



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

**DEFESA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA REVISÃO
JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO:
UM DIÁLOGO COM JEREMY WALDRON**

Londrina
2025

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

**DEFESA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA REVISÃO
JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO:
UM DIÁLOGO COM JEREMY WALDRON**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina, em cumprimento ao requisito final para a obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Andréa Luísa Bucchile Faggion.

Londrina
2025

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor por meio do Programa de Geração Automática do Sistema de Biblioteca da UEL

D111d da Silva, Marcos Antônio.
Defesa da legitimidade democrática da revisão judicial sob a perspectiva do indivíduo : Um diálogo com Jeremy Waldron / Marcos Antônio da Silva. - Londrina, 2025.
246 f.

Orientador: Andréa Luísa Bucchile Faggion.
Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2025.
Inclui bibliografia.

1. Democracia - Tese. 2. Constituição - Tese. 3. Revisão judicial das leis - Tese. 4. Legitimidade - Tese. I. Faggion, Andréa Luísa Bucchile. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDU 1

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

**DEFESA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA REVISÃO
JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO:
UM DIÁLOGO COM JEREMY WALDRON**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Filosofia pela Universidade
Estadual de Londrina, em cumprimento ao
requisito final para a obtenção do título de Doutor
em Filosofia.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Andréa Luísa Bucchile Faggion

Prof. Dr. Cristina Foroni Consani

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Prof. Dr. Charles Feldhaus

Londrina, 04 de abril de 2025.

Aos meus filhos Pedro Henrique, João Paulo e Ana Teresa: o amor que sinto de forma tão intensa me serviu de inspiração para, nesta altura da vida, começar, continuar e concluir este desafio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao Estado brasileiro que, do ensino primário à pós-graduação, me ofereceu todo aparato necessário às pequenas, mas muito representativas, conquistas, e que aqui está presente na figura da CAPES - Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, por me dar a oportunidade de participar de um dos programas mais conceituados no país;

Agradeço à Universidade Estadual de Londrina-UEL, em especial ao Departamento de Filosofia do Centro de Letras e Ciências Humanas, por acreditar em mim e por permitir que eu seja uma pequena parte de sua história;

Agradeço principalmente à Professora Doutora Andréa Luísa Bucchile Faggion, uma das pessoas mais inteligentes, cultas e sábias que já conheci na vida, da qual sempre me orgulharei de tê-la tido como orientadora, sem cujo rigor científico esta pesquisa não passaria de um delírio impossível de ser realizado. Agradeço a ela por materializar o que a palavra professor exatamente significa e sobretudo por nunca medir esforços para corrigir, com paciência estoica, os meus vários e reiterados equívocos acadêmicos e os meus arroubos de ignorância deliberada.

Agradeço também à minha esposa, Telma, amor da minha vida, desde sempre até a eternidade, mulher valente e de fibra, companheira mais do que certa para as muitas horas incertas, por estar sempre junto de mim na travessia dos desertos e pântanos (e foram vários) que o destino comum insiste em nos impor;

Agradeço aos meus pais, José e Maria, que fizeram o máximo que puderam para que eu tivesse pelo menos o mínimo e pudesse ter condições para travar as batalhas da vida;

Agradeço, com muito orgulho, ao meu avô materno, Acácio Consentino (*in memoriam*), autodidata, que mesmo diante das adversidades de seu tempo alfabetizou centenas de crianças em uma pequena escola rural em que lecionava, e que me fez ver o valor incomparável que tem a educação;

Agradeço ternamente à minha avó materna, Assumpta Salvador (*in memoriam*), por existir em minha vida, ainda que por um lampejo de tempo, e por me fazer sentir uma profunda saudade de lhe pronunciar a palavra “vovó”

Agradeço com carinho à Professora Máisa Camacho Da Silva Montoya, minha primeira professora, de quem jamais vou me esquecer pela doçura e delicadeza com que ensinava os alunos do primeiro ano primário da Escola Estadual Juvenal Mesquita de Bandeirantes, PR, no ano de 1983;

Agradeço, por fim, a meus amigos Leonardo Sturion, Reginaldo Simões, Vinícius Scherch e Jocélio pela disposição e gentileza em ler meu trabalho e apontar equívocos, fazer sugestões e apresentar críticas que foram muito válidas para o aperfeiçoamento do texto.

An intellectual is a person who wants ideas to be as interesting as possible.
Isaiah Berlin

SILVA, Marcos Antônio da. **Defesa da legitimidade democrática da revisão judicial sob a perspectiva do indivíduo: um diálogo com Jeremy Waldron**. 2025. 246 folhas. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

RESUMO

A defesa filosófico-política do controle judicial de constitucionalidade das leis que ora se pretende oferecer não despreza a tensão entre constituição e democracia, bem como a necessidade de que se encontrem justificativas para equilibrar essas duas forças políticas da contemporaneidade. Nesse sentido, há os que, mesmo com o compromisso amplamente aceito, em grande parte das democracias, com a revisão judicial das leis, se insurgem contra ela, reivindicam a soberania do parlamento, desconfiam da efetividade do entrincheiramento de certos direitos na constituição e defendem a prática da política legislativa como ação apropriada para resolver as discordâncias morais existentes na sociedade. Jeremy Waldron figura entre eles e sustenta que a revisão judicial implica um imenso problema político, uma vez que a definição da natureza, dos contornos, do conteúdo e do alcance desses direitos, por si só, já é objeto de amplo e profundo desacordo. Em sua opinião, o legislativo, e não o judiciário, é o fórum apropriado para solucionar questões desse tipo. É o poder legislativo o *ethos* adequadamente ajustado à solução dos desacordos, pois a sua competência em lidar com todos eles e a legitimidade dos eleitos pelo voto popular o credenciam democraticamente, de modo que atribuir aos tribunais tais prerrogativas viola frontalmente as premissas democráticas. Na verdade, os argumentos de Jeremy Waldron fazem pesar ainda mais fortemente o ônus de fundamentar a legitimidade democrática da prática do controle judicial de constitucionalidade das leis. O propósito da pesquisa, no entanto, toma partido a favor da jurisdição constitucional, ao mesmo tempo em que direciona o olhar para o indivíduo, oferecendo à pessoa humana a abertura de, ao menos, questionar institucionalmente a decisão da maioria e colaborar, o mínimo que seja, com a construção do direito pela via judicial. O propósito não é exercer um juízo rigidamente contrário às posições político-filosóficas, muito bem assentadas, de Jeremy Waldron. Trata-se também de mais uma oportunidade de celebrar e de reverenciar o pensamento de quem tem muito a nos dizer. Mesmo assim, novos horizontes e outras possibilidades podem ser abertos e explorados em defesa do *judicial review*. O ponto fundamental da pesquisa logicamente não negligenciará a questão filosófica da legitimidade, mas observará alguns aspectos das instituições democráticas, à luz dos que são governados diante dos termos do

resultado da tomada de decisão coletiva sobre questões políticas e morais. Ressaltaremos, entre outras coisas, que o papel dos juízes ao abrigo da iniciativa do indivíduo é um pilar da democracia e ela se fortalecerá se for reconhecido que é o cidadão comum sujeito apto a colaborar com o processo de formação do direito que, em última análise, vai ser aquilo que irá regular a sua vida (e, por via reflexa, a dos outros), irá regular as relações com os demais indivíduos e as relações com o poder político do Estado. Por isso, entendemos que a figura do controle judicial de constitucionalidade das leis, por assim dizer, é prerrogativa que assiste ao cidadão na defesa de seus interesses jurídicos, apesar, obviamente, de o juiz exercer um protagonismo exponencialmente determinante nessa trama. Em suma, a tese é que o controle judicial de constitucionalidade é o reconhecimento que minimamente autoriza nossa atuação, como indivíduos, na construção do sistema jurídico, sob os auspícios da argumentação constitucional, à luz da gramática dos direitos fundamentais. Melhor dizendo, defende-se a ideia-base de uma contribuição cidadã pela via judicial propiciada pela atividade que a pessoa humana realiza na discussão político-jurídica das leis em face da constituição, o que implicaria, por vias oblíquas, na intervenção do indivíduo na vida cívica do Estado.

Palavras-chave: Democracia. Constituição. Revisão judicial das leis. Legitimidade. Desacordos.

SILVA, Marcos Antônio da. **Defending the democratic legitimacy of judicial review from the perspective of the individual: a dialogue with Jeremy Waldron**. 2025. 246 pages. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

ABSTRACT

The philosophical-political defense of judicial review of the constitutionality of laws that we intend to offer here does not ignore the tension between the constitution and democracy, nor the need to find justifications to balance these two contemporary political forces. In this sense, there are those who, despite the widely accepted commitment, in most democracies, to judicial review of laws, rise up against it, claim the sovereignty of parliament, distrust the effectiveness of entrenching certain rights in the constitution, and defend the practice of legislative policy as an appropriate action to resolve moral disagreements that exist in society. Jeremy Waldron is among them and argues that judicial review implies an immense political problem, since the definition of the nature, contours, content, and scope of these rights, in itself, is already the subject of broad and profound disagreement. In his opinion, the legislative, and not the judiciary, is the appropriate forum to resolve issues of this type. The legislative branch is the ethos that is adequately adjusted to the resolution of disagreements, since its competence in dealing with all of them and the legitimacy of those elected by popular vote give it democratic credentials, so that attributing such prerogatives to the courts directly violates democratic premises. In fact, Jeremy Waldron's arguments make the burden of substantiating the democratic legitimacy of the practice of judicial review of the constitutionality of laws even heavier. The purpose of the research, however, takes sides in favor of constitutional jurisdiction, while at the same time directing the gaze to the individual, offering the human person the opportunity to, at least, institutionally question the majority's decision and collaborate, at least minimally, with the construction of law through the judicial route. The purpose is not to exercise a judgment that is rigidly contrary to Jeremy Waldron's very well-established political-philosophical positions. It is also another opportunity to celebrate and revere the thinking of someone who has much to say to us. Even so, new horizons and other possibilities can be opened and explored in defense of judicial review. The fundamental point of the research will logically not neglect the philosophical question of legitimacy, but will observe some aspects of democratic institutions, in light of those who are governed by the terms of the result of collective

decision-making on political and moral issues. We will emphasize, among other things, that the role of judges under the individual's initiative is a pillar of democracy and that it will be strengthened if it is recognized that it is the common citizen who is able to collaborate with the process of forming the law that, in the final analysis, will be what will regulate his or her life (and, by extension, that of others), will regulate relations with other individuals and relations with the political power of the State. Therefore, we understand that the figure of judicial review of the constitutionality of laws, so to speak, is a prerogative that assists citizens in defending their legal interests, although the judge obviously plays an exponentially decisive role in this plot. In short, the thesis is that judicial review of constitutionality is the recognition that minimally authorizes our actions, as individuals, in the construction of the legal system, under the auspices of constitutional argumentation, in light of the grammar of fundamental rights. In other words, the basic idea is defended of a citizen contribution through the judicial route provided by the activity that the human person carries out in the political-legal discussion of laws in light of the constitution, which would imply, through indirect means, the intervention of the individual in the civic life of the State.

Keywords: Democracy. Constitution. Judicial review of laws. Legitimacy. Disagreements.

SILVA, Marcos Antônio da. **Difesa della legittimità democratica del controllo giurisdizionale dal punto di vista dell'individuo: un dialogo con Jeremy Waldron**. 2025. 246 pagine. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

RIASSUNTO

La difesa filosofico-politica del controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi che ora intendiamo proporre non ignora la tensione tra costituzione e democrazia, né l'esigenza di trovare giustificazioni per bilanciare queste due forze politiche contemporanee. In questo senso, c'è chi, pur con l'impegno ampiamente accettato, nella maggior parte delle democrazie, al controllo giurisdizionale delle leggi, si ribella ad esso, rivendica la sovranità del parlamento, diffida dell'efficacia del consolidamento di certi diritti nella Costituzione. E difendere la pratica della politica legislativa come un'azione appropriata per risolvere i disaccordi morali esistenti nella società. Jeremy Waldron è tra questi e sostiene che il controllo giurisdizionale pone un immenso problema politico, poiché definire la natura, i contorni, il contenuto e la portata di questi diritti è di per sé oggetto di un ampio e profondo disaccordo. Secondo lui, il potere legislativo, e non quello giudiziario, è il foro appropriato per risolvere questioni di questo tipo. Il potere legislativo è l'ethos adeguatamente adattato alla risoluzione dei disaccordi, poiché la sua competenza nel trattarli tutti e la legittimità degli eletti con voto popolare gli conferiscono credenziali democratiche, cosicché attribuire tali prerogative ai tribunali viola direttamente i presupposti democratici. In realtà, le argomentazioni di Jeremy Waldron rendono ancora più gravoso l'onere di comprovare la legittimità democratica della pratica del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi. Lo scopo della ricerca, tuttavia, è schierarsi a favore della giurisdizione costituzionale, ma al tempo stesso dirigere lo sguardo sul singolo, offrendo alla persona umana la possibilità di mettere in discussione, almeno istituzionalmente, la decisione della maggioranza e di collaborare, il meno possibile, possibile, cioè con la costruzione del diritto attraverso mezzi giudiziari. Lo scopo non è quello di esprimere un giudizio rigidamente contrario alle consolidate posizioni politico-filosofiche di Jeremy Waldron. È anche un'altra opportunità per celebrare e venerare i pensieri di coloro che hanno molto da dirci. Tuttavia, nuovi orizzonti e altre possibilità possono essere aperti ed esplorati a difesa del controllo giurisdizionale. Il punto fondamentale della ricerca non trascurerà

logicamente la questione filosofica della legittimità, ma osserverà alcuni aspetti delle istituzioni democratiche, alla luce di chi è governato, in termini di risultato di decisioni collettive su questioni politiche e morali. Sottolineeremo, tra le altre cose, che il ruolo dei giudici su iniziativa individuale è un pilastro della democrazia e sarà rafforzato se si riconoscerà che è il comune cittadino a poter collaborare al processo di formazione del diritto che, in ultima analisi, sarà ciò che regolerà la tua vita (e, per estensione, quella degli altri), regolerà i rapporti con gli altri individui e i rapporti con il potere politico dello Stato. Si comprende quindi che la figura del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, per così dire, è una prerogativa che assiste i cittadini nella difesa dei propri interessi giuridici, nonostante il giudice svolga ovviamente un ruolo esponenzialmente determinante in questa trama. In sintesi, la tesi è che il controllo giurisdizionale di costituzionalità è il riconoscimento che autorizza minimamente le nostre azioni, come individui, nella costruzione dell'ordinamento giuridico, sotto l'egida dell'argomentazione costituzionale, alla luce della grammatica dei diritti fondamentali. In altri termini, si difende l'idea fondamentale di un contributo del cittadino attraverso la via giudiziaria, fornito dall'attività che la persona umana svolge nella discussione politico-giuridica delle leggi alla luce della Costituzione, il che implicherebbe, indirettamente, l'intervento dell'individuo nella vita civile dello Stato.

Parole-chiavi: Democrazia. Costituzione. Controllo giurisdizionale delle leggi. Legittimità. Disaccordi.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	20
2.1 SOBRE O <i>JUDICIAL REVIEW</i>	20
2.2 O <i>JUDICIAL REVIEW</i> E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO NATURAL: NATUREZA, DEUS E RAZÃO	31
2.3 AS ORIGENS DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	42
2.4 O DIREITO NATURAL, O <i>COMMON LAW</i> E O <i>JUDICIAL REVIEW</i>	51
3 AS BASES DO PENSAMENTO POLÍTICO DE JEREMY WALDRON SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	74
3.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES.....	74
3.2 A IGUALDADE POLÍTICA	82
3.2.1 Sobre a igualdade.....	88
3.2.2 A solução dos desacordos morais pela política e a questão de igualdade.....	97
3.2.3 As circunstâncias da política.....	103
3.2.4 A igualdade material dos direitos sociais e o controle do poder político	106
4 O PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO MAJORITÁRIA E O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	121
4.1 DEMOCRACIA E SOBERANIA POPULAR	122
4.2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, CONTRADEMOCRÁTICA E CONTRARREPRESENTATIVA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	124
4.3 A DEMOCRACIA CONTRAMAJORITÁRIA NO <i>JUDICIAL REVIEW</i> NA VOZ DE RONALD DWORKIN	139
4.4 A DEMOCRACIA CONTRAMAJORITÁRIA DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> E A LIBERDADE	146

4.5.1 A liberdade dos antigos.....	147
4.5.2 A liberdade dos modernos	149
4.5 A <i>ACCOUNTABILITY</i> NA ATUAÇÃO DOS JUÍZES	153
4.6 CONCLUSÕES SOBRE O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO E CONTRADEMOCRÁTICO DO <i>JUDICIAL REVIEW</i>	162
5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA A DEMOCRACIA	166
5.1 WALDRON E A HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	166
5.2 AS CONTINGÊNCIAS DA REALIDADE E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO...	172
5.3 DESENTRANHAMENTO E IMPRECISÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	174
5.4 JUÍZES E JURISTAS: POETAS OU CIENTISTAS?.....	178
5.5 A METAÉTICA	192
6 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E O PROBLEMA DO INDIVÍDUO	195
6.1 SÓ UM POUCO MAIS DE WALDRON.....	195
6.2 O INDIVÍDUO E A DEMOCRACIA: UM ENTRE MILHÕES	203
6.3 WALDRON A NOSSO FAVOR.....	209
6.4 OS ANTIGOS E OS MODERNOS, DE NOVO.....	210
6.5 IGUALDADE, LIBERDADE, AUTORRESPEITO E INSULTO.....	216
6.6 REVOLUÇÃO, DESOBEDIÊNCIA E REVISÃO JUDICIAL	225
CONCLUSÃO.....	229
REFERÊNCIAS	236

1 INTRODUÇÃO

A defesa filosófico-política do controle de constitucionalidade das leis que se pretende oferecer renova a constatação do conflito entre constituição e democracia e a necessidade de se encontrar o justo equilíbrio entre estas duas forças que se enfrentam na esfera política da contemporaneidade. É claro que, em um primeiro momento, o projeto do constitucionalismo, inspirado no Liberalismo político clássico, gira em torno dos limites ao poder político do Estado. Mesmo que tal poder se lastreie e se consubstancie na indiscutível vontade soberana do povo, exercida direta ou indiretamente, a carga liberal entranhada no constitucionalismo ainda desempenha o papel de conter a energia dos conflitos políticos gerada na disputa pelo e no exercício do poder do Estado. Federalismo, tripartição dos poderes, bicameralismo e direitos fundamentais erigem o muro de contenção liberal-iluminista. Contudo, o conceito de Constituição e do próprio constitucionalismo, ao percorrer, desde então, um longo caminho, apresentou algumas facetas diferentes daquelas da simples limitação do poder. À medida que o rol de direitos nas declarações incorporadas nas constituições, entre eles os direitos sociais e outros direitos difusos e coletivos, foi se ampliando por força do avanço do processo histórico, os textos constitucionais, com essas novas incorporações, foram se fortalecendo do ponto de vista jurídico e exigindo um papel mais ativo do Estado, em vez somente da omissão ou, no máximo, da arbitragem das contendas sociais. Assim, o fenômeno que começou a ser observado com frequência foi a implementação dos direitos ali declarados por meio da ação dos juízes, tornando o protagonismo judicial proeminente no debate em torno da efetivação de tais direitos.

Ao lado da declaração de direitos, os próprios textos constitucionais reservaram ao judiciário a eminente função de guardião dos valores e dos princípios constitucionais, franqueando a eles o poder de revisar os atos legislativos promulgados pelos representantes do povo, por causa da adoção de alguns princípios no texto dessas declarações. A prerrogativa de decidir sobre a inconstitucionalidade das leis – o que, a princípio, parecia ser uma boa alternativa institucional de freios e contrapesos e uma forma de diminuir a tensão entre os poderes – se traduziu no pomo da discórdia e na fonte de impasses entre os principais atores estatais, assim como, dizem, em uma certa dose de frustração cívica entre as pessoas comuns. Algumas justificativas que tentam legitimar democraticamente a jurisdição constitucional se baseiam na rigidez absoluta de certas cláusulas entrincheiradas nas constituições e na

independência do judiciário, quando ele é comparado aos demais poderes, que o deixa livre e imune aos interesses e às opiniões que motivam os desacordos morais. Contra elas, insurgem-se os que reivindicam o resgate da soberania popular do parlamento, desconfiam da cristalização de alguns desses direitos na constituição e defendem a prática da política legislativa como ação apropriada para resolver os dissensos morais existentes na sociedade. Nesse contexto, Jeremy Waldron defende que sacralizá-los com a pecha de que são fundamentais ou básicos nas constituições e deixar-lhes a tutela de que serão observados a cargo do judiciário implicam um problema político, já que a própria definição da natureza, dos contornos, do conteúdo e do alcance do que é ou não é fundamental em termos jurídicos, por si só, já é objeto de amplo e profundo desacordo. Assim, torná-los, de antemão, cláusulas pétreas em declarações de direitos nas constituições e rigorosamente protegidas retira, de maneira indevida, do legislativo a função precípua de discutir questões morais e políticas vitais ao autogoverno da comunidade (WALDRON, 1999a, p. 217–223). Vale dizer, os direitos não podem ser tratados nos moldes de um pré-compromisso constitucional a lhes dar a mesma legitimidade que as decisões políticas podem dar. Proteger constitucionalmente direitos fundamentais e, pior, designar os juízes para discutir esses assuntos, tolhem do debate político a solução dos desacordos que esses direitos envolvem, bem como a interpretação e a decisão sobre sua natureza e sua extensão. Na verdade, não se trata apenas de dizer quem vai interpretar a constituição, mas sobretudo se trata de dizer qual instituição, no regime democrático, que vai decidir neste ou naquele sentido no momento em que surgir o desacordo sobre certos direitos. Aliás, as questões que giram em torno de princípios, de valores, do bem-estar e de direitos fundamentais não seriam questões epistemológicas, mas questões políticas que demandam uma decisão em razão da existência dos desacordos. Não se trata de saber, pelo esforço hermenêutico dos juristas e dos juízes, se o texto constitucional vai nesta ou naquela direção, mas se trata de definir, pela ação política, o que o direito é, quem o detém e em que medida ele pode ser exercido. Em suma, trata-se, em última análise, do ponto exato em que os assuntos relativos aos direitos e à democracia se cruzam com os da autoridade. Como nós discordamos sobre quais direitos possuímos, a tarefa de especificá-los deve ser levada a efeito pela via da política. Nesse sentido, portanto, Waldron vai depois concluir, como corolário lógico desse raciocínio, que o legislativo é, obviamente, o fórum mais apropriado para solucionar questões desse tipo. Primeiro, porque a forma com a qual se concebe o legislativo, considerando sua composição

em maior número e a modalidade eletiva para a escolha de seus membros, permite que os desacordos existentes na sociedade sejam incorporados e abrigados no interior das legislaturas. Segundo, porque os procedimentos de deliberação e de decisão, como, por exemplo, o tempo de debate, as emendas, as comissões temáticas e a formação de maiorias para aprovar ou rejeitar o texto lidam melhor com o problema do desacordo, o que, por si só, é um trunfo importante do ponto de vista democrático. Terceiro, porque a discussão sobre direitos deixaria de ser uma discussão sobre desacordos morais e políticos no parlamento e se tornaria uma questão hermenêutica nos tribunais, agravando ainda mais os desacordos, eis que o modelo perpetrado pela jurisdição constitucional impõe a noção de que a palavra de um grupo muito pequeno e ideologicamente restrito de juízes prevalece sobre a da maioria manifestada na legislação. Ou seja, esse *ethos* próprio e ajustado à solução de desacordos, que é evidente na legislatura e para a qual ela foi criada, a credencia, tanto em competência quanto em legitimidade, para a tarefa de trazer à tona, incorporar, processar e resolver (ou pelo menos atenuar) os desacordos. Enfim, atribuir aos tribunais tais prerrogativas, além de temerário, se mostra, portanto, na mais pura violação do princípio democrático.

Sendo assim, os argumentos de Jeremy Waldron fazem pesar ainda mais fortemente o ônus de fundamentar a legitimidade do controle constitucional das leis pelo exercício da jurisdição aos defensores dessa prática. O objetivo – logo se notará à frente – é justificar, a partir de certas perspectivas teórico-filosóficas, sobretudo da importância do indivíduo, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, oferecendo à pessoa humana a abertura de, ao menos, se insurgir institucionalmente e colaborar, o mínimo que seja, com a construção do direito pela via judicial. O propósito não é propriamente exercer um juízo contrário às posições político-filosóficas laboriosamente assentadas de Jeremy Waldron. Trata-se também de celebrar e de reverenciar seu pensamento: ele tem muito a nos dizer. Waldron é evidentemente um crítico ácido do controle judicial de constitucionalidade e defensor efusivo da dignidade da legislação, não só como elemento primordial de fonte do direito, mas também como mecanismo de solução dos desacordos morais e políticos impregnados na sociedade. Com efeito, o conceito que ele desenvolve sobre as circunstâncias da política é algo que merece ser explorado com maior profundidade pelo estudioso (WALDRON, 1999a, p. 101–103). Ademais, ele não deixa de reconhecer a hegemonia e a importância política da jurisdição constitucional

nas democracias avançadas do mundo ocidental, embora não seja esse reconhecimento baseado nos fatos e na estatística que nos movem¹. Assim, o ponto fundamental da pesquisa levará em conta logicamente não só a questão filosófica da legitimidade democrática, mas também observará, conforme já foi dito, a postura e o funcionamento das instituições democráticas com o olhar do governado individualmente considerado. A democracia, a nosso sentir, ganhará e se fortalecerá cada vez mais se se reconhecer que o cidadão comum pode colaborar com o processo de formação do direito que, acima de tudo, vai ser aquilo que irá regular a sua vida (e, por via reflexa, a dos outros), irá regular as relações com os demais indivíduos e as relações com o poder político do Estado. Nesse sentido, a tese aqui defendida é que a figura do controle judicial de constitucionalidade das leis, em última análise, é uma prerrogativa que assiste ao cidadão na defesa de seus interesses jurídicos, apesar, obviamente, de o juiz exercer um protagonismo exponencialmente determinante nessa trama. Só que quem age efetivamente é o indivíduo. O juiz apenas reage. Não se quer, pois, negar esse ponto fulcral. Em suma, o controle jurisdicional de constitucionalidade é, para nós, o reconhecimento mínimo da possibilidade de atuar, como indivíduo, na construção do sistema jurídico, questionando, à luz da argumentação constitucional, o resultado do procedimento de tomada de decisão política levada a efeito por seus representantes. Melhor dizendo, defende-se a ideia fundamental de uma contribuição cidadã pela via judicial e da atividade que a pessoa humana realiza na discussão político-jurídica das leis em face da constituição, o que implicaria, por vias oblíquas, a intervenção do indivíduo na vida cívica do Estado.

Assim, a pesquisa se estrutura em cinco capítulos. No capítulo dois, denominado *Aspectos gerais do controle judicial de constitucionalidade das leis*, analisar-se-á a relação entre o *judicial review* e o *direito natural*, bem como a importância que o *common law* tem na configuração contemporânea de tal prática. O terceiro, *As bases do pensamento político de Jeremy Waldron sobre o controle judicial de constitucionalidade*, a proposta se destinará a explorar certos aspectos da filosofia política de Waldron voltada para a crítica da revisão

¹ O controle judicial de constitucionalidade é uma realidade consolidada em inúmeras constituições reconhecidamente democráticas do mundo ocidental, em cerca de 80% delas para sermos mais exatos (BARROSO, 2018, p. 221). Esse dado talvez revele a razão pela qual a inquietação e as críticas sobre ele não só persistissem, como também se acentuassem na filosofia política e na filosofia do direito. Para maiores detalhes e para um aprofundamento mais acurado sobre o avanço e a consolidação do controle judicial de constitucionalidade das leis pelo mundo, veja Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999a, p. 65–74).

judicial das leis e, com isso, tornar viável a nossa reflexão em defesa dela, retirando dali alguns elementos que servirão de estímulo à nossa tese. No quarto capítulo, nós nos concentraremos especificamente no *Procedimento de tomada de decisão majoritária e o controle jurisdicional de constitucionalidade*, comentando questões como democracia e as críticas ao caráter contramajoritário e contrademocrático da revisão judicial. O quinto capítulo, *O controle de constitucionalidade e o problema da hermenêutica jurídico-constitucional para a democracia*, fará um contraponto sobre o caráter imprescindível da hermenêutica jurídico-constitucional defendido por nós e a posição crítica de Jeremy Waldron a tal prática. Vale dizer, vamos questionar as razões de Jeremy Waldron acerca das inconveniências que o eventual apego excessivo à hermenêutica jurídico-constitucional implica para a democracia no palco sobre o qual a revisão judicial das leis é encenada. Por fim, o sexto capítulo, intitulado *O controle judicial de constitucionalidade das leis e a democracia: o direito do indivíduo*, acentuará a importância do papel que o indivíduo desempenha na democracia constitucional, buscando fundamentar nessa dinâmica a natureza democrática do *judicial review*.

2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

2.1 SOBRE O *JUDICIAL REVIEW*

Para os que se dedicam à prática ou ao estudo teórico do direito, o controle judicial de constitucionalidade das leis² e a sua presença assídua no cenário político e jurídico não resultam, por assim dizer, em nenhuma dificuldade conceitual, pois possui cadeira cativa e se destaca na linguagem comum e recorrente dos juristas, sendo bastante utilizada pelos que militam nos tribunais ou comentada pelos que participam da vida acadêmica voltada para o mundo do direito, em especial para o direito constitucional. Contudo, a questão que envolve o controle judicial de constitucionalidade salta o muro das questões meramente jurídicas e ocupa algumas outras áreas do pensamento, sobretudo da filosofia política. Desse modo, é importante realçar algumas noções básicas do *judicial review*, para que não pairam dúvidas em relação ao objeto de estudo com que se está lidando. Sucintamente, o *judicial review* pode ser apresentado apenas como aquele sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, como a competência que os tribunais e os juízes têm, no bojo do processo judicial, de decretar a nulidade de atos ou leis que contrariem a lei fundamental inscrita na constituição (BINENBOJM, 2014, p. 25–26) ou como a função ou atuação que as cortes exercem para tutelar jurídica e judicialmente os preceitos do texto constitucional (CAPPELLETTI, 1999b, p. 25).

² A referência à expressão “controle jurisdicional de constitucionalidade das leis” será ampla. Em outras palavras, ela não fará acepção, pelo menos para os nossos propósitos, entre controle constitucional das leis pelo judiciário *in abstracto* ou *in concreto*, em sede de controle concentrado ou difuso, em razão da ação ou da omissão do poder público ou, ainda, em caráter principal ou incidental do processo judicial. Assim, pelo fato de o escopo do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (*judicial review*) ser extenso, a tendência é não ficar se detendo tanto nas particularidades das diversas modalidades de manifestação com que a prática se mostra em determinada cultura jurídica. Ao se proceder dessa maneira, acredita-se que o conceito será melhor aproveitado pela ideia geral que se tem do termo empregado e ficará imune às discussões laterais que não produzirão impacto na pesquisa. O mesmo vale para o processo judicial. Isto é, embora relevante para o desenlace de argumentos em favor do controle de constitucionalidade, até porque o exercício da jurisdição não se realiza sem ele, questões específicas relativas à prática e à técnica processuais, bem como os meios processuais peculiares para se buscar solução judicial de certos problemas jurídicos, não se submeterão a um detalhamento analítico. Em poucas palavras, não é razão fundamental neste espaço lidar com assuntos que digam respeito à circunstância de, eventualmente, saber se, para determinado caso, é cabível a ação direta de inconstitucionalidade, de mandado de segurança ou de mandado de injunção; se a arguição de inconstitucionalidade é em primeira, em única ou última instância; ou se ela é feita diante de um juiz singular ou de um órgão colegiado. São, repita-se, aspectos da técnica e da prática jurídicas, de modo que só se procederá à alusão a algumas dessas minudências procedimentais, se e quando estritamente necessárias a ilustrar um raciocínio particularizado de determinado tema ou para expor uma realidade reputada imprescindível ao esclarecimento de certas ideias, conceitos ou situações.

Vale dizer, a revisão judicial das leis é a faculdade atribuída aos tribunais para avaliar, diante de um caso concreto que eventualmente estejam processando, se a legislação promulgada pelo legislativo e aplicável à demanda está ou não de acordo com a constituição (FERNÁNDEZ SEGADO, 2011, p. 38). Mas nós também poderemos compreender melhor o fenômeno da revisão judicial das leis se organizarmos o nosso pensamento da seguinte forma. O *judicial review* pressupõe primeiro a existência de uma constituição escrita, cujas normas se mostram mais difíceis de serem alteradas do que as normas comuns. Essa rigidez em se modificar o conteúdo das normas constitucionais, se comparadas às outras normas do mesmo sistema, as coloca em um nível superior às demais, o que comumente denominamos de supremacia constitucional. Consequentemente, a superioridade, ou supremacia, constitucional exige que todas as outras normas devam a elas se conformar, sendo que o órgão escolhido para apreciar tal adequação das leis comuns às normas constitucionais é o judiciário. Em outras palavras, trata-se da primazia da constituição, ou seja, da rigidez e da supremacia do texto constitucional escrito, cuja integridade é protegida por meio do exercício da jurisdição. Esse itinerário, além de permitir que se compreenda melhor o controle judicial de constitucionalidade, também de certa forma indica as possíveis consequências políticas que o *judicial review* exerce não só no mundo jurídico, mas também na relação entre os poderes constituídos e na democracia, já que esse poder conferido aos juízes pelas cartas constitucionais para fiscalizar e, com isso, averiguar sua obediência à constituição interfere ativamente na produção legislativa e, consequentemente, na vontade popular.

É claro que o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis possui certos critérios e modos de exercício destinados a sanar o vício da inconstitucionalidade. A escolha, porém, de um ou de outro critério e de um e de outro modo de exercício, vai depender do desenho institucional, ou seja, da vontade do poder político que outorgar o documento constitucional. Existem basicamente dois critérios de controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso, indireto ou *in concreto* de constitucionalidade; e o controle concentrado, direto ou *in abstracto* de constitucionalidade. O difuso reconhece, indistintamente, o exercício de controle a todos os componentes do poder judiciário, sendo que, por via de consequência, a legitimidade processual para suscitar a inconstitucionalidade também passa a ser universal: qualquer um do povo, desde que seja parte, interessado ou interveniente no processo, pode

arguir a inconstitucionalidade de uma lei no curso do processo judicial. O concentrado, por sua vez, é exercido somente por um único órgão dentro da estrutura do poder judiciário, geralmente aquele que fica na cúpula dessa estrutura, ou é exercido por uma corte especializada, concebida exclusivamente para apreciar questões constitucionais. Neste modelo, a legitimidade não é universal e fica restrita somente a alguns órgãos ou a algumas pessoas que possuem legitimidade processual para suscitar diretamente a inconstitucionalidade no órgão especialmente encarregado de processar e julgar a demanda. Em alguns sistemas, como é o caso brasileiro, mesmo aqueles que têm tal legitimidade processual junto às cortes superiores, precisam provar o que a jurisprudência constitucional denomina de pertinência temática: o elo, a adequação ou o nexo de afinidade entre as finalidades do órgão contemplado no rol de legitimados e o conteúdo ou alcance da norma impugnada. Assim, o objeto da declaração de inconstitucionalidade deve estar ligado à atividade do órgão que arguiu o vício da inconstitucionalidade, o que restringe bastante o manejo dessa modalidade de controle (SILVA, 2014, p. 52). Importa dizer que o controle difuso de constitucionalidade foi consagrado pelo sistema norte-americano e teve sua origem jurisprudencial na paradigmática decisão do caso *Marbury vs. Madison*. O controle concentrado, por sua vez, também chamado de modelo europeu ou austríaco, foi formulado por Hans Kelsen e se positivou na constituição austríaca de 1920 (BONAVIDES, 2007, p. 311 e 309)³.

Quanto ao modo de exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, existe a via incidental, aplicável somente ao critério difuso, pelo qual cabe a uma das partes, interessado ou interveniente no processo judicial, suscitar o vício da inconstitucionalidade da lei, sendo que a declaração de inconstitucionalidade não é o objetivo principal da demanda: pleiteia-se um bem da vida qualquer como objeto principal do processo, cujo sucesso ou insucesso do pleito, porém, fica à mercê da declaração da inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que regula o caso concreto. Existe também a via da ação direta de inconstitucionalidade, própria do critério concentrado, na qual a declaração de

³ Aliás, o último constituinte brasileiro tratou, com obstinada atenção, do controle judicial de constitucionalidade das leis, dado que não hesitou nenhum um pouco em adotar tanto o controle difuso quanto o concentrado. Além disso, foram criados instrumentos processuais no sentido de implementar os direitos constitucionalmente previstos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a inusitada ação declaratória de constitucionalidade das leis. Neste sentido, a Constituição de 1988 não mediu esforços em municiar o indivíduo para se proteger de eventuais abusos perpetrados pelo poder político.

inconstitucionalidade consubstancia o único e principal objeto da demanda: pode-se dizer que o bem da vida pleiteado no processo é a própria declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada (SILVA, 2014, p. 52). Ademais, o efeito da sentença de declaração da inconstitucionalidade da lei no critério difuso pela via incidental é *inter partes*, de modo que só se estenderá às partes implicadas na demanda em que se aprecia o caso concreto⁴; ao passo que o efeito da sentença de declaração da inconstitucionalidade da lei no critério concentrado é *erga omnes*, estendendo-se a todas as pessoas de determinada comunidade política (BONAVIDES, 2007, p. 302 e 307)⁵.

Além disso, o conceito de controle judicial da constitucionalidade das leis pode levar ao desdobramento de outros elementos e abordagens. Podem ser mencionados, pois, os controles formal e material de constitucionalidade das leis, em que o primeiro averigua se as leis foram criadas pela autoridade competente, no limite da competência a ela atribuída e de acordo com os procedimentos determinados para a tomada de decisão política; e o segundo, se

⁴ O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º RE 955.227, em que apreciava os efeitos da coisa julgada para questões tributárias, também decidiu que a regra geral para as decisões dos recursos extraordinários que fazem o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, não produz automaticamente efeitos *erga omnes*. A exceção a essa regra, vale dizer, os efeitos *erga omnes* só serão produzidos se a Suprema Corte brasileira decretar a repercussão geral da decisão, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45 e do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015. Em outras palavras, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, os efeitos da decisão podem ser *erga omnes*. Mas isso se for decretada explicitamente a repercussão geral do julgado. Portanto, a regra geral continua sendo o efeito *inter partes* nas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

⁵ A inconstitucionalidade das leis, no Brasil, é assunto levado tão a sério que até a coisa julgada, um instituto processual relevante para a dogmática jurídico-processual em termos de segurança jurídica, foi relativizada, em função principalmente da incorporação de novos artigos nos códigos de processo, que revelam a dimensão e a profundidade que o controle de constitucionalidade implica o nosso direito. Neste sentido, há, por exemplo, o § 12, do artigo 524 do Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, estabelecendo que aquele que foi condenado por uma decisão transitada em julgada poderá arguir em sede de impugnação ao título judicial exequendo a declaração feita pela Supremo Tribunal Federal (STF) sobre inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento para a sentença condenatória: “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. §1º. Na impugnação, o executado poderá alegar: [...] III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; [...] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado *inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como *incompatível* com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade *concentrado* ou *difuso*”. Neste sentido também, a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943, cujo § 5.º do artigo 884 estabelece que, na fase da execução da sentença, “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados *inconstitucionais* pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por *incompatíveis* com a Constituição Federal”.

o conteúdo das leis se ajusta substancialmente ao conteúdo dos princípios, dos preceitos e dos valores constitucionais. Dessa maneira, quando se procede ao controle formal apenas, os tribunais não entram no mérito da decisão política, de modo que, no controle material, o mérito do que foi politicamente decidido pelo parlamento é o objeto de que se ocuparão os juízes (SILVA, 2007, p. 216). Apesar da diferença conceitual entre inconstitucionalidade material e formal, não existe nenhuma hierarquia ou gradação entre esses dois vícios constitucionais e não se pode afirmar que um seja mais grave do que outro em termos práticos e ambas as possibilidades podem ser suscitadas tanto em nível difuso quanto em nível concentrado de controle de constitucionalidade, inexistindo qualquer restrição nesse sentido.

Por fim, gostaríamos de mencionar a revisão judicial forte e a revisão judicial fraca, na medida em que essa classificação é bem significativa para as ponderações de Jeremy Waldron sobre as implicações filosófico-políticas da interferência dos juízes no resultado das decisões políticas tomadas pelo legislativo. Assim, o controle de constitucionalidade forte é aquele em que a lei, uma vez promulgada pelo poder legislativo, poderá ser anulada, deixada de ser aplicada ou modulada por um tribunal, porque os juízes chegaram à conclusão de que ela não está de acordo com a constituição. Nesse modelo, os tribunais poderão anular a lei editada pelo parlamento e também estabelecer, pela modulação dos seus efeitos, que uma lei seja devidamente adequada a uma interpretação que torne a sua aplicação conforme o que está fixado, por exemplo, no rol constitucional dos direitos fundamentais (ainda que a própria lei não tivesse previsto explicitamente essa forma específica de aplicação). O sistema que adota esse modelo autoriza a inaplicabilidade da lei pelos tribunais para um determinado caso (ainda que a lei seja, literal e claramente, aplicável a ele), tornando-a, pois, letra morta, ou autoriza que se promova outro modo de aplicação que o legislador não havia sequer imaginado. O sistema fraco de revisão judicial, a seu turno, apenas contempla a possibilidade de os tribunais escrutinar a legislação para verificar sua conformidade com os direitos fundamentais, só que, ao contrário da revisão judicial forte, eles não podem deixar de aplicá-la nem tampouco modular sua aplicação, pelo simples fato de que, em sendo assim, seriam os próprios direitos fundamentais que estariam sendo então violados. Tal escrutínio, entretanto, gera efeitos. No Reino Unido, a declaração de incompatibilidade da lei com a Convenção de direitos (no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos que foi incorporada ao direito inglês com a

promulgação da Lei de Direitos Humanos) prevê que, mesmo não afetando a validade, a continuidade da vigência ou a aplicação do dispositivo legal em relação ao qual ela se deu (e mesmo não vinculando as partes do processo no qual a decisão declaratória de incompatibilidade foi proferida), um ministro do gabinete de governo pode usar a declaração para iniciar um procedimento legislativo mais rápido e simples, denominado de *fast-track* [rito sumário] e, com isso, neutralizar a incompatibilidade. Essa prerrogativa dada aos ministros só existe por causa do processo de revisão judicial que tem o condão de declarar e ressaltar a incompatibilidade aferida. Outra forma de revisão judicial, que é ainda mais fraca, encontra-se na Nova Zelândia. Ali, os tribunais não podem se negar a aplicar a lei, mesmo quando violar os direitos humanos (lá, a definição de tais direitos está prevista na Lei de Declaração de Direitos de 1990). O máximo que eles podem fazer é um esforço interpretativo para evitar a violação, sendo que o resultado dessa interpretação não produzirá nenhum efeito no processo legislativo (WALDRON, 2016, p. 86 e 199–200)⁶.

Trocando em miúdos, podemos dizer, sinteticamente, que o que está subjacente à revisão judicial forte é a instituição, que não seja de natureza política e dedicada à legislatura, que limita o que os agentes políticos podem fazer, cujo principal paradigma é o modelo norte-americano. Já na revisão judicial fraca, subjaz uma cultura constitucional profundamente enraizada capaz de, por si só, tornar questionáveis os desvios e as violações daqueles limites tradicionalmente arraigados com os quais, via de regra, todos concordam, sendo o exemplo mais notório e notável o da soberania parlamentar ao estilo de Westminster (TUSHNET, 2003, p. 353–354). Em outras palavras, enquanto o controle forte vincula-se à presença de uma constituição escrita, promulgada, rígida e explicitamente colocada no topo do sistema jurídico, cujo controle das leis infraconstitucionais fica a cargo de um órgão jurisdicional, o controle de

⁶ Waldron também cita a “notwithstanding clause” do sistema constitucional do Canadá, segundo o qual existe a permissão legal aos tribunais para revisar a legislação, de modo que eles, como os tribunais norte-americanos, podem se abster de aplicar uma lei nacional ou provincial se ela violar as disposições da Carta Canadense de Direitos e de Liberdades. Mas é facultando à legislação canadense (provincial ou nacional) estabelecer uma cláusula que a imunize desse escrutínio. Em outras palavras, as assembleias legislativas canadenses podem evitar que o judiciário faça juízo de valor e declare a inconstitucionalidade de determinada lei fazendo constar do texto legal promulgado a cláusula “não obstante”, o que equivale a dizer que se promulga referida lei, não obstante os direitos estabelecidos na Carta de Direitos e de Liberdades do Canadá. Só que, na prática, a cláusula do “não obstante” raramente é invocada, de modo que o próprio Waldron, em razão dessa questão fática, não considera o arranjo canadense como uma forma de revisão judicial fraca, mas sim forte (WALDRON, 2016, p. 201).

constitucionalidade fraco traduz a ideia de constituição percebida na prática cotidiana da vida política costumeiramente enraizada, prática política esta que se autocontrola e se autodisciplina, prescindindo de um texto escrito, promulgado, rígido e superior em dado sistema jurídico – e político, naturalmente. Trata-se daquela ideia de constituição que é, por assim dizer, tão determinante, viva e amplamente aceita por todos que se pode abrir mão da própria coisa, no caso dessa própria constituição escrita, promulgada, rígida e suprema –, do qual o sistema inglês é o exemplo lapidar (ZAGREBELSKY, 2011, p. 09). Nesse particular, quanto ao controle judicial de constitucionalidade das leis, a referência à tradição constitucional norte-americana é incontestável. Ao lado, naturalmente, da cláusula de supremacia da constituição insculpida no artigo VI, § 2.º, da Constituição norte-americana⁷, a figura do controle judicial de constitucionalidade, sem dúvida, é o que tornou o modelo constitucional daquele país peculiar na garantia de direitos, se comparado aos outros sistemas constitucionais mundo afora. Também é evidente que a constituição norte-americana – e também a tradição político-constitucional inglesa – serviria à causa conservadora e moderadora dos *Founding Fathers* de ser algo inicialmente sugerido aos americanos como ferramenta à disposição contra as ambições do parlamento na agitação das massas que descambou para a Revolução, uma vez que, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, o sistema político constitucional era o muro de contenção em que se podia confiar para se precaver contra a instabilidade e as constantes ameaças revolucionárias das massas populares da época em face do poder político institucionalizado (CORWIN, 1978, p. 241). Entretanto, resta saber, depois de passado o furor revolucionário tão marcante para a realidade dos séculos XVIII, XIX e XX, o que ainda significam e representam para nós, pósteros e herdeiros desses movimentos revolucionários, o exercício e as consequências políticas do controle judicial de constitucionalidade, agora moldado pelas atuais exigências da conjuntura constitucional no ambiente das democracias ocidentais. Chega-se, portanto, à singela conclusão de que a revisão judicial das leis em face da constituição não é senão o resultado da tríplice combinação entre a rigidez constitucional, própria das constituições escritas (CARBONELL, 2003, p. 51–52), consubstanciada no catálogo de direitos

⁷ ARTIGO VI - [...] Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. § 2.º Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigam-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição. [...]

fundamentais inserido no texto constitucional (KELSEN, 2003, p. 59, 131, 134–135), o que denota a supremacia (ou força normativa) da constituição (BARROSO, 2010a, p. 60), e a escolha dos juízes para tutelar a conformidade de todas as leis infraconstitucionais a essa supremacia normativa, facultando a eles a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade formal ou material das leis, quando elas contrariarem os preceitos ou os princípios constitucionais (SILVA, 2014, p. 51).

