique of Liberalism**: In Memory of a Vision. Melbourne: re.press, 2008.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991

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

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

POCOCK, J. G. A. **The Machiavelian Moment**. Princeton: Princeton University Press, 1975.

POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people. Controle Judicial de Constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. **Revista Digital de Direito Público**, v. 1, n. 1, p. 01-29, 2012. Disponível em: www.direitorp.usp.br/periodicos. Acesso em 01 de outubro de 2012.

RAMOS, Cesar Augusto. Rawls, Hegel e o liberalismo da liberdade. **Veritas**, Porto Alegre, v. 50, n. 1, p. 41-65, mar. 2005.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

_____. Justice as fairness: political, not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, summer 1985.

_____. The domain of the political and the overlapping consensus. **New York University Law Review**, New York, v. 64, n. 2, p. 233-255, may. 1989.

_____. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. The Idea of Public Reason Revisited. **The University of Chicago**

Law Review, Chicago, vol. 64, n. 3, summer 1997.

_____. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Caio Gentil. **Voto-vista e deliberação no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2011. 133 p. Monografia em Direito – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

RICHARDSON, J. D. (org.). **Messages and Papers of the Presidents**. v. 2. Washington, DC: Bureau of National Literature, 1897. Disponível em: <<http://ia700303.us.archive.org/25/items/compilationof2474rich/compilationof2474rich.pdf>>. Acesso em 01 de Outubro de 2012.

RUSSEL, Peter. Standing Up for Notwithstanding. **Alberta Law Review**, Calgary, v. 29, n. 2, p. 293-309, 1991.

SAENZ, Carla. **Political liberalism and its internal critiques: feminist theory, communitarianism, and republicanism**. Austin, 2007. 193 p. Tese de Doutorado em Filosofia – Faculty of the Graduate School of The University of Texas at Austin.

SALGADO, Eneida Desiree; BERNADELLI, Paula. A inocuidade da reforma política a fórceps – ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral – ou, ainda, como diria o poeta, “os lírios não nascem das leis”. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, n. 5, ano 3, jul./dez. 2011.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1982.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001.

SCHWARTZ, Daniel. **Charter of Rights turns Canada into a 'constitutional' trendsetter** – The Charter of Rights and Freedoms turns 30 on April 17. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/canada/story/2012/04/16/f-charter-30-intl.html>>. Acesso em 02 de julho de 2012.

SILVA, José Carlos Moreira da. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira**. Disponível em: <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197-227,

2009.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SNOWISS, Sylvia. **Judicial Review and the Law of the Constitution**. New Haven and London: Yale University Press, 1990.

SOARES, Guilherme. Neutralidade e comunidade no diálogo liberal: em torno do pensamento filosófico-político de Bruce Ackerman. In: LOIS, Cecilia Caballero (org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV** 5, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1989.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893.

The Guttmacher Institute. **States Enact Record Number of Abortion Restrictions in 2011**. Disponível em: <<http://www.guttmacher.org/media/inthenews/2012/01/05/endofyear.html>>. Acesso em 15 de abril de 2012.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 157, v. 38, p. 40-57, jan./mar. 1981.

TROPER, Michael. The logic of justification of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 1, p. 99-121, 2003.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, aug. 2003.

_____. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries. **Wake Forest Law Review**, v. 38, p. 813-838, 2003.

_____. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, n. 41, p. 1-22, 2006.

_____. The Rise of Weak-Form of Judicial Review. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no Pós-1988**. São Paulo, 2006. 264 p. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV 8**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

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

_____. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALZER, Michael. **Radical Principles**. Nova York: Basic Books, 1980.