Aliás, só a título de esclarecimento, há quem amplie para seis o rol de características fundamentais das constituições que as tornam peculiares e moralmente relevantes em relação às leis comuns (MARMOR, 2007, p. 70–72). Assim, a primeira característica vem a ser a supremacia normativa, já que o objetivo das constituições é estabelecer e regular a estrutura básica do sistema jurídico, razão pela qual seus preceitos devem ser considerados normativamente superiores a todas as outras manifestações normativas. Até porque, se não fosse para figurar no topo mais alto do sistema jurídico, não haveria nenhum sentido em promulgar um documento constitucional sem que todos os outros documentos normativos fossem obrigados a se curvar diante dele. Desse modo, deve-se admitir que esta talvez seja a principal característica das constituições escritas: a supremacia em face de todas as demais leis do país.

Em segundo lugar, dado o papel que a revisão judicial das leis desempenha no bojo do ambiente constitucional, para implementar efetivamente tal supremacia, os sistemas jurídicos, geralmente, confiam a aplicação e a interpretação da constituição ao judiciário, tendo em vista se tratar do ramo de poder, em tese, isento e alheio aos interesses envolvidos na disputa. Algumas constituições, por sua vez, determinam que um tribunal constitucional especial (*ad-hoc*) é que vai ficar encarregado da tarefa de exercer o controle de constitucionalidade das leis (controle concentrado), enquanto outras a deixam, indistintamente, nas mãos de todos os órgãos jurisdicionais (controle difuso). O ponto fundamental, entretanto, é reafirmar a concepção segundo a qual é o judiciário que determinará o que exatamente a constituição significa, de modo que as decisões proferidas por ele nesse sentido prevalecerão sobre as decisões das instituições democráticas encarregadas do processo legislativo.

Em terceiro lugar, Marmor elenca a pretensão de longevidade que as constituições têm no momento histórico em que são promulgadas. Em outras palavras, elas, por sua própria natureza e por apresentarem a estrutura básica dos sistemas jurídicos, ambicionam vigorar por muito tempo, incluindo logicamente as futuras gerações. É claro que essa não é uma ambição restrita às constituições. Podem acontecer também que as leis comuns produzam seus efeitos jurídicos em determinada sociedade por longos e longos anos. Só que esse não chega a ser um aspecto fundamental das leis comuns. Trata-se mesmo de um aspecto essencialmente comum das constituições, cuja vigência deve ser duradoura, já que o objetivo, reiterado, é que elas sejam aplicadas a várias gerações além daquela do momento histórico em que ela foi promulgada.

Em quarto lugar, há a rigidez constitucional, que não é senão a técnica por meio da qual as constituições podem ser protegidas do processo corrosivo que o passar dos anos proporciona e por meio da qual se pode ter a garantia de que o documento constitucional durará por gerações. Essa técnica consiste no fato de que as próprias constituições dizem o que pode e o que não pode ser modificado, oferecem os meios adequados para as alterações que são possíveis e estabelecem o momento a partir de quando elas podem ou não podem ter o seu texto mudado ou emendado. Essa técnica, portanto, impossibilita ou dificulta o processo de alteração das constituições, o que não ocorre no plano da legislação comum, que pode sofrer modificações e emendas a qualquer momento pelo procedimento estabelecido para tanto. Assim, quanto mais rígida for uma constituição, muito mais difícil se tornará o processo de alteração do texto constitucional. No espectro constitucional, existe uma variedade muito grande de textos constitucionais que apresentam cada qual suas peculiaridades, mas o essencial mesmo é que eles estejam indenes às mesmas mudanças aplicadas ao processo democrático comum da legislação ordinária. Portanto, sem uma rigidez, por mínima ou relativa que seja, as constituições jamais conseguirão cumprir o seu objetivo de serem longevas.

Em quinto lugar, o duplo conteúdo das constituições é a base na qual o Estado moderno se apoia: ali se encontram a estrutura do governo com suas divisões do poder político e a declaração de um catálogo de direitos individuais e políticos (poderíamos mencionar também, com o advento do Estado de bem-estar no século XX, os direitos sociais). No primeiro âmbito, identificamos, de um lado, a divisão horizontal dos três principais ramos do governo,

legislativo, executivo e judiciário, bem como as respectivas atribuições dos poderes jurídicos. De outro lado, também identificamos a divisão vertical entre as instâncias locais e federal, caso a constituição admita essa configuração. No segundo âmbito, as cartas constitucionais descrevem um rol de direitos individuais e, às vezes, de direitos de certos grupos específicos. Tais direitos devem ser assegurados por meio de um muro de contenção, ou de uma estratégia de entrincheiramento, levantado para deter as investidas das autoridades constituídas, entre elas, a própria legislatura. Marmor, nesse momento, toma o devido cuidado para alertar que ambas as vertentes, não só a declaração de direitos, mas também a divisão dos poderes, estão envolvidas em questões morais, na medida em que determinar a estrutura do Estado talvez seja, em grande parte, um assunto de eficiência e de coordenação, mas muitos aspectos dessa determinação não são considerados despidos de significado moral, até porque não se fica moralmente indiferente diante de questões sobre quem faz a lei e sobre como elas são feitas.

Por fim, em sexto lugar, devemos destacar o fato de que muitas disposições constitucionais se propõem a ter um nível mais elevado de generalidade e abstração em sua aplicação do que as leis ordinárias têm. O desejo é que essas disposições constitucionais sejam aplicadas em todas as esferas da vida pública e isso é a principal razão para que uma alta dose de abstração seja a tendência a todas elas quando forem formuladas. Portanto, ao se refletir sobre essas seis características fundamentais das constituições e independentemente de ser ou não favorável à prática da revisão judicial das leis, é inegável e chega a ser assombrosa a coerência lógica interna do constitucionalismo baseado em um documento escrito promulgado por uma assembleia reunida justamente com o objetivo de instituir um modelo jurídico-político hegemônico em nossa era.

Diante do exposto, todas as questões que o *judicial review* implica se concentram na perspectiva e na lógica do direito constitucional, na medida em que o legislativo, sendo ele um órgão constituído que retira sua competência do poder constituinte originário, não pode introduzir leis contrárias ao que este mesmo poder constituinte estabeleceu. Em relação a esse último ponto especificamente, parece não haver tantas dúvidas. Mas as dificuldades começam quando se torna necessário escolher os meios com os quais esse controle será levado a efeito. A questão fundamental da discórdia reside sobretudo na eleição de qual órgão ficará encarregado do múnus de declarar a inconstitucionalidade das leis, até porque, à falta do

controle constitucional efetivo, todo o esforço político em se promulgar uma carta de direitos seria vão (BONAVIDES, 2007, p. 297). Algumas alternativas são colocadas diante do constituinte originário para ele definir quem se encarregará do controle da constitucionalidade das leis: há o controle político, cujo expoente é o Conselho Constitucional francês, previsto nos artigos 56 a 63 da Constituição francesa de 1958, muito embora a tendência recente é de que ela vá se transformando em órgão jurisdicional; há também o propalado controle jurisdicional, mais familiar à nossa realidade jurídico-constitucional; e, por fim, o controle misto, em que certas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras, ao controle jurisdicional, como é o caso do sistema suíço: as leis federais ficam sujeitas ao controle político e as locais, ao controle judicial (SILVA, 2014, p. 51). A polêmica está no fato de que a escolha do órgão encarregado de declarar a inconstitucionalidade é uma questão dramaticamente difícil de se resolver, justamente porque o desempenho desse papel de fiscal dos princípios constitucionais outorga a ele um lugar que muitos julgam ser privilegiado. E vejam que a indignação filosófica de Jeremy Waldron não é em relação ao constitucionalismo, à constituição, ao direito constitucional e aos direitos fundamentais em si. Veremos que a implicância dele se concentra justamente na escolha feita pelo constituinte originário, na entrega das chaves do castelo, digamos assim, aos juízes e nas vicissitudes que essa escolha proporciona à democracia. Portanto, há um problema naquela supremacia ou na proeminência da constituição em relação às outras leis infraconstitucionais que é automaticamente transferida para o órgão encarregado de ditar o que é e o que não é constitucional, o que logicamente pode afetar sensivelmente o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes constituídos (BONAVIDES, 2007, p. 297), o que, em última análise, colocaria em xeque a sobrevivência do próprio regime democrático.

Na literatura sobre o tema, diversos doutrinadores se empenharam em defender ou atacar a pertinência democrática do controle judicial de constitucionalidade. Citemos, como exemplos favoráveis a esse instrumento constitucional de controle sobre as leis, John Hart Ely (1980), Ronald Dworkin (1995, 1996, 2002a), Bruce Ackerman (1991) e Jonathan Sumption (2019). E, no campo oposto, entre os que desafiam tal modelo, podemos mencionar Larry Kramer (2004), Mark Tushnet (1999), John Tasioulas (2020) e Jeremy Waldron (1999a, 1999b, 2006). Mas antes de entrarmos propriamente no assunto que envolve a dificuldade de apontar a direção que justifique democraticamente a prática do *judicial review*, façamos uma digressão

sobre a sua relação com o direito natural e sobre as suas origens, uma vez que a revisão judicial das leis com base na constituição, em certa medida, remonta ao direito natural e absorve dele algumas de suas características mais marcantes, de modo que com ele é possível resgatar argumentos que fundamentam o desempenho desse papel dos juízes na vida democrática.

2.2 O *JUDICIAL REVIEW* E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO NATURAL: NATUREZA, DEUS E RAZÃO

O fortalecimento dos vínculos entre o controle judicial de constitucionalidade e a legitimidade político-democrática de seu exercício no contexto atual passa pelo resgate da compreensão básica sobre o direito natural, o qual, por sua vez, liga-se à busca inquietante do ideal de justiça e à insurgência contra as injustiças. Com efeito, a função revisora dos juízes, desencadeada pela iniciativa do indivíduo, reforça ainda mais esses laços com tão importante abordagem do direito, pois muito do que foi objeto de especulação da referida escola acabou sendo, de uns tempos para cá, condensado nos textos constitucionais, cuja aplicabilidade se tornou juridicamente exigível.

Dito isso, a compreensão sobre o direito natural é extraída de três vertentes ao longo da história: a) o direito natural na concepção do mundo antigo, o direito natural da cristandade na Idade Média e o direito natural racionalista na modernidade (WOLFE, 1986). Assim, nas palavras de Gustav Radbruch:

A teoria do Direito justo foi designada, durante séculos, como Direito natural. Na antiguidade, repousava ela no antagonismo entre natureza e convenção (Aristóteles); na Idade Média, na antítese entre Direito divino e Direito humano (Tomás de Aquino); na Idade Moderna, tem ela como base a contradição entre razão e ordem coativa (de Hugo Grotius a Rousseau) (RADBRUCH, 1999, p. 19)

Em primeiro lugar, pois, o jusnaturalismo remete aos gregos na Antiguidade, sendo certo que a grande contribuição deles, neste particular, foi mostrar a conexão inexorável do direito com as forças da natureza. Ele se manifesta especialmente nas lições de Aristóteles, segundo as quais o direito natural é composto das normas inferidas e deduzidas da observação e da contemplação dos fenômenos naturais, como, por exemplo, a lei ordenadora das estações do ano e a que orienta o movimento dos corpos celestes. Se o homem está inserido em um contexto maior, o cosmos, então fica ele sujeito às leis que regem a natureza. E por estas leis

regerem a natureza, a nossa missão de seres humanos, que dela fazemos parte, é justamente conhecê-las e acatar de bom grado suas determinações, a fim de que possamos alcançar a *eudaimonia*. Aliás, a contemplação grega do direito natural é tão característica para o pensamento ocidental que a busca, no pensamento grego, da origem da ideia de direito natural está intrinsecamente ligada à busca da ideia da própria filosofia, das causas primeiras e das razões últimas (BOBBIO, 2017, p. 09), o que induz a dizer que direito natural e filosofia se fundem no mesmo escopo. A lição de Leo Strauss também se coaduna com a filosofia ser a procura incessante dos princípios e do começo de tudo ou das coisas primeiras, com o que, nesse particular, tem a filosofia os mesmos propósitos do mito. A diferença, porém, entre *philosophos* e *philomythos*, segundo Aristóteles, é que o primeiro é amante da sabedoria e discorre sobre a natureza, ao passo que o segundo é amante do mito ou da origem fantástica e sobrenatural das coisas, e discursa sobre os deuses. Assim, o primeiro filósofo foi quem primeiro descobriu a natureza, de modo que a história da filosofia repousa no registro das tentativas reiteradas de entender o que estava implícito nessas descobertas que começaram a ser empreendidas pelos gregos há mais de 2600 anos. Ou seja, entender o significado de descobrir as causas primeiras na natureza é entender o significado da filosofia (STRAUSS, 1965, p. 82).

A segunda matriz jusnaturalista, a seu turno, foi concebida pelo pensamento religioso-cristão hegemônico na Idade Média. Mesmo assim, ele foi muito mais influenciado pelos gregos do que pelos romanos. Ela evoca a ideia de leis divinas, sobretudo pelo magistério de Santo Agostinho, com seu platonismo arraigado, e São Tomás de Aquino, com a cristianização de Aristóteles ou “aristotelização” do Cristianismo, ilustres representantes, respectivamente, da Patrística e da Escolástica (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 174). Vale dizer que o pensamento medieval, embora fosse esta síntese do Cristianismo com a filosofia clássica grega, é todo ele embasado nos mandamentos de Deus, revelados aos profetas e inscritos nos Evangelhos anunciados pelo próprio Cristo. Ou seja, o marco teórico, ou o ponto de partida, é a palavra revelada que passa a ocupar o lugar privilegiado no topo da hierarquia social, política e jurídica daquele período histórico, de modo a orientar e a inspirar (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 182), naturalmente, os corações e as mentes dos fiéis para refletirem o mistério da existência e do poder de Deus:

A filosofia, neste contexto, deixou de ocupar o importante papel que desempenhou anteriormente, perdendo parte da autonomia racional que possuía, para tornar-se *ancilla theologiae* [que pode ser resumida naquela célebre frase, radicalizando a dualidade de Santo Agostinho, atribuída a Santo Anselmo] Crer para compreender, e não compreender para crer, em que a filosofia está sob o jugo da teologia, e não o contrário (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 174).

Neste período, nota-se nitidamente a dualidade platônica, em Agostinho, entre a *lex aeterna* e a *lex temporalem*, entre a lei de Deus e a lei dos homens. Percebe-se que a atitude humana, na Antiguidade e na Idade Média, é meramente contemplativa e, até certo ponto, mística, já que tanto as *arcana naturae* quanto as *arcana dei* exigem uma postura passiva do homem diante dos desígnios da natureza e de Deus, e não lhe é lícito interferir – e somente resignar-se aos – nos processos e nos propósitos desencadeados pela vontade superior a que todos estamos submetidos, cabendo a nós apenas observar tais fenômenos e procurar compreender, pelo menos o trivial, seus mecanismos de funcionamento.

Por fim, a reboque da Paz de Vestefália e da construção de um direito natural desvinculado da Escolástica católica e tomista, floresce, no alvorecer da modernidade, o terceiro aspecto da percepção do direito natural. Agora, de raiz protestante (HUNTER; SAUNDERS, 2003, p. XII), por obra principalmente de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf e John Locke, bem como, mas de forma lateral, por obra também de Henrique e Samuel Coccejo, Leibniz e Joan Cristian Von Wolff, o direito natural começa a se basear sobretudo na razão. Ou melhor dizendo, começa a se basear na reta razão, cuja missão era procurar e encontrar estratégias que estivessem à altura para defender e preservar o Estado, caso ele viesse a ser, religiosa e moralmente, deslegitimado (HUNTER; SAUNDERS, 2003, p. XII). Essa procura vislumbrou no método dedutivo, produzido pelo raciocínio matemático e geométrico, a possibilidade dessa reta razão alcançar as regras imutáveis da natureza humana (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 229). Nesta oportunidade, já no século XVII, o direito natural mostra-se racionalista se comparado ao paradigma teocêntrico, ao qual o direito se sujeitou durante a Idade Média, de modo que Deus deixa de ser considerado legislador supremo ou fundamento das leis terrenas e a razão passa a ocupar tal protagonismo, deixando de lado os valores transcendentais para se concentrar nos imanentes. O grande salto dado em relação ao jusnaturalismo antigo e medieval está exatamente em conceber a lei natural não mais como mistério, como *arcana*, sujeito apenas à contemplação que reduz o homem a mero expectador

da natureza e dos desígnios divinos, até porque a natureza não concede ao homem o entendimento inatamente aprimorado sobre todas as coisas. Na verdade, é o próprio homem, mediante o uso da razão, quem capta, forma e produz esse conhecimento e o põe em prática para si, para a sociedade e para o Estado. Eis, portanto, a razão instrumental em sua forma mais sublime, mas ao mesmo tempo crua. Assim sendo, a lei natural passa a ser objeto da especulação racional destinada às razões primeiras da existência humana, para que justamente ela, a natureza, possa ser modificada e dominada pelo gênio humano. A expressão *scientia est potentia* (ou também *scientia potestas est*), neste sentido, tornou-se icônica desse período da história do pensamento humano (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 236). Além disso, é notável que as discussões éticas a partir da modernidade, vinculada à razão e, por isso, a um subjetivismo exacerbado, se tornam uma babel de preceitos e concepções, pressupostos e premissas, na medida em que as leis da natureza advindas daquele cosmos caracterizado pela finitude e pelas leis de Deus, cuja interpretação era prerrogativa exclusiva da Igreja Católica Apostólica Romana, foram, paulatinamente, abandonando as referências objetivas. Com efeito, a ética moderna, nascida da crise da humanidade e na esteira do Renascimento, se consubstancia em uma ética da consciência individual, socorrendo-se, pois, dos valores da interioridade, da intimidade e da liberdade, de modo que se rebela contra a fria aceitação de uma lei objetiva, pronta e acabada, e contra a conformidade passiva de uma ordem cósmica pré-estabelecida (BOBBIO, 2017, p. 09). Seguindo essa mesma linha de raciocínio, conclui-se que os postulados em que se fundamenta o moderno direito natural se encontram basicamente na teoria do contrato social, que não deve, todavia, ser entendido empiricamente, como um fato concreto da realidade e historicamente estabelecido, mas como artifício e medida ficticiamente elaborados pela razão humana (RADBRUCH, 1999, p. 19).

Diante desse panorama, se é um erro traçar, com rigidez, a linha entre o mundo antigo e moderno em outros aspectos, com o direito natural não é diferente. O que aconteceu foi que, nos momentos dramáticos de transição histórica, essas concepções se misturavam um pouco e ficava difícil identificá-las isoladamente e separá-las claramente dentro de cada uma dessas três fases. Essa confusão de concepções em torno da natureza, de Deus e da razão recebe a seguinte constatação:

Durante os séculos XVI e XVII, essa antiga doutrina da lei natural deu vida à concepção dos direitos naturais que, por sua vez, devia ser uma das armas mais úteis no moderno arsenal da revolução. Na Guerra Civil Inglesa e na Revolução Gloriosa, ela expressou e se reiterou contra o ideal dos Stuart em relação ao direito divino. Defendida eloquentemente por Milton, sancionada por um mártir que foi Sydney e declarada em termos duros, mas impressionantes, por Locke, ela se infiltrou pelas colônias americanas ao longo da primeira metade do século XVIII, tornando-se o principal dogma da Revolução. O direito ao autogoverno, o direito à tributação pelos próprios representantes do povo e o direito ao devido processo judicial, com os quais os americanos, primeiro, argumentaram e pelos quais, depois, lutaram, foram estabelecidos como direitos garantidos pela constituição inglesa e pelas leis da natureza. A partir do momento em que a constituição inglesa deixou de ser um santuário, eles passaram a confiar exclusivamente nas ‘leis da natureza e nas leis do Deus da natureza’. Esses direitos eram verdades ‘auto-evidentes’, porque eles derivavam de uma fonte de autoridade universal (WRIGHT, 1942, p. 09–10)⁸.

Nos Estados Unidos, por exemplo, embora a influência de Locke seja indiscutivelmente evidente à época, houve, apesar disso, a disposição de buscar nas três fontes do direito natural (natureza, Deus e razão) os princípios a que depois foi possível permitir a elaboração da constituição nos moldes de uma declaração escrita:

Mas o recurso à natureza não era a totalidade da teoria do direito fundamental. Começando com as primeiras cartas como base, os colonos deram mostra de que tinham preferência pelas declarações escritas de seus direitos políticos básicos. Essa prática não foi copiada da experiência inglesa, pois, exceto por alguns meses em 1653, a pátria-mãe nunca teve uma constituição escrita. Esses ingleses, com um continente de distância, foram quem trouxe o princípio da Carta Magna e muitos outros princípios medievais sedimentados desse tipo, para os quais lhes pareceu uma conclusão razoável – a formulação de constituições escritas. Desde aquele dia, em 1639, quando os colonos de Connecticut deram ao mundo moderno sua primeira constituição adotada pela autoridade popular, paulatinamente ficou cada vez mais claro que neste país a teoria e a prática das constituições escritas deveriam ocupar uma posição de importância, aquela que nenhum outro país havia conhecido anteriormente. Quando a Revolução, de fato, chega, nada mais natural para os colonos do que preparar e adotar declarações escritas das leis sob as quais deveriam ser governados. Essas constituições eram leis fundamentais distintas dos estatutos legislativos (WRIGHT, 1942, p. 10).

⁸ As traduções dos trechos das obras e dos autores citados ao longo da pesquisa, cuja referência esteja em língua estrangeira, notadamente o inglês, o italiano e o espanhol, foram por mim mesmo realizadas, mas sem a transcrição literal de cada trecho na sua versão original. Essa explicação se justifica para que aquela conhecida observação “tradução nossa”, que sempre vem na sequência do texto original, fique se repetindo de forma desnecessária e para que as transcrições não sobrecarreguem o texto da pesquisa.

Independentemente dessas três concepções, o direito natural repousa na constatação de que existe uma força anterior, superior e além das paixões e dos desígnios humanos. E foi nesse sentido que o próprio Radbruch pôde identificar três elementos comuns advindos das características do direito natural, presentes em cada uma delas e em cada um dos momentos históricos em que ele é considerado. São elas: imutabilidade, apreensão racional e superioridade qualitativa ao direito posto:

O direito natural, em seus três períodos, apresenta três características: 1) é, como a natureza, como Deus e [como] a razão humana, imutável e absoluto, em todos os tempos e lugares; 2) é inequivocamente apreensível pela razão; 3) não serve apenas de parâmetro para o Direito Positivo, mas também para substituí-lo quando este estiver em contradição com ele (RADBRUCH, 1999, p. 20).

Assim, as três características do jusnaturalismo a que Radbruch se referiu também repercutiram no inconformismo intelectual com o que o homem considera injusto e vêm reforçar nossa posição diante dos aspectos democráticos do procedimento de tomada de decisão da revisão judicial frente à lei positiva. Aliás, foi mais ou menos nessa linha de pensamento que Leo Strauss enxergou no direito natural algo que “representa, em última instância, uma defesa do indivíduo contra a ordem positiva imposta pelo poder político”. Aliás, ele defende a tese segundo a qual foi o abandono completo do direito natural, apesar de todo o seu valor histórico e de todo o seu atual significado, e foi o abandono completo do direito natural, como crença em um direito superior ao direito positivo e portador de valores objetivos e de validade meta-histórica, que ensejou o advento dos Estados totalitários, cujo princípio ético é a extrema barbárie (BOBBIO, 2017, p. 10)⁹.

⁹ Pietro Piovani, outro estudioso do jusnaturalismo, faz uma leitura em direção diametralmente oposta à de Leo Strauss, haja vista que, para ele, “o jusnaturalismo já morreu e não pode ser mais ressuscitado, porque está profundamente em contradição com as exigências da ética moderna. O jusnaturalismo sempre representou, segundo a análise histórica de nosso autor que se debruça sobretudo na filosofia estoica da Antiguidade e na filosofia de São Tomás na Idade Média, uma *ética da lei*, ou seja, uma ética que subordina a liberdade de consciência aos ditames de uma lei objetiva, expressão de uma ordem cósmica da qual o indivíduo faz parte. A ética moderna, a que surge da crise do humanismo e da reviravolta histórica do Renascimento, é, ao contrário, uma ética da consciência individual, que apela aos valores da interioridade e da intimidade e apela à liberdade fugidia e sofrida contra a fria aceitação de uma lei objetiva, dada de uma vez por todas, e contra a passiva conformidade a uma ordem cósmica predeterminada. Ainda que Piovani não se expressasse dessa maneira, poder-se-ia interpretá-lo no sentido de que o jusnaturalismo representa o momento da heteronomia e a ética moderna, o momento da autonomia, razão pela qual são irreconciliáveis. Piovani frequentemente fala da ética moderna como uma ética *agonística*: o jusnaturalismo, enquanto antítese da ética moderna, é *legalismo*, isto é, a ética da ordem, da universalidade obtida por meio da mortificação da consciência individual. Não se poderia

Mas o problema fundamental envolvendo o direito natural sempre foi a efetividade de suas prescrições: superar a dificuldade de se encontrar um mecanismo institucional que pudesse implementá-lo contra os governantes e até mesmo contra os súditos e que, ao mesmo tempo, desfrutasse da confiança das pessoas foi motivo de inquietação para os pensadores da política, desde que isso começou a ser cogitado na Idade Média. Nesse sentido, foram os colonos norte-americanos que encontraram a solução desse problema. A revisão judicial, ao que parece, resolveu uma dificuldade que deriva daquela peculiar concepção do direito própria do mundo ocidental. Desde sempre, em especial desde a Idade Média, pensadores da política do mundo ocidental acreditavam que o direito se manifesta de duas formas diferentes: uma forma comum, promulgada pelos governantes, e uma forma superior, cuja origem vem de alguma fonte que está além das fronteiras do governo e que vincula tanto o governante quanto os seus súditos. Nesta última forma, a lei controla, limita e restringe o governante e, assim, realiza um dos propósitos mais básicos na ciência política, ou seja, o de vigiar o uso autorizado da força para que ela não seja usada indevida ou abusivamente no interesse do governante. Em todos os momentos da história, ambicionou-se a criação ou a descoberta de uma hierarquia entre as leis e que essa hierarquia seja efetivamente salvaguardada. Qualquer que seja a sua origem, o problema de que a lei superior padece, como meio de restringir o poder do governante, é que lhe falta um mecanismo claro para que seja efetivamente aplicada. Nem Deus nem o contrato social estão presentes no mundo da experiência humana e qualquer pretensão de falar em nome de um deles pode ser entendida exatamente em seu sentido contrário (RUBIN, 2008, p. 67). A constitucionalização do direito e da política, bem como a implementação das disposições constitucionais consideradas como a codificação da lei superior, dão vazão, em larga medida, àquela ânsia, digamos assim, de abandonar as coisas contingentes, àquela vontade de parar o tempo ou de subjugar o humano destino da constante transformação e da morte a que estamos todos sujeitos. Correspondem àquela ideia segundo a qual as leis mudam, mas permanece a *Lei* e os *Valores fundamentais*, sendo que uma lei que é injusta não é lei propriamente, porque agride

imaginar uma posição tão oposta à de Strauss (que pode servir para dar, antecipadamente, uma pálida ideia das profundas contradições que se levantam diante do problema do jusnaturalismo e o quanto de confusão intrinsecada implica a tarefa de desvendar sua história”, sendo que “o único baluarte do indivíduo é aquela ética [moderna, individualista e subjetiva] que já deixou completamente de lado todos os resquícios do jusnaturalismo” (BOBBIO, 2017, p. 09). Essa divergência, com efeito, foi o que moveu a curiosidade de Bobbio em proceder à análise investigativa minuciosa sobre o direito natural, pois “[O] que me interessa, antes de tudo, é perceber o que se entende por jusnaturalismo, pois, como vimos, ele pode ser entendido de maneiras tão diversas que dão origem a posições totalmente opostas, como as de Strauss e Piovani (BOBBIO, 2017, p. 09-10).

aqueles valores considerados eternos e imutáveis. Eis, portanto, a verdadeira doutrina que fundamenta todo e qualquer jusnaturalismo, seja ele religioso ou laico. A audácia e a coragem implícita na doutrina do direito natural nada mais é do que a audácia e a coragem do indivíduo que assume para si o direito de desobedecer à lei injusta (CAPPELLETTI, 1999b, p. 11). A volúpia, ou o desejo filosófico de buscar as causas primeiras dos dados da natureza, é inerente ao espírito humano. A sede por justiça se torna ainda mais insaciável e angustiante nos momentos dramáticos da história, cujo alívio é encontrado, de novo, no aconchegante refúgio oferecido pelo outrora desprezado jusnaturalismo. É essa procura por justiça, aliás, que inspira filosoficamente o constitucionalismo moderno, até porque essa ânsia manifestada pela doutrina do direito natural é um dado indelével da condição humana. Trata-se daquele desejo ardente, divino ou faustiano, que reside em todos os homens, de modo que é totalmente admissível, sobretudo em épocas agudamente caracterizadas pelo drama das circunstâncias, a insistência teimosa no jusnaturalismo, ainda que ele tenha sido impiedosamente derrotado pela pureza lógica e pela realidade dos dados, em razão das quais somos convencidos pela fórmula genérica de que, assim como os valores mudam, as leis também devem ser mudadas ou recriadas pelos homens, mas que a única lei que não muda e não pode ser mudada é aquela da contínua e eterna mudança. Enfim, embora a liberdade, a verdade, a justiça e outros valores sofram alterações semânticas ou conceituais através do tempo, eles nunca vão deixar de ser a liberdade, a verdade e a justiça (CAPPELLETTI, 1999b, p. 12).

O desejo faustiano de, parando o tempo, hierarquizar as leis para desafiar o contingente, o efêmero, o instável, o fugidio, o breve e o passageiro e de garantir que aquela lei suprema e imutável prevaleça sobre essas contingências, contemporaneamente, passa por três etapas. Dessa maneira, as constituições modernas, nas quais certos valores possuem primazia, são exatamente o primeiro momento dessa tentativa de parar o tempo, hierarquizar as leis, desafiar o que é apenas transitório e garantir que a imutabilidade dos valores prevaleça, já que, mesmo sendo os termos dessas constituições formulações vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas, trata-se de uma iniciativa poderosa de se tentar insculpir a pedra informe dos valores ali consagrados. As constituições se consubstanciam, digamos, na positivação de alguma coisa que está fora e acima da lei normal e de quem lida com ela. A segunda etapa desse processo se mostra no caráter rígido das constituições para que as suas normas ganhem a força

necessária para prevalecer sobre o efêmero. A terceira e principal etapa, que traz consigo uma novidade, é aquela tentativa de converter a imprecisão e a elasticidade daquelas fórmulas na efetiva, dinâmica e permanente concretização, mediante o empenho de um intérprete qualificado, o moderno e cada vez mais atuante juiz constitucional (CAPPELLETTI, 1999b, p. 12). Da Idade Média ao Iluminismo, a lei superior significava o direito natural – a lei de Deus que havia sido revelada aos seres humanos pela fé e pela razão. O problema com ela, desde então, é que ela não aparece em nenhuma forma autoritativamente escrita ou em nenhuma forma escrita com que a maioria dos atores sociais pudesse concordar. Só que para ela funcionar efetivamente e cumprir a tarefa de disciplinar o poder, era imprescindível que algumas providências fossem tomadas para que assim ela fosse transformada em ações do mundo real. Entre essas providências, a codificação foi a fórmula encontrada para viabilizar a linguagem da lei superior e, com isso, torná-la não só juridicamente cognoscível, mas acessível a todos. A codificação da lei natural de forma definitiva e acessível não elimina incertezas na interpretação, mas ela elimina a incerteza – talvez a principal delas – sobre o que está sendo interpretado. A importância da codificação para a lei natural, que se presume originar tanto de Deus quanto da natureza, e para a compreensão da sociedade, aquela que se presume originar do contrato social, foi notável e fez toda a diferença. Desse modo, embora a codificação desses princípios amplamente celebrados, mas vagamente articulados, não encerre o debate sobre as questões que a codificação aborda, ela confina o debate para dentro de um discurso social razoavelmente coerente. Isso oferece um aumento significativo no grau de certeza, mesmo que fique aquém da certeza total que muitas pessoas desejam ter (RUBIN, 2008, p. 91–92).

É claro que a grandiloquência dessas afirmações causa perplexidade aos propósitos do projeto filosófico de Jeremy Waldron. Ele poderia muito bem perguntar, diante de todo esse discurso: que valores, que justiça, que lei imutável? E de quem: dos juízes? E os legisladores e a legislação também não são capazes disso? Na verdade, porém, o que se quer, por enquanto, realçar é o resgate do jusnaturalismo que as constituições modernas parecem ter levado a efeito:

Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu ápice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista

encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial, invenção do homem e do Direito (CAPPELLETTI, 1999b, p. 12).

Em Ronald Dworkin, que não é um jusnaturalista, quando ele aborda os elementos que compõem uma teoria do direito (a parte normativa e a conceitual), também é possível identificar o liame estabelecido entre o direito natural, os princípios mais fundamentais de uma constituição (ou, como ele chama, os princípios de direito político estabelecidos na constituição), a jurisdição, de um modo geral, e o *judicial review*, de um modo específico, a efetiva normatividade desses princípios e a proteção aos direitos propiciada pelo exercício da atividade jurisdicional. Mas de que forma podemos identificar esse liame no raciocínio de Dworkin para que se pudesse chegar a tal conclusão? Primeiro, ele assevera que a parte normativa de uma teoria do direito deve abranger uma teoria legislativa, uma teoria da decisão judicial e uma teoria da observância da lei, todas elas tratando, respectivamente, dos problemas do direito da perspectiva do legislador, do juiz e do cidadão. Nesse contexto, a atividade legislativa deve estar legitimada, primeiro, por uma teoria que descreva quais são as circunstâncias que autorizam um indivíduo ou um grupo particular de pessoas a fazer as leis. Segundo, essa mesma atividade de legislar também precisa de uma teoria da justiça legislativa que vá descrever o tipo de lei que os legitimados a assim proceder estão autorizados ou obrigados a fazer. No que tange à teoria da decisão judicial, igualmente complexa, ela deve abranger uma teoria da controvérsia, na qual estejam presentes os padrões a que os juízes irão recorrer para decidir os casos difíceis. No entanto, deve estar contida nessa teoria da decisão judicial uma teoria da jurisdição, que esclareça por que e quando os juízes, e não outras pessoas ou órgãos de Estado, é que devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia. E, por fim, a teoria normativa do direito deve apresentar uma teoria da observância da lei, que, por sua vez, também se abre em duas vertentes. A primeira vertente discute uma teoria do respeito à lei, ou seja, discute a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, na forma com que ela se apresenta nas diferentes espécies de Estado e nas diferentes circunstâncias. Ela também tem de desenvolver uma teoria da execução da lei, capaz de dizer quais são os objetivos da aplicação e da punição dessa lei e capaz de descrever o modo pelo qual os agentes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações. Diante desse amplo espectro e desses intrincados mecanismos em torno da teoria do direito, Dworkin, para entrar em sua parte

normativa, problematiza e sofisticada o debate ao argumentar que: “[A] questão politicamente sensível do constitucionalismo, por exemplo, diz respeito à teoria da legitimidade”. E arremata, com a seguinte indagação, à qual, logo na sequência, ele próprio dá a resposta: “Por que os representantes eleitos da maioria não deveriam estar habilitados, em qualquer circunstância, a sancionar leis que lhes parecem equânimes [*fair*] e eficientes?”. Todavia, no início de sua resposta – e já retomando o argumento lançado no começo deste parágrafo sobre o nexo entre direito natural, princípios fundamentais da constituição e jurisdição constitucional –, Dworkin lança outra questão conceitual que, em essência, remonta a problemas de legitimidade e de jurisdição e que fundamenta boa parte do seu pensamento em relação ao direito constitucional e ao papel que os juízes devem nele exercer:

Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados partes integrantes do direito? Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser *natural* é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria. Tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e de legitimidade incidem de maneira óbvia sobre a teoria da observância da lei. Incidem, por exemplo, sobre a questão de saber se *um dissidente* pode afirmar, de modo *plausível* ou mesmo *coerente*, que a sua concepção a respeito do que determina a lei constitucional é superior à do poder legislativo e à dos juízes (DWORKIN, 2020, p. VIII-X). (Grifos nossos).

O primeiro grifo acima foi feito com o intuito de indicar que fica patente a união visceral entre os direitos fundamentais, ou princípios fundamentais – ou princípios de direito político nas palavras de Dworkin –, declarados nas constituições modernas e o direito natural¹⁰,

¹⁰ Acerca da “positivação” do direito natural nos textos constitucionais Mauro Cappelletti nos oferece o seguinte parecer: “E, no entanto, também não há dúvida de que o passo definitivo na direção daquilo que chamei de “positivação” do direito natural – que, a meu ver, representa um dos fatores fundamentais que caracterizam o pensamento e a realidade jurídica da época atual – será dado apenas a partir das modernas Constituições ‘rígidas’, do moderno “constitucionalismo” que se inicia, como já reconhecí, com a Constituição dos Estados Unidos. O passo definitivo será dado, em suma, por aquelas Constituições que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional *positivo* os princípios ‘naturais’ e os ‘direitos inatos’, e, por outro lado, oferecerão uma garantia *efetiva* de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia, por conseguinte, de não aplicação das leis que contrastarem com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de ‘vontade permanente do povo’, enquanto, ao revés, nas leis ordinárias, há apenas uma ‘vontade transitória e temporária’. Embora o moderno constitucionalismo represente, pois, em certo sentido, uma superação da doutrina jusnaturalista que, de fato, estava destinada a desaparecer e com frequência a ser menosprezada justamente no século XIX e na primeira metade do século XX – no entanto, não se pode negar nenhum fundamento ao quanto hoje escreve um perspicaz filósofo do Direito [Guido Fassò], ou seja,

embora Dworkin não diga, pelo menos ali, em qual vertente do jusnaturalismo especificamente. E os outros destaques, na verdade, foram feitos somente para pôr na berlinda a tese a ser levantada por nós nesta pesquisa e, ao longo dela, aprofundada. Melhor explicando: a de que o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo no controle judicial de constitucionalidade, é, em última análise, atributo do indivíduo de questionar a justiça das leis em face da constituição, de modo que sua colaboração para a construção do direito representa uma importante ação política possibilitada pelo constitucionalismo contemporâneo que autoriza o cidadão comum a insurgir-se contra a maioria ocasionalmente formada para aprovar um texto legal. Essa contribuição do cidadão, no primeiro momento, se manifesta pelo interesse individual violado e, no segundo momento, pelo interesse, ainda que abstrato e a todos inerente, na higidez do sistema jurídico à luz dos preceitos fundamentais da constituição e, sobretudo, no debate acerca da legitimidade e da justiça das leis. Ou seja, é mediante a jurisdição constitucional que o indivíduo participa da formação do direito, sendo que a interpretação constitucional dada ao texto legal, restringindo ou ampliando seu alcance, é um modo de dar forma ao conteúdo constitucional a determinada lei. Mas, por enquanto, o que deve ficar claro é que os direitos fundamentais, que têm o condão de controlar, limitar e restringir a atuação legislativa e, portanto, a própria vontade do povo, lançam suas raízes na noção de direito natural, elemento caro à compreensão do direito e importante na avaliação do fenômeno jurídico, encontrado, por exemplo, em Dworkin, que o renova na ideia de conceito interpretativo do direito.

2.3 AS ORIGENS DO *JUDICIAL REVIEW*

Depois de estabelecida a relação entre o *judicial review* e o direito natural, a compreensão, a crítica e a defesa da figura jurídico-político-filosófica do controle judicial de constitucionalidade e as implicações que ele proporciona ao mundo da filosofia política, da filosofia do direito e da filosofia moral, também obrigam a fazer, ainda que brevemente, uma

que, sob determinado prisma, ‘as liberdades civis e políticas nas quais o Estado moderno se baseia são conquistas do jusnaturalismo’, porque foi a doutrina política jusnaturalista que assentou os alicerces do moderno Estado de direito. Não se pode negar, em particular, o fato de que também o constitucionalismo americano e, em geral, o constitucionalismo moderno, de que uma expressão fundamental é, sem dúvida, o sistema do controle judicial das leis, também ele teve uma antiga matriz histórica, como precisamente procurei, ainda que sumariamente, demonstrar. Por isso, diante do entusiasmo, de resto não injustificado, do jurista norte-americano, orgulhoso da grande inovação trazida à ciência política pelo sistema da *judicial review*, o homem prudente da velha Europa poderia ser, talvez, tentado a repetir, ainda uma vez, o antigo céptico motejo, sempre verdadeiro, se bem que sempre apenas parcialmente verdadeiro: *nihil sub sole novi* – nada de novo para o Velho Mundo!’ (CAPPELLETTI, 1999b, p. 56–57).

singela digressão, a fim de delinear, digamos, a sua cadeia evolutiva e, assim, contextualizar e definir com bastante solidez o objeto de especulação do tema pesquisado. Tal aposta, portanto, torna mais nítido o enfrentamento das dificuldades impostas à revisão judicial das leis e, quem sabe, possibilita também uma resposta mais convincente e propositiva à problematização que nos desafia, já que, com o movimento constitucionalizador que varreu o mundo ocidental a partir da modernidade, pelo qual as constituições passaram a ter caráter jurídico e a figurar no topo dos sistemas de direito, todos nós, parafraseando, mesmo que ele tenha dito aquelas palavras em tom crítico, o próprio Jeremy Waldron (2018b, p. 25)¹¹, exercemos, em alguma medida, a jurisdição constitucional e, pelo raciocínio jurídico, procedemos, de certa forma, ao controle judicial de constitucionalidade, seja academicamente, seja no amplo espectro que o exercício prático do direito encerra.

É lugar comum afirmar que o grande “mito fundador”, o “marco zero”, por assim dizer, do controle judicial de constitucionalidade é o caso *Marbury versus Madison* de 1803. Naquela ocasião, a Suprema Corte Americana, sob a batuta do *Chief Justice* Marshall, ao decidi-lo, estabeleceu, com uma só cajadada, o caráter jurídico da Constituição Americana, a supremacia dela no ordenamento jurídico e a competência da Suprema Corte para declarar, havendo dúvidas, a constitucionalidade ou não dos atos normativos proferidos pelas mais altas autoridades americanas. “Mito fundador”, porque Marshall não tinha a menor ideia e pretensão de inaugurar um novo projeto constitucional, ousado e visionário, a ponto de reconfigurar sensivelmente o dogma da separação dos poderes e encorajar os arquitetos dos futuros desenhos constitucionais ao redor do mundo. Afinal, não era sua intenção primeira fazer história na vida jurídica americana e mundial, sobretudo na magnitude que a referida decisão alcançou. Ele, ao que tudo indica, só queria mesmo resolver aquela disputa judicial. Também houve outras duas decisões, nos dezoito anos seguintes, que poderiam ser muito bem consideradas mais paradigmáticas do que a do caso *Marbury v. Madison*. Estamos falando das decisões nos casos *Martin v. Hunter’s Lessee* de 1816 e *Cohens v. Virginia* de 1821: a primeira escrita pelo Juiz Story e a segunda pelo próprio Marshall, mediante as quais a Suprema Corte sacramentou seu poder de revisão judicial das ações do Estado (FERNÁNDEZ SEGADO, 2011, p. 15). Aliás, o

¹¹ Jeremy Waldron assim se manifesta, neste particular: “O título deste capítulo alude a certo ceticismo que tenho em relação à teoria política associada ao termo ‘constitucionalismo’. Sei que ‘constitucionalismo’ é um termo que goza de muita aprovação: hoje se espera que todos sejamos constitucionalistas”.

foco maior da preocupação do tribunal em 1803 era preservar a federação e não propriamente fortalecer um dos três poderes do Estado ou se firmar como guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos. Vale dizer, a motivação por meio da qual a Suprema Corte agiu visava assegurar o equilíbrio entre a União e os estados federados, de modo que houvesse, então, uma clara vinculação entre federalismo e justiça constitucional, questão que já ficava patentemente estabelecida na consolidação do *judicial review* norte-americano (STRECK, 2019, p. 63).

Nesse sentido, a configuração política norte-americana teve por princípio básico, desde sempre, o federalismo, sendo que as competências legislativas dos Estados-membros têm atribuições muito mais amplas e profundas do que, por exemplo, os entes federados no Brasil. A competência legislativa divide-se em três níveis: a) a competência exclusiva, que atribui a um único ente federativo a matéria sobre a qual só ele poderá disciplinar (por exemplo, a competência do Município para legislar sobre assunto de interesse local - art. 30, I, da CF/88); b) a competência privativa, que atribui à União, mas passível de delegação aos Estados e ao Distrito Federal, por lei complementar, para a disciplina de questões locais específicas (art. 22, *caput*, e art. 22, parágrafo único, da CF/88); e c) a competência concorrente, que atribui, de maneira paralela à União, aos Estados e ao Distrito Federal, a disciplina de certas matérias, sendo que a edição de normas gerais ficará a cargo da União e de normas específicas, a cargo dos Estados e do Distrito Federal (art. 24 da CF). No Brasil, as matérias penais e processuais, por exemplo, se enquadram no segundo nível. Dessa forma, as leis penais e processuais, via de regra, estão sob competência legislativa ordinária da União, mas a União pode delegar essa competência penal e processual penal aos Estados por meio de lei complementar para que eles possam legislar penal e processualmente em questões específicas definidas por essa lei complementar especificamente promulgada (BRASIL, 1988). Nos Estados Unidos, a União define os chamados crimes federais e os códigos processuais que serão aplicados em âmbito federal, mas permite-se que os Estados elaborem suas leis penais e processuais sem a necessidade de qualquer lei federal delegando explicitamente tais atribuições. No campo da organização política, outro dado interessante é o bicameralismo nos Estados que, à exceção do unicameral Nebraska, preveem a existência, a instalação e o funcionamento dos senados estaduais, órgão político que não foi implantado pelo constituinte brasileiro. O que se quer deixar claro, contudo, é que o *judicial review* é extremamente necessário neste cenário, onde o

federalismo se impõe, na medida em que, no conflito entre os estados federados ou entre estes e a união, por conta de a legislação infraconstitucional violar preceitos que atinjam em cheio este equilíbrio institucional, a intervenção de um tribunal para solucionar o impasse constitucional instaurado torna-se mais do que relevante.

O terreno fértil para o enraizamento e o fortalecimento da revisão judicial das leis, por questões históricas, não poderia ter sido em outro lugar senão nos Estados Unidos, uma vez que a aversão aos juízes no processo de controle de constitucionalidade é reforçada, por exemplo, pela tendência político-cultural iniciada na Revolução Francesa, cujas diretrizes indicavam claramente o fortalecimento do legislativo e a limitação dos poderes judiciais. Os franceses excluíram os juízes e os tribunais do processo de controle de constitucionalidade com base nas antigas teses revolucionárias, de modo que foi justamente a falta de confiança neles um dos elementos norteadores da radicalização do processo revolucionário francês com vistas a eliminar qualquer resíduo que fizesse referência ao antigo regime. Isso, de certo modo, foi a causa da exclusão do judiciário desse papel institucional ordinário em outros países europeus que estabeleceram tribunais constitucionais *ad-hoc* fora da estrutura do judiciário, embora a França começasse depois, mais recentemente, em 2008, como já dissemos acima, a aderir ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Fenômeno totalmente inverso aconteceu nos Estados Unidos que, por razões já mencionadas, os juízes assumiram as rédeas do controle institucional do país logo após encerrado o movimento emancipatório frente à coroa britânica e passaram a deliberar fortemente sobre temas fundamentais à estruturação do pensamento constitucional norte-americano. Nos Estados Unidos, pela peculiaridade com que ocorreu o processo de independência e a formação do Estado Nacional, os magistrados passaram ilesos pelo desgaste político por que passaram os juízes franceses, de modo que o papel de fiel da balança das instituições políticas estadunidenses foi tranquilamente atribuído (e aceito) ao judiciário (STRECK, 2019, p. 101).

Não obstante a longa experiência dessa prática de intervenção judicial no processo político norte-americano, submeter a legislação ao escrutínio da constituição pelo raciocínio jurídico de um órgão jurisdicional somente recebeu esse nome, com o qual a revisão judicial é, hoje, amplamente conhecida (*judicial review*), em 1910, ocasião em que, pela primeira vez, se empregou esta expressão e com o significado que ela detém. A autoria é de Edward S. Corwin,

um constitucionalista norte-americano que gozava de enorme prestígio à época e que publicou um artigo científico, cujo título é *The Establishment of Judicial Review* [O estabelecimento da revisão judicial], na Revista da Faculdade de Direito de Michigan (CORWIN, 1910). É bom que se diga que o termo foi cunhado no contexto da efervescente *Era Lochner*, período que vai de 1897 a 1937, no qual a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de leis com relevante conteúdo econômico e social, por considerá-las excessivamente invasivas e, dessa maneira, prejudicar o livre mercado e a liberdade contratual. Tal protagonismo ensejou crispações no mundo da política e do direito, quando então resgataram a decisão de Marshall para referendar a atitude adotada pela Suprema Corte, muito possivelmente por ser a decisão proferida logo no começo da formação da jovem nação americana, fruto da luta dos pais fundadores, dos *framers* da Constituição Americana e do *Bill of Rights*, servindo ela de fator de encorajamento de diversas outras nações recém-emancipadas daquele longo processo de colonização europeia, mesmo sabendo que o texto constitucional americano, ao contrário do que acontece e é muito recorrente na atualidade, não era explícito a respeito da natureza jurídica da constituição e do papel da Suprema Corte como seu guardião, mas foi resultado de um sofisticado e refinado raciocínio hermenêutico-pretoriano levado a efeito por Marshall:

Se esta corajosa e imponente afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal (CAPPELLETTI, 1999b, p. 62).

Em outras palavras, “este poder incrível oferecido aos juízes não saltou pronto – como Atena da testa de Zeus – do parecer de Marshall neste histórico caso”, até porque ele mesmo, reiterou-se, “não acreditava que estivesse fazendo algo fora do comum quando derrubou a lei que estava envolvida no caso em questão” (GERBER, 2002, p. 02). Não obstante, o fato curioso é que as origens do controle judicial de constitucionalidade remontam à Idade Média, em alguns dos retalhos “desse tecido sem costura da história (*of that seamless web of history*) que Maitland encontrou quando se deparou com o primeiro período histórico do direito inglês” (WRIGHT,

1942, p. 09). Curiosa essa informação, exatamente porque se existe um lugar no mundo que resistiu e ainda resiste em aderir ao controle judicial das leis, este lugar é a Inglaterra¹².

Nesse sentido, conquanto *Marbury v. Madison* seja considerado o primeiro marco, onde os elementos do instituto da revisão judicial das leis estariam todos ali presentes, não só para o direito norte-americano, mas também para os que passaram a adotar a mesma sistemática de tal modelo, o fato é que existem objeções a essa afirmação, à afirmação de que foi mesmo esse caso, em específico, que trouxe à luz o instituto da revisão judicial, tal qual o conhecemos hoje. Se retroagirmos até a Idade Média, vamos resgatar algumas reminiscências e alguns

¹² Mauro Cappelletti, sem espanto, constata que o germe do *judicial review* nos Estados Unidos da América nasce de uma aparente – para dizer no mínimo – contradição: “[...] Mas da doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América, e pretendo, obviamente, aludir àqueles frutos que se chamam hoje *judicial review* e *supremacia do poder judiciário*, “supremacy of the judiciary”. Antes – e exatamente aqui está o paradoxo, pelos menos aparente – para produzir estes frutos não só não foi obstáculo, mas, ao contrário, contribuiu a nova doutrina, afirmada com a “glorious revolution” de 1688. Vejamos as razões deste paradoxal fenômeno. Como ressalta James Grant, em seu já mencionado livro, conforme a lei inglesa, toda *corporación*, seja ela uma companhia comercial privada ou *municipalidad*, “só pode fazer aquelas coisas que a sua própria carta ou constituição as autoriza a fazer”. É daí que deriva a importante consequência de que “os regulamentos (ou regras secundárias) que vão mais além da autoridade a ela [corporação] concedida *são nulos e não podem ser postos em vigor pelos tribunais*”. Pois bem, muitas dentre as Colônias inglesas da América (“plantations”) foram, inicialmente, constituídas precisamente como companhias comerciais, e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por “cartas ou estatutos da Coroa”. Estas “Cartas” podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, essas Constituições amiúde dispunham expressamente que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que essas leis fossem “razoáveis” e, se preferirem, “não contrárias às leis do Reino da Inglaterra” e, por conseguinte não contrárias, evidentemente, à vontade suprema do Parlamento inglês. E foi, então, por força justamente dessa *supremacia da lei inglesa* que, é evidente, soava em uníssono com a doutrina da “supremacy of the English Parliament” – que em numerosos casos, alguns dos quais tornados famosos, o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis das colônias deviam ser aplicadas pelos juizes das Colônias *só se elas não estivessem em contraste com as leis do Reino*. Eis, portanto, explicando como, então, o princípio da *supremacia do Parlamento* – e, por conseguinte, da *supremacia da lei positiva* – imposto na Inglaterra a partir da “gloriosa” revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao contrário, na Inglaterra: ou seja, ao resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juizes, aquele controle que fora, ao contrário, augurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lord Coke. Eis, em outras palavras, explicando o aparente paradoxo, ou seja, como, então, o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América (e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançariam a independência): no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes, do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juizes. Com efeito, quando em 1776 as Colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas “Cartas” pelas novas Constituições, entendidas como as *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juizes as leis contrárias às “Cartas” coloniais e às “leis do Reino”, assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois, ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes (CAPPELLETTI, 1999b, p. 60–62).

rudimentos do controle judicial de constitucionalidade, com a presença do DNA inglês na prática do *judicial review*, para a qual, natural e inegavelmente, a figura de *Sir Edward Coke* tem fundamental importância. Na polêmica travada entre Coke e Thomas Hobbes, diríamos que o primeiro tem um pé no Medieval, ao passo que o segundo antevê os elementos estruturadores para a construção e consolidação do Estado Moderno, ao qual o positivismo jurídico cairá como uma luva, vamos encontrar elementos bem próximos à prática da jurisdição constitucional. Vale dizer, as origens da revisão judicial deitam suas raízes em uma longa história na qual, em boa parte do tempo, Coke é um dos principais protagonistas, pois é o pensamento dele que sintetiza os aspectos da revisão judicial, pelo que retoma do século XIV, época em que os tribunais e as leis ainda eram novidades, a prática em que os juízes exercem certa supremacia por conta do *common law*. O fortalecimento, ademais, do papel dos juízes e dos tribunais pela doutrina de Coke acontece pela complementação e pela renovação do espírito proporcionadas por seu gênio. Além de Coke reiterar a noção de que as origens do *judicial review* se perdem nas brumas da Idade Moderna, a crença que ele tinha em sua própria doutrina, nova e fortalecida e que contava com os precedentes incontestáveis da Idade Média, era o que poderia evitar, segundo ele, o confronto entre a Coroa e o Parlamento, o que infelizmente não aconteceu, embora esse fracasso não possa ser debitado somente de sua conta ou atribuído exclusivamente à derrota de sua doutrina na Inglaterra (PLUCKNETT, 1926, p. 67–68).

Socorrer-se, neste momento, de Edward Coke serve para comprovar que o *judicial review* tinha mesmo começado a se consolidar na Idade Média. Mas, para sermos ainda mais honestos, se fôssemos buscar, de verdade, as origens primeiras do *judicial review*, teríamos mesmo de retroceder à Antiguidade clássica. E devemos sim retroceder um pouco mais na História para confirmarmos que alguns vestígios desse prolapado instituto jurídico-constitucional, também encontrados na Antiguidade, se manifestaram depois no direito inglês e, conseqüentemente, no direito norte-americano. Assim, não é exagero dizer que as reminiscências e os fragmentos históricos da função dos juízes frente ao controle das leis já podiam ser constatados na época da antiga e opulenta civilização ateniense. Ali, no direito ateniense, havia uma diferença fundamental entre o *nómos*, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, o que seria para nós o decreto. As leis atenienses, mal comparando, seriam hoje as constituições modernas, pois organizavam o Estado e o sistema para modificá-las exigia um procedimento

rigorosamente especial. Mesmo assim, retirava-se o poder de mudar as leis dos caprichos e das paixões da assembleia popular (*Ecclesia*). Desse modo, revisar as leis em Atenas, portanto, era um ato complexo, cuja iniciativa acontecia com base em circunstâncias de extrema gravidade, cercada por garantias as mais prudentes e até mesmo estranhas, de modo que quem propusesse a reforma, mesmo que aprovada posteriormente, ficaria gravemente responsável pelas consequências inoportunas da alteração:

Na realidade, os *nomoi*, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais, e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mas ainda porque modificações das leis (*nomoi*) vigentes não podiam ser feitas a não ser através de um procedimento especial, com características que, sem dúvida, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento da *revisão judicial*. (CAPPELLETTI, 1999b, p. 49).

Na Grécia Antiga, nota-se então a presença do que hoje se denomina rigidez constitucional para certos preceptivos legais que a comunidade política julgava ser importantes para organizar a vida pública, o que impunha dificuldades formais, no caso, a exigência de se obter maiorias qualificadas ou supermaiorias para alterar tais dispositivos. Isto é, havia aquela firme disposição de hierarquizar as leis, de acordo com a concepção geral de sua relevância quase sagrada para o Estado. Não é supérfluo ressaltar que a concepção de rigidez normativa é mencionada até mesmo por Platão, para o qual a lei deve reproduzir aquela ordem divina, superior e imutável, e não deve manifestar os interesses mutáveis dos homens e das classes. Aristóteles, por sua vez, reafirma a tese de Platão, alegando que a norma deve pairar por sobre as paixões humanas, o que já era a exata formulação da supremacia constitucional e da ilegitimidade da lei injusta. Mesmo nos períodos de agitação política da pólis ateniense, em que havia a forte tendência de legislar por meio dos decretos (*psefismata*), prevalecia o princípio fundamental de que todo e qualquer decreto deveria ser legal tanto na forma quanto no conteúdo. Ele, portanto, devia ser, como diríamos hoje, constitucional. Desse modo, não podia, em nenhuma hipótese, contrariar os *nomoi* vigentes. Não podia contrariar, digamos, as leis constitucionais vigentes (CAPPELLETTI, 1999b, p. 49–50). De certa forma, fica patente que o *judicial review*, conforme o conhecemos, não seria possível sem uma longa história anterior de juridicidade e de uma elevada consideração pelo direito e pelos intérpretes do direito. Aliás, o próprio surgimento do *common law* é uma parte essencial desse panorama. Enfim, como vimos, muito antes dele, houve algumas expressões da atitude que, dois mil anos depois,

ajudaria a colocar os tribunais norte-americanos em uma posição de poder até então desconhecida para o mundo antigo. *A República* de Platão, por exemplo, oferece argumentos fundamentais à doutrina segundo a qual existem princípios superiores a quaisquer regras feitas pelo homem. E *As Leis* de Aristóteles, por sua vez, testemunham a favor da fé platônica na eficácia da constituição e dos códigos. “A lei”, disse Aristóteles, “é a razão não afetada pelo desejo” [*A Política*, livro III, cap. 16]. “Aliás, o governante não pode dispensar o princípio geral que está por trás da lei”, pois “o estado de direito é preferível ao governo de qualquer indivíduo” (WRIGHT, 1942, p. 09).

Mas, quando fizermos referência a Platão e a Aristóteles, deveremos ter a compreensão de que o termo “lei”, repita-se, é diferente da compreensão que temos hoje em dia, a qual aponta para a aceitação de uma maior flexibilidade. Aquela rigidez da lei na antiguidade ateniense, vamos lembrar, é bastante análoga às atuais características das modernas constituições escritas e promulgadas em assembleia-geral e que se colocam acima das outras leis em nossos sistemas jurídicos.

Nessa toada, depois de Platão e de Aristóteles, foram os romanos, com o seu gênio prático, quem sintetizou e sedimentou para o Direito aqueles conceitos da filosofia grega, sem deixar de perder a convicção no direito natural, obviamente. Neste sentido, podemos dizer que:

Foi com a filosofia grega que os juristas romanos teceram o robusto corpo de leis que governou o mundo por muito tempo depois da queda do Império. E no pensamento jurídico e político europeu, tais doutrinas ainda persistem, apesar das mudanças de governantes, de sistemas sociais e de princípios governamentais. Em sua forma mais hegemônica, esse conceito era aquele do Direito Natural. O Direito Natural foi feito não pelo homem ou por um grupo de homens. Ele está por trás e é superior às regras humanas. O homem pode alterar as leis, mas ele deve conformá-las aos princípios que são validamente eternos. A qualidade da justiça é inerente às leis dos homens, na medida somente em que tais leis refletirem as leis da natureza. Daí se segue que, se as leis dos homens expressarem a lei natural, estarão elas dotadas, então, de um caráter fundamental, de modo que não deverão, pois, ser alteradas de forma leviana (WRIGHT, 1942, p. 09).

Ressalte-se o fato de que a Inglaterra, embora seja recorrente a afirmação de que ainda não tivesse, até então, uma constituição formalmente escrita, nos moldes hoje preconizados, nunca se sentiu privada de um importante sistema de direito constitucional ao longo de sua história. Pelo contrário: a tradição e o legado constitucionais ingleses, até hoje, são muito

influentes em várias partes do mundo civilizado, tendo em vista principalmente o seu caráter peculiar, fiel à prática do *common law*. Não se considera, por conseguinte, que a constituição inglesa não seja escrita, simplesmente porque ela não está condensada em um único texto, de uma só vez e de uma vez por todas, promulgado por uma assembleia popular e declaradamente figurando no vértice de um sistema jurídico. Ela é resultado de uma sequência histórica de documentos sancionados ao longo dos séculos, ganhando notoriedade, atenção, respeito e importância justamente pelo teor do conteúdo de que tratam, e que mantêm uma relação não só lógica, mas também axiológica entre si.

Ora, se na história da fundamentalidade de certos direitos alguns fatores essenciais ao desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade já se apresentavam, pelo menos na forma de indícios, o exercício desse poder de controlar a justiça das leis não se explica por si só. Um fator de enorme relevância reside na tradição do *common law*, cujo raciocínio, expresso por vários juízes, acabou sendo, em larga medida, incorporado aos principais textos constitucionais. Imitando a doutrina do direito natural, os vários princípios sintetizados pela prática do *common law* sustentam que certos direitos fundamentais estão acima do poder de alteração do parlamento. A declaração da doutrina de que esses direitos são superiores foi estampada no caso *Bonham* por Sir Edward Coke. Segundo ele, o *common law* controlará os atos do parlamento e, às vezes, os considerará totalmente nulos, o que os impedirá de ser efetivamente implementados (WRIGHT, 1942, p. 11). Outrossim, é inegável que a prática do *judicial review* mergulha fundo na doutrina do Direito Natural, o qual, por sua vez, também foi importante para o desenvolvimento e a consolidação do *common law* inglês e, posteriormente, para a doutrina do *judicial review* em solo norte-americano.

2.4 O DIREITO NATURAL, O COMMON LAW E O JUDICIAL REVIEW

Diante do que foi exposto anteriormente, fica difícil não estabelecer uma relação, mínima que seja, entre o *judicial review*, o direito natural e a prática do *common law* tão peculiar do direito inglês e, em larga medida, do direito norte-americano. Se observarmos bem, o sentido que poderíamos dar ao direito natural não seria propriamente o que se revela pelas mãos de Deus e é anunciado pelos profetas, nem pela contemplação da natureza e pela interpretação de quem a observa, mas o que se revela pela razão prática. Poderíamos entender o direito natural como o direito construído pelos próprios interessados no conflito de interesses instaurado, na

disputa desencadeada pelas partes antagônicas e na decisão a ser proferida pelo juiz. Um direito que vai sendo construído aos poucos, passo a passo, sedimentando-se e permeando os meandros da vida social, política e moral dos súditos. Um direito baseado na autonomia das pessoas e não na heteronomia inerente ao Estado moderno, mas um direito que é semeado, que brota da terra, cresce lentamente e produz frutos, e que, no tempo adequado, deverão ser colhidos e usufruídos, não só pela obra dos que estão envolvidos na contenda, mas por toda a coletividade. Um direito refletido, medido, sopesado, ponderado e construído pela reta razão, pela argumentação, pela paciência e, acima de tudo, pela sabedoria de quem julga o caso. Nesse sentido, ousaríamos dizer que o direito natural, à luz da longa prática judicial do *common law*, não é tão natural assim, já que a criação humana, na figura do juiz, é elemento predominante¹³. E é justamente nessa linha de raciocínio que se apregoa que:

Permanece, contudo, o fato de que, pela própria natureza do processo jurisdicional, a criação jurisprudencial do direito mostra-se lenta, gradual e experimental. Outros sujeitos interessados, se não forem ouvidos hoje, pelo menos podem sê-lo amanhã; e um juiz sensível será capaz de corrigir, melhorar e modelar um “direito” que nunca se mostra inteira e definitivamente “feito” (CAPPELLETTI, 1999a, p. 105).

¹³ Essa avaliação de direito natural se aproxima bastante da constatação feita por Friedrich A. von Hayek, se não, vejamos: “Até a *Política* de Aristóteles ser redescoberta no século XIII e o Código de Justiniano, no entanto, ser recepcionado no século XV, a Europa ocidental passou por uma outra época de aproximadamente um milênio, quando o direito foi, de novo, considerado como algo dado, independentemente da vontade humana, algo a ser descoberto, não feito, e quando a concepção de que o direito poderia ser deliberadamente feito ou alterado parecia quase um sacrilégio. [...] Sobretudo no continente europeu, a história do desenvolvimento intelectual, por meio do qual, do século XIII em diante, se dava a elaboração do direito lento e gradualmente feito, era considerada como um ato de vontade irrestrita e deliberada do governante [...] Esse processo [de produzir o direito], de acordo com estudos detalhados, parece estar proximamente conectado com o surgimento da monarquia absolutista, quando as concepções que mais tarde governaram as aspirações da democracia foram formadas. Esse desenvolvimento foi acompanhado por uma absorção progressiva desse novo poder de estabelecer as regras de conduta justa pelo poder muito mais antigo que os governantes sempre exerceram, o poder de eles organizarem e dirigirem o aparato de governo, até que ambos os poderes inextricavelmente se misturam, no que vieram a ser considerados como o simples poder de ‘legislar’. A principal resistência a essa evolução veio da tradição do ‘direito natural’. Como vimos, os escolásticos espanhóis tardios usaram o termo ‘natural’ como um termo técnico para descrever o que nunca foi ‘inventado’ ou deliberadamente projetado, mas o que foi envolvido na resposta à necessidade da situação. Mas mesmo essa tradição perdeu seu poder, quando, no século XVII, o “direito natural” passou a ser entendido como um projeto da ‘razão natural’. O único país que preservou a tradição da Idade Média e construiu sobre as ‘liberdades’ medievais a moderna concepção de liberdade segundo o direito foi a Inglaterra. Isso se deve em parte ao fato de que a Inglaterra escapou de toda recepção do direito romano tardio e, com ele, da concepção de direito como criação de algum governante; mas isso se deve mais provavelmente à circunstância de os juristas do *common law* terem desenvolvido concepções, de alguma forma, semelhantes àquelas da tradição do direito natural, mas que não se expressavam na equivocada terminologia daquela escola (HAYEK, 2012, p. 79–81).

Na mesma senda de Cappelletti, Roscoe Pound aduz que:

A investigação judicial do direito tem uma vantagem real se comparada à legislação, na medida em que trabalha com casos concretos e somente se generaliza após um longo processo de tentativas e de erros no esforço para elaborar um princípio praticável. A legislação, por sua vez, quando não é apenas declaratória, quando não faz mais do que reafirmar, com autoridade, o que a experiência judicial já indicou, envolve as dificuldades e os perigos da profecia (POUND, 1938, p. 45).

É neste sentido que podemos atribuir ao *common law* a possibilidade de ser reputado uma peculiar manifestação do direito natural. É sob este aspecto que o avanço paulatino e a sedimentação desse direito prescindem de uma autoridade soberana caracterizada pela unidade, da qual não abrem mão os postulados do Estado moderno erigidos por Thomas Hobbes, cuja teoria política, embasada no medo da morte violenta e na esperança de uma vida segura e tranquila, o que também não deixaria de ser a lógica da religião (o medo da condenação eterna ao fogo do inferno e a esperança de vida eterna no paraíso celeste), exige a verticalidade do direito positivo, totalmente contrária à horizontalidade do direito natural aplicado na prática do *common law*. Mesmo nos Estados Unidos, onde a soberania do legislativo não é desprezada, a forte tradição do *common law*, no sentido agora preconizado, foi e ainda é aceita em alta conta, já que, embora tenha o seu *common law* particularidades que o diferenciem do modelo inglês, mantém com este fortes laços, na medida em que a lei imposta pelo parlamento norte-americano, depois de sancionada pelo Executivo, ainda assim, se submete fortemente ao crivo do judiciário (não devemos nos esquecer de que o pragmatismo e o realismo jurídicos são vertentes significativas para a prática do direito nos Estados Unidos). No Brasil, a tendência à “jurisprudencialização” do direito é uma realidade que, há muito tempo, foi, digamos, denunciada (MAXIMILIANO, 2011, p. 27). Com efeito, a lição de Streck (2019, p. 27), com espeque no magistério de René David e Camille Jauffret-Spinozi, ensina que a língua inglesa dos primeiros habitantes a povoarem a América do Norte e a influência de juristas do quilate de Kent, Blackstone e Story foram fundamentais e contribuíram, de forma decisiva, para que os Estados Unidos da América continuassem a adotar o *common law* como seu sistema jurídico, não obstante a existência de algumas inconsistências secundárias ocasionadas pelas características próprias e específicas do *common law* americano se comparadas ao *common law* inglês.

Só para esclarecer melhor, o direito estadunidense evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês, exatamente porque “os próprios conceitos tornaram-se diferentes, e os dois direitos já não se identificam pela sua estrutura”, mas não se deve diferenciá-los tanto um do outro, sendo que, neste ponto:

O direito, tanto para o inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de direito produzidas pelo legislador (*statutes*) como algo “anormal” no sistema. De qualquer maneira, tais regras (*statutes*) são sempre mais bem assimiladas *depois de devidamente interpretadas pelos tribunais*, mormente se se tratar do direito americano. Quando não existe precedente, diz-se que *there is no law on point*, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise (STRECK, 2019, p. 27).

O que se pretende revelar, porém, é que a compreensão do direito natural explica a razão de ser do *common law* e, por conseguinte, do *judicial review*¹⁴, haja vista que:

até mesmo os que concedem à opinião de que ele tem sua previsão original garantida no texto da constituição americana, ressaltam que esta prerrogativa de controle judicial das leis é tão ampla a ponto de os tribunais terem o poder de invalidar os estatutos jurídicos editados pelas casas parlamentares com base em fundamentos muito difusos inerentes ao ideário do direito natural (TREANOR, 2005, p. 456–457).

Assim sendo, sempre houve compromisso e preocupação do povo inglês em desenvolver e manter um mecanismo tendente a controlar o poder que o próprio povo considerava acima dos demais e que representava, portanto, a supremacia por excelência. O ponto de partida, de fato, do *judicial review*, como um instituto jurídico-constitucional nitidamente delimitado, pode ser creditado, indubitavelmente, a Edward Coke, por conta da doutrina esgrimida por ele na sentença do caso Bonham, cantada em verso e prosa nos Estados Unidos, mas que foi completamente ignorada na Inglaterra (WALDRON, 2018, p. 30), na

¹⁴ Christopher Wolfe, ao dividir a jornada do *judicial review* no direito constitucional americano em três momentos, assinala que, até mesmo a versão mais conservadora dele, nítida na segunda fase e exercida com toda força na Era Lochner, apelava aos fundamentos do direito natural de cariz lockeana, é dizer, à liberdade e à propriedade, para declarar inconstitucionais leis estaduais que, a seu juízo, interferiam indevidamente na liberdade contratual, sobretudo nas relações de trabalho. Enfim, a concepção de direito natural prevaleceu sobre a própria constituição americana. Logo após a Guerra Civil, a primeira fase do *judicial review*, que tinha uma visão mais contida do papel do judiciário, começou a sofrer dissidências que, imediatamente, tomaram conta do ensino jurídico, bem como das profissões jurídicas nos Estados Unidos, e, conseqüentemente, da própria Suprema Corte. A rigor, a visão conservadora do liberalismo econômico-capitalista do século XIX ensejou uma postura altamente ativista do judiciário americano para neutralizar principalmente leis de cunho social em favor da classe trabalhadora. Neste período, pode-se dizer que o *will* prevaleceu muito mais do que o *judgement* (WOLFE, 1986, p. 04).

medida em que ali se mostram vívidas a sistematização e a definição das vigas-mestra que sustentam o conceito do controle judicial de constitucionalidade.

É pertinente, pois, fazer a apresentação, ainda que seja de forma ilustrativa, para realizar essa nossa ambição de conectar o direito natural com o *common law* e, por tabela, com a revisão judicial, do Caso Bonham de 1610 ou *Case of the College of Physicians* (o Caso da Faculdade de Medicina). Em apertada síntese, podemos dizer que o referido caso tinha por base a prerrogativa de o *Royal College of Physicians* de Londres atuar como um verdadeiro tribunal, mediante autorização do Rei Henrique VIII e ratificação do Parlamento, tanto ao conceder as licenças para o exercício da medicina a quem comprovasse, pela experiência prática ou pelas habilidades, sem mesmo ter qualificação acadêmica para tanto, quanto ao punir a quem o fizesse sem a devida autorização, até mesmo com a pena de prisão. Tal prerrogativa, segundo Coke, colocava o *College* à frente da pretensão do *common law*, segundo a qual só era necessário o consentimento do paciente. Para complicar ainda mais o quadro, além do *College*, os bispos e as Universidades também podiam autorizar o exercício da medicina. Thomas Bonham se matriculou na *Saint John's College* em meados de 1581. Provavelmente, ele deve ter cumprido os sete anos exigidos em Cambridge para obter o diploma de bacharel e é também mais provável ainda que ele tenha obtido o título de “doutor em medicina” naquela Universidade em meados dos anos noventa do século XVI (FERNÁNDEZ SEGADO, 2013, p. 39–40).

Objetivando o direito de administrar um procedimento denominado *internal remedies*, Bonham peticionou para o Parlamento, no início do ano de 1605, com o qual o *College* não concordou, razão pela qual Bonham pleiteou sua inscrição no *College* para obter a autorização. Por não atender aos requisitos impostos, Bonham teve os propósitos do pleito frustrados e, pior, o *College* resolveu ainda lhe infligir penas de prisão e multa, por estar, a juízo dos censores, praticando ilegalmente a medicina em Londres durante todos aqueles anos. Quando foi ouvido, Bonham confirmou que ainda continuava exercendo a medicina e não reconhecia a autoridade do *College* no cerceamento de seu trabalho, razão pela qual também foi condenado por desacato (*for contempt*), o que o forçou a impetrar *habeas corpus* perante a *Court of Common Pleas*. Embora tivesse conseguido obter o *writ* em um primeiro momento, Bonham, depois, acabou, em meio a circunstâncias, no mínimo, muito estranhas, sendo condenado, contra o flagrante entendimento das *common law courts*, à prisão e a pagar uma multa de cinco libras. Bonham

teve de impetrar outro *habeas corpus*, em razão de ser condenado a pagar uma indenização de cem libras ao *College*, alegando que a sua prisão violava frontalmente *the law and custom of this kingdom of England* [o direito e o costume deste reino da Inglaterra] (FERNÁNDEZ SEGADO, 2013, p. 36).

A acusação de Bonham no *Court of Common Pleas*, então presidida por Sir Edward Coke, se esmerava em vários dispositivos legais constantes das leis reais e parlamentárias, que visavam sobretudo proteger a saúde da população britânica. A defesa de Bonham, por sua vez, se apegava aos fundamentos das leis, as quais, segundo seu advogado, se baseavam no postulado de evitar a má prática da medicina e o exercício dela por charlatões, o que, convenhamos, não era o caso de Bonham. Em suma, o *College* só teria autorização para decretar a prisão de um relapso ou charlatão por causa da má prática da medicina, mas não poderia fazê-lo com relação a um médico culto e educado como era o caso do réu, sem falar no fato de que as Universidades sempre estiveram em boa conta com as leis do reino (FERNÁNDEZ SEGADO, 2013, p. 39). Enfim, com o voto favorável de Coke, Bonham venceu por 3 a 2 e foi absolvido, e viu a sua situação profissional regularizada.

O voto de Coke – cujos fundamentos mencionam o médico grego Galeno na célebre citação *ubi philosophia definit, ibi medicina incipit* (onde a filosofia termina, é ali que começa a medicina), assumindo, portanto, que, em medicina, nada é seguro – asseverou que a autoridade do *College* não devia outorgar a si mesmo a prerrogativa e a capacidade para decidir qual era o exercício apropriado ou inapropriado da medicina. Ademais, o *College* podia agir legalmente em duas situações distintas: contra a prática ilegal da medicina, independentemente de ser essa prática em si boa ou ruim; e contra a prática inadequada da medicina por quem estava autorizado a praticá-la e para a qual estava prevista a pena de prisão. Com uma lógica notável, Coke identificou no caso a confusão entre essas duas situações, na medida em que, se Bonham estivesse praticando irregularmente a medicina, não poderia ter sido preso, porque não havia pena de prisão prevista para tal ilícito; e por não existir acusação de que a medicina por ele praticada era ruim, causando mal à saúde ou à vida dos pacientes, ele também não poderia ficar sujeito à pena de prisão, ainda que o seu exercício da medicina fosse considerado ilegal. Restou patente, então, que Bonham não poderia ser condenado, primeiro porque os censores do *College* não tinham a faculdade legal de infligir-lhe a pena de prisão por falta de amparo legal;

segundo, porque, mesmo que tivessem tal faculdade, eles não exerceram, em juízo, sua autoridade de forma adequada, ou seja, não obedeceram ao que, posteriormente, veio a se chamar “devido processo legal”, já que os censores eram, a um só tempo, parte interessada na demanda e julgador: eram juízes em causa própria: *Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*¹⁵. O terceiro capaz e com legitimidade institucional para processar e julgar as disputas, é dizer, a designação de um terceiro elemento na equação que passa de uma condição em que ele está entre as partes litigantes para uma condição em que ele se coloca acima delas, dotada de isenção de ânimo para decidir a contenda (relembrando, na ocasião, o livro inspirado no Direito Canônico, *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, de Henry Bracton, do século XIII), era elemento imprescindível à legitimação daquelas ações tendentes a restringir ou a salvaguardar direitos, sendo que sua ausência não era apenas uma prosaica nulidade processual, mas sim a própria inexistência do processo judicial que permitisse alcançar uma sentença, haja vista que nem sequer a jurisdição, em sentido técnico ou jurídico-processual, de fato, não existiu (BOBBIO, 2009a, p. LIII). Além disso, outro fundamento, mas não menos importante, de índole jusnaturalista, que, diga-se, até hoje é frequentemente utilizado no Direito Penal, refere-se ao axioma também expresso em latim *Nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém deve ser punido outra vez pelo mesmo crime), também detectado por Coke na apreciação do caso Bonham. Assim sendo, o fundamental que ficou marcado na história é a célebre frase, segundo a qual, em nossos livros, parece que o *Common Law*, em muitos casos, controla as leis do Parlamento e, às vezes, deve declará-las nulas, pois, quando uma lei do Parlamento contraria o Direito Comum e a razão, é-lhes repugnante ou impossível de ser cumprida, o *Common Law* exercerá sobre ela o controle e a declarará a nulidade de tal lei. Esta sentença proferida por Coke reverberou impetuosamente no pensamento constitucional americano e seus ecos são ouvidos nos diversos sistemas constitucionais espalhados pelo mundo civilizado (FERNÁNDEZ SEGADO, 2013, p. 40–48).

É muito provável que o pouco prestígio de Coke, se comparado ao de Marshall, em relação à paternidade do controle judicial de constitucionalidade, se deva à polêmica filosófica que o colocou em rota de colisão com a doutrina de Thomas Hobbes, apesar de o entendimento

¹⁵ Em vernáculo: como ninguém deve ser juiz de sua própria causa, é uma injustiça ser juiz de sua própria propriedade.

doutrinário de Coke ter prevalecido na Inglaterra até a Revolução Gloriosa de 1688 (STRECK, 2019, p. 15), a partir da qual, repita-se, a soberania parlamentar triunfou. O interessante é que, depois da escaramuça em que ambos se envolveram e que encampavam a questão da autoridade, melhor dizendo, se se deveria obedecer à autoridade da tradição do *common law* ou à do rei como legislador supremo (BOBBIO, 2004, p. 15; HOBBS, 2001). Esta altercação, no fundo, era a disputa entre a autoridade do direito natural e a do direito positivo (STRECK, 2019, p. 15). Hobbes, a exemplo de Coke, também não vingou, no final das contas, na Inglaterra entre os seus contemporâneos, por ter sido o “autor de uma das coisas mais perigosas jamais elaboradas para a salvação dos súditos”, de modo que as teorias condenadas por ele, Hobbes, continuaram a circular e a disputar livremente umas com as outras, enquanto a única teoria execrada – a ponto de não poder ser mencionada, a não ser para provocar escândalo – foi precisamente a sua (BOBBIO, 2004, p. 70). Ainda que as teses de Thomas Hobbes fossem duramente combatidas tanto por conservadores quanto por liberais, respectivamente, por causa do modo com o qual manejava habilmente as Escrituras Sagradas e por causa das conclusões contrárias aos princípios constitucionais, ele enxergava no primado do político o poder por excelência, prevalecendo sobre o econômico e o espiritual. Ademais, ele teve o mérito e o privilégio de presenciar o surgimento do Estado moderno (BOBBIO, 1987, p. 84–85): “O que os contemporâneos não puderam compreender foi que o Leviatã era o grande Estado moderno, que nascia das cinzas da sociedade medieval” (BOBBIO, 2004, p. 71), sendo que um dos elementos estruturadores dessa nova realidade era o direito positivo: “Justo é o que os homens convencionaram chamar de justo [...] justo é [...] o que o soberano quer. O convencionalismo ético [...] desemboca assim numa concepção voluntarista da lei, [...] encontrada na dogmática [...] dos juristas positivistas do século passado” (BOBBIO, 2004, p. 96). Marshall, por outro lado, teve a sua obra potencializada, repita-se, pelo discurso do mito fundador de uma nova doutrina que fizesse a diferença no pensamento político e jurídico, não só para os Estados Unidos, mas também para as principais nações do mundo.

Outro caso importante também nos levará a perceber a imediata e flagrante relação umbilical entre direito natural, *common law* e *judicial review*, agora em solo americano, mas ainda sob o domínio britânico. Em 1688, no caso *Giddings v. Brown*, em que, apesar de se tratar de uma lei municipal de uma pequena cidade de Massachusetts, cujo objetivo era nomear

alguém para um cargo público importante (*minister*), o legislativo local aproveitou o ensejo para criar um novo tributo (veja que a manobra legislativa do “jabuti” não é nova e não é só nossa). Tal exemplo reforça a convicção de que Sir Edward Coke já havia desembarcado no solo do novo mundo e a conclusão de que havia uma mistura entre as fontes do direito natural naquela época, conforme podemos ler nas palavras do juiz Symonds:

A lei fundamental que Deus e a natureza deram ao povo não pode ser infringida. O direito de propriedade é um desses direitos. Neste caso em particular, os bens de um homem foram dados a um outro sem o consentimento daquele. Esta resolução da cidade, contrariando a lei fundamental, é, por conseguinte, nula e aprová-la foi um ato injustificável (CORWIN, 1910, p. 105).

O caso *Giddings vs. Brown* não só revela, a um só tempo, o prelúdio do sistema de controle constitucional das leis pelo judiciário em território norte-americano, como também a mais antiga declaração “folk-origin” do direito constitucional americano, de cariz lockeano, de que a propriedade é um direito natural que não pode ser entregue a outrem sem o consentimento do proprietário. Por isso, quando se fala em direito natural, logo vem à mente a filosofia política de John Locke, em relação ao qual é insuspeita a adesão a esse paradigma doutrinário, apesar de também ser um defensor da soberania e da supremacia do legislativo, o que não deixa de causar espécie, do ponto de vista filosófico, na medida em que, pela tradição inglesa, o direito natural invariavelmente teve o seu nome ligado às práticas judiciais.

Outro evento judicial importante, que também reforça a tese segundo a qual a prática do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário se relaciona com a prática do *common law* e com os direitos naturais, foi o acolhimento das razões de James Otis em uma ação denominada *Writ of Assistance*, na cidade de Boston, em fevereiro de 1761. Foi um acontecimento, digamos, ao qual não se teria nenhum problema em também ser reputado como o atestado de nascimento da teoria constitucional americana. No episódio em tela, Thacher e Otis, dois mercadores de Boston, questionaram na justiça a expedição de mandados gerais, amplos e irrestritos, para que os fiscais da alfândega fizessem busca e apreensão de mercadorias. O primeiro optou por argumentar, de maneira perfunctória, que os atos não tinham fundamento em nenhuma lei do parlamento para agir de forma tão discricionária. O segundo sustentou, com sofisticação, que, mesmo que existisse tal autorização legislativa nesse sentido, tanto a lei quanto os mandados gerais seriam flagrantemente inconstitucionais e violadores da equidade

natural. A existência da lei seria totalmente indiferente para espancar a irregularidade que permeava a ordem geral de busca e apreensão de bens. Ambos seriam, portanto, nulos de pleno direito, pois não encontravam abrigo na constituição e no direito natural. A aderência do argumento de Otis ao raciocínio de Coke foi fundamental para o deslinde da demanda, uma vez que atraiu para si a ampla atenção popular para o caso. A partir de então, a doutrina extraída da tese ventilada por Otis se espalhou e foi estendida a outros casos não menos importantes e que pavimentaram o caminho do constitucionalismo americano rumo à sua característica fundamental, espalhando-se, além disso, para outras partes do mundo: a doutrina do controle judicial de constitucionalidade (CORWIN, 1910, p. 105-106). Nota-se, neste particular, que o demandante Thacher escolhe o caminho das questões meramente técnicas, pautadas e enviesadas no mais puro positivismo jurídico textual, para fundamentar sua contestação às pretensões fiscais do governo inglês, ao passo que a fundamentação de Otis buscou, a todo instante, outras alternativas teóricas, lançando suas redes nas profundas águas do jusnaturalismo, de sorte que os argumentos em que este último se baseou foram os que, de fato, se destacaram do ponto de vista político e entraram para a história constitucional americana. Otis foi quem realmente fez a diferença e fez história.

Esses casos, portanto, tiveram o vigor de trazer à tona, em apertada síntese, o confronto entre as origens, digamos assim, tradicionais e consuetudinárias do controle judicial de constitucionalidade, e as críticas contrárias a ele traduzem o que, em última análise, põe a nu a eterna luta, aquela dualidade insistente, entre o direito natural e o direito positivo. Esse confronto retrata a dualidade entre o natural e o artificial, entre o cru e o cozido, entre a natureza e a cultura, entre a sociedade e o Estado, entre a tradição e a modernidade, entre o comunitarismo e o atomismo, enfim, entre Aristóteles e Thomas Hobbes e entre Antígona e Creonte. Em outros termos, essa contraposição prefigura:

A passagem do estado de natureza ao estado civil [que] não ocorre necessariamente pela força das coisas em si e não cai, por assim dizer, da árvore dos acontecimentos, mas mediante uma ou mais convenções [...] com a consequência de que se concebe o estado civil como um ente 'artificial' [...] como um produto da cultura e não da natureza [...] (BOBBIO, 2004, p. 15)¹⁶.

¹⁶ Entretanto, o parecer elaborado por Leo Strauss traz objeções que refutam essa aparente contraposição que agora contemplamos, ao sustentar que as características, tanto do direito quanto da justiça (esta última, para nós, com maior ligação com os direitos naturais), por serem ambos inconfundivelmente fruto de convenções humanas,

Enfim, esse confronto seminal entre natureza e cultura, direito natural e direito positivo, é sempre pertinente e muitas vezes incontornável, uma vez que as críticas ao controle judicial de constitucionalidade parecem ser talvez o reavivamento dessa antiga disputa, que diante da crise do positivismo jurídico ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, volta à carga nesse reiterado movimento de fluxo e refluxo que parece mover a história. Tal conclusão pode ser tirada de certas abordagens, pelas quais o Estado Moderno, instaurado primeiramente com a consolidação das monarquias absolutistas monocráticas que, embora limitadas pelo direito natural e pelas leis fundamentais, não eram controladas pelo povo, concentrou e unificou o poder político, além de promover uma progressiva especialização da burocracia, com o objetivo de racionalizar os meios colocados à maior eficiência dos fins perpetrados pelo poder político do Estado, ainda que concentrado nas mãos do soberano absoluto. Esse mesmo Estado, aliás, foi projetado e erigido como uma máquina ou um aparelho, externo à sociedade, cujo gerenciamento é semelhante ao de uma grande corporação empresarial, com a diferença de que esta objetiva o lucro, ao passo que aquele, o bem comum e a ordem social. O Estado, por assim dizer, é a força motriz que interfere e transforma a vida coletiva, contra o qual se contrapõe a sociedade, ainda presa à tradição. Desse modo, torna-se possível, de novo, o surgimento do dualismo consistente na “tensão entre o Estado e a sociedade: aquele é ‘artificial’, porque construído com os aparatos burocráticos, esta ‘natural’, dado que sempre foi entendida e percebida como um ‘corpo’” (MATTEUCCI, 2011, p. 17–19).

Nesta perspectiva mecanicista de enxergar o Estado, rememorando René Descartes, faz todo o sentido também a sempre pertinente lição de Carl Schmitt (SCHMITT, 1996) que punha em particular relevo a visão mecanicista do Estado em Hobbes, sugerindo a contraposição entre o Estado-máquina e o Estado-pessoa (BOBBIO, 2004, p. 05). Interessante salientar que Habermas também aborda essa concepção do Estado, de um lado, próxima a um aparelho da administração pública, e a da sociedade, de outro lado, como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de

redundam no fato de que nenhum dos dois possuem qualquer fundamento na natureza; na verdade, são contra a natureza e estão lastreada puramente na arbitrariedade e na convencionalidade das proposições e que, por isso, o máximo que se pode atingir é a paz, nunca a verdade: “A tese de que o direito e a justiça são convenções significa que direito e justiça não têm nenhuma base na natureza, que eles são, em última análise, contra a natureza, e que têm seus fundamentos em decisões arbitrárias, explícita ou implicitamente, das comunidades: eles não têm nenhum fundamento que não esteja em algum tipo de convenção, e convenção pode produzir a paz, mas não pode produzir a verdade” (STRAUSS, 1965, p. 11).

mercado (HABERMAS, 1997, p. 332). Nessa medida, o Estado torna-se fator de integração das classes que compõem o tecido social urdidamente tramado, ainda que – ao mediar, permear e resolver os conflitos que porventura possam irromper na sociedade – seja lento na condução e na evolução desse processo¹⁷. Diante do exposto, podemos desenhar o seguinte esboço: de um lado, os defensores do controle judicial de constitucionalidade, com a proteção judicial dos direitos fundamentais que bebem na fonte desse jusnaturalismo; e de outro, os positivistas que rechaçam, por amor à objetividade e à autoridade da lei, qualquer apelo que fundamente o direito na moral e nos ideais de justiça como embasamento de validade do direito. O debate renova-se, portanto, com profícuo antagonismo.

Destarte, a dualidade entre Estado e Sociedade, entre o que é, respectivamente, “artificial” e o que é “natural”, se prestarmos a devida atenção, pode ser perfeitamente inferida também da forma pela qual as constituições democráticas do mundo moderno foram estruturadas, em observância ao que estabelecem os artigos 1.º e 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 (“Declaração de direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789”, 2021). Em tais dispositivos, proclama-se, primeiro, que “Os homens nascem e são *livres e iguais* em direitos [...]” e, também depois, que “A sociedade em que não esteja assegurada a *garantia dos direitos* nem estabelecida a *separação dos poderes* não tem Constituição”. Desse modo, no que tange ao artigo primeiro da Declaração Universal, encontram-se dois elementos constitutivos do estado de natureza, é dizer, liberdade e igualdade (BOBBIO, 2004, p. 15), que foram solenemente trasladados para o estado civil. E, ato contínuo, há o artigo 16 estabelecendo que uma constituição é a própria estrutura

¹⁷ Matteucci cita dois exemplos característicos dos Estados Absolutistas europeus que servem de paradigma para os demais: Os paradigmas ou os modelos são a Inglaterra e a França: a primeira realizou, com a formação da *common law* por parte dos juizes itinerantes do rei, a unificação da justiça, portanto, com Th. Cromwell e, sob Henrique VIII, experimentou as formas de uma moderna burocracia central e, por fim, deu uma solução nova às participações das classes no governo. Mais intensos foram os impulsos absolutistas na França, onde a administração central e centralizada procura cortar toda autonomia local dos senhores e das comunidades cidadinas. A Espanha, talvez gozando da unidade territorial e da unificação depois do reinado de Fernando, o Católico, talvez tendo experimentado modernas formas de governo burocrático, nos séculos seguintes, certamente não é vanguarda da modernização política, porque foi impedida ou pelo duradouro sonho universalista e supranacional, ou pelo atraso na secularização da cultura e das instituições políticas, ou pela escassa capacidade do poder real para unificar, de fato, com uma unidade de domicílio, os diversos reinos, que estavam unidos apenas na pessoa física do rei. O Império [Sacro Império Romano Germânico] também se atrasa na modernização estatal, a quem S. Pufendorf no *De Jure Naturae et Gentium* (1672) o define como uma “res publica irregulares”, mas naqueles anos as novas agregações estatais já estavam delineadas em torno de Brandeburgo e da Áustria que, no século XVIII, levarão a termo o modelo absolutista (MATTEUCCI, 2011, p. 20).

do poder político do Estado, fortemente relacionada à separação dos poderes, a partir da qual ele deverá ser organizado (os elementos artificiais); e também proclamando, logo em seguida, os direitos fundamentais da pessoa humana, fortemente relacionados aos indivíduos que formam essa sociedade (os elementos naturais). O curioso é que nós podemos, analogamente, transplantar dois institutos da teoria geral do processo que distinguem o processo judicial, e as sentenças nele produzidas, em processo declaratório (ou sentença declaratória) de direito e processo constitutivo (ou sentença constitutiva) de direito (CARNELUTTI, 1959, p. 70–72). Esclareço: no artigo 1.º, de um lado, ocorre a declaração dos direitos dos homens (os direitos de liberdade e de igualdade), o que pressupõe que esses direitos já existiam antes dela e a sua tarefa foi apenas declará-los formalmente para extirpar toda e qualquer dúvida acerca da existência deles, do mesmo modo que ocorreu a declaração em sentença de um direito preexistente a uma das partes no processo judicial. No artigo 16, por outro lado, ocorre a constituição do Estado propriamente dita, com a construção das instituições políticas que irão governá-lo e governar a relação dele com a sociedade e com os indivíduos, delimitando as competências de cada uma delas, dando forma e conteúdo ao Estado, do mesmo modo que uma sentença no processo judicial constitui um direito que não existia antes e que passou a existir com a prolação da sentença pelo juiz. Nessa dualidade sociedade-Estado, a constituição tem o papel de apenas declarar aquilo que já é da sociedade e dos indivíduos (elemento natural) e constituir o novo Estado mediante a estruturação das instituições de governo (elemento artificial). Daí porque a nossa discordância com Waldron em relação à natureza dos direitos, os quais, segundo eles, não preexistem e só serão concretizados, na democracia, pelo procedimento político representativo e majoritário. Uma parte diz respeito ao direito positivo, que ficaria, pois, a cargo e sob a responsabilidade, digamos assim, do legislador, do qual, portanto, este deve se ocupar, na montagem e na manutenção do Estado; e a outra parte, a dos direitos fundamentais ligados principalmente com a liberdade e com a igualdade, estaria na alçada do jusnaturalismo, porque são preexistentes ao próprio Estado e que, portanto, diria respeito à proteção do homem e do cidadão, cuja responsabilidade é de atribuição do poder judiciário. Foi possível perceber, dessa forma, que a intuição e a intenção dos revolucionários franceses foram – sempre no bom sentido, logicamente – assombrosas.

Na disputa entre direito natural e direito positivo, pode-se afirmar, então, que a longa tradição do *common law* inglês, de forte apelo às concepções do direito natural, tendo em vista a forma pela qual era, naquele momento histórico, organizada a complexa estrutura do judiciário anglo-saxão e eram arregimentados os juízes para exercer a judicatura, influenciou vigorosamente a prática e a aceitação do controle judicial das leis. A diferença reside no fato de que, antes, não havia constituição nos moldes em que ela é hoje posta, apenas os ditames do direito natural, ao passo que, a partir da modernidade revolucionária, pulularam as constituições que, em larga medida, declararam e condensaram tais ditames jusnaturalistas nos textos *magnum* dos Estados modernos, dando-lhes a juridicidade necessária à aplicação nos casos concretos levados aos tribunais.

Apesar desse caráter indefectível do *common law*, da estreita conexão dele com a doutrina do direito natural e, por consequência, da prática do *judicial review*, há alguns aspectos importantes da evolução ocorrida no sistema judicial inglês, a partir do século XIX, que passa a sofrer pesada influência de Bentham e do direito legislado por ele defendido. Mesmo com a circunstância de o Poder Judiciário não ter sido tradicionalmente, na Inglaterra, um ramo autônomo de poder, uma vez que o exercício da magistratura era poder delegado pelo rei, de sorte que os juízes eram a ele vinculados e lhe prestavam as devidas contas e satisfações, a jurisdição não era exercida por juristas profissionais com formação acadêmica (BOBBIO, 2004, p. 33). Até nesse cenário, em que a jurisdição era exercida por práticos que solucionavam as demandas se atendo às vicissitudes de cada caso concreto, o que, quase sempre, obrigava o juiz a recorrer, como fonte do direito, apenas a julgamentos de casos semelhantes então sedimentados nos precedentes já estabelecidos nos que outrora haviam sido apreciados por outros juízes (STRECK, 2019, p. 03), afigura-se que começa, do ponto de vista da práxis, a ocorrer, de um lado, a ruptura ou a mudança de paradigma, no direito inglês, a partir do século XIX. Os ingleses se veem obrigados a passar, ainda que aos poucos, do jusnaturalismo intuitivo para o juspositivismo lógico-dedutivo, estimulado pelos ventos da Revolução Industrial e pela ascensão política da burguesia¹⁸. A autoridade do direito vai se firmando, pois, nesta separação

¹⁸ Uma nota lateral, mas não menos importante, em relação à origem dos sistemas jurídicos, à luz das reflexões de Gustav Radbruch que, dissertando sobre as grandes culturas jurídicas, apresenta um paradoxo histórico a respeito do Direito Romano, na medida em que “nos países que adotaram o Direito Romano, transformou-se ele em uma ciência de eruditos, enquanto nos países em que não foi adotado, como os anglo-saxões, prevaleceu um espírito jurídico análogo ao romano, baseado na natureza das coisas. Por isso, o Direito Romano, depois

entre direito e moral (GREEN, 2008; HART, 1958), uma das notas distintivas do positivismo jurídico. O perfil do jurista também começa a mudar para o do profissional egresso das universidades, que se aproxima mais do perfil do técnico propriamente dito, com o qual estamos acostumados a lidar. A referência a normas gerais e abstratas pré-estabelecidas pelo legislativo como fonte do direito, embora elas fossem fenômenos recentes que foram introduzidos, na modernidade, pelo republicanismo revolucionário burguês ao gosto de Bentham, também contribuiu para a formação dessa nova realidade. Assim, no contexto inglês, então com vigorosas raízes fincadas na tradição, em que o direito era produzido a partir de uma matriz totalmente intuitiva, ligada à noção moral de justiça que cada juiz tinha e ao senso comum reinante em cada época, vai-se caminhando rumo ao contexto europeu continental, fruto da modernidade e do espírito revolucionário, no qual o direito atende ao clamor positivista, de matriz burguesa, racional e iluminista, e no qual o judiciário havia se tornado um poder independente e autônomo dos demais poderes e os juízes, que arrogam para si o papel de técnicos operadores do direito, são agora formados, preparados e talhados nos bancos das universidades. Ademais, a referência e a reverência então começam a pertencer também à lei, à norma geral e abstrata produzida pelos representantes do povo, pelo parlamento, de modo que o raciocínio do jurista profissional se torna lógico-dedutivo, afastando-o um pouco mais da moralidade e de um suposto e etéreo ideal de justiça:

Não é novidade afirmar que o direito inglês tem sido historicamente o resultado da atividade dos tribunais reais de justiça desde o início do segundo milênio, quando os normandos invadem a Inglaterra. O direito inglês não é um direito de universidades – é um direito de processualistas e práticos. [...] isso porque, outrora, somente uma minoria de jurista estudou nas universidades – nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário. O essencial foi, até o século XIX, na Inglaterra, encontrar uma forma de ação que permitisse convocar os tribunais reais e evitar as ciladas que se apresentavam num processo muito formalista. [...] As profundas transformações sociais [entretanto] que ocorreram durante os séculos XIX e

de recebido, foi sempre contestado na Alemanha [...]. Os germanistas, em sua luta contra o Direito Romano, não perceberam que, de um lado, a ele deve-se a unidade nacional do Direito, em substituição à multiplicidade dos Direitos regionais; de outro lado, sua recepção só foi possível porque ele despiu-se de quase todas as peculiaridades nacionais para converter-se no *ius gentium*. [...] A Inglaterra não passou pela experiência da recepção do Direito Romano, embora este fosse ensinado em Oxford desde a época dos glosadores. Lá, a classe dos juristas formou-se e organizou-se antes que isto ocorresse nos demais países, e desencadeou a luta contra a recepção, impedindo-a, ao mesmo tempo em que assumia a tarefa de formar novos juristas, de ter espaço até mesmo nas Universidades. Mas isso não significa que o Direito Romano não tenha exercido nenhuma influência na Inglaterra; impedida foi a recepção das normas específicas do Direito Romano, não a penetração de seu espírito (RADBRUCH, 1999, p. 43–44).

XX proporcionaram uma criação legislativa ignorada nas épocas anteriores. O triunfo das ideias democráticas, com a consequente necessidade de reformas jurídicas, e o racionalismo transformador, ao qual não foi alheia a influência de pensadores como Bentham e dos filósofos utilitaristas, foram traduzidas em um incremento considerável da criatividade legislativa. Por meio dele, tornou-se viável programar rápidas modificações da realidade social, cujo acelerado ritmo resultava difícil de conceber dentro das pautas jurídicas tradicionais (STRECK, 2019, p. 03–04).

Embora o assédio benthamiano tenha deixado marcas indeléveis e alterado as coordenadas na rota evolutiva do peculiar direito inglês, não podemos esquecer que a prática do *common law* e a dívida com que ela mantém com o direito natural ainda continuam atuantes na Grã-Bretanha. O irônico é que a revisão judicial das leis, nos moldes do direito norte-americano, sofreu pesadíssima influência do direito costumeiro inglês, no qual se chegou a afirmar que os juízes poderiam, sim, revogar as decisões tomadas pelos legisladores se eles violassem o direito natural, mas essa prática de anular as leis defendida sobretudo por Coke, contra os propósitos de Hobbes, nunca prosperou em solo britânico. Mesmo recorrendo sempre à ideia de direito natural, pela qual os juízes, tradicionalmente, exercem um papel crucial na elaboração do direito, o *judicial review* na Inglaterra não prosperou:

Outro fator de grande importância encontra-se na tradição do *common law*, que foi incorporada aos principais textos constitucionais e foi expressa por muitos juízes. Semelhante à doutrina da lei natural, ela sustenta que certos direitos fundamentais estão acima do poder de alteração do Parlamento. Foi declarada, em sua forma mais extrema, por Sir Edward Coke no caso de Bonham, onde Coke disse: ‘E parece que, em nossos livros, em muitos casos, o *common law* controlará os atos do parlamento e, às vezes, os considerará totalmente nulos: pois quando um ato do parlamento é contra o direito e a razão comuns, a eles repugna ou é impossível de ser implementado, o *common law* os controlará e julgará tais atos nulos’. Na Inglaterra, a tradição da supremacia do *common law* sobreviveu, mas a prática pela qual essa supremacia foi expressa em decretos dos tribunais nunca foi estabelecida. Não há, em toda a história inglesa, nenhuma decisão de uma instância oficial que anulou um ato do Parlamento” (WRIGHT, 1942, p. 11).

A prática de controlar as leis em face da constituição teve, desse modo, de atravessar o oceano para ser protagonista político em uma de suas ex-colônias, a partir de onde ganhou o mundo. Ali, embora os Estados Unidos também sejam caudatários das lições extraídas da ideia de direito natural, principalmente em Locke, e, a seu modo, tenham adotado as práticas do *common law*, o *judicial review* acabou sendo a pedra de toque do constitucionalismo norte-americano:

Mas se Coke perdeu sua causa na Inglaterra, ganhou na América. Pois, a partir do momento em que os colonos começaram a protestar contra os atos tributários e regulatórios do Parlamento, eles recorreram à teoria da constitucionalidade. O exemplo mais famoso de sua expressão é o relatado por John Adams, espectador do julgamento em que James Otis rejeitou as Ordens de Assistência. ‘A razão e a constituição’, disse Otis, ‘são ambas contra este mandado... se estas ordens estivessem em qualquer livro, seriam ilegais. Todos os precedentes estão sob o controle dos princípios de direito... Nenhum ato do Parlamento pode estabelecer tais ordens; embora deveriam ser feitas nas próprias palavras da petição, seriam nulas. Qualquer ato contra a Constituição é nulo’. Em seu famoso panfleto publicado três anos depois, ele declarou que ‘se o supremo legislativo erra, é informado pelo supremo executivo nos tribunais de justiça do rei’ (WRIGHT, 1942, p. 12).

A propósito dessa radiografia histórica, Norberto Bobbio descreve a forma pela qual aconteceu a transição, mas agora de um modo geral, do direito consuetudinário para o direito legislado. Para tanto, foi necessário revisitar Thomas Hobbes e a sua acepção absolutista de lidar com os conflitos sociais, de modo que, para eliminar a causa da anarquia, ele propõe, em um primeiro momento, solucionar o secular conflito entre Estado e Igreja por meio da separação radical entre os dois, pelo que atribuiu ao primeiro o poder político soberano e reduziu a segunda a mero serviço a ser prestado à sociedade. Em um segundo momento, para tratar dos conflitos gerados entre os indivíduos na sociedade, adota-se uma medida liberal inspirada na ideia de tolerância religiosa, cuja maturação deve pacientemente se prolongar no tempo para ser alcançada. Assim, de maneira análoga ao que o Estado fez para acabar com os conflitos entre as confissões religiosas, em que não precisou haver a eliminação pura e simples de uma das partes em disputa, essa medida liberal consiste em administrar os conflitos sociais nos limites do direito. É exatamente o que acontece em nossos dias com os conflitos entre classes sociais e entre os indivíduos no âmbito do Estado democrático de direito: o Estado não precisa optar pela eliminação de um dos lados na disputa, o que redundará na ditadura de uma das classes sobre a outra (ditadura do proletariado, por exemplo), mas controla esses litígios juridicamente, por meio das medidas autorizadas pelo ordenamento jurídico. Entretanto, mesmo sendo muito diferentes, a mudança da concepção absolutista para a liberal não é conduzida mediante a drástica ruptura de paradigmas como se imagina, justamente porque:

A concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da onipotência do legislador (a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador), [razão pela qual] as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do

absolutismo, mas do Iluminismo e da concepção liberal do Estado” (BOBBIO, 2006a, p. 36–37).

Para entender melhor essa transição, deve-se partir do pressuposto de que a teoria em questão é uma moeda de duas faces: a absolutista, pela qual os poderes ditos intermediários são eliminados e pela qual se atribui um “poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador”; e a liberal, pela qual a eliminação de tais poderes intermediários protege o cidadão da arbitrariedade que eles poderiam eventualmente lhe infligir. E como isso acontece? A liberdade que o juiz, no direito consuetudinário, tinha ao impor normas particulares às partes, extraíndo-as do seu próprio senso de equidade ou da vida social, pode incorrer em arbitrariedades no confronto desse mesmo juiz com os cidadãos, de modo que o legislador, ao impor normas iguais para todos, passou a representar um óbice à arbitrariedade do poder judiciário. E como garantir ao cidadão que ele não será vítima das arbitrariedades do legislador, já que a arbitrariedade do legislador (*erga omnes*) é pior que a do juiz (*inter partes*)? Pela separação dos poderes, em que o poder legislativo não está nas mãos do “príncipe” (do poder executivo, mais precisamente), mas nas mãos de um órgão colegiado, ao qual todos se subordinarão; e pela representatividade que, primeiro, torna possível o fato de o poder não ser exercido de forma arbitrária contra o povo, e que, segundo, tem o mérito de fazer a transição da concepção liberal para a democrática, ampliando o poder de decisão do povo. A prova da relação estreita entre Absolutismo e Liberalismo – no que tange à estruturação da teoria do monopólio da força e do direito pelo Estado e, por assim dizer, à própria estruturação da doutrina do positivismo jurídico – pode ser deduzida da ilação feita pelas inúmeras críticas lançadas pelos antipositivistas, nem tanto contra os teóricos do absolutismo, mas contra os de cariz liberal (BOBBIO, 2006a, p. 37–39).

Desde então, o positivismo jurídico, como substancialização, concretização e manifestação palpável do monopólio do poder e da força pelo Estado, por pelo menos um século e meio, apesar dos avanços e dos retrocessos, triunfou e se tornou a teoria jurídica hegemônica para descrever aquilo que o direito, realmente, é. Já em relação ao direito natural nesse período, restou-lhe apenas a alma ideológica e fantasmagórica, na medida em que perdera muito espaço no campo teórico como discurso adequado para traduzir o significado do fenômeno chamado direito, comparando-se à figura do velho eremita, maltrapilho e com longas barbas brancas, que vive solitário e abandonado no alto da montanha, ao qual ficamos sempre lhe devendo uma visita, mesmo que breve, nem que seja para detratar e choramingar contra a suposta falta de

senso de justiça do positivismo jurídico. Entretanto, é oportuno fazer um desagravo em face das insinuações, muitas vezes baseadas em preconceitos e total desconhecimento do positivismo jurídico, que tentaram comprometer-lo e colocá-lo em situação vexatória diante dos desastres humanitários proporcionados pelos regimes totalitários da primeira metade do século XX e que são utilizadas para acusá-lo de partícipe dessas tragédias. Mas as imputações depreciativas não foram suficientes para abalar as estruturas solidamente fixadas por seus teóricos. A versão de que o positivismo jurídico tem sua parcela de culpa pela loucura e de que havia sido colonizado ou capturado pela ideologia nazifascista e, com isso, jogou a humanidade no horror de duas grandes guerras, não pode prevalecer em razão daquela afirmação de Radbruch¹⁹. Só que, no pós-Segunda Guerra, não havia outra alternativa senão “pôr a bola no chão” e recomeçar o jogo, sabendo-se que todo recomeço é, além de difícil, humilhante. Para que a tragédia não se repetisse, as novas ordens constitucionais se viram na contingência de resgatar alguns conceitos relativos ao ideal de justiça, de liberdade, de igualdade, de fraternidade e de dignidade humana para estruturar e para, com eles, permear os seus sistemas jurídicos, emprestando-lhes valores éticos que podem ser muito bem encontrados nos cânones do direito natural. Tal viragem teórica ganhou força e vitalidade na reconfiguração dos métodos de produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas a partir da segunda metade do século XX. A vida e a obra intelectuais de Gustav Radbruch, por exemplo, são emblemáticas do rompimento do paradigma positivista em direção ao reavivamento do direito natural (VIGO, 2004).

Um dado relevante que deve ser levantado, quando se confrontam o *common law* e a prática da revisão judicial das leis com base na constituição, diz respeito ao processo de raciocínio levado a efeito pelos tribunais. Na decisão dos casos difíceis, segundo Dworkin, o exercício da jurisdição constitucional leva os juízes a efetuarem uma leitura moral da constituição que, mesmo quando os juízes recorrem a argumentos morais ou a considerações extrajurídicas, eles não estão deixando de lado suas habilidades jurídicas ou deixando de aplicar a lei. Vale dizer, na jurisdição constitucional, o raciocínio não é nem totalmente jurídico nem completamente moral. Os elementos jurídico e moral (e políticos) estão todos eles inseridos nas fontes do direito, de modo que muitos conceitos jurídicos e políticos só fazem sentido se forem

¹⁹ “Befehl ist Befehl” und “Gesetz ist Gesetz”, ou “An order is an order” and “a law is a law”: “Uma ordem é uma ordem” e “Uma lei é uma lei” (RADBRUCH, 1999, p. 105).

iluminados pelas considerações morais. E essas considerações morais derivam justamente da atitude interpretativa adotada enquanto se constrói o significado das fontes jurídicas, o que não é diferente da atitude interpretativa do jurista da *common law* na apreciação dos casos difíceis, de modo que a distinção entre uma decisão proferida por uma corte constitucional e a forma pela qual se tomam as decisões no âmbito da *common law* reside muito menos no processo de raciocínio do que nos efeitos da decisão (BUSTAMANTE, 2016, p. 43)²⁰.

Enfim, em torno do fenômeno do controle judicial de constitucionalidade, de suas características e de sua relação com o direito natural, com o *common law* e com o constitucionalismo norte-americano, essa vigilância e essa atuação que quase beiram à obsessão e que a jurisdição exerce sobre a legislação, ao que parece, são instintivas – ou pelo menos deveriam ser – ao papel do juiz, cuja percepção é mais ou menos intensificada a depender das circunstâncias e do lugar para os quais direcionamos a nossa lupa analítica. Em outros termos, ao submeter a lei à clivagem crítica, é ínsito ao juiz buscar uma referência valorativa que lhe chancele ou não o conteúdo, seja nos ideais de justiça próprios do direito natural, seja na constituição que, de certo modo, encarna esses ideais. A ideia e a imagem do juiz neutro e imune a influências de ordem filosófica, religiosa e política não condizem com a realidade e estão mais

²⁰ No trecho citado, o que Thomas Bustamante está defendendo é que, embora o raciocínio jurídico do juiz no exercício da jurisdição constitucional para declarar uma lei inválida ou nula seja o mesmo do jurista da *common law* quando investiga minuciosamente a adequação de um precedente para um caso novo, isso não significa que os efeitos da decisão tomada, ou seja, o caráter autoritativo da decisão tomada, neste ou naquele contexto, também seja o mesmo. A prova dessa nossa afirmação está na consideração que ele faz em seguida: *Mesmo se alguém argumentasse que a 'função decisória' das cortes constitucionais seja igual à da 'regra do precedente', acredito que isso poderia ou não poderia ser verdade. Vai depender do caso em questão* (BUSTAMANTE, 2016, p. 43). E o exemplo que ele oferece para ilustrar os níveis autoritativos em sede de jurisdição constitucional são duas decisões sobre o aborto, uma dos Estados Unidos (Roe vs. Wade) e outra do Supremo Tribunal Federal brasileiro. No primeiro caso, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade das leis que criminalizam a interrupção da gravidez antes dos três meses de gestação. Essa decisão foi, nas palavras de Raz, preemptiva (ou definitiva). Nesse sentido, o caráter autoritativo da decisão tomada pelo judiciário se põe em um nível mais alto do que a tomada de decisão do legislativo. No caso brasileiro, o STF fez uma interpretação para afastar a incidência da lei penal incriminadora da gestante de feto anencefálico que opta pelo aborto. Aqui, não foi declarada a inconstitucionalidade específica dessa ou daquela norma penal incriminadora: elas continuam válidas, só que não incidem na hipótese de anencefalia. Pode-se dizer, pois, que, nesta última situação, o nível autoritativo da decisão judicial é inferior ao da lei penal incriminadora. A decisão não foi preemptiva em termos razianos, pois a tomada de decisão legislativa permanece de pé e a sua interpretação constitucional ainda está em aberto, aproximando-se mais da concepção preconizada por Dworkin. Essa posição de Bustamante mostra também que a hermenêutica constitucional exerce um papel importantíssimo na formação do direito.

para uma abstração iluminista, de maneira que o papel por ele desempenhado na democracia está longe de ser a figura do “juiz boca da lei”.

Toda a polidez no trato com os valores constitucionais e todo o cuidado com quem ficaria incumbido da guarda e da defesa dos direitos fundamentais, em resumo, toda a atenção dispensada ao ato em que se lavrou a “certidão de nascimento” do controle judicial de constitucionalidade, pode não parecer à primeira vista, mas foi obra inequívoca da criatividade inglesa. Se fôssemos instaurar um processo de investigação de paternidade, certamente encontraríamos o vestígio de toda a tradição britânica a impregnar o instituto da revisão judicial. Esse vínculo, aliás, entre o direito natural e o papel do juiz na sua defesa é posteriormente reforçado em John Locke, sobretudo porque, se para Hobbes²¹, o que, de fato, é inconveniente é a falta de uma lei, para ele o que realmente perturba e incomoda no estado de natureza é a inexistência ou a ausência de um juiz imparcial para julgar as controvérsias que surgem e que nunca deixarão de surgir entre as pessoas na sociedade (BOBBIO, 2017, p. 153). Mesmo no contexto em que a soberania e a supremacia do parlamento são dogmas constitucionais, ainda é muito forte a ideia de que o poder legislativo é limitado, sobretudo pela ideia da existência de uma lei fundamental que vai muito além da medieval Carta Magna, a qual fundamentou o argumento parlamentar contra os *Stuarts* e a justificação de Locke sobre a Revolução Gloriosa de 1688 (CORWIN, 1910, p. 104). De que forma, afinal, se pode conciliar a ambiguidade em John Locke, ora sendo o autor da “bula papal” do dogma da supremacia do parlamento, e ora sendo um dos principais ideólogos do direito natural? Como conciliar as posições aparentemente antagônicas de Locke, se, ao mesmo tempo em que admoestava que “a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder

²¹ O ideal de justiça de Thomas Hobbes parte do estado de natureza, em que a vida é violenta, curta e miserável, e essas condições insuportáveis, de imediato, deveriam ser superadas pela passagem para o estado civil. Dessas condições totalmente hostis, a concepção de direito extraída por Hobbes é a de que o direito é liberdade radical, a liberdade levada às últimas consequências, é faculdade de todos fazer aquilo que bem entender, de obedecer à sua própria vontade, sem qualquer limite externo, o que caracteriza, portanto, o próprio estado de natureza. Mas, por outro lado, com a passagem para o estado civil, surge a lei, que segundo Hobbes, é toda limitação imposta externamente pelo estado civil com vistas a refrear o direito (os apetites) dos indivíduos. O direito, destarte, não se confunde com a lei. Aquele não tem a mesma natureza desta e não é dela oriunda (HOBBS, 2003, p. 101). Repare que a concepção de direito natural em Thomas Hobbes difere da concepção de direito natural adotada pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens e do Cidadão, haja vista que, para o primeiro, o direito natural é ruim, pois é a lei da selva, que rege aquele permanente estado de guerra de todos contra todos, ao passo que o direito natural para o segundo, de cariz laico, é bom, pois revela a sublimação de alguns valores morais que não estariam inscritos em nenhum código ou lei positivados, mas seria fruto da voz da consciência e da luz da razão.

legislativo”, ele também asseverava que “a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um de seus integrantes” (LOCKE, 1998, p. 502–503)? A eventual dubiedade em que Locke está implicado não dá a entender que uma lei fundamental, superior e constituinte do poder legislativo, à qual este deve reverência e por meio da qual ele deve ser limitado, sobretudo pela garantia dos direitos naturais dos indivíduos, existe?

Uma vez estabelecida a sociedade política, mediante o consenso de todos os indivíduos, entra em vigor a regra da maioria, que tem o direito de deliberar e decidir por todo o corpo político. Existem, entretanto, dois pontos sobre a natureza deste contrato que têm uma enorme relevância constitucional. Repetidamente, Locke afirma que o *Poder legislativo, apesar de ser o poder supremo da sociedade política, está sempre limitado*, não somente pelos direitos naturais e pela finalidade para a qual tenha sido instituído (a certeza da lei), senão também está limitado por aquela “primeira e fundamental lei positiva” que o institui, isto é, pelo contrato social, que aparece assim como um autêntico e próprio poder constituinte, superior ao Poder Legislativo. Com isso, *Locke estabeleceu a base teórica para uma distinção entre normas constitucionais e normas legislativas derivadas* (STRECK, 2019, p. 19).

Nesse sentido, mesmo quando se permite entender que o legislativo é o ramo do poder que mais ligação tem com os anseios populares, existe uma ordem superior, a constituição, cuja função máxima é limitar, *rectus*, controlar os poderes constituídos, entre os quais o legislativo – mas também o judiciário –, de acordo com os princípios, valores e procedimentos extraídos da noção de direito natural. Assim, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, dignidade da pessoa humana e devido processo legal, elementos fundamentais construídos e deduzidos, muitos deles, da prática judicial ao longo do tempo, reforçam o nexo entre direito natural, *common law* e *judicial review*, sedimentam e potencializam o aparato constitucional da modernidade com vistas a este controle judicial em face da atividade do legislador, sobretudo pela ideia de fundamentalidade de certos direitos tidos como estruturadores da ordem jurídica e disciplinadores da atividade política no contexto democrático.

Em resumo, o conjunto de toda essa reflexão nos leva, pois, a concluir pela relação visceral entre o *common law*, o direito natural e o controle judicial de constitucionalidade, dado que o direito inglês foi todo ele forjado nesta perspectiva moral, razão por que se pode asseverar que o controle judicial de constitucionalidade, além de fincar raízes no jusnaturalismo, digamos,

prático, atualmente lhe recupera o conceito e, de certa forma, o tem em alta conta no processo de interpretação e aplicação da lei. Todavia, a proeminência do direito natural quanto à caracterização moderna da revisão judicial se volta para outro paradigma: a constituição que, apesar de ser um texto eminentemente jurídico, está permeado de conceitos morais, éticos e políticos, e não deixa de ser um ponto de encontro entre o direito e a justiça (BARROSO, 2010a), até porque:

A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como valor *absoluto e eterno* (e, portanto, *imóvel*), a um jusnaturalismo *histórico* e direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realístico-indutivos do método comparativo (CAPPELLETTI, 1999b, p. 129–130).

Tal hipótese pode muito bem ser detectada, não somente em algumas decisões feitas pelos tribunais britânicos, mas também, como vimos, em solo norte-americano, à época da colonização, em relação, por exemplo, à implantação de tributos e à escravidão de indígenas, os quais mencionavam e apelavam abertamente ao direito natural²².

²² Além do caso Otis anteriormente citado, que trouxe à baila a máxima de Coke, ela também foi mencionada em outra ocasião importante, em 1765, pelo governador Hutchinson, referindo-se à oposição à Lei do Selo, da seguinte forma: “A razão predominante neste momento é que a lei do Parlamento é contra a Magna Carta e contra os direitos naturais dos ingleses e, portanto, de acordo com Lord Coke, nula de pleno direito”. Com efeito, Corwin acrescenta que, “em 1776, com a eclosão da guerra, o juiz Cushing determinou a um júri de Massachusetts que considerasse certos atos do Parlamento nulos e inoperantes, motivo pelo qual recebeu congratulações de Adams por isso. Dessa forma, a doutrina do argumento de Otis se espalhou amplamente e foi estendida para outros assuntos. Particularmente, vem-me à cabeça o argumento de George Mason, no caso *Robin v. Hardaway*, oriundo da Virgínia no ano de 1772, cujo relato foi feito por Thomas Jefferson. Os demandantes desta ação, os clientes de Mason, eram descendentes de mulheres indígenas que tinham sido trazidas para o Estado da Virgínia anos atrás pelos comerciantes e vendidas como escravas, com fundamento em uma lei da assembleia estadual aprovada em 1682. Mason dividiu seu argumento em quatro tópicos. O primeiro dos quais compreendia a tese segundo a qual a lei ‘era, desde a origem, nula, porque contrariava o direito natural. Se nem o direito natural, a independência, a representação defeituosa dos parlamentares que aprovaram a lei e a proteção contra o repúdio à escravidão não forem suficientes para mantê-las longe das leis de coerção, com quais outros princípios’, inquiriu Mason, ‘nós podemos nos opor contra aquelas últimas leis de poder exercido sobre nós pela legislatura britânica?’. No entanto, eles somente pretendiam impor sobre nós um miserável tributo que pode ser pago em dinheiro, enquanto sobre os nossos vizinhos (os índios), eles pretendiam impor o jugo da escravidão. Agora, todas as leis da legislatura aparentemente contrárias ao direito natural e à justiça são, para o nosso direito, e devem ser, pela natureza das coisas, consideradas nulas. As leis da natureza são as leis de Deus, cuja autoridade não pode ser suplantada por nenhum poder na terra. A todas as constituições humanas que contradisserem a Sua lei, teremos a consciência de prontamente desobedecer. Este tem sido o

3 AS BASES DO PENSAMENTO POLÍTICO DE JEREMY WALDRON SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

O conteúdo do capítulo anterior é, evidentemente, parte integrante (e também fundamental) do esforço na defesa da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade como opção colocada à disposição do indivíduo no processo de formação e consolidação do direito. No entanto, não se deve abandonar o exame e, sobretudo, a compreensão dos argumentos e das reflexões de Jeremy Waldron sobre o tema, uma vez que se trata talvez do grande expoente e a voz mais eloquente que se posiciona contra o mencionado mecanismo encontrado em várias realidades institucionais que facultam a qualquer um do povo e a algumas instituições a prerrogativa de questionar a constitucionalidade do resultado do procedimento de tomada de decisão do legislativo. É difícil encontrar em outros o inigualável empenho filosófico de Waldron na desconstrução do modelo judicial de controle de constitucionalidade das leis. A postura dele tem deixado os defensores do *judicial review* em estado de aflição. A questão de atribuir esse papel aos juízes, segundo ele, não vai além da violação pura e simples da democracia pautada na igualdade política. Diz respeito também à qualidade da resolução tomada, na medida em que, por internalizar o desacordo, nenhum outro corpo político tem expertise superior que a do legislativo. Na verdade, a autoridade e a dignidade da legislação como fonte primordial do direito, em termos positivistas, repousam justamente nessa circunstância. Nada e ninguém, pela quantidade, pela abrangência, pela diversidade e pela representatividade social de seus membros, é o *locus* mais apropriado para receber, discutir, deliberar e decidir os desacordos morais e políticos do que o legislativo, pois é ali que se extrai autoridade sem arbitrariedade. Se quem soluciona o desacordo é o órgão político que possui essas características, o efeito não pode ser outro senão a maior fidelidade social ao resultado do procedimento legislativo de tomada de decisão diante dos desacordos. A revisão judicial, por sua vez, não possui características semelhantes àquelas inerentes ao legislativo e, segundo ele, também não se compatibiliza com os fundamentos elementares da

posicionamento de nossos tribunais de justiça no exercício da jurisdição”. O tribunal, no julgamento, repeliu a lei de 1682 (CORWIN, 1910, p. 106–107).

democracia liberal e com a melhor maneira de lidar com os desacordos morais e políticos produzidos e reproduzidos pela complexidade que caracteriza as sociedades contemporâneas. Além disso, existe sempre o risco de a supremacia judicial substituir a supremacia do parlamento e os juízes se tornarem uma espécie de tutores do povo, deslocando o centro do debate das principais questões políticas do parlamento para os tribunais, o que enfraqueceria a democracia representativa, com a revisão judicial das leis tomando, indevidamente, o espaço da atividade legislativa na construção dos direitos e na solução dos desacordos morais. Em outras palavras, o destino da democracia seguiria rumo à aristocracia judicial protagonizada por uma elite de determinados agentes públicos²³. No constitucionalismo hodierno, a forma pela qual foi concebido e pela qual se apresenta o sistema de controle de constitucionalidade a cargo do judiciário, à primeira vista, faz supor que se enaltecem excessivamente os juízes, elevando-os a patamares institucionais questionáveis e injustificáveis que os colocam acima e em posição de vantagem dos demais agentes políticos, ao argumento de que possuem uma suposta superioridade moral, intelectual e política em relação ao homem médio.

No entanto, os superpoderes denunciados por Waldron não condizem nem um pouco com os preceitos democráticos minimamente elementares e com a autoridade que o direito deve ter, porque o resultado dessa atividade jurisdicional de controle violaria uma decisão lastreada na capacidade de resolver desacordos, na representação popular e na igualdade política dos representados que são, deveras, atributos inerentes à legislação. O papel que as constituições modernas concedem aos juízes, em última análise, reforça a acusação de que eles não passam de tutores morais da soberania popular, papel que foi, em outras épocas e lugares, desempenhado por militares, religiosos ou intelectuais, a depender das circunstâncias e opção escolhida pela concepção institucional de governo. Por isso, trata-se de um corpo estranho, indevidamente imiscuído no desenvolvimento do processo democrático, cujo conteúdo e forma

²³ Acreditamos, porém, que deve haver alguma cautela quando se alude, em política democrática, à expressão “elite”. No sistema representativo, o corpo político formado por poucos, embora eleito por milhões, que administra interesses e que tem o poder de decidir as divergências mais importantes da sociedade, determinando o destino do país, é uma “elite”. Nesse sentido, socorremo-nos de Norberto Bobbio, quando cita o sociólogo e economista conservador italiano Vilfredo Pareto: “Segundo a teoria do elitismo democrático, a afirmação de que, em todo regime, é sempre uma minoria que detém o poder não é incompatível com a afirmação de que há regimes muitos diferentes segundo as diferentes relações que suscitam entre as *élites* e as massas e entre as *élites* e as *élites*. A teoria das *élites* não é, em particular, incompatível com o reconhecimento de um regime democrático desde que: a) as *élites* sejam continuamente controladas pelas não-*élites*, e b) haja mais *élites* em concorrência entre si” (BOBBIO, 1984, p. 66–67).

não encontram o encaixe perfeito no grande tabuleiro em que as demandas populares são expostas e em que os atores sociais travam suas batalhas políticas. É dizer: “Na visão dos críticos, os juízes constitucionais podem confiscar o poder dos representantes do povo e isso nos faria voltar à ideologia do período feudal [contrariando o que] o ideal moderno da democracia sugere [...] [sobretudo] a emancipação dos cidadãos, liberando-os do paternalismo dos ‘sábios e iluminados’” (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 360).

Por isso, quando se adota algum tipo específico de arranjo, cujo objetivo também seja a solução dos descordos sociais, fora da alçada do legislativo, a consequência imediata é pesar sobre ele o ônus da justificação (KAVANAGH, 2003, p. 455). É o que acontece com o *judicial review*, no qual se evidencia, depois de cada decisão sobre temas polemicamente sensíveis ao público, a constante necessidade de se justificar sob os auspícios da democracia. As abordagens de Waldron têm elevado o nível desse sarrafo e dificultado bastante a construção de argumentos em defesa da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, exigindo esforço filosófico redobrado do pesquisador para compatibilizar a jurisdição constitucional à democracia, ainda mais se levarmos em conta que as reservas de Waldron frente ao *judicial review* não significam reservas frente ao constitucionalismo e aos direitos fundamentais. A inconformidade ocorre em razão de se pegar uma questão que deve ser levada muito a sério, como é a questão dos direitos fundamentais, entrincheirá-los na declaração de direitos dos textos constitucionais e entregar a tutela deles aos juízes, eximindo cada vez mais o cidadão de suas responsabilidades cívicas. Ademais, o fato de salientar que, assim como as questões relativas aos princípios, aos valores e ao bem-estar, os direitos fundamentais também são objeto de profundo e amplo desacordo entre as pessoas, não significa que se é contra eles ou se é cético em relação a eles (WALDRON, 2016, p. 23–44). A verdade é que Waldron considera que os direitos fundamentais, se forem deixados aos cuidados dos legisladores, receberão o devido tratamento que merecem e serão ali mais bem protegidos do que se forem confiados aos juízes, que muitas vezes os reduzem a meras questões interpretativas e doutrinárias e não mergulham de cabeça nas questões morais e políticas que os direitos fundamentais implicam (WALDRON, 2016, p. 225). O atestado de fidelidade de Waldron ao constitucionalismo é firmado quando ele admite a influência do constitucionalismo iluminista ao interpelar de Isaiah Berlin o devido reconhecimento em relação a esse fenômeno tão marcante na vida política da Modernidade:

Uma das mais importantes conquistas do Iluminismo do século XVIII é o constitucionalismo iluminista. Ele é fundamentalmente importante; transformou nosso pensamento político a ponto de ele ficar irreconhecível; deixou como legado a conquista, sem precedentes, da estruturação, da consolidação e do estabelecimento definitivo da Constituição dos Estados Unidos, bem como o repúdio político à monarquia e à nobreza na França da década de 1790. Ambos os legados, hoje, já são considerados favas contadas como parte de nosso mundo político. E eles ganharam muita força a partir do Iluminismo. [...] Berlin, talvez um de nossos maiores intérpretes do pensamento iluminista, tinha muito pouco a dizer sobre essa herança do pensamento e da conquista constitucional. Vasculhei sua obra de cabo a rabo e digo o seguinte: não há quase nada sobre o constitucionalismo constitucional em seus textos – alguns vestígios ou fragmentos desbotados aqui e ali em suas anotações, mas nada de muito importante (WALDRON, 2016, p. 286).

Com efeito, seria temerário acusar Waldron de ser contra os direitos fundamentais e contra o constitucionalismo, ou mesmo cético em relação a eles, e de não levá-los a sério, só porque ele sustenta um ponto de vista crítico e diferente do que estamos acostumados a adotar. Waldron vai em sentido contrário daquele que os defensores da jurisdição constitucional muitas vezes vão. Não raro, assume-se a posição em que parece não existir discordância sobre o conteúdo de certos direitos tidos por fundamentais, mesmo que os conceitos que os envolvam venham à luz por meio de termos muito vagos, abstratos e com forte carga moral dentro das declarações de direitos dos textos constitucionais. Ousamos então afirmar que, até em relação ao controle de constitucionalidade em si, não é possível cravar que Waldron seja totalmente contrário à ideia. Quando analisa o tema, ele cita o caso do controle fraco de constitucionalidade que, diferente do controle forte de constitucionalidade, permite ao juiz identificar a incompatibilidade da lei com as cartas de direitos, mas com a ressalva de que o magistrado não pode deixar de aplicar a lei, declará-la nula ou modulá-la aos termos de uma constituição (WALDRON, 2016, p. 200–201). O problema, pois, não está propriamente na constituição ou no constitucionalismo. Não há, a rigor, por que objetar a postura da constituição que concebe as estruturas do Estado e as instituições de governo, estabelecendo, por exemplo, o federalismo, o bicameralismo, a tripartição dos poderes e o sistema eleitoral. O problema está na forma com a qual se trata a questão dos direitos fundamentais, ou seja, na rigidez da declaração de direitos, sendo estes considerados pré-compromissos definidos e entrincheirados no texto, para cuja defesa se outorga a chave de guarda supremo de seus princípios aos tribunais. O fato de ser o padrão que se consolidou, quase hegemonicamente, na realidade jurídica e política da maioria das democracias ocidentais, não atenua a gravidade das denúncias de Waldron, sobretudo

porque o mecanismo de controle constitucional postos à disposição para defender os direitos fundamentais (o *judicial review*) é artifício que dificulta e, às vezes, inviabiliza a participação do povo no exercício do poder político na solução de desacordos em uma democracia (WALDRON, 2018, p. 36). Sob tal aspecto, a prática do *judicial review* inclina-se, portanto, a atender às pretensões da elite, refratária ao avanço social e político, de modo que acaba por exercer a função de uma autêntica barreira de contenção e de controle dos anseios das camadas populares, naquilo que Judith Shklar²⁴ denominou de “Liberalismo do medo” (WALDRON, 2018, p. 36), útil à manutenção do *status quo*.

Podemos concordar, em parte, com esse posicionamento, mas também podemos confrontá-lo, justamente em razão da dificuldade de definir categórica e aprioristicamente qual poder do Estado é, por natureza, conservador, liberal ou progressista e em que momento histórico isso acontece ou pode acontecer. Não se deve ser imprudente chegando a um veredicto fácil de que voto e a prática legislativa, por si só, tendem a se tornar mais liberal e progressista e a democracia mais democrática, ao passo que o exercício da jurisdição ou do *judicial review*, em si mesmo, tende a se tornar mais conservador e reacionário e a democracia menos democrática. Na verdade, o perfil, digamos, conservador da magistratura tem a ver sobretudo com o modelo dos cursos jurídicos, com o sistema de seleção dos concursos públicos e com o apego excessivo ao formalismo. Em outras palavras, não há um respaldo firmemente estabelecido para afirmar, de forma categórica, que a tendência é que os juízes sejam por natureza conservadores. Historicamente, essa afirmação é uma meia verdade. Por serem iguais às pessoas comuns, o que vai ditar se eles serão progressistas, conservadores ou reacionários

²⁴ Ela nos oferece alguns detalhes que possibilitam compreender a noção de “liberalismo do medo”, nestes termos: “Mais tarde, quando o vínculo entre a consciência e Deus é rompido, a inviolabilidade das decisões pessoais em matéria de fé, de conhecimento e de moralidade ainda é defendida com base no princípio fundamental de que devemos respeitar, mutuamente, uns aos outros, de modo que a crença forçada é, acima de tudo, falsa em si mesma e as ameaças e os subornos de que se lança mão para impor a conformidade a ela são inerentemente degradantes. Insistir no fato de que os indivíduos devem fazer suas próprias escolhas sobre os assuntos mais importantes de suas vidas – suas crenças religiosas, por exemplo – sem a interferência da autoridade pública, é ir muito longe em direção ao liberalismo. É, penso eu, o cerne de seu desenvolvimento histórico, mas seria errado pensar na tolerância de princípios como equivalente ao liberalismo político. Um governo limitado e responsável pode estar implícito na reivindicação de autonomia pessoal, mas sem um compromisso político explícito com tais instituições, o liberalismo ainda é doutrinariamente incompleto. Montaigne era certamente tolerante e humanitário, mas não era um liberal. A distância entre ele e Locke é, de fato, grande. Entretanto, a base mais profunda do liberalismo está presente, desde o início, na convicção dos primeiros defensores da tolerância nascidos no horror e de que a crueldade é um mal absoluto, uma ofensa a Deus ou à humanidade. É dessa tradição que o liberalismo político do medo surgiu e continua, em meio ao terror de nosso tempo, a ainda ter relevância” (SHKLAR, 1989, p. 23).

são as circunstâncias, principalmente a classe social de onde eles vêm e são arregimentados. Sendo assim, os sistemas de educação jurídica e o perfil moral e intelectual que o processo de seleção dos magistrados deseja escolher são muito decisivos nessa hora. Outro dado que serve de suporte à tese de que são as circunstâncias que moldam o comportamento dos juízes é a idade, sobretudo dos que ocupam as vagas nas cortes superiores. Ali, a atuação deles se mostra pouco sensível, por exemplo, aos apelos das exigências propugnadas pelo *welfare state*. Assim, é possível afirmar que o sintoma que evidencia o conservadorismo judicial diz respeito ao excessivo apego ao formalismo jurídico, aspecto bastante marcante e tão característico dos juízes togados e que contribui para a manutenção e para o agravamento do avanço social. O que se quer dizer é que o formalismo termina sendo um poderoso refúgio para o juiz que, diante da possibilidade de cumprir a inovação trazida pela legislação, prefere recorrer a ou se esconder atrás de argumentos formalistas a fim de justificar a falta de ousadia para modificar a realidade. Entretanto, a fórmula criada, ainda que tímida, para fazer frente à afeição exacerbada ao formalismo jurídico e, portanto, ao conservadorismo judicial, foi a implantação de juizados leigos e câmaras de conciliação e de arbitragem formadas por técnicos de determinadas áreas do conhecimento humano (CAPPELLETTI, 1999a, p. 91). Porém, embora se trate de avançada alternativa para os sistemas de justiça da atualidade em resposta “à revolta contra o formalismo”, a laicização do direito e do processo judicial ainda é, por assim dizer, um simples remédio cuja dose está sendo homeopaticamente ministrada, dadas a dimensão e a profundidade do formalismo jurídico e o conservadorismo judicial enraizados na prática dos tribunais.

Com efeito, o legislativo pode frequentemente se mostrar, em inúmeras circunstâncias, muito mais progressista em relação ao judiciário, mas nada impede que o judiciário possa se apresentar com pautas bem mais avançadas e arrojadas do que as do legislativo. Vai depender do ambiente e do momento político em que se vive²⁵. Sobre essa dicotomia política

²⁵ Profícua essa celeuma toda com o termo “conservador” entre os defensores e os críticos do controle judicial de constitucionalidade, termo este que, no contexto da discussão sobre direitos, assume, ao que parece, conotação eminentemente pejorativa. Um fato emblemático que pode muito bem esclarecer a situação ocorrida no Brasil por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987, indica o caráter conservador dos que refutam um papel mais ativo do judiciário em questões constitucionais: *Foi no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que teve como relator o Deputado Plínio de Arruda Sampaio, do PT-SP, que se iniciou o debate sobre o papel e a competência da Corte Suprema na nova Constituição do País. O primeiro Relatório apresentado por Plínio de Arruda Sampaio, que incorporava, inclusive a posição do Partido dos Trabalhadores quanto ao tema, instituiu a Corte Constitucional – dedicada a questões constitucionais – e o Superior Tribunal de Justiça, que*

conservadorismo-liberalismo, talvez fosse melhor, para atender ao rigor da teoria política, estabelecer a dicotomia república-democracia, de modo que fosse possível dizer que o controle judicial de constitucionalidade, no máximo, se aproximaria, politicamente falando, mais de uma perspectiva republicana, dado que, ao desejo cada vez mais insaciável das massas, propiciado pela democracia, pode-se contrapor à vontade moderadora da república: na frugalidade virtuosa da república, a democracia gananciosa encontra o seu “superego” (RIBEIRO, 2017, p. 24–34). Entretanto, essa oposição parece hoje não fazer muito sentido diante das fronteiras borradas entre ambas, já que, tanto república quanto democracia, ao lado do liberalismo e do socialismo, compõem, como já dissemos alhures, a chamada “boa política” (RIBEIRO, 2017), de sorte que o caminho adequado é conciliar esses quatro elementos, sendo que qualquer contraposição radical e insuperável entre esses termos não é aconselhável. Mas o objetivo, reiterar-se, é

incorporaria as demais atribuições do STF. Este primeiro relatório seguia, neste sentido, as orientações dos Anteprojetos de José Afonso [da Silva] e da Comissão Arinos. A reação contrária da maioria conservadora no âmbito da Subcomissão foi imediata. O Deputado Adolfo Oliveira, do PL-RJ, registrou “o desassossego na magistratura brasileira em todos os seus escalões, em face do simples anúncio destas propostas”. Invocando a “tradição positivista do nosso direito” e lamentando o fim da “garantia sagrada do princípio da vitaliciedade no direito brasileiro”, o Deputado Paes Landim, do PFL-PI, manifestou veementemente sua discordância. A estratégia adotada pelo relator, em face das reações contrárias, foi incorporar as sugestões apresentadas pelo Senador Maurício Corrêa, do PDT-DF, e pelo Deputado Michel Temer, do PMDB-SP, no sentido de reduzir as atribuições do Supremo Tribunal Federal, que seriam transferidas, como desejava Plínio de Arruda Sampaio, para o novo Superior Tribunal de Justiça, mantendo-se o Supremo Tribunal Federal, mas com atribuições de Corte Constitucional. Esta proposta foi aprovada e passou a integrar o Relatório da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, cujo relator foi o Deputado Egídio Ferreira Lima, do PMDB-PE. Da mesma forma como ocorrera em relação à comissão de Estudos Constitucionais, a pressão do Judiciário e a ação coordenada dos membros do Supremo logo se fizeram sentir no âmbito da Assembleia Constituinte. O segundo substitutivo do Relator, apresentado em setembro de 1987, revelava, ainda que parcialmente, o resultado dessa pressão: como na Constituição anterior, o STF continuaria a ser integrado por onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal. A vitória foi apenas parcial. Ainda que não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional [como desejavam os comunitários], foi-lhe atribuída a função de guardião da Constituição e parte de suas antigas atribuições foi transferida para o novo Superior Tribunal de Justiça (CITTADINO, 2009, p. 60–62). Esse “desassossego”, de fato, “se justifica”, na medida em que, no decorrer de mais de trinta anos da Constituição de 1988, pautas favoráveis à união, à paternidade e maternidade homoafetivas, ao nome social, à inclusão de dependentes de união homoafetiva no imposto de renda, à pensão por morte ao cônjuge homoafetivo, à doação de sangue dos homossexuais, à criminalização da homofobia, às ações afirmativas, ou seja, direitos em que liberdade e igualdade estão tão matizados que é difícil dizer o que é um e o que é outro, só se tornaram realidade em um país flagrantemente autoritário, preconceituoso, homofóbico, racista, sexista e xenófobo, por meio do protagonismo judicial, por meio de um poder da república reputado altamente conservador, aplicando diretamente as disposições constitucionais, vale dizer, o reconhecimento desses direitos de índole eminentemente liberal, não se deram mediante as vias, digamos, convencionais, no caso legislativas, que, não raro, fizeram tábula rasa de tais reivindicações (“CCJ analisa seis indicações de autoridades ao Conselho Nacional do Ministério Público – 25/8/2021”, 2021). Algumas outras medidas de efetivação de direitos foram tomadas por meio do legislativo, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Desarmamento, a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, os quais, apesar de vozes isoladas do campo conservador, tratam de matérias que não são muito polêmicas do ponto de vista moral.

justificar democraticamente, e não republicanamente, o controle judicial de constitucionalidade das leis. Tudo bem que não é exatamente a preponderância ou não do conservadorismo que Waldron critica. Ele não critica se o resultado da decisão tomada verga para esta ou para aquela tendência política, ou se o conteúdo é, em si, bom ou ruim, justo ou injusto. Waldron se preocupa com o mecanismo pelo qual a decisão para solucionar o desacordo foi tomada. Ele, fiel ao positivismo normativo do direito e empenhado em conciliá-lo à teoria democrática, se preocupa com a forma, e não com o conteúdo, por meio da qual a norma foi alcançada, para que a autoridade do direito não dependa dos méritos morais para sua validade. A autoridade do direito, que Waldron compatibiliza com a teoria da democracia, se justifica exclusivamente pelo procedimento político a que deve obedecer a legislatura na elaboração das leis. É dizer, o fundamento de legitimidade democrática das leis aprovadas pela maioria parlamentar (para que esta não seja considerada tão arbitrária quanto o sorteio, por exemplo) se encontra nas formas procedimentais do processo legislativo (os meios é que qualificam os fins), que empresta equidade e razoabilidade ao resultado final da deliberação parlamentar.

Eis a razão de o procedimento de tomada de decisão por maioria importar bastante para Waldron nas circunstâncias da política, pois assim é possível realizar o matrimônio entre o positivismo jurídico normativo e o aspecto democrático do direito, pelo qual o conteúdo da norma em si não terá relevância para se saber se o resultado será bom ou ruim, justo ou injusto, e o procedimento legislativo de tomada de decisão é um valor em si mesmo (KAVANAGH, 2003, p. 462–464). Tem-se a impressão, pois, de que as hostilidades, digamos assim, entre Jeremy Waldron e os defensores da revisão judicial só aumentam, na medida em que a diferença também é metodológica. O primeiro impermeabiliza o resultado do procedimento de tomada de decisão política, no caso, a lei, de valorações morais, invocando a tese da separabilidade entre direito e moral. Os segundos insistem na incidência dos valores morais, ainda que seja aquela moral deduzida objetivamente dos textos constitucionais como critério de averiguação de validade do resultado tomado pela decisão majoritária. Portanto, a diferença que Waldron tem com o constitucionalismo não é, reitere-se, quando as constituições concebem as instituições ou organizam, estruturam e dividem o poder. Nessa parte das cartas constitucionais, ele não tem muito do que reclamar. O problema mesmo é como os direitos fundamentais são definidos. Vale dizer, então, que o problema logicamente não diz respeito aos direitos

fundamentais em si, mas à forma com que se lida com eles no momento em que eles são estabelecidos. Há uma inegável simpatia e uma estreita afinidade com a causa dos direitos fundamentais, cuja atenção e cuidado, cujo conteúdo e extensão, no entanto, devem ser dados, não pelo judiciário, e sim pelo legislativo. O fato, portanto, de eles ficarem entrincheirados na declaração de direitos das cartas constitucionais subtrai a tarefa de fixar o conteúdo e a extensão dos direitos fundamentais do debate político ordinário. A cristalização dos direitos fundamentais e a imunização deles ao debate político trazem outro problema metodológico à concepção positivista de Waldron, pois, à luz do constitucionalismo hegemônico, as leis precisam passar pelo crivo judicial em relação ao seu conteúdo, com o que Waldron não concorda.

3.2 A IGUALDADE POLÍTICA

No constitucionalismo moderno, o sistema de controle judicial de constitucionalidade acaba, de acordo com seus críticos, privilegiando os juízes e os colocando em um patamar acima dos demais agentes políticos, dando a entender que eles são os detentores de uma superioridade moral, intelectual e política. O valor de face das ações jurisdicionais fica sobrevalorizado perante o valor de face das ações políticas, o que conseqüentemente leva ao desprezo por tudo aquilo que a política implica, prejudica sensivelmente o modo clássico que só ela tem para lidar com os desacordos morais e confisca o poder dos representantes do povo. Esta é, pois, a posição ocupada por Jeremy Waldron no estado da arte envolvendo a jurisdição constitucional, a qual, por outro lado, é questionada pela nossa proposta de pesquisa, e que também revela muito o juízo que Waldron faz da constituição, do constitucionalismo e do direito constitucional.

Com efeito, sabe-se que a ideia fundamental e básica do constitucionalismo que se tem desde o início, extraída da tradição liberal, é a limitação (ou, de uma forma mais atualizada, o controle) do poder político do Estado. Ela foi levada a efeito por meio da separação vertical (união, estados e municípios) e horizontal (legislativo, executivo e judiciário) dos poderes que, estruturados em instituições com diferentes atribuições, esta separação demarca as funções de cada um deles, sendo que, ao mesmo tempo, por meio da declaração de um rol de direitos fundamentais, surge a proteção do indivíduo dos eventuais abusos que podem ser perpetrados pelo exercício desse poder político, fechando-se o círculo onde se encontra o esquema de controle do poder político do Estado nos tempos modernos. A política que tende a representar

a vontade da maioria é, portanto, disciplinada e canalizada em uma constituição escrita e promulgada por uma assembleia especificamente designada para tanto. A constituição, ressalte-se, se manifesta por um documento aprovado por uma supermaioria qualificada pelas circunstâncias de um determinado e, não raro, dramático contexto histórico, marcado por uma profunda e extensa comoção política, social e econômica. A constituição traduz, pois, “as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado” que, em torno dessa comoção, tem o condão de permear, pela deliberação e pela instituição da nova ordem constitucional, jurídica e política, “as normas e princípios que regulam as suas próprias relações” (CITTADINO, 2009, p. 199), embora ela tome, para si, termos linguísticos e expressões semanticamente abertas e sujeitas a uma valoração, a uma interpretação e a uma leitura moral (de moralidade política) do seu significado e alcance, de modo que o constituinte originário permite, melhor dizendo, obriga ao intérprete que proceda à sua atualização constante por meio desse desafiador processo interpretativo de suas normas (DWORKIN, 1996, 1997).

Apesar dos elementos políticos e históricos, constatou-se à exaustão que Waldron é hábil na conciliação do positivismo jurídico, de vertente normativa, com a teoria da democracia, haja vista que ele aposta no fato de que a obrigatoriedade das normas jurídicas se assenta nas circunstâncias da política, nas quais se reconhece a existência de desacordos morais e políticos amplos, profundos e persistentes nas sociedades contemporâneas e nas quais também todos percebem a necessidade de se encontrarem meios para resolver esses desacordos. Em razão, pois, de tais desacordos morais amplos, profundos e persistentes dizerem respeito a direitos, princípios, valores e bem-estar, Waldron defende que, para as decisões terem mais legitimidade e mais fidelidade na sua observação por parte dos indivíduos na sociedade, ou seja, para essas decisões políticas não serem por todos consideradas arbitrárias, o melhor caminho a se escolher é o da legislação. É na prática legislativa, para cuja elaboração se faz necessário reunir um certo número considerável de membros, que se torna possível vislumbrar o modelo ideal de tomada de decisão que mais se aproxima dos propósitos democráticos, na medida em que, por sua própria natureza, ela é capaz de incorporar os desacordos morais e políticos e de organizar as discussões em torno das questões políticas e morais e adotar o procedimento adequado de tomada de decisão para a solução dessas discrepâncias. É, pois, na prática legislativa que encontramos o *locus* apropriado para resolver questões relativas aos direitos, aos princípios, aos

valores e ao bem-estar. É ali que as chances de se encontrar a resposta condizente com os anseios democráticos, sobretudo por causa da forma, da composição, da estruturação e da organização do ambiente parlamentar, são maiores. Em outros termos, é nas circunstâncias da política, ou seja, na inegável presença de desacordos e na consciência de que eles precisam ser resolvidos conjuntamente, que se conclui que é nas assembleias representativas, é no procedimento parlamentar de tomada de decisão, que se reafirma o caráter normativo do direito. Não é, por assim dizer, do conteúdo específico ou do mérito moral ou axiológico de cada norma que nasce a normatividade jurídica, mas da complexa sequência de atos e fatos produzidos na e pela elaboração legislativa. É, portanto, o processo legislativo o mecanismo em cujo funcionamento os indivíduos são tratados com igual respeito e consideração, ao longo do qual todos participam, ainda que seja indiretamente, onde cada indivíduo tem voz e vez e onde o som de suas reivindicações pode ser repercutido de igual para igual, embora muitas vezes elas não sejam acatadas (WALDRON, 1999a, p. 33–42; 88–118). Entre todas essas motivações anteriormente delineadas por Waldron, que são mais do que suficientes para dar boas razões aos que refutam o caráter democrático do *judicial review*, a verdade é que uma se sobressai como elemento fundamental da filosofia de Jeremy Waldron, tornando-a propícia a gerar argumentos consistentes em favor da dignidade da legislação e da legislatura e que tem a ver também com a legitimidade democrática e com a autoridade do direito: trata-se da igualdade política.

Consequentemente, toda aquela cultura constitucional citada acima está alheia ao panorama pintado por ele, sobretudo a relação da cultura constitucional com a igualdade política que pode ser considerada, senão o principal, um dos principais alicerces do pensamento político-filosófico de Jeremy Waldron, a partir do qual outros argumentos, razões e fundamentos estruturam o amplo arcabouço teórico e o poderoso arsenal filosófico utilizados, criticamente, contra a atuação constitucional dos juízes diante do processo democrático. Tal conclusão pode ser perfeitamente extraída do capítulo 02, denominado “A essência do argumento contra o controle judicial de constitucionalidade”, incluído na coletânea de artigos em espanhol, cujo título é bem sugestivo, “Contra o governo dos juízes: vantagens e desvantagens de tomar decisões por maioria no Congresso e nos tribunais” (WALDRON, 2018, p. 55 e 124). Nesse fragmento, ele ratifica que a igualdade política é de fundamental importância

para afinar o discurso contra a prática da revisão judicial, asseverando, exatamente, que: “ao privilegiar o voto majoritário de um pequeno número de juízes não eleitos e que não prestam contas, o controle judicial priva os cidadãos comuns de seus direitos e despreza os princípios da representação e da igualdade política na solução final das questões sobre direitos” (WALDRON, 2018, p. 60).

Aliás, à conclusão de que é a igualdade o núcleo duro em torno do qual orbitam outros argumentos de Waldron, também se chega seguindo o seguinte raciocínio traçado em um cenário de crítica: a) embora argumentos waldronianos se baseiem em valores democráticos, eles também se baseiam em direitos, de modo que ele leva tão a sério a questão dos direitos que considera um erro grave entrincheirá-los em uma declaração no texto constitucional e deixá-los sob tutela de juízes não-eleitos, o que, via de regra, acaba contribuindo para a erosão dos valores da autonomia e da responsabilidade individuais, pois o “direitos dos direitos” é a participação política; b) por isso é que a resposta aos desacordos morais e políticos é dada por uma função orientada pelo procedimento e não por uma função orientada pelo resultado, já que este é inviável para nós, na medida em que não sabemos quais são os resultados justamente porque discordamos sobre eles: a única alternativa para considerar a autoridade política como boa ou ruim é basear-se somente na escolha de bons procedimentos, pelo que Waldron se coloca contra a ideia de condição instrumentalista da política para um bom governo; c) razão pela qual a garantia do primado democrático da legislação está na isonomia do peso atribuído às opiniões carreadas para o bojo do processo legislativo, ou seja, está no método mediante o qual todos os cidadãos terão direito a participar em pé de igualdade uns com os outros e terão a sua voz ouvida no procedimento de tomada de decisão, de modo que todo resultado da decisão política que negue a dignidade da participação popular ou prive os indivíduos de nela influenciar é injusta e um insulto ao cidadão que deve ser tratado com igual respeito e consideração (KAVANAGH, 2003, p. 452–453). Trocando em miúdos, ao conceder o poder de revogar leis democraticamente outorgadas pelos representantes do povo, o viés aristocrático dos juízes no exercício da jurisdição constitucional acaba falando mais alto e sabotando o avanço democrático. Sendo assim, a reflexão em defesa do sistema de controle judicial das leis em face da constituição não pode deixar de lado um dos principais pilares, senão o principal, da estrutura argumentativa erigida por Waldron.

A força de contenção popular promovida pelo controle constitucional das leis levanta a suspeita de que poderia ter até existido, em relação às decisões constitucionais que optaram pela revisão judicial, a intenção deliberada dos constituintes em confiar o controle de constitucionalidade aos juízes para retirar o poder do povo e privá-lo do processo de tomada de decisão política e, com isso, arrefecer os ânimos exaltados, fugazes e transitórios da patuleia, que, em uma perspectiva conservadora (para não dizer reacionária), mudam ao sabor das circunstâncias e são capazes de causar instabilidade política e institucional a todo momento, o que seria nefasto, até mesmo para as maiorias de ocasião. Aliás, o ponto de vista de que o controle jurisdicional de constitucionalidade encerra em si a reação conservadora diante de pautas vinculadas ao progresso social é reforçado, até com certa razão, quando se mencionam as decisões da Suprema Corte Americana da Era Lochner, o que colaborou muito com a formação dessa visão. Ademais, assumir a alternativa de conceder ao judiciário o poder de anular as leis violaria a igualdade política de participação do indivíduo, razão pela qual também se estaria violando um princípio de justiça, até porque, segundo Waldron, a decisão tomada por um órgão de que o povo não participa em pé de igualdade com seus pares, naturalmente, é arbitrária e irracional, ainda que a decisão seja, digamos, correta (KAVANAGH, 2003, p. 457; WALDRON, 1993, p. 50). A igualdade política é, portanto, relevante para a filosofia de Waldron na construção de seus juízos negativos sobre o controle judicial de constitucionalidade, dado que ela permeia todo o procedimento de tomada de decisão majoritária, quando e onde as questões relativas aos direitos, aos princípios, aos valores e ao bem-estar serão enfim definidas.

Percebam que o igualitarismo procedimental de Waldron se distingue da igual consideração dos interesses das pessoas de Dworkin: esta última é orientada pelo resultado, haja vista que ela exige que as instituições sejam propensas a respeitar igualmente os interesses das pessoas, concentrando-se no resultado das decisões políticas, em vez de se referir ao momento inicial em que elas se dão, no qual Waldron, a seu turno, se concentra (KAVANAGH, 2003, p. 453). Dessa maneira, a representatividade popular proporcionada pela igualdade política define, em nome do povo, quais realmente são os nossos direitos, uma vez que, em razão dos desacordos, não temos como saber, aprioristicamente, quais são eles (KAVANAGH, 2003, p. 453–454). A atenção de Waldron com a igualdade política também pode ser reiterada quando ele se detém diante do problema denominado tirania da maioria e diante do que pode

ser aplicado para corrigir tal distorção. É claro que, em se tratando de democracia, algumas questões prévias precisam ser melhor avaliadas para que os preceitos democráticos não fiquem comprometidos e que futuramente o fenômeno de uma tirania baseada na maioria ocorra. As questões prévias podem se relacionar com a forma pela qual a democracia deve ser constituída, com a forma pela qual o sistema representativo deve ser tratado e com a forma pela qual devem ser as diferentes exigências democráticas para cada um dos agentes públicos (se somente o chefe do executivo e os parlamentares devem ser eleitos ou se, por exemplo, os juízes e os membros do ministério público também deveriam se submeter ao escrutínio das urnas). Questões sobre os requisitos mínimos para que alguém seja eleitor, sobre a salvaguarda para que a liberdade dele, ao votar, seja preservada ao máximo, ou seja, questões sobre os mecanismos de proteção e de precaução tendentes a evitar que a integridade do processo eleitoral não seja violada, também devem compor essa base de preocupação ao se esboçar o desenho de determinado Estado democrático que se quer adotar. Assim, todas essas questões preliminares têm por princípio central a igualdade política, fundamento da democracia que deve ser assegurado e implementado. Sem a sua solução prévia, há o perigo de se incorrer no abuso do poder econômico, religioso, ideológico e político, maculando a vontade popular, prejudicando os ditames democráticos básicos e levando, daí sim, à tão propalada tirania da maioria (WALDRON, 2016, p. 36–37).

Com vistas, portanto, à igualdade, é que pretendemos discutir este ponto do capítulo. Sendo assim, analisarei primeiro, de um modo mais geral, a questão da igualdade política e depois, dando contornos mais específicos ao tema, examinarei o tratamento dado a ela por Jeremy Waldron. Em suma, depois de melhor definir e delimitar esse elemento teórico primordial ao pensamento de Waldron na crítica levada a efeito contra a atuação dos juízes, ficarão mais acessíveis a leitura, a interpretação e a compreensão do itinerário por onde os demais argumentos de Waldron transitam. Assim, o quadro de exposição e de análise dos argumentos de Waldron será feito, inicialmente, com a questão da igualdade política, tido por trunfo fundamental de seu pensamento em relação ao método legislativo para solução dos desacordos morais na sociedade contemporânea, conforme já enfatizamos, caracterizada pela dinâmica do pluralismo e, depois, desdobrar-se-á na averiguação de outro elemento argumentativo que, em boa medida, está ligado à questão da igualdade e que corrobora e, de

certo modo, fecha o círculo da estrutura crítica por ele elaborado: o caráter contrademocrático da revisão judicial.

3.2.1 Sobre a igualdade

Considerando o significado que o tema da igualdade ostenta na doutrina política de Waldron, e na medida em que a prática do *judicial review*, segundo ele, resulta na violação desse valor, é conveniente tratá-la de uma perspectiva geral para, então, discorrer sobre ela de uma forma específica. Nessa linha, a oportunidade de ressaltar a igualdade é imperiosa, pois as diversas teorias sobre justiça, sobretudo a partir de John Rawls (RAWLS, 1997), passando por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002b), Amartya Sen (SEN, 2001) e Thomas Nagel (NAGEL, 2009), até chegar a Thomas Scanlon (SCANLON, 2018), para ficarmos nos exemplos bem recentes, parecem apresentar como característica básica a igualdade. A elas estaríamos também autorizados a incluir as teorias que, a rigor, contestam a justiça distributiva: em especial, a de Robert Nozick que, mesmo não reivindicando qualquer tipo de igualdade de utilidade ou igualdade das parcelas, reivindica, digamos, uma igualdade formal (NOZICK, 2013). O objetivo, porém, é afirmar que a igualdade é questão filosófica tão importante para os ideais e para as ideias da política que sempre se exigirá espaço para ela nas considerações e nas diversas reflexões sobre a criação e a existência de uma sociedade justa e bem ordenada, a despeito tanto das inúmeras teorias sobre a justiça até agora elaboradas, quanto das que porventura vierem a ser formuladas daqui para frente. Outrossim, também não existem motivos para excluir, ainda que a menção a ela seja com fins ilustrativos, a filosofia utilitarista, que põe sua ênfase nas questões de ganhos e perdas, o que expõe, em última análise, aquele igualitarismo oculto bastante central em todo exercício utilitarista, na medida em que é justamente esta característica igualitária que se relaciona com o princípio fundamental do utilitarismo que é dar igual peso aos interesses iguais de todas as partes ou atribuir o mesmo peso aos interesses de todos os indivíduos (SEN, 2001, p. 44–45). Na verdade, o problema da igualdade é tão premente – principalmente para Jeremy Waldron, a mim me parece – que, até mesmo para os que a combatem, uma hora ou outra, acabam se deparando com ela e, mesmo que lhe nutram alguma antipatia, não se pode deixá-la de lado ou deixar de fazer uso dela, no momento (ou no espaço) em que se vai aplicar qualquer uma das teorias a ela relacionada; toda teoria de justiça que se

preze, cedo ou tarde, há de enfrentar a questão da igualdade, por mais anti-igualitária que tal teoria pretenda ser (SEN, 2001, p. 46–47).

Não é para menos que as especulações ao redor da igualdade também resultem no envolvimento da própria discussão sobre justiça, ao lado da qual, aliás, aquela sempre está figurando. No entanto, a ideia de a igualdade fazer as vezes da justiça²⁶, embora Aristóteles²⁷ tenha identificado uma distinção relevante dentro da concepção de igualdade, não é nova. Ao contrário, a sistemática aproximação entre elas e a extraordinária relevância que ambas, reiteradas vezes, tiveram para a Filosofia, para a Política e para o Direito, já vêm desde a Antiguidade, conforme bem apregoa Giorgio Del Vecchio:

²⁶ Porém, foi Aristóteles, ao tratar da justiça, quem primeiro se debruçou, detidamente, sobre o problema da igualdade, do ponto de vista filosófico, e cuja doutrina acerca do tema até hoje é referência irrenunciável tanto para o plano do pensamento quanto para o aspecto prático. O capítulo V, da sua *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 1991, p. 96–123), já enunciava a complexidade do conceito de justiça à luz da igualdade. Aliás, podemos vislumbrar, neste trecho da obra, que a justiça comutativa ou aritmética seria aquela em que os bens poderiam ser partilhados, considerando apenas dois elementos na equação a serem ponderados: o bem ou ônus que será distribuído e as pessoas que irão recebê-lo. Esse tipo de justiça tem aplicação simples por não suscitar muitas dúvidas na averiguação e no cálculo daqueles elementos. É também de comum incidência nas relações horizontais, é dizer, nas relações entre os particulares, já que tem a ver com o valor e a quantidade das coisas. A justiça distributiva ou geométrica, a seu turno, se diferencia da primeira pela complexidade que a enseja. A justiça é geométrica, visto que, além dos dois elementos iniciais, um outro elemento foi incluído na equação: uma justificação moral. Aqui, portanto, a tarefa não é a de simples cálculo como na justiça comutativa. A decisão de dar mais a um e menos a outro deverá ser encontrada e ancorada na análise do melhor argumento. Ou seja, quem, ao oferecer os seus argumentos, conseguir convencer o encarregado da distribuição dos benefícios, ou dos bônus, e dos sacrifícios, ou dos ônus, de que é merecedor de um quinhão maior ou menor, dependendo do que se divide, tem maior probabilidade de vencer a disputa. É aí, pois, que entra em cena a política, como campo apropriado ao debate para se saber quem terá acesso a um maior espaço e influência no resultado das discussões públicas ou dos bens produzidos pela sociedade, bem como do cumprimento de obrigações ou deveres. Eis a razão pela qual a justiça distributiva, ao contrário da comutativa ou aritmética, se aproxima mais das relações verticais, ou melhor, entre o poder público (no caso, o árbitro por nós escolhido) e o súdito, e tem mais a ver com o mérito e o demérito das pessoas (BOBBIO, 2000, p. 117).

²⁷ Interessante notar que Thomas Hobbes, no *Leviatã* (HOBBS, 2003, p. 129–130), retoma aqueles dois conceitos aristotélicos sobre justiça e igualdade, preconizando que: *Os autores dividem a justiça das ações em comutativa e distributiva, e dizem que a primeira consiste numa proporção aritmética, e a segunda, numa proporção geométrica. Assim, a justiça comutativa é por eles atribuída à igualdade de valor das coisas que são objeto de contrato, e a justiça distributiva à distribuição de benefícios iguais a pessoas de mérito igual – como se fosse injustiça vender mais caro do que se comprou, ou dar a um homem mais do que ele merece. [...] a justiça comutativa é a justiça de um contratante, ou seja, o cumprimento dos pactos [...] E a justiça distributiva é a justiça de um árbitro, isto é, o ato de definir o que é justo. Por essa razão (como merecedor da confiança dos que o escolheram como árbitro), se ele corresponder a essa confiança, se diz que distribui a cada um o que lhe é devido. Com efeito, esta é uma distribuição justa, e pode ser chamada (embora impropriamente) de justiça distributiva. Mais próprio seria chamar-lhe equidade, a qual é também uma lei de natureza, conforme se mostrará no lugar oportuno.* Thomas Hobbes, como se pôde perceber, só faz uma ressalva para retificar o que, na visão dele, está equivocado, ou seja, ao invés de chamarmos de justiça “distributiva”, devemos nomeá-la de “equidade”.

Quando alguém começa a refletir sobre a ideia de justiça, a fim de descobrir sua essência, a ideia que imediatamente lhe vem à cabeça é a de igualdade. Pitágoras, o mais antigo dos filósofos a investigar esse problema, definiu a justiça como igualdade. A igualdade deveria manifestar-se concretamente na retribuição igualitária, de igual para igual. Mas é fácil entender a inadequação dessa definição, uma inadequação que, de fato, já fora percebida lá mesmo na Antiguidade. É público e notório que Aristóteles, embora tenha partido da teoria pitagórica, introduziu uma importante distinção. Ele ensinou que há um tipo de justiça que se aplica, de forma específica, aos contratos, e exige uma equivalência nas obrigações assumidas pelas partes contratantes. Mas há também um outro tipo de justiça, a justiça distributiva, que leva em consideração a “dignidade” ou o mérito das pessoas envolvidas, e exige que cada um seja tratado de forma diferente, na proporção de e em correspondência a tais méritos (VECCHIO, 1966, p. 36).

A temática sobre a igualdade política já era, portanto, objeto de intensa crispação entre os filósofos gregos (ARISTÓTELES, 1985, 1991; PLATÃO, 2001). Para eles, a dúvida que, desde então, já se impunha e o eixo da indagação filosófica sobre o tema não poderiam ser resumidos senão nestes termos: são os homens iguais ou desiguais por natureza?

Examinemos a mitologia grega. Nela também foi notável a preocupação com a igualdade *lato sensu*, o que determinou seu espraiamento para o âmbito da política, como se pôde observar e constatar pela pena de Platão. Ele relata que, conquanto os estivessem dotados da sabedoria das artes e da utilidade do fogo, os homens ainda permaneciam imersos nas dificuldades para sobreviver e conviver em comunidade, haja vista que, isolados uns dos outros, lhes faltava a sabedoria política, não usufruindo, pois, das habilidades suficientes para se reunirem em grupo e para se manterem em sociedade (PLATÃO, 2001, p. 66–67). Apenas Zeus possuía tais virtudes, cuja posse, todavia, Prometeu não teve êxito de acessar, quando da violação das regras divinas, em razão da ferocidade das sentinelas da Acrópole e por ser proibido de nela entrar. Mesmo assim, Zeus comoveu-se com a desventura dos homens que, errantes, andavam sobre a terra, de sorte que determinou a Hermes que entregasse a eles as virtudes da política, é dizer, a justiça e o pudor, princípios ordenadores das cidades, e as distribuisse, obedecendo à mesma proporção, a cada um dos mortais. Essa justa distribuição igualitária em termos políticos era, portanto, diversa da que ocorrera com a distribuição da sabedoria para as artes e para a utilização do fogo, a qual foi, entre nós, desigualmente partilhada. Apesar desse ato de benevolência, Zeus estabeleceu uma condição: o homem que não for capaz do pudor e da justiça sofreria severamente a pena capital, dado que seria

considerado flagelo da sociedade. Neste cenário, a consequência prática da narração mítica é que, quando uma discussão é travada no campo das ciências, das artes e da técnica, só são chamados a intervir e a deliberar aqueles que detenham conhecimento específico da questão debatida, pois a “arte da sabedoria” e “do fogo” foram distribuídas somente para alguns apaniguados. Apenas poucos detêm tais privilégios: o médico, o ourives, o escultor, o músico e o poeta são paradigmas flagrantes desses atributos. Quando, porém, a deliberação é de índole política, para cujo resultado devem contar exclusivamente a “justiça” e a “temperança”, por possuírem tais virtudes, distribuídas de modo uniforme, todos são chamados a participar. Do contrário, a cidade jamais poderia prosperar (PLATÃO, 2002).

Apesar de a narrativa mitológica reverenciar a igualdade política, ainda que por obra de Platão, a verdade é que tanto para ele quanto para Aristóteles, bem como em toda a Idade Média, a regra era a de que os homens eram desiguais por natureza. Neste sentido, há quem alude que a tese da desigualdade entre os homens foi a que prevaleceu no mundo antigo, sendo ela que embasaria toda especulação política posterior. Neste sentido, Platão é o filósofo por excelência dessa desigualdade, na medida em que argumenta que eventos como, por exemplo, a guerra, a doença e a tempestade, ao oferecerem riscos e perigos, distinguem os fortes dos fracos, os sábios dos ignorantes, os corajosos dos covardes, os melhores dos piores, é dizer, os governantes dos governados, os especialistas dos apedeutas. Assim, essa desigualdade gerada pela própria natureza obrigava os homens a docilmente se submeter ao seu “salvador”, e essa submissão, portanto, decorria da própria natureza das coisas, em que uns, para o deleite do pensamento conservador, nasciam para comandar e outros para obedecer. Assim sendo, a força motriz dessa desigualdade estava na discriminação e na presunção orgulhosa do grego sobre o bárbaro, do senhor sobre o escravo e do nobre sobre o plebeu, de maneira que tal desigualdade natural redundava na enorme desigualdade social então vigente. O Cristianismo e a filosofia estoica, ainda na Antiguidade e no decorrer do Medievo, mesmo que mitigassem a influência da desigualdade natural propalada pelos gregos, não foram suficientes para superá-la (BONAVIDES, 2003, p. 210–211).

Pode-se afirmar, pois, que só foi então na Modernidade que a tese da igualdade entre homens e, de corolário, a da igualdade política entre os cidadãos, ou seja, de que todos somos iguais em direitos e em obrigações, surge, fortalece-se e se consolida. A contratase da

desigualdade baseada nas diferenças naturais apregoadas por Platão é refutada por Thomas Hobbes, eis que, mesmo reconhecendo-lhes a existência, para ele, não se justificam e não se legitimam a ponto de impor qualquer primazia ou privilégio, em termos políticos, de alguns homens em relação aos outros:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável, para que qualquer um possa, com base nela, reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo (HOBBS, 2003, p. 45).

Hobbes se convence, e nos convence, de que as desigualdades naturais, a exemplo da força física e da inteligência, são tão insignificantes, qualitativa e quantitativamente, que não credenciam a alguns homens prevalecerem sobre os demais. Ainda que concordemos com os antigos de que a natureza nos fez diferentes e que tal fenômeno justificaria a ascendência de uns sobre outros, a política, a convenção ou, melhor ainda, a lei têm o mérito de nos igualar para os propósitos a que elas visam, o de tornar a vida em sociedade possível e suportável. Neste aspecto, a base do pensamento waldroniano vinculado à igualdade política, ao que tudo indica, vem nessa esteira e, sobretudo, na esteira da filosofia arendtiana, dado que, nela, é cabível reivindicar a ideia de que, ao contrário dos gregos que viam a desigualdade como obra inexorável da natureza, caracterizando desse modo a concepção antiga de direito natural, e que tal realidade legitimava a proeminência de uns sobre os outros, como é o caso, por exemplo, da escravidão, Hannah Arendt²⁸ propugnava que, embora sejamos diferentes por natureza, é pela convenção, ou seja, por um estratagema eminentemente artificial e moralmente relevante do

²⁸ Se não, vejamos: Desde o tempo dos gregos, sabemos que a vida política altamente desenvolvida gera uma suspeita profunda em relação a essa esfera privada, um profundo ressentimento contra o incômodo milagre contido no fato de que cada um de nós é feito como é — único, singular, intransponível. Toda essa esfera do que é meramente dado, relegada à vida privada na sociedade civilizada, é uma permanente ameaça à esfera pública, porque a esfera pública é tão consistentemente baseada na lei da igualdade como a esfera privada é baseada na lei da distinção e da diferenciação universal. A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. Nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais e somente com os seus iguais (ARENDR, 2013, p. 18).

intelecto humano, que podemos perfeitamente ser tratados como iguais do ponto de vista político²⁹. Cabe destacar, nessa linha de pensamento, que o conceito de justiça como igualdade tem no direito, à luz do pensamento de Hannah Arendt anteriormente mencionado, uma de suas mais contundentes manifestações, haja vista que é por meio dele que se torna possível corrigir tanto as desigualdades naturais quanto as sociais. Ou seja, um sistema jurídico que se preze deve sim proteger os fracos dos fortes, os pobres dos ricos e o oprimido do opressor, mediante a imposição de certas medidas que impeçam a inércia e a indiferença para com os vulneráveis, de modo que lhes dê um igual tratamento, tendo em vista alguns critérios previamente estabelecidos (trabalho, mérito, necessidade, idade, deficiências etc.). A igualdade é, agora, um artifício engendrado pela política e pelo direito (WALDRON, 2010, p. 18).

Ademais, foi na era contemporânea que a igualdade foi promovida de *status*, figurando na condição de valor fundamental, digamos assim, pela sua “positivação” (PUFENDORF, 2003), sobretudo em razão do marco legal consignado no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789: “Art. 1.º Os homens nascem e são *livres e iguais* em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum³⁰”. Reparem, todavia, que aquele raciocínio de Arendt desautoriza o direito natural, que afirma que todos nascem livres e iguais, e embasa a poderosa opinião de Waldron de que os direitos fundamentais, entre eles os que se relacionam, portanto, com a igualdade e com a liberdade, devem ser fruto da deliberação humana, e não se apoiar em algo dado pela natureza³¹.

²⁹ Nesta mesma linha de raciocínio, mas em relação ao “bom senso” como capacidade inata de fazer juízos de valor sobre as coisas, René Descartes escreve que: O bom senso é a coisa que foi, no mundo, melhor partilhada entre as pessoas; pois todos pensam que estão tão bem providos disso que mesmo aqueles que são mais difíceis de agradar em todas as outras coisas não têm o hábito de querer mais do que têm. Em que não é provável que todos estejam errados: mas antes testemunha que o poder de julgar bem e de distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama de bom senso ou razão, é naturalmente igual em todos os homens; e assim a diversidade de nossas opiniões não vem do fato de que algumas são mais razoáveis que outras, mas apenas do fato de conduzirmos nossos pensamentos por vários caminhos e não considerarmos as mesmas coisas. Porque não basta ter uma boa mente, mas o principal é aplicá-la bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios assim como das maiores virtudes; e aqueles que andam muito devagar podem avançar muito mais, se seguirem sempre o caminho reto, do que aqueles que correm e se desviam dele (DESCARTES, 1987, p. 01–02).

³⁰ Esta última parte, talvez, poderia muito bem ter servido de inspiração para o já aqui aludido “princípio da diferença” de John Rawls, segundo o qual *as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que ambas [sejam] (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos, ou seja, vantagens para todos, abertas a todos* (RAWLS, 1997, p. 64).

³¹ Só fazendo aqui um adendo, que, a propósito, é bastante esclarecedor em termos de filosofia do direito e de filosofia política: a teoria interpretativa do direito de Dworkin é radicalmente inovadora na medida em que ela

Só que a posição da liberdade e da igualdade logo ali no artigo primeiro denota um valor simbólico eloquente para o alvorecer de um novo momento da história universal, proporcionando as diretivas ao período que então começava. É digno de nota também o fato de que Jean-Jacques Rousseau, na Modernidade, além de ser a fonte de inspiração do constitucionalismo revolucionário francês (STRECK, 2019, p. 49; STRECK; MORAIS, 2014, p. 51), é considerado o primeiro filósofo da igualdade radical. Na verdade, é com ele e com os socialistas utópicos que a igualdade, como valor, ascende de posição e atinge o patamar de uma dignidade eminentemente filosófica. Até ali, desde os estoicos, passando pelos cristãos primitivos e chegando à Reforma Protestante, tinha ela um simples caráter político, é verdade, mas apenas com apelo emotivo:

Certamente, uma das máximas políticas mais carregadas de significado emotivo é a que proclama a igualdade de todos os homens, cuja formulação mais correta é a seguinte: ‘Todos os homens são (ou nascem) iguais’. Essa máxima corre e percorre dentro do amplo arco de todo o pensamento político

não se vincula às proposições do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. Na verdade, trata-se de um terceiro fenômeno que reveste o Direito com outra roupagem: a interpretativa. Assim, o direito não é algo naturalmente dado (jusnaturalismo) nem tampouco algo puramente convencionado (juspositivismo) (BUSTAMANTE, 2018, p. 21). Ele resulta do saber histórica e intersubjetivamente compartilhado e que se manifesta em uma dimensão prática de cunho essencialmente interpretativo. Quanto ao positivismo jurídico, Dworkin opõe-se a suas premissas, pois o direito não se restringe a um conjunto de regras: existem outros padrões normativos operando na prática jurídica. Ele observa que alguns fundamentos encontrados nas decisões jurídicas são extraídos da interpretação coerente do direito considerado como um todo. Essa tarefa acaba revelando a existência de um padrão normativo diferente da regra: no caso, o princípio. A identificação desse novo elemento enseja uma situação de conflito com as teses positivistas (DWORKIN, 2011, p. 402–403, 2014, p. 120). Em primeiro lugar, porque o princípio nem sempre poderia ser reconhecido por um teste de “pedigree”; em segundo lugar, porque ele é, não raro, determinante para a decisão judicial, mesmo para aqueles casos difíceis, naquelas áreas de penumbra em que há dúvidas consistentes sobre o significado e o alcance das regras jurídicas; e em terceiro lugar, porque a constatação da existência dos princípios também justificaria a existência de uma obrigação jurídica, mesmo onde não há uma regra clara e específica disciplinando o caso *sub judice* (DWORKIN, 2011, p. 402–403). Os princípios enunciam, por assim dizer, uma razão que conduz o argumento para esta ou aquela direção, possuindo duas dimensões: ajuste institucional (*fit*) e justiça substantiva (*value*) (DWORKIN, 2000a, p. 146–166). Sob o aspecto político, a identificação dos princípios como fundamento jurídico nos leva a afirmar que o juiz não está autorizado a decidir discricionariamente os casos em que não há regra aplicável, haja vista que, assim como as regras jurídicas, eles também vinculam os agentes públicos, devendo guiar suas decisões. Tal teoria, portanto, é incompatível com a discricionariedade do intérprete, ou com qualquer outra abertura para que ele introduza, como fundamentação da decisão, a sua própria preferência particular (DWORKIN, 2014, p. 159–169). Há nisso tudo uma exigência segundo a qual a decisão judicial, que expressa a coerção estatal, representa uma resposta correta, baseada na melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Dworkin, em última análise, quer construir uma teoria da decisão jurídica. De acordo com ele, existem maneiras corretas e maneiras incorretas de decidir questões jurídicas, de modo que se evidencia a inviabilidade de uma teoria do direito puramente descritiva, vale dizer, os argumentos jurídicos que compõem a teoria do direito são inevitavelmente normativos (DWORKIN, 2000a, p. 119–145, 2011, p. 88–96). Por fim, há a rejeição do relativismo moral por parte de Dworkin, pelo que há insistência na objetividade dos valores e na necessidade de dignidade e respeito como princípios fundamentais para guiar tanto a moralidade quanto o direito e a política (DWORKIN, 2011, p. 213–214).

ocidental, dos estoicos ao cristianismo primitivo, para renascer com novo vigor durante a Reforma, assume dignidade filosófica em Rousseau e nos socialistas utópicos e se expressa em forma de verdadeira e adequada regra jurídica nas declarações de direito, a partir do final do século XVIII até os dias de hoje (BOBBIO, 1995, p. 16–17).

Tanto é verdade – e não é à toa – que Rousseau, por dar colorações político-filosóficas à igualdade, tornando-a matéria-prima de vários movimentos revolucionários posteriores à sua época, é o mais odiado entre os odiados da História da Filosofia. Em uma de suas principais obras, ele, para salientar a igualdade, prefere discorrer sobre aquilo que lhe é contrário, a desigualdade. Com efeito, não satisfeito em apenas defender, com unhas e dentes, a igualdade inata a todos os homens, o genebrino é severamente cáustico contra a liberdade:

Porque ocorre à liberdade o mesmo que aos alimentos sólidos e suculentos, ou aos vinhos generosos, apropriados para nutrir e fortificar os temperamentos robustos a eles habituados, mas que prostram, arruinam e embriagam os fracos e delicados que não lhes são afeitos. Os povos, uma vez acostumados a senhores, já não têm condições de dispensá-los. Se tentam sacudir o jugo, afastam-se ainda mais da liberdade, pois tomando-a por uma liberdade desenfreada que lhes é oposta, suas revoluções quase sempre os entregam a sedutores que apenas agravam seus grilhões. O próprio povo romano, esse modelo de todos os povos livres, não foi apto para governar-se ao sair da opressão dos Tarquínios (ROUSSEAU, 1999, p. 137).

Ao contrário do ideal de justiça hobbesiano, segundo o qual o conceito de justiça se confunde com a imposição da ordem, para os que defendem a concepção igualitária de justiça, a mera imposição dessa ordem não é suficiente para o direito se estabelecer como justo, pois lhe falta a igualdade, aqui considerada como um direito natural fundamental. Com efeito, a balança e a espada como símbolo da justiça representam fielmente essa linha de raciocínio, pois, de um lado, esta última traduz a ordem preconizada por Hobbes, e aquela primeira, a igualdade defendida por Rousseau (BOBBIO, 2000, p. 197). Aliás, em antítese a essa igualdade radical de Rousseau, pode-se contrapor a inolvidável teoria da diferença de John Rawls, de acordo com a qual as desigualdades somente são justificadas se elas forem criadas para trazer – e somente se, de fato, trouxerem – o maior benefício possível para a classe social mais desprivilegiada, dando, por assim dizer, um certo tempero ao debate, pois procura justificar, como se fosse um paradoxo, o apelo à desigualdade em prol da igualdade (RAWLS, 1997, p. 64). Nesse passo, a desigualdade pode, portanto, ser útil à modulação da difícil tarefa de estabelecer uma comunidade bem ordenada com base na igualdade, de modo que “[esse]

princípio da diferença é a restrição imposta aos talentosos, depois de desfeito o monopólio da riqueza [...] Essa regulamentação será, necessariamente, dever do Estado, da mesma forma que as leis monetárias e agrárias o são” (WALZER, 2003, p. 17). As reflexões de Walzer sobre a igualdade, com efeito, têm inegavelmente pertinência com o tema tratado, pois levanta uma série de objeções ao tratamento que o senso comum e, até mesmo, a mais refinada filosofia concedem à igualdade. Walzer propõe duas categorias de desigualdades: a primeira relativa aos sujeitos que detêm os bens sociais considerados mais importantes, denominada de monopólio; e a segunda, aos bens valorizados, perseguidos e obtidos por estes sujeitos, sendo que a atenção dispensada a determinados bens se denomina predomínio. Enfim, o monopólio se liga aos sujeitos sociais, ao passo que o predomínio, aos bens sociais. Quase sempre há coincidência desses dois elementos: os que ocupam o topo da pirâmide social é quem invariavelmente detém aqueles bens mais valorizados pela sociedade. Dessa diferenciação, decorre outra classificação binária entre igualdade simples e igualdade complexa. A igualdade simples se resume a dividir todos os bens sociais, rigorosa e aritmeticamente, entre todos os membros da sociedade. Assim, por exemplo, se o dinheiro é o bem social que ocupa o topo das preferências sociais, uma divisão que leva em conta o sujeito repartirá todo o dinheiro existente em partes iguais a todos os integrantes dessa sociedade. Igualdade complexa, por outro lado, parte da premissa de que se devem compartimentar os bens sociais, isto é, separá-los em diversas categorias para que uma não sobrepuje às outras, de sorte que não haja, dessa forma, a interferência de uma sobre as outras ou que uma não avance sobre o espaço das outras. Isto é, Walzer, ao menos preliminarmente, não ataca, para haver uma igualdade, o monopólio (a primazia de um ou de alguns sujeitos sobre os outros), mas o predomínio (a primazia de certos bens sobre outros). Assim, ele preconiza, ademais, que quem detenha o monopólio do dinheiro, não invada o campo da política ou da cultura. Se tal fenômeno acontecer, mergulha-se na tirania. A igualdade complexa também tem o efeito de questionar – na medida em que, embora sejam muito utilizados, são insuficientes para abrigar uma política distributiva justa – os três principais critérios com os quais as teorias de justiça distributiva trabalham: o livre intercâmbio, o mérito e a necessidade. E por que são insuficientes? Justamente porque existem bens sociais que dependem única e exclusivamente da vontade e da decisão individual das pessoas e o dinheiro, a influência e a necessidade de outras pessoas ou de um poder central, digamos, neutro não podem entrar neste âmbito individual. As fronteiras entre os bens sociais relevantes devem, na

acepção do filósofo americano, ser rigorosamente respeitadas (WALZER, 2003, p. 01–38), é dizer: “[C]ada critério obedece à regra geral dentro de sua própria esfera, de modo que não terá lugar em outra e, por corolário, atribuem-se bens distintos para cada grupo por razões diferentes e de acordo com métodos específicos” (WALZER, 2003, p. 01–38).

Isto posto, o objetivo não foi só expor algumas correntes filosóficas e políticas empenhadas em defender os respectivos pontos de vista em torno do conceito de igualdade e a relação dela com outros valores. O objetivo foi deixar claras a relação e a importância que a igualdade tem, primeiro, para as reflexões políticas de Jeremy Waldron, sobretudo a noção de igualdade política, pela qual todos são iguais, justamente porque a capacidade de efetuar juízos de valor sobre o certo e errado se equivalem na esfera pública, desde que os desacordos sejam razoáveis e a discussão transcorra de boa-fé. E segundo, tendo em vista essa noção de Waldron sobre igualdade política, ressaltar a dificuldade democrática, que ele vislumbra, de conciliar democracia e o instituto do controle judicial de constitucionalidade das leis pelos juízes.

3.2.2 A solução dos desacordos morais pela política e a questão de igualdade

Ao se aplicar o raciocínio geral da igualdade à questão democrática, difícil não assumir a existência daquele forte teor simbólico, teórico e, acima de tudo, prático que ela implica. A igualdade, ao lado da liberdade (os dois direitos mais fundamentais entre os direitos fundamentais para o constitucionalismo contemporâneo, representados pelas duas expressões “livre” e “iguais”), possui na filosofia política papel fundamental na definição dos direitos e é, em grande medida, levada em alta consideração no processo de tomada de decisão política na solução dos desacordos morais. Ambas não são e não devem ser utilizadas para a elaboração de discursos vazios. Neste cenário, e seguindo a orientação de Waldron e a ênfase por ele dada à igualdade, é possível notar que, no contexto democrático, sobretudo no da democracia representativa, os agentes políticos eleitos pelo povo são recrutados dos variados segmentos sociais, cujas opiniões, desejos e valores estão, a todo instante, em conflito, e é necessário colocar tais disputas no lugar apropriado onde todos tenham condições de participar da solução desses desacordos. Com efeito, é vital que se coloquem as inúmeras tendências de opinião e reivindicações em igualdade de condições, para que sejam ouvidas e possam influenciar as decisões políticas com vistas a sanar os desacordos. A democracia representativa, pois, procura ecoar os inúmeros interesses e pontos de vistas de forma igualitária. Assim, o mandato

legislativo, a seu turno, traduz, e muito, a igualdade política, de modo que essa diversidade social – pelo menos em tese – terá igual voz e também será igualmente representada no local em que todos os pontos de vista sobre as matérias debatidas serão igualmente expostos e as decisões serão tomadas pelos representantes eleitos com um voto a que se atribui igual peso. É essa relação de igualdade que mantém perene a conexão entre representante e representado: conexão esta que possibilita ao parlamentar conhecer as angústias e as necessidades do cidadão, de maneira que se possa colocá-las na pauta de discussões, para que passem a compor a deliberação ali levada a efeito.

Mas atribuir igual peso às opiniões pode trazer um problema. Waldron é questionado se colocar todas as opiniões em um grande barril e sortear uma delas ou obedecer à vontade da maioria não satisfariam, do mesmo jeito, as exigências e não obedeceriam aos critérios que eventualmente poderiam ser colocados na tomada de decisão sobre os desacordos morais, já que tanto um quanto outro procedimento tratariam as opiniões de forma igualitária. Entretanto, a réplica dele consiste no argumento de que a diferença entre tirar o “cara-ou-coroa” e acatar a vontade da maioria está, nesta última hipótese, em se conceder “um peso positivo” à opinião dos indivíduos que formam o grupo político, opinião esta que representa determinada visão sobre as coisas, o que não acontece, por exemplo, com o simples sorteio de opiniões. Em outras palavras, na decisão por maioria é possível averiguar a carga valorativa das opiniões, carga esta que não pode ser examinada se se optar pelo sorteio. Mas poderíamos retorquir a Waldron perguntando por que temos de dar o mesmo peso tanto aos bons quanto aos maus argumentos (GRANT, 2015, p. 17). Em outros termos, por que precisamos atribuir igual peso a argumentos que podem ser explicitamente ofensivos, por exemplo, aos fundamentos da democracia e que poderiam ser imediatamente descartados? Esses argumentos, digamos, de má-fé, muitas vezes, não ficam restritos a um pequeno grupo de radicais extremistas e encontram forte ressonância em segmentos significativos da comunidade política e, pelo menos em tese, não é possível evitar, no ambiente democrático, a proliferação dessas opiniões polêmicas e a incorporação das pessoas que as defendem no órgão encarregado de efetuar o processo de tomada de decisão por maioria encarregado de zelar pelos princípios democráticos. É claro que Waldron pressupõe que as discussões e os desacordos em torno dos direitos, dos princípios, dos valores e do bem-estar devem ser de boa-fé. Nem sempre, porém, é possível se certificar previamente de que a

boa-fé foi, realmente, o fio condutor das discussões sobre os desacordos. Às vezes, as verdadeiras intenções dos que defendem ideias heterodoxas ao paladar democrático, para dizer o mínimo, se escudam em conceitos que, embora sejam muito preciosos aos direitos, aos valores, aos princípios e ao bem-estar, são demasiadamente abstratos. É comum grupos radicais empunharem a bandeira da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, dando a eles um certo verniz democrático, mas os seus verdadeiros propósitos são outros, o que acaba se revelando a mais lamentável e pura má-fé. Como essas opiniões, disfarçadas pelo discurso baseado na distorção desses conceitos abstratos e que, na verdade, reproduzem essencialmente ódio e intolerância, terminam encontrando respaldo em importantes e esmagadores setores da sociedade civil e acabam entrando sub-repticiamente na pauta política e sendo discutidas de forma muitas vezes distorcida. Porém, como a experiência histórica nos ensina, não nos resta outra alternativa que não seja a de sermos tolerantes com os intolerantes.

Deixando um pouco de lado esta última observação, a democracia representativa, segundo Waldron, exerce uma função-chave de, ao organizar e ao racionalizar as demandas geradas pelas demandas e pelas necessidades de ordem material e espiritual advindas do cenário de conflito e de divergência morais, promover o tratamento igualitário a todas as reivindicações. Na democracia, conquanto o governo é de todos ou de muitos (*quem governa*), é a vontade da maioria, por meio de seus representantes, que decide, ou seja, a regra da maioria se torna a regra de ouro a ser rigorosamente observada (*como governa*), de modo que se é legítima esta ou aquela decisão, na medida em que cada um está obedecendo, ainda que se esteja falando exclusivamente no plano teórico, ao produto final a que se chegou e para o qual, de uma forma ou de outra, participou para a sua realização, chancelando ou não a decisão última tomada. Eis, portanto, o fundamento axiológico, para Waldron, das decisões políticas em uma democracia. Sendo um movimento que se estabelece de baixo para cima (o poder advindo do povo), as normas jurídicas que tratam dos direitos das pessoas, fruto da decisão democrática, implicam um alto teor de legitimidade, haja vista que o cidadão cumpre o que ele mesmo determinou, enquanto, nos regimes despóticos, o movimento normativo é de cima para baixo (o poder descende do tirano, por assim dizer, para o povo), ao qual o súdito – e não o cidadão – não comparece para dar a sua opinião, expor seus interesses, anuir com uma e protestar contra as outras posições colocadas como opções de escolha. As proposições baseadas na igualdade

política formam parte substancial do arcabouço das críticas democráticas lançadas contra a revisão judicial das leis. Entretanto, quando se foca nas promessas não cumpridas pela democracia, mais especificamente na promessa de eliminar o poder das oligarquias (BOBBIO, 2009b, p. 23–24), há a percepção de que aquele modelo rousseauiano, segundo o qual a liberdade política era decorrência da sujeição às leis aprovadas e consentidas pelos próprios indivíduos, foi totalmente ignorado, sendo, portanto, relegado a segundo ou terceiro plano quando se entra em contato direto com a realidade histórica, que o desmente desbragadamente (SILVA, 1988, p. 106–107).

Além do mais, o que realmente importa e, no final das contas, joga a favor do argumento da igualdade política para o procedimento de tomada de decisão legislativa sobre os desacordos e contra a jurisdição constitucional é o fato de que o processo para a composição dos membros do poder judiciário, pelo menos nos recentes regimes constitucionais do Ocidente, via de regra, é diametralmente oposto ao do Poder Legislativo. A princípio, exige-se uma formação acadêmica em ciências jurídicas. A seleção, por sua vez, para a nomeação de juízes – exceção feita às instâncias superiores, cuja indicação segue um rito específico – se faz pelo sistema de concursos públicos. Invariavelmente, o perfil dos juízes, salvo raras e honrosas exceções que só fazem confirmar a regra, retrata o acesso aos cargos da magistratura a uma parcela bem restrita e privilegiada da população, a qual ocupa o topo da pirâmide social e cuja tendência e visão de mundo possuem viés eminentemente conservador para não dizer reacionário, e monolítico. Depois que ingressam na carreira, os juízes compõem a elite da elite da burocracia estatal, fato que inequivocamente influenciará a atitude conservadora ao desempenharem a função judicante. Se fôssemos traçar o perfil do magistrado brasileiro, por exemplo, chegaríamos à conclusão de que ele é homem, heterossexual, branco e pertencente à classe média alta³². Ronald Dworkin, ainda que aludindo a outro aspecto do judiciário, cita esse veio conservador dos juízes e a tendência a uma certa cristalização de ideias, não em tom de censura, mas de constatação, expressando-o de forma bem clara, ao assinalar que “[O] inevitável conservadorismo da educação jurídica formal e do processo de seleção de advogados para os trabalhos judiciais e administrativos aumenta ainda mais a pressão centrípeta [para uma

³² Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros (2018): disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>

convergência interpretativa do direito]” (DWORKIN, 1995, p. 88; 2003, p. 110). A força centrípeta a que alude é a que direciona os vários entendimentos teóricos do direito pelos juízes rumo a uma convergência doutrinária, diminuindo o risco de corrupção, no sentido de degeneração, e de ignorância. Só uma observação: caso se implantasse ou se efetivasse com mais rigor a política de seleção e escolha de magistrados de acordo com critérios que visassem à maior diversidade dos juízes, a ponto de também abranger certos grupos historicamente discriminados, como os negros e as mulheres, atendendo às constantes reivindicações que reiteradas vezes são feitas por diversos setores sociais, mesmo assim, o judiciário não se tornaria mais democrático para aqueles propósitos preconizados por Waldron, pois faltaria aos juízes a representatividade popular que só o processo eleitoral de escolha parlamentar tem:

Jeremy Waldron sugere que a estrutura institucional de tomar decisões no mundo anglo-norte-americano cria um conflito conceitual que enfraquece a legitimidade da revisão judicial. [...] Em especial, os tribunais formados por colegiado, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos, decide pelo voto majoritário, mas, ao contrário das legislaturas, são instituições não-representativas. Uma instituição representativa, argumenta, pode justificar o voto majoritário, porque a maioria da instituição reflete, grosso modo falando, a maioria dos eleitores, mas uma corte não pode oferecer a mesma justificativa. Tudo que ela pode dizer é que a votação majoritária é um dispositivo conveniente para se chegar a uma decisão (RUBIN, 2008, p. 95).

Portanto, a exigência de diversidade no judiciário que, vez ou outra, se acende na sociedade, sobretudo em relação aos tribunais superiores, tem os seus benefícios, mas não vai ao âmago da questão suscitada por Waldron e não elimina o déficit democrático do poder judiciário. Entretanto, é bom que se diga que, para ocupar o cargo e exercer a função de magistrado, a necessidade de elementos subjetivos desse tipo não deveria ter tanto peso assim. Eles não deveriam ser superdimensionados a ponto de ser um problema ou um incômodo na busca de saídas democráticas para o judiciário, a jurisdição constitucional e a revisão judicial, sob a justificativa de proporcionar uma base mais plural que propiciaria um caráter mais, digamos, representativo aos sistemas jurisdicionais em que a revisão judicial forte de constitucionalidade é adotada. Por mais plural que sejam os quadros da magistratura, eles jamais vão atingir o nível de representatividade nos moldes apresentados pelos parlamentos. Até por uma questão numérica, isso nunca será possível. Os parlamentos são compostos por muito mais membros do que os colegiados dos tribunais. A preocupação do judiciário em

relação à legitimidade democrática deve se voltar para outras coisas e para o outro lado, haja vista que:

Os juízes têm [ou, pelo menos, deveriam ter] a responsabilidade política, não no sentido vulgar, mas no sentido de *accountability*. Os juízes devem julgar por princípios e não por moral ou política ou por análise econômica. Não é a sua função. É o direito que deve filtrar a subjetividade, a moral, os desejos políticos e as idiosincrasias dos juízes e membros do MP. E não o contrário. Se a moral (subjetivismo *lato sensu* ou o particularismo subjetivista, como bem diz Lorenz Puntel) pode corrigir o Direito, então já não te(re)mos direito. Teremos uma coisa que já não é ela mesma, mas outra bem diferente: a substituição das leis e da CF pela convicção pessoal do magistrado (STRECK, 2022, p. 75–76).

Na democracia liberal de caráter representativo, por outro lado, os eleitos têm, na maioria das vezes, origem popular, pois são arregimentados a partir de um extenso e profundo espectro do tecido social, de sorte que o conjunto dos parlamentares é um verdadeiro mosaico composto das diversas tendências existenciais – política, social, econômica, filosófica e religiosa – manifestadas nestas mesmas sociedades. Tal fenômeno é enriquecedor para o sistema democrático, não há dúvida. Quanto mais ampla for a base para a arregimentação, quanto mais fundo formos na captação dos representantes da sociedade, sobretudo nas atuais, cuja complexidade se caracteriza por uma gama cada vez mais matizada, mais “democrática” se torna a democracia. É inegável que ainda subsistem inúmeras vicissitudes que deturpam e comprometem a lisura e a transparência do processo democrático e que, quase sempre, estão relacionadas ao abuso do poder econômico nas eleições. Todavia, são contingenciais e não chegam a macular, por inteiro, os objetivos e os propósitos democráticos, dado que o próprio regime é pródigo em oferecer meios de retificação a tais problemas, o que vai depender principalmente da força das instituições. Se elas realmente forem sólidas e estiverem consolidadas, e se a cultura democrática estiver infiltrada no tecido social, o sistema autocorrigem-se, autodeterminam-se e se aperfeiçoam. Por isso, deve-se levar a sério a lição de Jeremy Waldron, segundo a qual devemos passar mais tempo com teóricos da política, em vez dos teóricos da justiça, e dedicarmos mais atenção ao desenho institucional para irmos aprimorando os procedimentos de tomada de decisão coletiva e, com isso, da própria democracia (WALDRON, 1999a, p. 03).

3.2.3 As circunstâncias da política

Além das questões anteriormente tratadas, surge outra extremamente importante para as reflexões de Waldron. Estamos nos referindo ao momento em que traz à tona o conceito das circunstâncias da política. O mecanismo das circunstâncias da política se move a partir de dois eixos fundamentais. O primeiro deles parte da constatação segundo a qual, nas circunstâncias da política, existem, na sociedade, desacordos morais e políticos amplos, profundos e persistentes. O segundo assinala que, entre as pessoas que compõem a sociedade, há o reconhecimento da necessidade de solucionar esses desacordos de forma conjunta, ou seja, eles devem ser resolvidos com a participação, direta ou indireta, de todos nós. O interessante é que a ideia inspiradora das circunstâncias da política vem da adaptação da ideia de circunstância da justiça (WALDRON, 1999a, p. 102) descrita por John Rawls (RAWLS, 1997, p. 126–130), o qual, por sua vez, se baseou no ensinamento de David Hume (HUME, 2004, p. 241–268). Nas circunstâncias da justiça, nós nos perguntamos: por que precisamos discutir questões relacionadas à justiça? Para responder a essa pergunta, duas condições são necessariamente fundamentais. A primeira condição é de ordem objetiva. As pessoas que convivem sobre um certo território apresentam, grosso modo, características, virtudes e vulnerabilidades bem parecidas. E os recursos naturais, humanos ou de outro tipo imprescindíveis à nossa sobrevivência são limitados. Enfim, o que torna a cooperação entre as pessoas necessária para a sobrevivência de todos nós é a escassez moderada de bens e de recursos propícios à existência material. A segunda condição é de ordem subjetiva. Apesar da exigência de trabalharmos juntos, cada um de nós tem projetos, planos e ambições individuais de vida. É dizer, há um certo nível de egoísmo e um grau de generosidade limitados. Pode-se dizer, então, que a condição objetiva nos aproxima e nos identifica uns com os outros; ao passo que a condição subjetiva, por sua vez, nos diferencia e nos distancia uns dos outros. Ora, se de um lado não houvesse escassez, ou seja, se todos tivessem tudo o tempo todo, não haveria a necessidade de ficarmos discutindo as coisas relacionadas à justiça. Mas, por outro lado, se a escassez fosse total, se faltasse tudo para as nossas necessidades mais básicas, ou seja, se ninguém não tivesse nada a todo momento, a discussão sobre a justiça seria inútil. Por isso, a escassez, na circunstância da justiça, deve se apresentar moderada, enquanto a generosidade deve se apresentar limitada, porque se todos abrissem mão de tudo o que têm, a discussão sobre justiça também seria desnecessária; ou se todos, ao contrário, estivessem dispostos a não abdicar de nada do que têm, a discussão sobre

justiça seria inútil, o que iria de encontro, portanto, à condição objetiva de trabalharmos juntos para decidir como dividir as coisas. Outrossim, é justamente por causa desse conflito de interesses sobre como vamos dividir as coisas que somos forçados a discutir e a decidir sobre as questões relativas à justiça. Seguindo a lógica de Rawls e de Hume, Waldron elabora o seu conceito de circunstâncias da política. Se não existissem desacordos na sociedade, a política seria desnecessária; e se não houvesse a mínima possibilidade desses desacordos serem resolvidos, a política seria inútil. Como os desacordos existem e são amplos, profundos e persistentes, a política é extremamente necessária; e como estamos conscientes de que, para convivemos em sociedade, os desacordos devem ser resolvidos de forma conjunta, a política é extremamente útil. Resta decidir como e o que faremos para resolvê-los de uma forma em que todos devam participar, direta ou indiretamente, do processo de solução dos desacordos. Fica evidente, então, que a colaboração de Waldron utilizará a matéria-prima fundamental chamada “igualdade política” para o desenho institucional destinado a lidar com as discordâncias que imperam nas relações entre as pessoas. A igualdade política está na base estrutural das instituições competentes a dar solução aos inúmeros problemas que cotidianamente aparecem e é ela que serve de fundamento para a justificação da legitimidade democrática das legislaturas, pois se prende à noção de que a participação igualitária de cada cidadão no processo democrático de escolha de seus representantes acontece a partir de uma rígida igualdade (uma pessoa, um voto), independentemente de classe social, riqueza, cor, sexo, religião, raça e gênero (WALDRON, 2018, p. 181). O trunfo da igualdade política não sofre solução de continuidade quando a política passa do papel desempenhado pelo representado para o desempenhado pelo representante no exercício da legislatura. Em outras palavras, o direito à igual participação, de ser ouvido em pé de igualdade e de intervir de forma isonômica nos processos deliberativos para submeter um texto, que pretende ser lei, à votação deve ser rigorosamente igual entre os parlamentares (um parlamentar, um voto), independentemente de seu partido político, de sua classe social e da região do país a que pertencem ou da causa que cada qual defende, vinculando-se o mérito ou o conteúdo do resultado obtido à decisão da maioria (WALDRON, 2018, p. 181).

Fica fácil deduzir que todo encadeamento intrincado de elementos acima descritos, e que é tão peculiar à política democrática quando lida com desacordos, não acontece na prática

da revisão judicial das leis. Ainda que suas deliberações sejam tomadas por maioria, o que, forçando a barra, refletiria a manifestação do princípio majoritário, digamos assim, o problema é que, por não ser, via de regra, um corpo eleito diretamente pelo voto popular, sem lastro democrático, pois não é representativo, a maioria manifestada na decisão nos tribunais, ao considerar uma lei inconstitucional, não justifica a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis sob o ponto de vista democrático por violar a igualdade política, haja vista que a sua pretensão de legitimidade está “prejudicada” desde a origem. Waldron lembra que, toda vez que alguém se socorre do judiciário para impugnar uma lei legítima e democraticamente chancelada pelo parlamento, ele, no fundo, pretende que sua posição moral tenha maior peso e prevaleça sobre a posição moral vencedora na votação parlamentar consolidada no processo legislativo: As pessoas tendem a recorrer ao controle judicial quando querem que as suas opiniões tenham mais peso do que a política eleitoral poderia outorgar a elas. Entretanto, essa via de acesso pode parecer respeitável quando outros canais de intercâmbio político se encontram bloqueados (a esse respeito, veja Ely, 1980) (WALDRON, 2018, p. 110). Mesmo concedendo, ao final desse fragmento, Waldron explica por que o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário viola frontalmente a igualdade política. Dessa forma, a questão é saber então se certo grupo estanque e reduzido de juízes, na democracia, teria legitimidade. É saber se eles, os juízes, mesmo sem qualquer traço de representatividade popular baseada na igualdade política para o exercício de suas funções para declarar a inconstitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la, seja diante de um caso concreto, no controle difuso, seja em tese, no controle abstrato de constitucionalidade, podem justificar o papel por eles desempenhado a partir de um ponto de vista eminentemente democrático. Pesa contra eles a acusação de que estariam acima do bem e do mal, autorizados que estariam para decidir os destinos do povo e do homem comum, efetuando, para tanto, um juízo de valor tão sublime, quase místico, a ponto de fazer tábula rasa do que os representantes do povo decidiram impor, na democracia, aos representados, jogando por terra a soberania popular e a igualdade política, ao privilegiar a posição moral e política de quem saiu derrotado no processo majoritário. Devemos, portanto, solucionar nossas divergências sobre direitos recorrendo a nossas instituições legislativas, de modo que, se elas forem, de fato, verdadeiras, a hipótese que pugna pela remessa de tais desacordos aos tribunais para uma decisão final sobre eles é “fraca e pouco convincente, e não há necessidade de que as decisões sobre direitos feitas

pelos legislativos sejam questionadas pelos tribunais” (WALDRON, 2014, p. 15). Enfim, Waldron, salvo melhor juízo, mantém aquela mesma fé na representação e na legislatura dos colonos americanos que, após a Guerra da Independência, acreditavam que a principal função do poder legislativo à época, por conta da sua força representativa, era proteger os direitos individuais dos representados.

3.2.4 A igualdade material dos direitos sociais e o controle do poder político

Se entre os pilares do pensamento de Waldron está a igualdade e ela, na filosofia, na política e no direito, tem significado relevante, não obstante a amplitude do seu espectro semântico, a dúvida que surgiu foi: em qual sentido a igualdade é entendida e aplicada por Waldron no desenvolvimento e na consolidação da sua tese? É claro que a resposta, pelo menos à primeira vista, pode parecer simples e a referência de Waldron à igualdade quando trata da igualdade política vai pelo viés exclusivamente formal, até porque, afinal de contas, a igualdade política se encerra no bordão “um homem, um voto”. Trata-se daquela igualdade em que se consideram todos iguais perante a lei ou de que a lei é igual para todos, mas que tende a se aproximar mais do homem em abstrato, despida da consideração das vicissitudes concretas do homem real. Melhor dizendo, trata-se daquela igualdade, cujo princípio veio a reboque do processo de emancipação política das burguesias norte-americana e francesa, de conotação puramente jurídica e nominal, seriamente descompromissada com a justa partilha da riqueza na sociedade. Tal postulado isonômico, no entanto, configura o estilo individualista e liberal, que, no parcimonioso e omissivo constitucionalismo do século XIX em relação à regulamentação da economia, deixada à lei natural do *laissez faire, laissez passer*, apenas embutia a ideia de igualdade no ideal prevalente de liberdade, em que aquela se coloca, pois, a serviço desta. Eis a razão pela qual, a esse tempo, não se impuseram à entidade estatal ações positivas e de conteúdo concreto com vistas à correção das desigualdades existentes no plano da vida em sociedade. Como bem esclarece ANDRÉ HAURIOU, por essa motivação histórica, o ideal de igualdade que se conseguiu concretizar no desfecho da revolução burguesa vitoriosa foi tão apenas o da isonomia formal e jurídica – sem substância concreta, portanto, consistente na simples abolição dos privilégios atribuídos à nobreza e ao clero, de maneira a operar-se a transformação de uma sociedade juridicamente hierarquizada para uma sociedade juridicamente igualitária (CASTRO, 2010, p. 358–359). Aliás, a igualdade sob esse paradigma

juridicista e limitado aos preceitos do liberalismo clássico permeou o modo de ser do Ocidente que então se edificava sobre os escombros do antigo regime, de modo que, até hoje, ainda molda a mentalidade constitucionalista ocidental, embora aqui e ali já se esbocem políticas legislativas e esquemas de exegese constitucional voltados para a concreção de maior igualdade material entre os homens (CASTRO, 2010, p. 360), já que, como dissemos alhures, esses valores foram se sobrepondo, e não excluindo, uns aos outros. Claro que se tem a consciência de que a concepção política de Waldron sobre a igualdade não é tão tacanha assim. Basta recordar que, na ocasião em que aborda a limitação e a restrição como características do constitucionalismo, Waldron salienta que controlar, ao invés de limitar, o poder político seria a melhor postura a ser adotada pelo constitucionalismo, justamente para impedir o aumento da influência dos defensores do Estado mínimo no cultivo dos propósitos do constitucionalismo (WALDRON, 1999a, p. 272). Talvez seja oportuno enfatizar que, em certo sentido, pode haver nesta abordagem o aval de Waldron a favor da jurisdição constitucional, quando as constituições estabelecem direitos sociais mínimos e os demais poderes, no caso, o legislativo e o executivo, se omitem em regulamentá-los e implementá-los e quem sabe – é apenas uma hipótese – o ativismo da Era Lochner contra esses direitos não seria tão radical, se a constituição americana os previsse em seu texto. Mas isso seria historicamente fora de lugar, já que o liberalismo econômico à época era hegemônico e tais direitos sociais só começaram a fazer parte das constituições na segunda década do século XX (a constituição mexicana de 1917 e a da República de Weimar em 1919), de modo que essa tendência só se consolidou depois do pós-Segunda Guerra Mundial, sem falar, é claro, nos países de capitalismo tardio como Portugal, Espanha e Brasil, por exemplo, que promulgaram suas constituições declarando direitos sociais apenas nas décadas de 1970 e 1980. Vale dizer, ao incorporar a igualdade material ou substancial com a inclusão dos direitos sociais, creio que o constitucionalismo e a jurisdição constitucional granjearam alguma simpatia de Waldron, já que as constituições, pelo menos em tese, deixaram de ter somente o papel de contenção do poder e passaram, em razão do caráter programático das constituições recentes, a controlar o poder político do Estado, no sentido de que o judiciário pode ser o agente indutor de iniciativas visando à igualdade material das pessoas, o que possibilitaria maior participação delas na vida pública e nas discussões na arena política do Estado. Não deixa de ser um auxílio importante na estratégia de defesa do papel democrático dos tribunais, sobretudo os de cunho eminentemente constitucional que ocupam a alta cúpula

da estrutura do judiciário, desde que eles, obviamente, fazendo valer esses direitos, ajam para promover aqueles que têm mais reflexos na vida da classe trabalhadora, dos vulneráveis, dos hipossuficientes e das minorias. O destaque a ser feito em relação às minorias é que elas devem ser entendidas, não só do ponto de vista quantitativo, mas também vistas como minorias qualitativas: pela qualidade de direitos reconhecidos e implementados em favor delas. É revelador o paradoxo diante do qual se encontra quando se lida com minorias: em seu conjunto, elas acabam formando, não raro, a maioria esmagadora da população, demograficamente falando, mas ficam à margem do acesso a alguns direitos, sobretudo os de natureza social. É o que se convencionou chamar de “maiorias minorizadas”. Desse modo, o grupo social numericamente majoritário, que, entretanto, perfaz uma “minorias” no que tange à fruição de direitos, serviços públicos, cidadania, representação política, e que, ironicamente, é “maiorias” em todo o processo de espoliação econômica, social, cultural e como vítimas de todas as formas de violência (SANTOS, 2020).

Neste particular, sobre o antagonismo maioria-minoria, Martin Shapiro nos instiga à reflexão. Há, para ele, em resumo, duas formas de grupos na sociedade: os grupos organizados e os grupos em potencial ou não organizados. Os primeiros geralmente se estruturam perenemente ao redor de interesses mais concretos e imediatos: financiamento agrícola, isenção de impostos para templos religiosos, armamento civil, subsídio à indústria automobilística, proteção ambiental a um determinado bioma ou espécie em extinção e apoio a fontes energéticas específicas, muitos dos quais ligados à exploração de combustíveis fósseis. São as ações dos *lobbies* na defesa de interesses mais tangíveis que, digamos, estão na superfície do debate público, sobretudo nos órgãos representativos de governo. Além disso, a interação entre os membros desses grupos é constante, de modo que estão sempre chamando a atenção das pessoas e têm grandes chances de atrair um maior número de adeptos para exercer pressão, a todo momento, sobre os órgãos de governo. Os segundos, por sua vez, estão envolvidos em questões mais abstratas, arraigadas, profundas, rarefeitas e difusas na sociedade, relativas, por exemplo, às regras do jogo democrático, ao sistema de crença e ao consenso ideológico geral que se formam em torno delas, bem como aos valores de igualdade, liberdade e justiça, sendo que a interação desses grupos é feita de maneira intermitente. A perturbação das regras arraigadas, das questões maiores, mas desfocadas, pelos agentes do governo é que ensejará a ação política

dos grupos em potencial junto aos tribunais, justamente porque lhes foi negada a representação política. Vale dizer, é quando o sentimento geral de justiça, igualdade, liberdade e democracia sofre algum tipo de agressão grave pelos agentes representativos do Estado é que há maior chance de ocorrer a interação entre o grupo em potencial e a coletividade pública. Entretanto, conforme o próprio Shapiro ressalta, é muito mais fácil mobilizar as pessoas ao redor da tarifa sobre a pesca do atum do que ao redor de temas atinentes, por exemplo, a um processo judicial justo. Quer dizer, a falta de ímpeto dos grupos em potencial ou não organizados acontece exatamente em razão do fato de que os valores que eles defendem são muito amorfos (desfocados, nas palavras de Shapiro) e insuficientes para promoverem uma ação política com altas taxas de interação pessoal. A probabilidade de o grupo de pesca do atum ter à sua disposição recursos financeiros e humanos necessários à obtenção do êxito no acesso a algum comitê ou a alguma mesa executiva do congresso é maior do que a do grupo do processo judicial justo. No fundo, o que Shapiro apresenta é a tese segundo a qual o perfil da clientela dos órgãos representativos é diferente do perfil da clientela dos tribunais. Na verdade, a clientela são os próprios interesses que não encontram representatividade em outros órgãos do governo.

Ademais, segundo Shapiro, as cortes, entre as quais as de competência exclusivamente constitucional, estão em melhores condições para receber esse tipo específico de clientela encarnada nas minorias. No caso, tais minorias, para a defesa de seus interesses particulares junto às cortes, apelam a valores sociais genéricos e abstratos e é desse modo que elas conseguem mobilizar e interagir politicamente com a coletividade no aspecto mais amplo, buscando aglutinar outros grupos não-organizados em torno desses mesmos interesses. Shapiro cita como exemplo a liberdade de expressão. Por não terem um apelo social geral muito forte, grupos minoritários (ele menciona a Associação para as Liberdades Cívicas Americanas e os Testemunhas de Jeová) sem muito peso social e político para mobilizar e interagir com os órgãos representativos, seja porque o que eles representam não encontra forte repercussão na sociedade, seja porque a forma de atividade religiosa desenvolvida os torna impopulares, empunham, entre outras coisas, a bandeira da liberdade de expressão junto às cortes para defenderem seus interesses. Ou seja, ainda que os interesses imediatos desses grupos minoritários não tenham grande apelo social porque são muito específicos e o atendimento deles não beneficia setores mais amplos da sociedade, o interesse mediato, o pano de fundo ou o

fundamento do interesse imediato dessas minorias, por sua vez, tem forte apelo junto ao sentimento geral da sociedade. A justificativa de Shapiro sinaliza que certos valores, por serem genéricos e abstratos demais, embora tenham forte eco no sentimento geral da sociedade, não se encontram abertamente defendidos nos órgãos representativos, que se ocupam de demandas mais concretas do dia a dia dos grupos atuantes e assiduamente presentes na vida do parlamento ou do executivo e que sobre eles exercem pressão contínua. É aos grupos marginalizados, cujo acesso aos ramos políticos é praticamente impossível, que os tribunais podem melhor servir. É o local onde a voz minoritária pode repercutir, impactar e chamar a atenção da opinião pública com mais eficácia e eficiência. Enfim, o caráter representativo dos tribunais acontece justamente nessas circunstâncias envolvendo as minorias sociais (SHAPIRO, 2011, p. 57–64).

Jeremy Waldron, por outro lado, também tece excelentes considerações sobre a relação entre minorias, representação política e o resultado do procedimento de tomada de decisão coletiva, e isso pode nos levar à conclusão de que o exercício da jurisdição constitucional encontra uma justificativa honrosa vinda de quem lhe é crítico. Waldron defende que o simples fato de uma posição ter sido derrotada no procedimento de tomada de decisão majoritária não significa inexoravelmente a manifestação da tirania da maioria e a violação dos direitos das minorias, até porque se está diante da regra do jogo e acontece diuturnamente. Mas ele elabora uma diferenciação pertinente entre maioria e minoria que põe em xeque a regra de ouro da democracia representativa contemporânea. Waldron vislumbra a diferença entre maioria e minoria decisional e maioria ou minoria tópica. As primeiras são aquelas que, por exemplo, estão dentro do processo decisional nos parlamentos; ao passo que as segundas são aquelas cujos direitos estão em jogo no processo político de tomada de decisão.

Injustiça é o que acontece quando os direitos e os interesses das minorias são indevidamente subordinados aos da maioria. Agora, concordamos que isso *pode* acontecer como resultado da tomada de decisão política pela maioria. Quando isso acontece, no entanto, precisamos distinguir, ao menos em um primeiro momento, entre a maioria e minoria existentes dentro do processo decisório (ou maioria e minoria decisoriais) e o que eu vou chamar de maioria ou minoria tópicas (isto é, os grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em jogo na decisão) (WALDRON, 2016, p. 235).

O problema para a legitimidade da democracia surge quando, no resultado desse processo, fica escancarado o alinhamento entre a maioria decisional e a maioria tópica e a minoria decisional e a minoria tópica:

Em alguns casos, os membros da maioria decisional podem ser os mesmos membros da maioria tópica, e o membro da minoria decisional – os que votaram contra a injustiça – podem ser os mesmos membros da minoria tópica. Isso geralmente acontece, por exemplo, no caso da injustiça racial: legisladores brancos (maioria decisional) votam a favor dos privilégios dos brancos (maioria tópica); legisladores negros derrotados na luta por direitos iguais, a favor dos negros. Esses são os casos, eu reconheço, com os quais deveríamos estar preocupados no capítulo sobre “a tirania da maioria” (WALDRON, 2016, p. 235).

Waldron adverte que outros fatores devem ser também levados em conta nessa equação maioria-minoria, com os quais não podemos concluir pela tirania da maioria. Ele cita os exemplos da política de cotas raciais para negros e o aborto. Na sociedade norte-americana, diz Waldron, há brancos que são favoráveis às cotas nas universidades e negros que são contrários, e homens que são favoráveis ao direito de escolha e mulheres que defendem o direito à vida do feto. Em outras palavras, conquanto admita a possibilidade da tirania da maioria, ela não deve ser objeto de preocupação constante da vida política, pois é raro acontecer aquele alinhamento citado por ele. A ideia que Waldron quer transmitir é que, se estiver em jogo, por exemplo, os direitos das minorias raciais negras (minorias tópicas) e essas minorias estiverem sub-representadas no parlamento e o resultado for flagrantemente desfavorável a elas, já se pode começar a pensar em uma possível manifestação da “tirania da maioria” (WALDRON, 2016, p. 233–239). Diante disso, se os interesses da maioria forem atingidos pela decisão legislativa para beneficiar uma minoria, aí obviamente qualquer decisão contrária do judiciário não terá legitimidade democrática para atuar em favor dessa maioria, o que redundaria, em última análise, em um enorme contrassenso do papel do judiciário em uma democracia, na medida em que muitas vezes a promoção dos direitos das minorias nem sempre significa a violação dos direitos das maiorias. Às vezes, o objetivo das maiorias é apenas impedir o acesso das minorias ao que a maioria já usufrui. Por isso que é bom lembrar e ter sempre em mente o fato de que a democracia é o governo, sim, da maioria, mas também deve haver a participação efetiva das minorias, de forma que se possa viabilizar amplamente a alternância no poder (BARROSO, 2010b, p. 10), ou, segundo o pensamento de Piero Calamandrei: “Para que se possa falar em

democracia parlamentar, não basta que exista um parlamento: deve acontecer também que os direitos da minoria sejam respeitados e que, no jogo entre maioria e minoria, sempre seja assegurada a possibilidade de alternativas” (BOBBIO, 1984, p. 137).

Retomando a igualdade material e a longa caminhada do constitucionalismo ocidental, notamos que as constituições recentes do pós-Segunda Guerra, inspiradas sobretudo nas constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, além dos direitos de liberdade e de igualdade, também declararam direitos sociais relacionados à saúde, educação, previdência social e trabalho digno, de cuja incrementação, certamente, dependem o aperfeiçoamento dos direitos civis, políticos e culturais. A ideia é, pois, ressaltar que o manejo de certos instrumentos jurídicos contribui para o aperfeiçoamento da democracia, levando-a à aproximação de seu modelo ideal, desde que eles sejam orientados decisivamente para, como defendemos, o horizonte da inclusão política (SILVA, 1988, p. 104–109). Em outras palavras, é insuficiente acreditar apenas que o esforço do jurista nessa aproximação do ideal democrático deva se restringir a ficar exigindo novas leis e novos Códigos e a renunciar a suas funções de colaborador na formatação do direito verdadeiramente democrático, dado que ele pode ser produzido por quem o aplica e por quem é seu destinatário final na linha de produção legislativa (SILVA, 1988, p. 110–111). Diante dessa aproximação democrática, se repararmos com atenção, perceberemos que a intromissão constitucional na tomada de decisão procedida pelo parlamento possibilita uma comparação: a de que a manifestação democrática no controle judicial de constitucionalidade das leis fica, sem dúvida, muito mais fortalecida no sistema difuso do que no concentrado de constitucionalidade. Assim, pode-se concluir, então, que o originário sistema austríaco era menos democrático do que o seu sistema atual. No início, só estava previsto o controle concentrado, mas não o difuso, de controle de constitucionalidade, em que, portanto, somente os órgãos políticos legitimados poderiam arguir a inconstitucionalidade das leis diretamente, *in abstracto* e em ação direta na corte constitucional. Não era possível propô-la pela via incidental, *in concreto* e por exceção perante qualquer juiz. O cidadão comum estava excluído de, no bojo de qualquer processo e perante qualquer juízo, suscitar tal vício jurídico-constitucional. Tal distorção, a propósito, foi parcialmente corrigida em 1929 (CAPPELLETTI, 1999a, p. 105). Com efeito, a inclusão dos direitos sociais e a respectiva efetivação concreta também levam à percepção de que eles podem ser considerados

condição prévia à consolidação e ao fortalecimento dos demais direitos. Nesse aspecto, por proporcionarem e manterem a existência física e psíquica dos indivíduos, eles se vinculam à promoção e ao aprimoramento das próprias liberdades públicas, na medida em que não se pode falar em liberdade de expressão, liberdade de pensamento e liberdade religiosa a quem não tem com o que se sustentar e onde habitar, ou sequer recebeu um grau básico de instrução para ler, escrever e compreender o mundo que o circunda; não se pode falar em liberdade sindical, em liberdade de associação e em liberdade política, ou seja, a liberdade de votar, de ser votado e de participar ativamente de um partido político ou entidade de classe, sem que antes tenha acesso ao mínimo de assistência médica, à alimentação adequada, à moradia e a serviços dignos de saneamento. Como bem lembrou Norberto Bobbio, citando novamente Piero Calamandrei: “De uma forma mais resumida, democracia é aquele regime no qual ‘um certo grau de benefício econômico é reconhecido como um direito político do indivíduo em face da comunidade’³³. Quando é assim entendida, a socialdemocracia é a única democracia de verdade” (BOBBIO, 1984, p. 135). Nessa perspectiva, a ação política visando à implantação e ao aprimoramento dos direitos políticos exige cidadãos sadios e sóbrios, com algum nível de emancipação econômica, conscientes e suficientemente preparados com educação política mínima para identificar os demais direitos e deveres necessários à construção de uma sociedade bem ordenada. Sem esforço mínimo para obter certa igualdade material, a liberdade, entre outras coisas, passa a ser algo vago e cada vez mais distante. A desigualdade social e econômica gera situação de injustiça, em que uns passam a ser mais iguais que os outros. Assim, os econômica e socialmente poderosos conseguirão maiores vantagens para acessar o poder político do Estado e garantir benesses que acentuarão a desigualdade em relação aos que tiverem menor sorte. A propósito, essa reflexão nos faz sempre lembrar daquela célebre e irônica frase de Anatole France, resgatada desta feita por Eric Hobsbawm, segundo a qual: “A lei, em sua majestática igualdade, dá a todos os homens o mesmo direito de jantar no Ritz e de dormir debaixo da ponte” (HOBSBAWM, 1988). Ora, se no sentido prescritivo a lei deve ser igual para todos, percebemos que no sentido descritivo, a realidade é outra:

Nem todos os indivíduos são iguais “perante” a lei, a única lei, a mesma lei para todos: os que comparecem “perante” o juiz, o qual aplica a todos de modo igual, imparcial, a mesma lei, tornada igual para todos pelo legislador, ali

³³ Ver Piero Calamandrei, em *Scritti politici*, vol. II, p. 298.

comparecem em condições reais, *diferentes* produtos da história pessoal, econômica e social de cada um deles: condições precedentes ao encontro ou ao desencontro com a lei, que tornam os indivíduos *desiguais* na capacidade de “enfrentar” o julgamento (BOVERO, 2022, p. 146).

Até mesmo o liberal Isaiah Berlin ratifica o entendimento de que é necessário suprir certas carências materiais do homem, caso contrário, ele não terá sequer a noção do valor liberdade. De que vale a liberdade se se está moribundo, faminto, nu e ao relento? De que vale a liberdade se, sendo analfabeto, não se tem o entendimento mínimo sobre a realidade das coisas e não consegue sequer opinar, com convicção, sobre qualquer coisa? Enfim, a persistir esse drama, só existirá uma minoria que desfrutará da liberdade, mas ao custo do sufoco da grande maioria das pessoas, ou não se preocupando nem um pouco com elas:

É verdade que para oferecer direitos políticos, ou para salvaguardá-los da intervenção do Estado, aos homens que são analfabetos, estão quase nus, famintos e doentes é zombar de sua condição; eles precisam de assistência médica ou educação antes mesmo que eles possam compreender o aumento de sua liberdade, ou fazer uso dela. O que é liberdade para os que não podem fazer uso dela? Sem as condições adequadas para o uso da liberdade, qual é o valor que ela tem? [...] Pois a liberdade não é a mera ausência de frustração, qualquer tipo de coisa que seja ela; isso distorce o significado da palavra a ponto de ela significar muito mais ou muito menos do que realmente significa. O camponês egípcio necessita de roupas ou de remédios antes e muito mais do que liberdade pessoal, mas a liberdade mínima de que ele precisa hoje e o grau maior de liberdade de que ele vai necessitar amanhã não é nenhuma espécie de liberdade que a ele seja peculiar, mas idêntica àquela dos professores, artistas e milionários (BERLIN, 2002, p. 171–172).

Ressalte-se, porém, que não deve passar pela nossa cabeça a ideia de que é responsabilidade exclusiva dos juízes ou da jurisdição constitucional promover sozinhos a implementação dos direitos fundamentais. É responsabilidade conjunta de todos os atores políticos encarregados da tarefa de implementá-los. Além disso, os direitos sociais dependem, em larga medida, do panorama em que se encontra o desenvolvimento econômico de determinada sociedade. Se ela não conseguir produzir os bens econômicos materiais ou imateriais necessários e suficientes a servir de lastro à concretização dos direitos sociais, obviamente que a conquista deles estará prejudicada ou chegará atrasada demais para o progresso coletivo. A necessidade de efetivação dos direitos sociais, porém, é premente sobretudo em sociedades de desenvolvimento político, econômico e social tardio, e não pode ficar na dependência da vontade e do capricho do legislador. Ademais, a consolidação da

democracia, certamente, conta com a evolução dos fatores econômicos e do equilíbrio social, caso contrário, o discurso democrático cairá no vazio. Se o legislador permanecer inerte diante da regulamentação dos direitos sociais, ou, quando legisla, vá de encontro a alguns princípios constitucionais que estabelecem a ordem social e econômica, já será motivo de se buscar a intervenção da jurisdição constitucional. Portanto, não é raro que seja por meio da judicialização (e as constituições muitas vezes oferecem os instrumentos para concretizar os direitos sociais, quando o legislador se omite), em razão da total ausência ou das falhas de políticas públicas, que se efetivam alguns desses direitos sociais que, no fundo, vão potencializar a participação política, de modo que, se os indivíduos não se valerem da via judicial nas circunstâncias que lhes são totalmente adversas, estaremos tolhendo a possibilidade de eles, no futuro, formarem a maioria para ascender ao poder e a alternância restaria prejudicada:

Ademais, em países de modernidade tardia, como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento do catálogo de direitos constitucionais (mormente no âmbito do direito à saúde, à função da propriedade, ao direito ao ensino fundamental, etc.), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões (STRECK, 2017a, p. 44).

Cabe ainda acrescentar uma nota relativa ao “igualitarismo liberal” de Dworkin, pelo conteúdo que ela carrega consigo e que ajuda a esclarecer melhor o raciocínio em favor da ação dos juízes na proteção dos direitos sociais. Assim, apesar das divergências, é possível apontar algumas convergências entre Dworkin e Waldron, haja vista que o primeiro menciona a existência, no Estado liberal, de dois pressupostos que não devem deixar de ser observados: a) o Estado liberal deve ser neutro diante das mais variadas formas de vida, sendo-lhe vedada a imposição de formas de vida feliz a todos os indivíduos (liberdade); b) e a igualdade, longe de ser aquela mera noção de igualdade formal, consubstancia, em última análise, uma igualdade material, na medida em que prega a igual distribuição de recursos e de oportunidades (DWORKIN, 2000a, 2000b, 2002a). Mas na simbiose entre liberdade e igualdade, Dworkin assinala que a igualdade material é que deve ser decisiva (DWORKIN, 1996, p. 1–38, 2019, p. 01–60). Assim, a igual distribuição de recursos, que Dworkin põe em destaque, precisa levar em conta o fato de que liberdade e igualdade estão intrinsecamente ligadas, de forma que jamais

podemos vê-las como realidades contrapostas, em que a prevalência de uma seja necessariamente reputada a eliminação da outra:

Se uma sociedade real vai aproximar-se da igualdade de recursos depende, então, da adequação do processo de discussão e escolha que oferece essa finalidade. É necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado, pois o verdadeiro preço para outrem de uma pessoa ter algum recurso ou oportunidade só pode ser descoberto quando as aspirações e as convicções das pessoas são autênticas e suas opções e decisões bem-adaptadas a essas aspirações e convicções. Nada disso é possível sem ampla liberdade. Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, que as pessoas lhe dêem ou não mais valor que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que esta em instrumento da liberdade: as duas ideias, pelo contrário, fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração. [...] Mas nem todo cerceamento da liberdade que se diga promover a igualdade de recursos realmente o faz, e infringir as liberdades que os liberais se preocupam muito em proteger – as liberdades moralmente mais importantes – raramente, se tanto, poderia contar como contribuição à igualdade assim entendida (DWORKIN, 2002b, p. 122, 2005, p. 161–162).

No fundo, Dworkin tende, pois, a refutar a tese liberal de que, por exemplo, a cobrança de impostos necessária para promover saúde e educação universais não viola a liberdade dos indivíduos, conforme querem fazer crer os liberais que afirmam que o avanço do Estado sobre a propriedade é uma forma de violação da liberdade. Desse modo, segundo Dworkin, é viável, ademais, proceder à efetivação da igualdade material da justa distribuição de recursos, sem, contudo, imolar a essência das liberdades públicas e da igualdade formal. Ao contrário. Dworkin destaca o fato de que, adotada a distribuição de recursos com igual respeito e consideração, a igualdade será causa de potencialização das liberdades, sobretudo aquelas que compõem o núcleo duro do pensamento liberal (DWORKIN, 2005). Entretanto, se todas as atenções se concentrarem somente no problema da igualdade política à luz igualdade formal, sem olhar para a justa distribuição de recursos, sem atribuir à igualdade material o papel que lhe deve ser justamente atribuído, ou seja, o de oferecer condições materiais de, com liberdade, entender o processo político e nele se manifestar, isso afetará sensivelmente o fator de legitimação da igualdade política formal, de justificação e de fundamentação da democracia representativa moderna, principalmente se nos atermos ao resultado do exercício dessa

igualdade formal no processo de decisão política (a lei) e se a julgarmos, por ser a principal fonte do direito, como um troféu na vitória sobre os desacordos morais, o que nem sempre, aliás, acontece. Mas, reitere-se, podemos chegar mais longe na efetivação plena de cidadania, se se tornar possível à nossa voz ser realmente ouvida de um modo diferente: individualizado e potencializado por razões de direito no processo judicial quando do exercício da jurisdição constitucional, onde ainda teremos muito a dizer e a influenciar na formação do direito, sem violar os preceitos de igualdade. Por tudo isso, o controle judicial de constitucionalidade das leis é – em um primeiro momento, segundo a nossa tese político-jurídico-filosófica – uma forma inequívoca de se potencializar a democracia, na medida em que não abre mão do governo da maioria, mas, ao mesmo tempo, atua no papel constitucional antitético para, às vezes, fazer-lhe o contraponto institucional, tendente a reequilibrar as forças políticas entre o representado (qualquer um do povo) e o representante (o parlamento).

Outrossim, também é imperioso reconhecer que, sintonizada com todos esses ideais de igualdade material, com a missão, com o dever e com a justificação da intervenção do poder judiciário na construção democrática substancial, a Constituição brasileira de 1988, por exemplo, elege a regra igualitária como eixo central do projeto constituinte de transformação social, de modo que: são de igual modo úteis para a exegese prestigiadora do cânone da isonomia a mensagem de cunho igualitarista no preâmbulo da Constituição, este de índole formal, e alguns direitos e garantias fundamentais diretamente associados à igualdade entre os seres humanos, estes de índole material, razão pela qual se pode dizer que, em todos eles, encontramos vigorosos vetores para uma interpretação constitucional voltada à superação das desigualdades culturais, sociais e econômicas (CASTRO, 2010, p. 360), de modo que (e eis, portanto, o elemento fulcral da relação estabelecida entre a doutrina materialmente igualitária e o controle judicial de constitucionalidade):

Tudo porque, em tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, *a persistência de generalizações legislativas*, com a adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos [...] não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Historicamente, e não raro, as minorias étnicas e culturais sofrem o esmagamento social, político e econômico das classes dominantes, gerando

um conflito de culturas, que não deixa de ser um conflito de poder, de sobrevivência e de ascensão social (CASTRO, 2010, p. 360). (Grifo nosso).

Explicando um pouco melhor, o objetivo é propor que, mesmo estando consciente de que o poder judiciário só pode agir mediante provocação das partes por meio do processo e em obediência às regras e aos princípios que o regem, entre eles a inércia da jurisdição, e sabendo-se que o conceito mais atualizado de democracia, ou seja, de democracia constitucional que enseja tanto o voto quanto o direito e a razão (BARROSO, 2018, p. 243–249)³⁴, a democracia contemporânea se constrói a partir de alguns direitos fundamentais arraigados (ou entrincheirados, poderíamos também dizer) nos textos constitucionais. A partir de tais direitos, aos quais todos os poderes constituídos devem se curvar, torna-se possível conceber a ideia de que a manifestação do judiciário diante da alegação da constitucionalidade ou não da lei nasce da provocação feita ao judiciário, por qualquer um do povo, no controle difuso, e por instituições legitimadas, mas fazendo as vezes do cidadão, no controle concentrado, muitas delas, permita-me dizer, com fortes vínculos com os anseios populares. É o caso, por exemplo,

³⁴ Thomas Bustamante, todavia, é cauteloso nesse sentido, ao sustentar, citando Andrei Marmor, uma opinião diferente da tese defendida por Luís Roberto Barroso, na esteira de Robert Alexy, segundo a qual a representatividade das cortes constitucionais se lastreia na razão e na argumentação: “É esse aspecto procedimental que está ausente das explicações otimistas que reconhecem aos tribunais um caráter representativo no sentido dado por Robert Alexy. Ao contrário da posição defendida neste ensaio, Alexy pensa que as cortes constitucionais podem se legitimar por meio de uma ampla concepção de representação, que compreende não só votos e eleições, mas também argumentos e razões. Alexy defende que uma concepção ‘deliberativa’ de democracia incorpora dois tipos de representação: a ‘volitiva’ e a ‘argumentativa’. Os legisladores estão vinculados aos seus eleitores pela representação tanto volitiva quanto argumentativa, ao passo que as Cortes Constitucionais prestam contas aos cidadãos exclusivamente por meio da capacidade que elas têm de revelar os argumentos consistentes e corretos que dão suporte às suas decisões autoritativas, as quais devem ser efetivamente compreendidas e endossadas pelo público com base no ideal de um ‘constitucionalismo discursivo’ [...]. Alexy pensa que isso é suficiente para concluir que as cortes têm uma ‘representação argumentativa’ para emitir interpretações autoritativas sobre direitos constitucionais. O problema com essa posição, na minha opinião, é que ela subestima a importância do estágio da ‘decisão’ no processo político. Para uma decisão política ser legítima, não é suficiente que ela supostamente seja tomada no interesse das pessoas, mas deve também respeitar os juízos autônomos delas sobre essas razões. A fim de defender sua posição, Alexy teria de negar que as pessoas, no estágio da decisão, têm o direito que nós estávamos discutindo nesta seção, que é o direito a uma ‘justa distribuição do efetivo poder de tomar a decisão’ [...]. A distinção elaborada por Marmor entre os estágios da ‘deliberação’ e da ‘decisão’ no processo político para obter uma determinação autoritativa de nossos principais desacordos sobre nossos direitos nos ajuda a ver que as atuais tentativas de oferecer uma justificação moral para a revisão judicial da legislação se baseiam apenas na contribuição que pode ser oferecida para aumentar a participação pública no estágio da deliberação sobre a regulamentação de certos direitos especificamente. Se as cortes constitucionais precisam ser justificadas, não é porque elas têm um caráter ‘representativo’, mas somente porque poderia haver alguma justificação instrumental para a existência delas. As cortes constitucionais, nos sistemas de revisão judicial forte, não melhoram a participação dos cidadãos no ‘estágio da decisão’. Ao contrário, elas normalmente privam esses cidadãos nesse estágio e alegam oferecer ‘razões excludentes’ para não agirem de acordo com as leis democraticamente promulgadas. Fica, portanto, muito difícil fundamentar os poderes da revisão judicial forte nos mesmos princípios que justificam a autoridade da democracia” (BUSTAMANTE, 2016, p. 56–57).

do Brasil, onde existem alguns entes, sindicatos e partidos políticos, e órgãos essenciais à administração da justiça, ministério público, defensoria pública e a ordem dos advogados, legitimados a propor ou a suscitar, em nome do indivíduo, a inconstitucionalidade das leis.

O próprio Waldron reconhece que as legislaturas não são perfeitas, o que é óbvio e vale também para o judiciário, até porque, convenhamos, nada de reto pode ser feito com a madeira torta da humanidade (KANT, 2019, p. 13), embora os legisladores estejam, para ele, em condições democráticas bem melhores do que o judiciário. É inquestionável que, mesmo nas mais avançadas democracias do mundo, elas apresentam logicamente suas vicissitudes, de modo que, quando se corrige uma delas, outras acabam aparecendo e acredito que, neste aspecto da igualdade, sobretudo na igualdade substancial e não apenas formal, a jurisdição constitucional, por iniciativa do cidadão, já contribuiu bastante, mas ainda tem muito a contribuir. De resto, creio que a democracia é, acima de tudo, um contínuo processo de tese e antítese, avanços e retrocessos, erros e acertos, de modo que a função do judiciário nesse arranjo todo é ser um *alter ego*, o fiel da balança, em relação aos demais poderes do Estado para retomar o equilíbrio de forças vivas presentes da sociedade. Neste sentido, embora nunca se possa descartar a importância da igualdade formal no âmbito da ação política, a breve menção a elementos ligados aos direitos sociais e à sempre crescente necessidade do papel do judiciário na proteção e na efetivação desses direitos serve também para ilustrar um pouco a dificuldade em torno do tema relacionado à complexidade da igualdade política. Significa afirmar que, no processo político democrático, se deve ir até certa altura com a igualdade formal preconizada por Waldron. Mas é preciso ir além. É preciso que se dote o indivíduo de instrumentos pelos quais ele intervenha no processo de formação do direito de uma maneira mais efetiva e não simplesmente votando, cujo impacto de sua influência é quase inexistente.

Portanto, somente reconhecer como satisfatória a igualdade em seu aspecto formal apenas, mediante a participação igualitária do voto e uma eventual pressão popular no processo de tomada de decisão política para sanar os desacordos morais, é insuficiente para a cidadania, haja vista que, à medida que a democracia avança e as demandas sociais passam a tomar certos aspectos cada vez mais complexos, se exigem mecanismos que se proponham a dar respostas eficazes aos problemas enfrentados pela comunidade política. Assim sendo, o questionamento levantado pelo indivíduo com os dramas que compõem o seu cotidiano é imprescindível, seja

na formação da pauta e da ordem do dia do legislativo, seja levando as reivindicações ao judiciário.

4 O PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO MAJORITÁRIA E O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo anterior, houve o empenho em identificar um dos pontos fundamentais da crítica de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade, consistente na igualdade política, na medida em que o exercício da legislatura e a prática da legislação refletem, com mais autenticidade democrática, o zelo e a valorização de tal princípio diante da solução de conflitos morais que permeiam a sociedade moderna caracterizada pelo pluralismo, sendo que o controle judicial de constitucionalidade, a seu juízo, não tem lastro político-democrático que justifique sua atuação na aferição da lei diante da constituição. É ainda crucial a objeção oferecida por Waldron que diz respeito ao caráter contrademocrático do controle judicial de constitucionalidade, o que tem forte relação com a igualdade propugnada por Waldron e que, a partir de agora, será objeto de nossas especulações. Faz-se necessária a abordagem do caráter contrademocrático do *judicial review*, pois se trata ainda da “pedra no sapato” dos que advogam em prol das teses favoráveis à intervenção dos juízes na averiguação de constitucionalidade dos atos do legislativo e por eles precisa ser superado, na medida em que é causa daquele conhecido mal-estar crônico, principalmente entre os constitucionalistas mais empedernidos. É frequente o discurso segundo o qual a revisão judicial é inevitavelmente contramajoritária. Mas o pior de tudo é que o controle judicial não seria só contramajoritário, conforme costumam afirmar tanto os críticos quanto os orgulhosos constitucionalistas que são simpáticos ao controle judicial de constitucionalidade. Para Waldron, a situação é mais grave ainda, pois a ação dos juízes, acima de tudo, é contrademocrática, na medida em que privilegia a atuação de um pequeno número de juízes sem representatividade popular que não têm obrigação de prestar contas ao povo do ponto de vista político, o que, inevitavelmente, termina no ato de prejudicar os cidadãos no exercício do “direito dos direitos”, que é a participação na vida política, atropelando e anulando, de uma só vez, o histórico de luta política pela conquista de certos direitos, derivados desse direito dos direitos, que vai desde a mobilização popular até a sua conversão em lei (WALDRON, 2018, p. 60). Assim, à luz da democracia, qual legitimidade, portanto, têm alguns poucos juízes, cujas atribuições não exigem o voto popular, de implodir o que foi construído pela vontade do povo por meio de seus representantes? Antes de tentar responder a essa questão,

precisamos fazer uma pequena distinção entre dois elementos conceituais que, às vezes, parecem ir no mesmo sentido, mas que espelham realidades frequentemente opostas.

4.1 DEMOCRACIA E SOBERANIA POPULAR

A principal questão a ser aqui levantada é se existe diferença entre a objeção contramajoritária e a objeção contrademocrática na análise do papel que a revisão judicial desempenha nas democracias constitucionais contemporâneas. Ou seja, se existe diferença entre o caráter contramajoritário e contrademocrático na intervenção dos juízes na prática política para a definição dos direitos, ou se eles se confundem e o que existe é apenas uma questão terminológica ou de nomenclatura. Mas antes, seria interessante abordar e analisar outro problema importante na equação dos elementos que envolvem o caráter contramajoritário e contrademocrático da revisão judicial: o problema da soberania popular.

Nesse sentido, é possível contemplar, de um lado, a existência de certos contextos em que haja constituição, leis, instituições e tribunais, cuja essência não está somente impregnada de elevados valores democráticos, que são totalmente levados a sério por determinadas comunidades políticas, só que eles não foram impostos pela vontade soberana do povo. É também possível contemplar, por outro lado, contextos políticos em que poderão perfeitamente existir elementos constitutivos de um Estado em que se obedeceu estritamente à vontade soberana do povo, mas o resultado dessa manifestação popular é a existência de um Estado eminentemente autoritário e ditatorial, que, depois de constituído, não permitirá que os cidadãos, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, influenciem nas tomadas de decisão, ou que mesmo existindo tal permissão, ela é rara, fraca e desconsiderada. É o que ocorreria se uma assembleia constituinte, eleita pelo poder soberano do povo, condescendesse com poderes extraordinários a um ditador que, no exercício do poder absoluto e na produção do direito com que ele vai governar, não possibilitará a participação, a menor que seja, dos governados que, outrora, o constituíram como governante. Nesse exemplo, mesmo se se obedecer à vontade soberana do povo, a constituição, as leis, as instituições e os tribunais não representam os princípios, os valores e os ideais democráticos, pois, ao invés de distribuir os poderes constituídos nas instituições, no povo, nos grupos e nos indivíduos, os concentrou nas mãos de um só tirano. Nesses casos especificamente, pode-se suscitar a dúvida se seria realmente uma constituição, embora se possa afirmar convictamente que de constitucionalismo

não se trata. Note-se que a soberania popular existiu, mas a questão democrática passou ao largo dos fundamentos dessa realidade política. Em outras palavras, soberania popular houve e, de agora em diante, Estado de Direito (*Rule of Law*) também haverá, já que o Estado pode ele ser todo regulado pelo Direito (um direito cuja origem autoritária o vicia flagrantemente, fazendo dele um direito necessariamente ruim, obviamente), todavia o que, de fato, acontece é que o direito produzido e aplicado por este Estado, e ao qual ele também se submete, não obedece aos ditames democráticos.

Os valores democráticos devem permear a soberania popular e o Estado de Direito e precisam ser destacados também a partir do ponto de vista do governado e não apenas do governante, ou seja, do nível de poder atribuído ao indivíduo ou aos grupos de indivíduos, antes, durante e depois da decisão tomada para resolver os desacordos morais, razão pela qual se poderá afirmar se é apenas Estado de Direito ou, mais além, Estado “Democrático” de Direito. É justamente esse nível de poder concedido ao cidadão para debater e influenciar, não só indiretamente pelo voto e pelas majorias parlamentares, mas sobretudo diretamente no funcionamento do Estado, que qualifica o Estado de Direito em Estado “Democrático” de Direito, poder de influência este que, algumas vezes, não se confunde com a questão da soberania e com a questão majoritária. Naturalmente, não se deve olvidar que a acepção democrática ligada ao pressuposto majoritário é de suma importância para expressar a vontade popular e exercitar a soberania do povo por meio do voto. Aliás, o pressuposto democrático, não raro, mantém fortes laços com o conceito de autonomia, contraposto ao de heteronomia, em Kant: as normas para cuja elaboração, de certa maneira e em alguma medida, eu colaborei têm mais legitimidade e mais eficácia, na medida da minha participação (KANT, 2007, p. 79). Esse não é o drama principal. A nosso ver, a questão majoritária, apesar de ser imprescindível, de ser condição *sine qua non*, não qualifica suficientemente o Estado de Direito em Estado “Democrático” de Direito. O que queremos dizer é que o princípio majoritário pode estar ligado tanto à ideia de soberania popular, até mesmo à ideia de ditadura, quanto à ideia de democracia. O que vai diferenciar o princípio majoritário aplicado à ditadura do princípio majoritário aplicado à democracia, isto é, o que vai envolver o princípio majoritário com o rótulo da democracia, o que vai lhe dar o significado democrático, o que vai qualificá-lo como democrático, são certos princípios, valores e direitos fundamentais, previamente estabelecidos

para a proteção da dignidade humana. A dificuldade contemporânea de conceituar exitosa e satisfatoriamente a democracia explica a problemática de dar tanto peso assim ao aspecto majoritário da questão. Conceber a democracia apenas nesse viés e se fixar nele somente como sendo o núcleo duro de onde irradiam todos os demais elementos e características e com o qual estes devem estar rigidamente de acordo oculta a complexidade do conceito de democracia³⁵.

Não obstante, uma constituição e a previsão constitucional de se atribuir às cortes o papel de controle de constitucionalidade, a princípio, seriam manifestação da soberania popular e do Estado de Direito, porque a assembleia constituinte, com os representantes do povo e detentora do poder constituinte originário, é, via de regra, eleita exclusivamente para promulgá-la e escolher os caminhos que bem entender para configurar os mecanismos que, por sinal, serão colocados à disposição da sociedade para a sua governança. E de onde os tribunais recebem essa prerrogativa, exatamente das democracias ocidentais do pós-Segunda Guerra Mundial, não existe a concentração absoluta de poderes nas mãos de juízes “tiranos”. O que existe, todavia, é a distribuição de poderes às outras instituições, de modo que a jurisdição constitucional, neste contexto, é meio colocado à disposição do indivíduo para acessar e de influenciar o debate e as decisões tomadas (WALDRON, 2018, p. 44–53).

4.2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, CONTRADEMOCRÁTICA E CONTRARREPRESENTATIVA DO JUDICIAL REVIEW

A prática da revisão frequentemente sofre a acusação de seus detratores no sentido de possuir implicações contramajoritárias. Mas, segundo Waldron, esse não é o verdadeiro

³⁵ Nesse sentido, há de se ressaltar que: “Se considerarmos as transformações reais ocorridas na história das democracias modernas, torna-se difícil até mesmo encontrar um conceito capaz de definir o que seja um regime democrático, sem que se caia em vulgaridades e nos conhecidos lugares-comuns. Dizer-se, como ainda se diz, ser a democracia o governo “do povo, pelo povo e para o povo” é praticamente nada dizer sobre a verdadeira essência da democracia. Em primeiro lugar, porque não poderá haver governo tirânico, por mais despótico e autoritário que ele possa ser, capaz de governar sem o consenso da opinião pública, que lhe dê um nível mínimo de legitimidade, de modo que, em certo sentido, todo governo “emana do povo e em seu nome é exercido”. Se o consenso popular não fosse indispensável, certamente as ditaduras poderiam prescindir de suas gigantescas e onerosas máquinas de propaganda. Em segundo lugar, porque também os governos autocráticos podem ser governos “para o povo”, às vezes até mais legítimos do que certos regimes que se autodenominam democráticos; finalmente, em terceiro lugar, porque o povo, mesmo na mais perfeita das democracias, não “governa” diretamente, mas através de seus representantes. Esta aparente dissolução do conceito de regime democrático permite, como observa Krieger, que todas as ditaduras, sejam elas de direita ou de esquerda, se digam democráticas” (SILVA, 1988, p. 104).

problema que a revisão judicial apresenta. Ele vai mais além e a acusa de ser, na verdade, contrademocrática, o que consequentemente lhe agrava a legitimidade político-filosófica e elimina qualquer justificativa para a sua existência no contexto democrático.

A atualização dos termos feita por Waldron torna obsoleta e superada aquela crítica festejada pelos que advogam contra as justificações da revisão judicial das leis. Estamos falando da clássica posição de Alexander Bickel, que cunhou a ainda muito notória expressão “dificuldade contramajoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*). Bickel ensina que:

O judicial review é uma força contramajoritária em nosso sistema. [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo [...], ela frustra a vontade dos verdadeiros representantes do povo do aqui e do agora, de modo que, quando exerce o controle constitucional, o faz não em nome da maioria, mas contra ela (BICKEL, 1986, p. 16–18, 2020, p. 31–32).

A explicação razoável do empenho de certos setores a favor dessa opção no desenho institucional das democracias contemporâneas, segundo Waldron, é que, a exemplo da antiga Israel, que foi por um período governada pelos juizes, a pretensão de sermos governados, no mundo moderno, por eles ainda causa fascinação em alguns intelectuais que, na opinião de Waldron, veem, de forma fantasiosa, nos magistrados os interesses, as competências e a educação que eles, intelectuais, veem em si mesmos. Isso tudo talvez seja efeito da obra da figura do filósofo-rei de Platão no imaginário dos defensores da revisão judicial, afinal o ato de desatar o nó, próprio do intelectual, é muito mais sofisticado e elegante do que o simples ato de cortar o nó, característico do agente político. Em outras palavras, há uma convergência de valores entre alguns pensadores e as qualidades que supostamente orientam os juizes no controle contramajoritário, razão pela qual também há, em contrapartida, aquele desprezo clássico pelo autogoverno democrático orientado pelos valores propugnados pelas massas populares (WALDRON, 2014, p. 01).

Jeremy Waldron não só ratifica o argumento segundo o qual a supremacia judicial, a jurisdição constitucional e o controle judicial de constitucionalidade desempenham tal papel contramajoritário, mas também vai um pouco mais além na censura ao *judicial review*. Considera que a postura dos juizes na revisão das leis não se trata apenas de mero caráter *contramajoritário*. Trata-se, em última análise, do caráter *contrademocrático* da função jurisdicional no controle de constitucionalidade das leis, o que, sem dúvida, piora a situação

dos juízes perante a democracia e aumenta o ônus argumentativo de quem se coloca a favor da revisão judicial:

O que muda é o universo de pessoas cujos votos serão contados sobre a questão: somente se contarão os votos de nove juízes não eleitos (para determinar uma maioria simples) em lugar dos votos de uma centena de senadores, 435 representantes eleitos ou milhões de eleitores comuns em um plebiscito ao estilo da Califórnia. Trata-se de uma dificuldade contrademocrática, não de uma dificuldade contramajoritária (WALDRON, 2018, p. 189).

De fato, o que Waldron defende é que a ação contrademocrática atribuída às decisões que declaram a inconstitucionalidade das leis pelos tribunais simplesmente não vai só de encontro à vontade, aos interesses e às opiniões da maioria da sociedade, mas também e sobretudo vai de encontro ao que o maior número de pessoas deseja na solução de seus desacordos, sendo que tal desejo se manifesta na decisão tomada pelo parlamento, cujos membros são considerados os genuínos representantes do povo, que trabalharam para obter o maior número de votos na aprovação de determinada lei. Ou seja, não é só uma questão aritmética de obter a maioria dos votos, mas também uma questão de representatividade: no judiciário, decide-se pelo maior número de votos, mas os juízes não representam ninguém. Dessa maneira, a lei promulgada pela legislação que, na revisão judicial, foi deixada de lado por um poder que, além de possuir um número reduzidíssimo de membros e cuja decisão não reflete o conjunto da sociedade em sua complexidade, também não possui nenhuma representatividade baseada na vontade popular (independentemente do mérito da decisão tomada, se justa ou injusta, se boa ou ruim ou se constitucional ou inconstitucional). Ademais, os membros do ramo de poder que decidiu anular a lei promulgada ostentam um perfil que chama a atenção, como foi dito alhures, não pela pluralidade, mas pelo caráter homogêneo dos magistrados na composição e na estruturação do referido poder em relação à formação dos colegiados eleitos pelo voto popular, e o pior de tudo, não internaliza os desacordos amplos, profundos e persistentes da sociedade. E ainda tem mais: para piorar a situação dos juízes, o placar alcançado pelas decisões dos tribunais anulando leis parlamentares, não raro, é apertadíssimo, se comparado com o alcançado nas votações levadas a efeito nas casas legislativas, que, muitas vezes, conseguem uma folga muito maior:

Ele [Jeremy Waldron] acredita que as “circunstâncias definidoras da política” são tais que tornam o legislativo, e não os tribunais, a arena apropriada para

decidir as questões mais fundamentais que uma sociedade enfrenta. A razão é que não há consenso sobre os princípios básicos de justiça nas sociedades modernas, e é melhor que esses conflitos sejam discutidos em um órgão representativo maior do que em um órgão menor e altamente seletivo como a Suprema Corte dos Estados Unidos. Uma vez que esse Tribunal também funciona por votação e muitas vezes decide casos por uma maioria de cinco a quatro, a questão não é se as maiorias devem ser autorizadas a decidir disputas fundamentais de justiça e direitos, mas quem deve ser a maioria, como os membros do grupo devem ser selecionados, e que tipo de debate deve levar à votação (NAGEL, 2002, p. 141–142).

Aliás, o próprio Waldron ainda ressalta que o controle judicial de constitucionalidade, diante da questão contrademocrática, fica vulnerável a duas objeções. Na primeira, a atuação dos juízes no controle constitucional das leis não fornece um meio para que a sociedade se foque claramente nas principais questões que estão em jogo quando os cidadãos discordam sobre direitos, mas, em vez disso, os distrai com debates laterais sobre precedentes, textos e interpretação. Por isso, a defesa da revisão judicial, inexoravelmente, passa pela defesa da função hermenêutica constitucional que os juízes exercem na democracia:

As principais críticas ao caráter contramajoritário do Judiciário surgem, pelo menos em grande medida, depois que se abre a (assim chamada) lacuna interpretativa. Ou seja, se o Judiciário é acusado de entrar em campos que deveriam corresponder aos cidadãos, ou aos seus representantes, é porque agora se percebe algo que antes, por algum motivo, não era claramente percebido: através de sua inevitável tarefa interpretativa, os juízes acabam, silenciosamente, ocupando o lugar que a vontade popular deveria ocupar. Justamente por isso, muitos dos que hoje querem continuar a defender a legitimidade da tarefa de revisão judicial tentam fazê-lo através de argumentos capazes de “fechar” a tal “lacuna interpretativa”. A estratégia adotada, então, é a seguinte: demonstrar que existem formas mais ou menos óbvias – e não arbitrárias – de interpretar a Constituição e as leis em geral, e em seguida (novamente) afirmar que os juízes “não governam” ou que eles não substituem legisladores, mas “simplesmente” dão conta do significado do texto fundamental (GARGARELLA, 2011, p. 79–80).

Na segunda objeção, há o alerta de que o controle judicial de constitucionalidade é politicamente ilegítimo, no que diz respeito aos valores democráticos, na medida em que superdimensiona apenas o voto majoritário de um número restrito de juízes não eleitos pelo povo e imunes a qualquer tipo de prestação de contas em face do eleitorado (*unaccountable judges*). Melhor dizendo, o controle judicial de constitucionalidade acaba por privar os cidadãos comuns da representação e da igualdade política, pondo de lado esses dois princípios proeminentes para a solução final de questões sobre direitos (WALDRON, 2006, p. 08).

Além de exasperar profundamente a expressão “dificuldade contramajoritária”, na qual estão implicados e do qual demonstram ter enormes problemas para se desvencilhar os constitucionalistas adeptos da prática do controle judicial de constitucionalidade das leis, a solução oferecida por Waldron em torno da ideia da “dificuldade contrademocrática” do *judicial review* faz muito mais sentido e é muito mais consistente do que a repisada expressão de Bickel. O paradoxo, em que os constitucionalistas pró-revisão judicial se meteram e do qual não conseguem sair, resulta do fato de que, quando os tribunais divergem, eles recorrem ao princípio majoritário para solucionar os desacordos que surgem em torno dos direitos, e talvez seja esse o principal motivo que assombra permanentemente os constitucionalistas em relação ao controle judicial de constitucionalidade. Mas o questionamento que se levanta contra essa contradição de o judiciário também adotar o método da decisão por maioria nas tomadas de decisões, à semelhança do que acontece nas casas legislativas, não faria o menor sentido afirmar que, a partir de agora, o judiciário deixaria de ser contramajoritário, se os juízes passassem a julgar “por minoria”: a proposição que tivesse menos voto ganharia a disputa. É claro que isso seria um absurdo completo e um disparate desse tipo feriria a lógica e o bom senso mais elementares. Não é isso que Waldron, Bickel e outros estão a dizer e nem mesmo os que se põem ao lado dos que defendem a revisão judicial, obviamente.

Nesse sentido, a ideia de ser majoritário ou contramajoritário não está centrada no procedimento e no caráter aritmético de contar cabeças, por meio dos quais se alcançou determinada decisão. A ideia de ser majoritário ou contramajoritário do ponto de vista constitucional, presumo, está ligada mais ao mérito da decisão, àquilo que, de fato, foi decidido para solucionar o desacordo no plano legislativo do que propriamente ao procedimento adotado para decidir as questões sobre princípios, valores e direitos. A tendência contramajoritária da jurisdição constitucional de declarar a lei e, portanto, declarar inconstitucional a decisão tomada pela maioria no procedimento democrático estabelecido nas legislaturas, está ligada, predominantemente, à ideia dos direitos fundamentais, dos quais o poder judiciário seria – senão o principal – um de seus guardiões. Eu digo “predominantemente” porque, às vezes, a inconstitucionalidade declarada pelas cortes tem a ver com a inobservância de questões formais e procedimentais que não implicam a análise do mérito da lei em face dos direitos fundamentais: a substância da lei pode até estar de acordo com os direitos fundamentais, mas houve a violação

de regras procedimentais na condução do processo legislativo, o que também a macula com o vício da inconstitucionalidade formal. Quando, porém, a jurisdição constitucional trabalha em cima dos direitos fundamentais e, portanto, trabalha em cima de questões de fundo, de mérito ou de substância da decisão, o qualificativo “contramajoritário” não tem relação com o procedimento: o desacordo sobre direitos, princípios, valores e bem-estar foi resolvido contra certos direitos fundamentais declarados na constituição. No momento em que isso acontece, pouco importa se a decisão majoritária foi por pequena margem, se foi por larga margem, ou até mesmo por unanimidade.

O que se pretende afirmar quando uma decisão tomada pelo judiciário, que sempre é por maioria de votos nos órgãos colegiados, é que tal decisão, ao anular ou não aplicar leis por reputá-las inconstitucionais, está contrariando, em última análise, os valores, muitas vezes inconstitucionais, vigentes e manifestados na vontade da maioria representada dos cidadãos e, na ocasião, corporificados nos representantes parlamentares, cuja decisão traduziu, portanto, os valores vigentes majoritariamente em meio ao povo. Até porque, há de se reiterar, que o método de tomada de decisão majoritária não é o método exclusivo das democracias, pois ele pode perfeitamente ser o método utilizado em um ambiente do mais inconfundível e radical autoritarismo político, a depender de qual órgão político toma as decisões de acordo com arranjo estabelecido por esse mesmo governo autocrático. Com efeito, ainda que o regime espelhe os mais ilustres valores democráticos, pode acontecer de o resultado do método majoritário de tomada de decisão ser contrademocrático. Michelangelo Bovero, em sua crítica tanto aos democratas radicais quanto aos neoconstitucionalistas, assevera que o uso do termo “objeção contramajoritária” ou “direitos contra a maioria” não é pertinente e que, por isso, deveria ser substituído, até para fortalecer a ideia de majoritarismo, pela ideia de “objeção contra o poder político” ou “direitos contra o poder político”, qualquer que seja ele:

A regra da maioria é uma regra técnica e ela não é mais democrática do que autocrática. Por maioria, decidem não só os parlamentos democráticos, mas também os órgãos supremos dos regimes autocráticos, como o Grande Conselho do fascismo ou o conclave para a eleição do Papa. [...] Simplesmente, convido aqui para que usemos aquela fórmula, “direitos contra as maiorias”, e a substituamos por uma mais pertinente. Se o percurso teórico que eu desenvolvi nas páginas anteriores é convincente, então os direitos fundamentais podem ser caracterizados como direitos (não contra as maiorias, mas) “contra o poder político”, qualquer que ele seja: os direitos

fundamentais, nos ordenamentos afinados ao modelo de constituição do constitucionalismo, são aqueles sobre os quais o poder político não tem poder, são *coto vedado*; portanto, também são direitos contra a vontade pública eventualmente declarada não só como maioria: até mesmo se ela fosse declarada por unanimidade. Como podemos ver, ao substituírmos aquela fórmula, nós, no fundo, conseguiremos é fortalecê-la (BOVERO, 2022, p. 67).

É certo que Waldron pode perfeitamente retorquir perguntando: “mas quais direitos fundamentais?”, “quem definiu que esse ou aquele direito é fundamental, os juízes ou os legisladores?”. Retorna-se, pois, à primeira e importante questão que Waldron nos propõe, que é a questão de que há desacordos amplos, profundos e persistentes sobre o que são e quais são os direitos fundamentais. Os desacordos sobre os direitos fundamentais, como todo desacordo, também fazem parte das circunstâncias da política e devem ser solucionados conjuntamente, por todos nós, sendo que a autoridade da decisão, no caso, a autoridade (e a justiça) da lei vem justamente da incorporação dos desacordos no órgão encarregado de decidi-los, órgão esse formado por uma grande quantidade de membros que refletem a complexidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas. Enquanto Bovero acusa a política de violar os direitos fundamentais, Waldron, por sua vez, alega que entendimentos judiciais do que sejam direitos fundamentais invadem a esfera da política. E nesse aspecto, não resta dúvida de que a dificuldade contrademocrática imposta por Waldron é muito mais avassaladora do que a dificuldade contramajoritária de Bickel.

É possível, por outro lado, sustentar que no conflito entre legislatura e jurisdição, entre legislador e juízes, entre política e direito, a soberania, como historicamente já se anotou (HAMILTON, 1840, p. 157–158), pertence, em última instância, à constituição. Essa observação, para as questões atuais, parece não dizer muita coisa. O que ela diz, na verdade, é que se pode chegar à conclusão de que aos tribunais cabe interpretar o sentido da constituição, mas não se pode deduzir, de nenhuma forma, que a prerrogativa de interpretá-la leva à inevitável superioridade do poder judiciário sobre o legislativo: apenas é indicativo de que o poder do povo estabelecido na constituição é superior a ambos, de modo que, quando a vontade da legislatura, declarada em seus estatutos, se opõe à do povo, aquela que está declarada na Constituição, os juízes devem ser orientados pela última e não pela primeira, pautando suas decisões nas leis fundamentais, ao invés daquelas que não o são, por uma questão de hierarquia (HAMILTON, 1840, p. 159). Podemos também afirmar, embora superficialmente, que, a partir

da exploração da pequena abertura dada por Hamilton, a soberania não se restringe apenas à soberania do povo qualificado pelo momento histórico da promulgação constitucional e tomado apenas como ente abstrato, mas do povo encarnado no indivíduo concretamente considerado, como primeiro intérprete da constituição que suscita o vício da inconstitucionalidade perante os tribunais. Só não queremos, porém, deixar a impressão de que a menção feita a Hamilton passe a impressão de que há uma recaída no pecado do originalismo constitucional. O objetivo não é invocá-lo em arrimo à revisão constitucional das leis, já que, conforme assinalou Ronald Dworkin e Thomas Jefferson, isso seria a presença da “mão morta” (*dead hands*) dos pais fundadores sobre os vivos (DWORKIN, 1995, p. 151).

Não obstante, podemos avaliar, de outra perspectiva, a hipótese um pouco mais realista e condizente com a atualidade se comparada à de Hamilton. Nela, reafirma-se o truísmo de acordo com o qual os três poderes *ordinários* interpretam a constituição, mas também contesta e desmistifica, de certa forma, a doutrina do referido *Founding Father* e, por tabela, a adotada em *Marbury vs. Madison*, preconizando que, assim como não há nada intrínseco que faça supor que a última palavra em matéria constitucional pertence ao poder legislativo em razão da função que ele exerce, também não há nada que leve à conclusão de que o atributo do poder judiciário de eventualmente ter a palavra final na interpretação constitucional seja corolário inexorável da separação dos poderes (como frisou Marshall). Se cabe ao judiciário a função de interpretar as leis e sendo a constituição uma lei (superior), então o judiciário tem tal prerrogativa. Mas a verdade é que legislativo e judiciário são poderes ordinários e foram instituídos pelo “corpo político soberano” e, como foi assinalado, têm a prerrogativa de interpretar a constituição.

Portanto, em sociedades sofisticadas e bem-ordenadas, a palavra do governante nem sempre precisa ser a palavra final. Ela pode ser a última palavra em muitas circunstâncias, mas pode ser revertida em outras, sem que o governante seja substituído no curso de uma ação perigosa e geralmente violenta da revolução. Quando a revisão judicial proíbe o governante de tomar certas ações específicas, os fundamentos da sociedade não racham e o governante não perde sua autoridade em outras áreas. Ao mesmo tempo, o governante não desobedece ao julgamento de ilegalidade e não mata ou aprisiona, em uma tentativa enfurecida para restaurar a sua dignidade ferida, os que proferiram aquele julgamento. Ao contrário, ele obedece e continua governando como antes. Às vezes, ele pede desculpas [...], outras vezes reclama e resmungo, mas aceita o julgamento e geralmente não piora por isso. (RUBIN, 2008, p. 29–30).

Contudo, mesmo que não concordemos, mas por amor ao debate, concedamos à ideia da última palavra, a escolha de quem será o “último” intérprete ou terá a palavra “final” cabe ao povo reunido em assembleia geral constituinte. Essa decisão soberana é positiva, naquele sentido específico da palavra, e se se optou pelo judiciário por uma razão ou outra, todos devem a ela se curvar, haja vista que, em qualquer regime e não só na democracia, existe a necessidade impostergável de que a um órgão específico seja autorizada a interpretação constitucional *última*. A designação do encarregado de dar a palavra final em termos constitucionais é mais do que necessária, uma vez que tal propósito irá coordenar os diferentes poderes, solucionar os conflitos persistentes, evitar que condutas conflitantes dos cidadãos sejam exigidas e assegurar o respeito e a obediência às formas constitucionais por parte dos poderes ordinários. Enfim, a decisão sobre quem terá a palavra final em matéria constitucional é a opção escolhida pelo povo soberano reunido em assembleia geral constituinte, simplesmente nada mais do que isso (FREEMAN, 1994, p. 194–195)³⁶.

Ademais, é necessário, entretanto, ter cautela teórica quando se refere ao termo “povo”, tanto os que são contrários ao controle judicial de constitucionalidade pelo caráter contramajoritário ou contrademocrático, quanto os que lhe são favoráveis, dizendo que a constituição é promulgada em nome do povo. Bickel adverte que povo é uma “abstração desprovida de significado, embora não seja assim tão perniciosa, por estar, de um lado, sempre

³⁶ Na sequência desse raciocínio, Samuel Freeman adverte, todavia, que a presença da separação de poderes, como elemento crucial à liberdade pública e ao regime democrático, é perfeitamente discutível, já que, citando o exemplo da Inglaterra, eles estão assegurados, independentemente do fato de o sistema parlamentar inglês não se notabilizar pela separação tão óbvia de poderes e do fato de os tribunais de lá não terem autoridade para revisar constitucionalmente as leis. O crucial, segundo Freeman, é mesmo a escolha positiva feita pelo povo soberano e aquele que exerce essa “autoridade última de interpretar a constituição” ter um “poder de governo necessário e distinto dos poderes ordinários das funções legislativas, judiciárias e executivas”, comparando-o ao “tribunato” rousseauiano, na medida em que a constituição não é uma lei ordinária qualquer, mas “um sistema de normas de ordem suprema para a criação de normas que são reconhecidas como leis ordinárias”. Assim, a revisão judicial não é corolário (ou um dado implícito) da separação de poderes, o que “faz parecer que os tribunais estão desempenhando suas funções constitucionais normais”, mas da positividade levada a efeito pela constituição, que escolhe e separa dos demais poderes ordinários o órgão competente para deliberar sobre a inconstitucionalidade das leis (FREEMAN, 1994, p. 194–195). Anote-se que, sob tal aspecto, a ideia de Freeman se aproxima muito dos tribunais constitucionais *ad-hoc* europeus, que instituíram um órgão especificamente encarregado de apreciar questões constitucionais, alheios e equidistantes dos três poderes ordinários tradicionais. Ao final, ele arremata, ressaltando que: “O que está realmente em questão na revisão judicial é que os tribunais extrapolam a lei ordinária e o seu papel sob a separação de poderes, para avaliar os atos de governo de qualquer um dos três poderes separados. Este não é um poder propriamente judicial; é mais exatamente o exercício de um poder de *preservação*. Quem quer que exerça essa autoridade última age como preservador de uma constituição democrática (FREEMAN, 1994, p. 194–195).

carregada de emotividade e, de outro, muitas vezes esvaziada de representatividade” (BICKEL, 1986, p. 18, 2020, p. 32). Apesar dessa ponderação, a palavra “povo”, por mais que ele possa ser acusado de mera abstração, é sim, em essência, elemento concreto e histórico que deve ser sempre levado em consideração, cuja vontade soberana em constituir o Estado somente é delimitada por contingências políticas que fazem precipitar o documento fundamental desse mesmo Estado, ainda mais se nos concentrarmos, da forma que estamos propondo, no papel que o indivíduo desempenha na democracia e que ajuda a concretizar a manifestação desse conceito de povo. Ora, desautorizar o judiciário a intervir, quando instado, para controlar o legislativo é autorizar o legislativo a violar a constituição em nome do povo, sem que um do povo possa, ao menos, se manifestar denunciando essa violação. A ideia é que a decisão tomada no legislativo, mesmo violando os direitos fundamentais, foi apoiada pela maior parte dos membros da legislatura e pode até mesmo ter o apoio da maioria esmagadora da opinião pública. E o caráter contramajoritário, mas não contrademocrático, da revisão judicial está justamente aí: em averiguar o mérito do que foi decidido sob os auspícios do parlamento agindo em nome do povo. Porém, como bem disse Bickel, o caráter contramajoritário é, às vezes, o de frustrar o senso comum dominante.

Com efeito, pode-se aventar a possibilidade de existir uma saída em favor da revisão judicial, no sentido de que ela pode, de fato, agir de modo contramajoritário, mas não que isso seja necessariamente contrademocrático. Nesse sentido, pode haver certa semelhança, guardadas as devidas proporções, entre a defesa dos direitos fundamentais diante da maioria e o papel que o direito penal e o processo penal, por exemplo, desempenham na sociedade, ambos os quais, em última análise, prefiguram a garantia do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado. Essa garantia chamada direito penal e processo penal, quando reivindicada pela defesa e aplicada pelos juízes, é essencialmente contramajoritária, mas não poderíamos, por isso, chegar à conclusão de que é contrademocrática. A vocação contramajoritária em torno da lei penal e do processo penal é flagrante quando trata dos direitos e garantias da menor das minorias: o réu de um processo criminal, já que praticamente toda a sociedade e opinião pública se voltam contra ele e a maioria esmagadora da população não concorda com algumas garantias historicamente consolidadas, de modo que, reflexivamente, muitos parlamentares vocalizam esse descontentamento no momento de votar a favor de se aumentar o rigor da lei penal. Uma

vez que o Estado de direito é muro de contenção do Estado policial e persecutório, pode-se afirmar ser o direito penal (e o respectivo processo) um termômetro da maturidade do poder judiciário e, conseqüentemente, da democracia. O réu, contra o qual se imputa um crime, deve ter à sua disposição meios para exercer a ampla defesa e o contraditório, de forma plena. Deve ele contar ainda com juízes imparciais e independentes, que decidam com base em provas advindas de rigorosa cadeia de custódia, mesmo porque, durante o processo, pesa contra ele uma forte oposição da população e dos meios de comunicação de massa para que seus direitos não sejam preservados. Frequentemente, a prática delituosa é tratada pela mídia de forma maniqueísta e sensacionalista e a figura do criminoso é desumanizada, fazendo com que os meios de comunicação e os espectadores, mesmo antes da condenação, o vejam e o tratem como inimigo a ser combatido e eliminado, ao qual não deve ser dispensado nenhum “privilégio”. Nesse contexto, até mesmo o exercício da defesa técnica pelo advogado e a postura imparcial do juiz são empecilhos à punição majoritariamente desejada que, nestes casos, se torna sinônimo de justiça.

É possível acrescentar ainda outro exemplo eloquente e ilustrativo: o fenômeno das greves. Acredito que não existe nada mais contramajoritário aos nossos olhos do que a greve desencadeada por determinadas categorias profissionais, principalmente as que prestam um serviço essencial ao bom funcionamento da sociedade, sobretudo nas áreas de saúde, educação, segurança e transporte. Sabe-se que a decisão de entrar ou não em greve é tomada pela maioria de votos dos trabalhadores reunidos em assembleia, mas nem por isso pode se autoproclamar “majoritária”. É fato que, não raro, a indignação contra o movimento grevista toma conta das pessoas, independentemente de elas precisarem ou não daquele serviço e independentemente do fato de a greve ser ou não ser justa, embora a indignação das pessoas seja parte do processo de convencimento, na medida em que elas começam a tomar consciência de que a categoria envolvida naquele movimento é parte importante para o funcionamento da sociedade. Na verdade, os organizadores da greve contam com essa indignação e têm plena consciência de que todos, pelo menos em um primeiro momento, ficarão contra a greve. O que, porém, se quer enfatizar aqui é o fato de que a decisão para entrar em greve foi tomada por maioria, mas ela é, por mais incrível que pareça, contramajoritária no sentido de que desagrada amplos espectros da população. Mesmo assim, a greve se configura como uma das principais garantias e

instrumentos para pressionar os empregadores a oferecerem melhores condições de trabalho, até porque, convenhamos, o triunfo da democracia não é só o triunfo de todos os benefícios do Estado constitucional (eleições e imprensa livres, liberdade de pensamento e religiosa e liberdade de reunião e associação), mas é também aceitar um certo nível de perturbação da ordem estabelecida (RANCIÈRE, 2005, p. 11). Portanto, quando se fala que a revisão judicial é contramajoritária, é justamente nesse sentido. No sentido de que, embora a decisão dos tribunais seja tomada por maioria de votos, o fato de anular ou deixar de aplicar uma lei, também desagrada uma ampla gama de pessoas que viram suas pretensões serem frustradas, apesar dessas pretensões violarem preceitos fundamentais, às vezes, da própria democracia ou da dignidade humana.

É claro que, repita-se, contra essa hipótese de justificação do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional baseada no mérito sintonizado com os direitos fundamentais, e não no procedimento majoritário de contar cabeças, pode-se voltar ao começo de tudo e argumentar-se que, como foi dito alhures, as questões relativas aos direitos fundamentais, mesmo inscritos na declaração de direitos da constituição (o que, segundo Waldron, é problemático), são causas do mais profundo, amplo e persistente desacordo. Some-se aos desacordos sobre a natureza, o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, a postura de entrincheirá-los em um texto constitucional ser um erro imperdoável, pois retira a possibilidade de sempre trazê-los ao debate público e de submetê-los ao crivo da maioria. Penso que se não fosse assim, se não tivéssemos uma constituição declarando direitos, tornando-os cláusulas pétreas e colocando a tarefa de protegê-los nas mãos do judiciário, não estaríamos aqui discutindo a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, pois o problema de legitimidade não seria um problema. Mas sobre o desacordo dos direitos fundamentais, isso vai depender de como eles foram declarados nas constituições. Vamos tomar o exemplo da proibição da pena de morte, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de banimento (deixemos de lado a proibição de penas cruéis) escrita na constituição brasileira de 1988³⁷. O desacordo ao redor do real significado dessa previsão constitucional é mínimo, poderíamos dizer, quase inexistente, e não haveria nenhum problema em dizer que projetos de leis visando à instauração dessas penas seriam destinados ao fracasso. Diferente é o caso dos Estados Unidos em torno da pena de morte. A constituição

³⁷ CF/88, art. 5.º XLVII.

americana não a proíbe expressamente como faz a brasileira, o que redundou e redundará em um amplo debate sobre o significado da garantia estabelecida na Oitava Emenda, no qual ficou determinado que “não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”. Diante desse dispositivo constitucional, a pena de morte é ou não é cruel? No caso brasileiro, acho que Waldron não teria tantas dúvidas acerca do desacordo quanto teria em relação à Oitava Emenda americana. Claro que o constituinte brasileiro tinha consciência das dificuldades que a abertura semântica da constituição norte-americana implicava e se precaveu de certas polêmicas. Mas para Waldron, a questão passa a ser outra e, conseqüentemente, mais dramática: nos casos em que o desacordo sobre o que é um direito fundamental não é assim tão evidente, está no fato de se terem colocado tais direitos em uma declaração e torná-los cláusulas pétreas dentro da constituição. Vale dizer, o problema é outro porque retirou-se da política representativa a tarefa de debater aqueles temas que envolvem um amplo espectro de desacordos na sociedade. E é dramático porque quem vai tutelar e, portanto, debater e decidir sobre eles, serão os juízes, que não têm legitimidade e lastro representativos para tratar dos desacordos. Essa interdição jurídico-constitucional, na visão de Waldron, prejudica o avanço e a inovação da cultura política. Se algum dia a constituição brasileira de 1988 lhe for apresentada, não lhe faltarão motivos para a perplexidade, para dizer o mínimo, diante do tratamento detalhado de matérias tão variadas (sistema tributário, previdência social, fundo de garantia de tempo de serviço, precatórios e o Colégio Dom Pedro II) que poderiam ser perfeitamente deixadas a cargo do legislador ordinário.

Segundo Waldron, o sistema constitucional de proteção judicial aos direitos fundamentais é prejudicial porque retira da política inúmeros problemas cujas soluções já foram antecipadas pelo constituinte, sendo que muitas das soluções oferecidas são cláusulas pétreas que foram colocadas ao abrigo da proteção judicial e que as gerações presentes e futuras não poderão alterá-las, de modo que essa limitação pode ser fator de frustração e de ressentimento políticos. No entanto, o argumento favorável à prevalência dos direitos fundamentais frente à vontade da maioria, não tem a pretensão de desprezar o raciocínio filosófico-político Waldron, até porque ele, ao esmiuçar os elementos que compõem o procedimento majoritário tanto no âmbito legislativo, quanto no judiciário, faz questão de esclarecer, ao contrário do que disse acima Bovero (2022, p. 67), que tal método não se resume a uma mera técnica, mas traz consigo

tudo um aparato valorativo, entre os quais o próprio argumento da sabedoria da multidão e tudo o que ela implica para a democracia (WALDRON, 2003, p. 113–149) e não haveria a menor chance de ele reconhecer o conteúdo dos direitos fundamentais como parâmetro de validade e autoridade do direito. Waldron, fiel ao seu positivismo jurídico normativo, pelo qual a autoridade do direito tem a sua afirmação pelo reconhecimento das circunstâncias da política e na forma pela qual se organiza e se estrutura o procedimento político majoritário de solucionar desacordos, vê problemas na forma com que a ideia em torno dos direitos fundamentais é tratada pelos constitucionalistas.

Aliás, o questionamento à pertinência do termo “contramajoritário” a que se imputa à jurisdição constitucional alega que os direitos fundamentais são pretensões ou expectativas normativas dirigidas para o Estado. São deveres que o Estado se dispôs a cumprir. Ocorre, porém, que a todo o momento, em vez de protegê-los, o próprio Estado viola, quer deixando de agir quando é necessário, quer emanando leis que impedem, injustificadamente, os titulares de usufruir desses direitos. Dessa violação, nasce a legitimidade para lhes reivindicar a efetivação contra o próprio Estado. Tal postura do indivíduo lança suas raízes no direito de resistência ou no “direito à revolução”. Acredito que, hoje, não seria necessária tanta “disposição e comprometimento cívicos” diante de meios de se insurgir contra o poder do Estado, até porque, segundo a ideia de expectativa desenvolvida por Bovero, a não observância dos direitos fundamentais pelo Estado serve apenas como justificativa para se recorrer aos tribunais, o que não significa também que o cidadão vai ser ali atendido em suas pretensões. No mais, quando reconhecidos, os direitos fundamentais se caracterizam contra o Estado, ou melhor, contra o poder político, mesmo sendo ele instituído pelos procedimentos democráticos (BOVERO, 2022, p. 65). Enfim, o questionamento levado pelo indivíduo aos tribunais, para que se manifestem sobre a legitimidade constitucional do que resultou do processo de tomada de decisão dos representantes do povo, a lei, é uma forma de lidar com aquela ânsia insuprimível, a que Cappelletti faz referência, que está no coração de todo homem, de transcender o comum e o ordinário; é uma forma de lidar com aquela coragem e audácia de violar uma lei injusta, ou seja, uma forma de dar vazão a tudo isso por uma via minimamente institucionalizada; e é uma forma também de se resgatar o eternamente derrotado e ilógico jusnaturalismo que vem ao nosso socorro em momentos de crise (CAPPELLETTI, 1999b, p. 06–07).

Além disso, a sugestão invocada por Jeremy Waldron é que a estrutura institucional de tomar decisões nos Estados Unidos apresenta um conflito conceitual que enfraquece a legitimidade da revisão judicial (WALDRON, 2006, p. 1386–1393). Tal conflito conceitual consiste, especialmente, na circunstância de que os tribunais, a exemplo da Suprema Corte, decidem pelo voto majoritário, mas, ao contrário das legislaturas, são instituições não representativas. Só um órgão que traz consigo o caráter representativo, segundo ele, pode justificar o voto majoritário do ponto de vista democrático, porque a maioria da instituição reflete, em linhas gerais, a maioria dos eleitores. Um tribunal, ao contrário, não pode se justificar da mesma forma, porque lhe falta aquele lastro representativo que os faz fincar suas raízes no povo. O máximo que os tribunais podem alegar em seu favor nesse sentido é que a votação majoritária adotada por eles é um dispositivo conveniente para se chegar a esta ou àquela decisão. Isso esclarece e enfatiza bem não só as características contramajoritárias, mas também e sobretudo as características contrarrepresentativas e, por consequência, contrademocráticas da revisão judicial, até porque o voto majoritário é o meio utilizado para decidir algo, por ser fortemente conhecido e aceito historicamente no mundo ocidental, indo muito além da representação e da democracia. Ele foi usado, por exemplo, pelo Conselho de Anciãos de Esparta e pelo Senado Romano no mundo antigo e pelo Colégio de Cardeais e por eleitores do Sacro-Império Romano Germânico na Idade Média, sendo que, em nenhum deles, a votação por maioria foi concebida como corpos representativos, de modo que a votação por maioria foi sim um meio adotado para que houvesse uma aceitabilidade social maior das cortes como meio de impor as exigências constitucionais aos demais órgãos de governo. Aliás, a votação por maioria foi a forma encontrada para estabelecer um liame entre o esforço para impor a constituição aos órgãos políticos de representação (RUBIN, 2008, p. 96). Assim, o procedimento em que se decide por maioria está presente em quase todas as discussões e deliberações de grupos de pessoas que se reúnem para resolver divergências, incluindo pessoas que se dedicam à prática criminosa³⁸.

³⁸ O trecho a que nos referimos é o seguinte: “Quem assistiu à série *A escuta* [*The wire*] da TV HBO, vai se lembrar do primeiro episódio da terceira temporada, em que o megatraficante Stringer Bell introduz procedimentos parlamentares, As Leis Orgânicas de Robert, para tentar tornar as reuniões com os seus subordinados e traficantes mais organizadas e proveitosas – produzindo um incrível arsenal de citações como “O filho da mãe está com a palavra” [“Motherfucka’s got the floor”] e “A cadeira não está reconhecendo o seu traseiro” [“Chair ain’t recognize yo’ ass”]. Não é exatamente John Stuart Mill, mas se trata exatamente daquilo sobre o que eu estou tentando dizer” (WALDRON, 2016, p. 26).

O drama é que a postura contramajoritária, contrarrepresentativa e contrademocrática dos juízes de controlar as leis à luz da constituição e dos direitos fundamentais termina por gerar mais calor do que luz e que tal prática corre o sério risco para descambar para o autoritarismo e para o arbítrio, violando, assim, os aspectos caros à democracia, onde a verdade dos juízes prevalecerá sobre a das maiorias. No entanto, a concepção segundo a qual a supremacia judicial, a jurisdição constitucional e o controle judicial de constitucionalidade desempenha papel contramajoritário, ainda que se esteja diante do perigo de incorrer também no papel contrademocrático, nunca revelou ter conotação pejorativa no meio jurídico, principalmente entre os constitucionalistas, já que, não raro, o fato de a maioria ser favorável a certas posições morais não quer dizer que ela esteja certa e agindo conforme a reta razão (SINGER, 2011, p. 265) e a opinião da maioria, no mundo das estimativas, pode até ser indício de verdade ou de validade, mas esse indício pode ser contrariado pelo decurso da História (REALE, 2002, p. 227). Isto é, a função contramajoritária atribuída ao judiciário, para não poucas pessoas, apresenta certo glamour, que certamente aumenta o prestígio, mas, por outro lado, também tem o condão de aumentar a responsabilidade dos juízes quando exercem a jurisdição constitucional, na medida em que as elevadas expectativas de um resultado justo dos casos a eles submetidos são diretamente proporcionais ao ônus institucional assumido perante o cidadão comum.

4.3 A DEMOCRACIA CONTRAMAJORITÁRIA NO *JUDICIAL REVIEW* NA VOZ DE RONALD DWORKIN

Mesmo diante de tudo o que foi anteriormente exposto, é possível levantar a hipótese de que o cacife democrático do controle judicial de constitucionalidade, por mais contraditório e paradoxal que possa parecer, se impõe justamente por causa de ser contramajoritário (e não apesar de ser contramajoritário). Isso pode mitigar um pouco a denúncia contrademocrática de Waldron, pois é exatamente na condição de instrumento de defesa da constituição e dos direitos fundamentais que ele se legitima, em certos momentos da vida política, contra os eventuais abusos perpetrados pela maioria condensada na figura do legislador. Desse modo, a revisão judicial não põe, diretamente, em risco o valor – muitas vezes incontestado e unânime – do majoritarismo no exercício do governo democraticamente eleito; e nem tampouco, indiretamente, a igualdade política na democracia moderna. Essa conclusão é tirada, mesmo

depois de conceder todo o crédito que ao hábil raciocínio de Waldron merece. Entretanto, a ela não se chega de forma tão fácil e óbvia assim. Aliás, quando a ela se chega, parece que se está mais diante de um autêntico oxímoro, pois compreenderemos a revisão judicial como a manifestação, por assim dizer, da democracia contramajoritária na defesa de direitos.

De que maneira podemos fazer essas afirmações com tanta convicção assim? Dworkin, não obstante, entra na discussão perguntando se, realmente, é verdade que o controle judicial de constitucionalidade promove o vilipêndio “do direito dos direitos” da maioria e, portanto, a igualdade política, tão cara a Waldron, tendo em vista a sua incômoda função contramajoritária e, portanto, supostamente contrademocrática, conforme o próprio Waldron faz questão de salientar (DWORKIN, 1996, p. 21). Para Dworkin, a questão majoritária não se resume ao aspecto apenas quantitativo, ao qual, aliás, precisa haver a inclusão de aspectos qualitativos a respeito dos direitos. Aplacando a inconformidade e a insurgência de Jeremy Waldron e de Alexander Bickel contra a revisão judicial no quesito maioria, Ronald Dworkin, ao examinar a concepção majoritária de democracia, indaga o que esta, ao fim e ao cabo, realmente significa. Para ele, o sentido e o alcance da democracia podem ser dados a partir de dois pontos de vista completamente diferentes, a saber: a concepção majoritária de democracia, íntima e obviamente ligada, pois, à premissa majoritária; e a concepção constitucional de democracia, por ele teorizada e defendida. Ronald Dworkin, quando confronta a sua tese da leitura moral e a tese da leitura originalista da constituição, denuncia a estratégia constitucional intermediária³⁹ com seus epiciclos. A estratégia constitucional intermediária – e Waldron seria um desses estrategistas – pretende ficar posicionada entre a tese da leitura moral e a tese da leitura originalista da constituição, como se fosse uma terceira via viável à justificação democrática. Nesse passo, ela se dispõe não só a criticar a leitura moral da constituição exatamente porque enxerga nessa tese a concessão exagerada de poderes aos juízes, mas também a leitura originalista, na medida em que esta concepção teórica visa tornar a compreensão

³⁹ A propósito do assunto discutido, a saber, do majoritarismo, Ronald Dworkin separa os conceitos, elaborando uma gradação que vai do nível mais abstrato ao concreto: em primeiro lugar, fala em premissa majoritária; em segundo, em concepção majoritária; e, por último, na ideia ou na opinião quase unânime de que a revisão judicial das normas compromete a democracia e que esta intervenção dos tribunais só se justificaria até determinado ponto e no momento certo, ao que Dworkin chamou de busca infinita da estratégia interpretativa “intermediária” entre a leitura moral da constituição, por ele preconizada, e o originalismo constitucional, o que leva os constitucionalistas a fazerem uma série de “epiciclos ptolomaicos” para reconciliar a prática constitucional com os princípios majoritários (DWORKIN, 2019, p. 24).

contemporânea da constituição uma extensão morta do passado, obrigando os originalistas a se esforçarem para criar uma alternativa à sua leitura moral da constituição, embora Dworkin considere totalmente inúteis esses esforços. Diante desse quadro, ele pergunta e se pergunta por que alguém – no caso um famoso constitucionalista – que teima na possível existência dessa estratégia interpretativa intermediária, apesar de ainda não haver descoberto esta estratégia, passaria o restante da vida a procurar o caminho rumo à terceira via alternativa à leitura moral e aos originalistas (DWORKIN, 1996, p. 14). Eis a resposta:

Os juristas consideram que as imposições constitucionais ao processo político majoritário são antidemocráticas, ainda mais se tais imposições forem levadas a efeito pelos juízes e que a leitura moral parece exacerbar o insulto. [...] Eu já disse antes que o argumento teórico entre os constitucionalistas e os juízes, na verdade, nunca foi sobre se os juízes deveriam mudar a constituição ou deixá-la em paz. Sempre foi sobre como a constituição deveria ser interpretada. [...] Desse modo, pensa-se, em larga medida, que o argumento acadêmico se volta para o quanto a democracia pode, adequadamente, se comprometer para proteger outros valores, incluindo os direitos individuais. Um lado se declara apaixonado pela democracia e ansioso para protegê-la, ao passo que o outro proclama ser mais sensível às injustiças que a própria democracia, às vezes, produz. [...] Eu tentarei convencê-los a ver o argumento constitucional em termos totalmente diferentes: como um debate não sobre o quanto a democracia deveria conceder a outros valores, mas sobre o que a democracia, no seu sentido mais exato, realmente é (DWORKIN, 1996, p. 14).

A advertência aqui é que há um mal-entendido sobre o que a democracia realmente é: para alguns, a democracia deve se colocar acima de todos os outros valores; para outros, como ele, a democracia só vai mostrar a sua verdadeira face, essa democracia só será uma “verdadeira democracia”, desde que esta desempenhe um papel muito mais nobre do que ela desempenha, que é o de só ficar o tempo todo se protegendo das ameaças como, por exemplo, o insulto feito contra as maiorias pela ação revisional dos juízes. Assim, Dworkin apregoa que a democracia, a verdadeira democracia, é aquela que se dispõe a sacrificar certos aspectos e valores, que lhe são importantes, com o objetivo de promover outros que ela deve considerar mais importantes do que ela própria, como a justiça, por exemplo.

A concepção majoritária de democracia, conforme a conclusão a que se chega, entrega as principais decisões políticas e morais ao anseio da maioria dos indivíduos que compõem o todo, que compõem o povo, sendo que essa tarefa de decidir, via de regra, é exercida por representantes eleitos para as casas parlamentares. A se pensar dessa forma, os objetivos

democráticos estão vinculados à premissa majoritária, a qual, por sua vez, dado o caráter procedimental dessa concepção, não leva em conta o conteúdo do resultado ou o mérito substancial das decisões tomadas pela maioria, bem como o custo ou arrependimento moral causado pelo que foi decidido (DWORKIN, 2019, p. 24)⁴⁰. A concepção constitucional de democracia, a seu turno, propugna que as instituições democráticas devem ser estruturadas e compostas por elementos que tratem todos os cidadãos com o mesmo respeito e a mesma consideração, independentemente do que foi decidido pela maioria. Vale dizer, o objetivo a que a democracia deve dar mais atenção é, inexoravelmente, a igualdade de todos, de modo que não poderá haver qualquer tipo de discriminação entre os cidadãos da comunidade política, ainda que tal decisão política discriminatória tenha sido tomada por uma ampla e esmagadora maioria. A propósito disso, se um tribunal declarar inconstitucional uma lei que estabeleça que alguns cargos públicos, por exemplo, só serão preenchidos por cidadãos de uma raça em especial, essa postura judicial não pode ser considerada como causa de arrependimento moral, pois a violação do tratamento dispensado com o mesmo respeito e a mesma consideração, com igualdade portanto, é que causa o arrependimento moral desencadeado pela decisão majoritária (DWORKIN, 2019, p. 24).

A contraposição entre a concepção majoritária e a concepção constitucional reedita a velha disputa entre procedimentalistas e substancialistas, entre os que valorizam o procedimento, reivindicando que é este que qualifica o resultado, e os que valorizam o resultado

⁴⁰ Norberto Bobbio resume a ideia salveminiiana de democracia: democracia instrumental mais democracia final, ou democracia institucional mais ideais democráticos, que traduz a contraposição entre a concepção procedimentalista (Waldron) e a substancialista (Ackerman) de democracia, com a ressalva de que ambas as abordagens são duas faces da mesma moeda, sendo que uma não pode se sustentar sem a outra, de modo que os que querem ou uma ou outra acabam ficando sem as duas (BOBBIO, 1984, p. 52–53). Vejamos: “No conceito de democracia, meios e fins formam um todo incindível, no sentido de que não se tem democracia de verdade, seja no caso em que os meios empregados não servem aos fins, isto é, às realizações dos ideais democráticos, seja no caso em que os fins são obtidos a despeito de certos meios, isto é, por meio de métodos próprios dos regimes despóticos que são destinados, ainda que seus fautores estejam imbuídos das melhores intenções, a deixar a sua marca nos resultados alcançados. O princípio do bom democrata, de quem tem a máxima consideração pelos procedimentos universais, é antitético àquele do maquiavélico, de quem tem a mente e os olhos fixos apenas no resultado. A máxima deste último é o conhecido: “Os fins santificam os meios”; a máxima do primeiro é o contrário: “Os meios santificam os fins”. Mais à frente, porém, Bobbio faz outro comentário sobre o pensamento de Salvemini que sintetiza bem nossa visão diante da filosofia política de Waldron a respeito da tomada de decisão política majoritária na democracia: “Uma vez mais fica claro para Salvemini [quando expõe a antítese entre ditadura e democracia, por causa da polêmica dele com o fascismo], ainda que a democracia formal não seja toda a democracia, uma democracia apenas substancial não é uma verdadeira e adequada democracia: ‘as instituições democráticas’, ainda que provavelmente elas não sejam *suficientes*, são *necessárias*” (BOBBIO, 1984, p. 60). (Grifo nosso).

obtido de acordo com certos direitos fundamentais pré-estabelecidos, afirmando que é o resultado que vai qualificar o procedimento. Assim como Waldron, os procedimentalistas acreditam que os direitos não estão, não podem e não devem estar anteriormente definidos ou entrincheirados em um catálogo ou declaração no texto constitucional. Tais direitos só serão garantidos pelo procedimento político, em que se garanta a participação igualitária do maior número de pessoas. Dworkin, a seu turno, defensor da tese de que a decisão política se qualifica pelo resultado, levanta, com efeito, uma série de acusações contra os fautores da tese procedimentalista, de recorte ceticista em relação aos direitos (para ele, medíocre), da concepção majoritária de democracia que vem conquistando muito sucesso nos Estados Unidos. Para Dworkin, essa tese ceticista sobre os direitos diz respeito a uma forma vanguardista de ceticismo moral, em face do qual “os valores e os princípios morais não podem ser objetivamente verdadeiros, mas limitam-se a representar poderosas concatenações de gosto ou interesse próprio, ou dos interesses de uma classe, raça ou sexo” (DWORKIN, 2019, p. 24). Em outras palavras, os que defendem essa posição ceticista entendem que “os juízes que afirmam ter descoberto uma verdade moral estão mergulhados na ilusão, e o único processo político justo é aquele que entrega todo poder nas mãos do povo” (DWORKIN, 2019, p. 24). O ponto de vista dworkiniano, por outro lado, defende que os melhores e mais poderosos argumentos da concepção majoritária se baseiam, não nesse ceticismo, mas na moralidade política ligada às três virtudes revolucionárias do século XVIII: liberdade, igualdade e comunidade (ou fraternidade) (DWORKIN, 2019, p. 24), as quais podem ser tudo, mas não têm nenhum viés cético. Jeremy Waldron, a propósito, se insurgiu contra a acusação de ceticismo em relação aos direitos. O fato de defender direitos ou ter compromisso com eles não significa que, automaticamente, se deva defender ou se comprometer com a revisão judicial das leis. Uma coisa, segundo Waldron, não tem nada a ver com outra, pois o engajamento na defesa de direitos e no compromisso de respeitá-los não é uma compra casada, na qual se embute, ao mesmo tempo, a defesa da e o compromisso com a revisão judicial (WALDRON, 2016, p. 207–209). Na realidade, Waldron reafirma a opinião segundo a qual as questões de direito não remetem a questões epistemológicas, ou seja, não são questões que envolvem o juízo sobre qual é a melhor maneira de se investigar, por meio da hermenêutica jurídica, com mais profundidade a constituição, mas uma questão institucional. Desse modo, a tarefa de estabelecer o que é o direito deve depender da escolha do órgão que ficará encarregado de declará-lo e do

procedimento por meio do qual a decisão sobre a definição do direito será tomada. A minha reserva em relação a Waldron é se, de fato, existem tantos desacordos assim em torno dos direitos fundamentais na atual quadra em que estamos vivendo, devido a tudo o que já foi produzido desde o início do movimento constitucionalista e se precisamos aguardar a boa vontade do legislador para defini-los e delimitá-los, como se já não houvesse nenhum arcabouço teórico e prático nos últimos duzentos e cinquenta anos em relação aos direitos ditos fundamentais. A sensação que tenho é a de que, em razão dos desacordos persistentes, amplos e profundos sobre os direitos fundamentais, o legislador deveria sempre partir de um marco zero, sem apoio em nenhuma referência, seja ela histórica, política ou filosófica, anterior ao ato de legislar. Por isso, a noção dworkiniana do direito como um romance que está sendo constantemente escrito parece fazer mais sentido.

Todas as críticas contra Dworkin, porém, não enfraquecem a defesa que ele faz da tese de democracia constitucional. Ao dizer o que, de fato, significa democracia, ele não se contenta com o ato de só ficarmos contando as cabeças, ou melhor, os votos. As questões democráticas são bem mais sérias, complexas e profundas do que a consagração da prática aritmética. Fica fácil compreendermos o sentido dworkiniano de democracia se compreendermos, primeiro, a análise que ele faz da ação coletiva, dividida por ele em duas nuances: a estatística e a comunitária. A primeira é a soma de todas as ações promovidas pelos indivíduos que agem com desígnios autônomos, sem que, contudo, um propósito comum entre eles tenha sido previamente definido e compartilhado, embora essas ações cheguem a um resultado que pode ser, sem nenhum problema, considerado em seu conjunto. Por exemplo, o trabalho de milhares de construtores, em uma dada comunidade, resultou na edificação de milhares de unidades residenciais em certo período de tempo, fazendo com que, depois de todas somadas, o déficit habitacional dessa comunidade diminua sensivelmente. Apesar de o objetivo de cada construtor não ser a redução do déficit habitacional do país, mas obter ganhos econômicos e condições de sobrevivência dignas com o seu trabalho, o fato é que a somatória de todo esforço despendido pelo conjunto dos construtores promoveu, inelutavelmente, a redução daquele déficit: a combinação dos diversos efeitos individuais contribui para um evento alheio às ambições e aos objetivos dos agentes envolvidos naquele primeiro momento. Outro exemplo: a produção de artigos científicos de determinada comunidade acadêmica aumentou exponencialmente de um

ano para o outro, o que possibilitou a escalada, em x posições, dessa comunidade no *ranking* mundial de produção científica naquele período. O objetivo de cada pesquisador era produzir o máximo para ele ter um bom rendimento acadêmico e, com isso, progredir na carreira. Mas a soma e a combinação dos efeitos de inúmeros acadêmicos proporcionaram um avanço respeitável na produção científica. Não obstante o trabalho e o propósito de cada um serem individuais e, em certa medida, egoístas, a massa do que foi produzida não deixa de ser uma ação coletiva, porém, de caráter meramente estatístico.

A ação coletiva comunitária, por outro lado, sustenta que os desígnios e as metas não são autônomos e puramente individuais, de modo que quem promove a ação é um agente coletivo especial e distinto. Assim, podemos dizer que há princípios, métodos, objetivos e valores pré-definidos e pré-estabelecidos que vão reger o jogo social e aos quais todos estão vinculados e devem obediência. Os indivíduos engajados agem, desde sempre, com vistas a essas pré-condições, compartilhando as mesmas escolhas. Eles, portanto, estão imbuídos dos mesmos propósitos, razão pela qual se pode afirmar que o ato não é a soma ou o resultado de todos os eventos considerados isolada e individualmente, mas um ato de todos, um ato deles, um ato uno e indivisível, levado a efeito de modo concertado. Dworkin cita alguns exemplos bem ilustrativos: a culpa coletiva do genocídio judeu assumido pelo povo alemão como um todo, incluindo os que nasceram depois de 1945; a performance de uma orquestra, cuja sinfonia nenhum músico é capaz de fazer sozinho. Em suma, cada um desses exemplos:

não é mera ação coletiva estatística, pois para que o desempenho da orquestra seja bem-sucedido é essencial não só que cada músico toque de acordo com a sua partitura, acompanhando o ritmo determinado pelo regente, mas que também os músicos toquem *como* orquestra, tendo cada qual a intenção de contribuir para o desempenho do grupo e assumindo cada qual uma parte da responsabilidade coletiva por esse desempenho. A ação de um time de futebol também pode ser uma ação coletiva comunitária semelhante a essa (DWORKIN, 2019, p. 24).

Ora, aqui socorrendo-nos da dogmática constitucional brasileira, se observarmos os primeiros artigos da Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988⁴¹, vamos perceber

⁴¹ Veja os artigos 1.º, 2.º e 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 1.º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes

a existência pré-definida de princípios, métodos, a identificação dos problemas a serem sanados, valores e objetivos que, de certa maneira, vão orientar e coordenar as ações individuais e coletivas de nossa comunidade política. Em outras palavras, os propósitos devem ser conscientes para todos, a fim de que todos caminhem na mesma direção com vistas a tais objetivos comuns, de modo que todo e qualquer ato, individual ou coletivo, público ou privado, que com eles não se coadune ou vá na contramão deles deve ser fulminado. Ao que parece, pelo menos à primeira vista, e isso exigiria uma reflexão mais detida sobre o caso, as ações coletivas estatísticas têm características conexas às liberdades negativas ou às liberdades dos modernos, ao passo que as ações coletivas comunitárias se apresentam em uma abordagem ligada às liberdades positivas ou às liberdades dos antigos, a cuja tarefa de resgate, releitura e reinterpretação Ronald Dworkin se prontificou a dedicar. As duas ações coletivas, a estatística e a comunitária, permitem, portanto, duas maneiras distintas de interpretar a democracia. Na interpretação estatística da democracia, “as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos e os desejos de uma função – uma maioria ou uma pluralidade – de cidadãos individuais”. Na interpretação comunitária, “as decisões políticas democráticas se fazem por ‘uma entidade distinta’ – o povo *enquanto* tal – não por um conjunto qualquer de indivíduos encarados um a um” (DWORKIN, 2019, p. 24).

4.4 A DEMOCRACIA CONTRAMAJORITÁRIA DO *JUDICIAL REVIEW* E A LIBERDADE

Embora a democracia, conforme o próprio Waldron demonstrou suficientemente, não possa dispensar a igualdade política, não se deve olvidar, entretanto, a conexão que ela também

eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2.º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3.º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4.º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

estabelece com a liberdade. Desse modo, interessa à democracia liberal, quando o assunto é o controle judicial de constitucionalidade, colocar sempre frente a frente aquelas duas concepções de liberdade identificadas por Benjamin Constant e posteriormente revisitadas por Isaiah Berlin, que explicam bem o que é uma e o que é outra e a relação que cada uma delas tem com o exercício do poder político do Estado (BERLIN, 2002, p. 166–217; CONSTANT, 2019), de modo que, sendo dois lados da mesma moeda, é crucial para a democracia o cuidado com ambas as concepções. Mas se a revisão judicial estiver em perfeita sintonia com as duas concepções de liberdade, não permitindo que uma sobrepuje a outra, a pecha de contramajoritária e de contrademocrática que a estigmatiza, inclusive em Waldron, o controle judicial de constitucionalidade teria tudo para ser mitigada.

Com efeito, a notável comparação propugnada por Benjamin Constant entre os dois conceitos de liberdade é fruto de enorme esforço metafísico, digno de um Hobbes, Locke e Rousseau. O principal valor intelectual obtido por Constant foi justamente revelar o ponto de vista de duas realidades históricas muito distantes uma da outra, de dois mundos que desconheciam um ao outro, e que usufruíam da liberdade, só que de duas maneiras diametralmente opostas (CONSTANT, 2019). Talvez seja nessa descoberta sobre a liberdade dos antigos e a dos modernos que a dualidade trazida à baila por Ronald Dworkin, entre democracia estatística e democracia constitucional, pode ser perfeitamente explorada a ponto de as limitações e os controles impostos pela constituição e pelo controle judicial de constitucionalidade, em vez de supostamente violarem a igualdade política, como sustenta Jeremy Waldron, na verdade, a reforçarem, na medida em que o papel que o indivíduo desempenha na compreensão dos direitos fundamentais seria, não a primazia de uma liberdade sobre a outra, mas a síntese das duas liberdades.

4.5.1 A liberdade dos antigos

A primeira delas, a liberdade dos antigos, consistia na prerrogativa, inata principalmente ao cidadão ateniense, de participar diretamente das decisões políticas relativas à vida, à conservação e ao desenvolvimento da pólis, resultando, pois, em um trabalho eminentemente coletivo. É dizer, a liberdade dos antigos tratava-se sobretudo de um poder de fato, na medida em que lhes conferia a faculdade de participar ativamente da vida política e do destino da coletividade, incluindo atos de administração e de gestão da cidade:

Esta última [a liberdade dos antigos] consistia em exercer coletiva e também diretamente as várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos e a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo o povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso tudo, no que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível a ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo (CONSTANT, 2019).

Tinha, pois, um caráter eminentemente positivo: não no sentido da dualidade ética do bom ou do ruim, do justo ou do injusto, mas no sentido de ser dinâmico, real, tangível e influente, sendo que essa positividade se traduzia no papel ativamente exercido pelo cidadão na vida política da Antiguidade, de modo que o círculo do privado e do íntimo era de tal forma impreciso, mínimo e, em razão disso, imperceptível, que pouco importava para ele discutir sobre a existência, a implementação e a violação de supostos e eventuais direitos individuais em face do poder político da pólis. O conceito de individualidade era inexistente, pois o todo prevalecia, inexoravelmente, sobre a parte:

Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas à severa vigilância. Nada é concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos. Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. [...] Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados. [...] Os antigos, como diz Condorcet, não tinham nenhuma noção dos direitos individuais (CONSTANT, 2019).

É imperioso ressaltar, pois, que o conceito de direitos e de garantias individuais sequer passava pela cabeça dos antigos. Na verdade, também não se devia ter nenhuma razão plausível, à época, para que, de fato, passasse, já que o cidadão ateniense, inevitavelmente, só podia ser feliz na pólis, justamente porque era onde as suas virtudes eram praticadas e, com isso, aperfeiçoadas, na relação que ele mantinha com os seus iguais (ARISTÓTELES, 1991). Além do mais, eram sociedades dedicadas eminentemente à arte da guerra, uma vez que esta foi, por muito tempo, o estratagema mais eficaz para a obtenção dos bens materiais vitais à sobrevivência ou necessários à expansão territorial e econômica daquelas comunidades políticas na antiguidade, o que exigia do cidadão um desprendimento e uma dedicação ao ser

coletivo (CONSTANT, 2019). Pode-se concluir, portanto, que naquele contexto, segundo Benjamin Constant, a exuberância da riqueza era produzida e colhida em razão de um sistema econômico e político muito bem assentado e orquestrado. Ali, os *serviços* prestados e usufruídos pela elite política eram auferidos mediante a recorrência sistemática e massiva ao trabalho escravo, ao passo que os *bens* eram adquiridos, via de regra, pela recorrência inequívoca à guerra, o que, sem dúvida, possibilitou o florescimento, não só da vida política assídua e participativa do homem grego, mas também da própria filosofia tal qual a concebemos hoje e que se tornou peculiar àquele povo (grifo nosso). Assim,

Outras formas estatais da antiguidade, que tinham as seguintes características: a) não eram Estados nacionais, ou seja, o povo não estava ainda ligado por tradições, lembranças, costumes, língua e cultura, *mas por produtos de guerras e conquistas*; b) modelo social baseado na separação rígida das classes e no sistema de castas; c) governos marcados pela autocracia ou por monarquias despóticas e o caráter autoritário e teocrático do poder político; d) sistema econômico (produção rural e mercantil) *baseado na escravidão*; e) profunda influência religiosa (STRECK; MORAIS, 2014, p. 24) (grifo nosso).

Portanto, se as guerras, as ocupações e as conquistas caracterizavam as sociedades antigas e elas tinham na escravidão, que dessas características decorria, um dos pilares em que essas mesmas sociedades se sustentavam, não havia espaço e a menor possibilidade de incluir as liberdades individuais – na magnitude que a compreendemos hoje – na pauta das deliberações políticas daquela época. Isso, porém, só veio a acontecer na modernidade, em razão da mudança de cenário e das perspectivas sociais, políticas e econômicas, em que o atomismo coloca o indivíduo no centro das preocupações filosófico-políticas.

4.5.2 A liberdade dos modernos

A liberdade dos modernos, a seu turno, cujas sociedades são mais heterogêneas, numerosas e, em certa medida, mais pragmáticas do que as sociedades antigas, é caracterizada, ao contrário, pelo trabalho livre (prestação de serviços) e não pela escravidão, e pela aquisição de bens por meio do comércio (livre mercado) e não pela guerra – revela-se pela negatividade, isto é, pelo sentido mesmo de limitar, restringir e controlar a ação e a intervenção do Estado em questões íntimas e privadas de cada um de nós (CONSTANT, 2019). Desse modo, verifica-se que existem assuntos que, por só dizerem respeito à vida particular das pessoas, sequer podem ser objeto de discussão e deliberação políticas, pois, estando na esfera de atribuições que apenas

dizem respeito ao indivíduo, o Estado não pode e não deve se imiscuir quando bem lhe aprouver, sob pena de se tornar um agente injusto, arbitrário, tirânico e indesejado, o que, por violar certos direitos inalienáveis do cidadão – e não mais do súdito (que só tinha deveres) –, aniquila a estrutura básica da existência do próprio Estado e o descaracteriza como Estado de direito, comprometendo, por consequência, a própria ideia de modernidade, na qual os indivíduos, sobretudo no ocidente, foram forjados. Ademais, as reflexões de Benjamin Constant anteciparam em quase duzentos anos, repita-se, a eloquente análise política de Isaiah Berlin sobre as duas liberdades (BERLIN, 2002), conforme advertiu Norberto Bobbio na obra dedicada à filosofia de Karl Marx (BOBBIO, 2006b).

Outrossim, há, no mínimo, duas características básicas no contexto moderno que cristalinamente contrastam com o do mundo antigo: a) o poder político no Estado moderno, salvo raras e honrosas exceções, não é mais exercido de forma direta, mas por meio de representantes eleitos pelo voto dos representados e pela estruturação de instituições políticas, jurídicas e sociais que se prestam a intermediar a relação entre o povo e o poder; b) o âmbito de atuação e de discricionariedade, protegido pelos direitos e pelas garantias constitucionais, é significativa e poderosamente ampliado em relação ao da quase inexistente vida privada dos antigos. É quando o homem moderno, dedicando-se agora apenas ao papel de *homo oeconomicus*, em contraste com o do *politikón zôon* aristotélico, e mergulhado nos afazeres, na faina e nas preocupações das atividades produtivas do dia-a-dia, foca-se na troca de mercadorias e da força de trabalho no ambiente propício a essas atividades agora denominado mercado. Ele volta-se mais para si mesmo e deixa as grandes questões políticas da comunidade a quem efetivamente por elas se interessam, vale dizer, ao político profissional, lembrando aquela tão célebre conceptualização eternizada nas palavras e na obra do sociólogo alemão Max Weber (WEBER, 2003, 2007). Enfim, os maiores legados deixados pela democracia liberal no campo político foram, inegavelmente, a) o consentimento individual, “de matriz lockeana”, que serve de “fonte de autoridade política e dos poderes do Estado; b) a representação, segundo a qual o povo não decide, mas escolhe os que vão decidir por meio do processo legislativo, sendo que o governo representativo foi se consolidando com o avanço paulatino do direito ao voto, até chegar ao sufrágio universal; c) o constitucionalismo, que limita o poder político mediante a estruturação dos órgãos do Estado (divisão horizontal dos poderes: legislativo, executivo e

judiciário e divisão vertical dos poderes: união, estados e municípios, por exemplo) e mediante a positivação dos direitos naturais e doravante chamados fundamentais; e d) a soberania popular, propugnada por Rousseau, que se caracteriza sobretudo pela tensão entre os riscos à absolutização da vontade geral e a participação por meio dos representantes eleitos (STRECK; MORAIS, 2014, p. 60). Aliás, todo o caldo liberal que lastreia, permeia e reproduz, em largo espectro, a igualdade política preconizada por Waldron e corporificada no sufrágio universal é o mesmo caldo liberal que lastreia, permeia e reproduz a liberdade em um dos seus aspectos mais relevantes:

A característica da forma democrática de governo é o sufrágio universal, isto é, a extensão a todos os cidadãos, ou, pelo menos, à grande maioria (o universo jurídico é o universo entre o quase e a maior parte) do direito ao voto. O sufrágio universal é uma aplicação do princípio da igualdade, na medida em que torna iguais, no que diz respeito aos direitos políticos, que são os direitos eminentes em um estado democrático, homens e mulheres, ricos e pobres, cultos e incultos. Ao mesmo tempo, também é uma aplicação do princípio da liberdade, entendida a liberdade, em sentido forte, como o direito de participar do poder político, isto é, com autonomia. Os cidadãos, por meio do sufrágio universal, se tornam mais livres e mais iguais. Onde o direito de voto é restrito, os excluídos também são menos iguais e menos livres (BOBBIO, 1995, p. XIII).

Quanto ao constitucionalismo em si, apesar de estudiosos dessa área como Stephen Holmes caminharem na esteira de Madison, defendendo a possibilidade de compatibilizar constituição e democracia, ao argumento de que as constituições criam e organizam procedimentos e estruturas para o exercício da democracia, é difícil aceitar que inexista tensão entre ambas, já que a concepção de constitucionalismo, forjado na filosofia liberal clássica, ainda é fortemente marcada pela limitação, restrição ou controle que deve haver sobre o poder político.

Para os constitucionalistas, é necessário, pois, que nos submetamos a algum arranjo institucional, a fim de que se evite ou a tirania da maioria ou a anarquia (NINO, 1997, p. 13–14). Há, ainda, os que, a exemplo de Ronald Dworkin, preconizam que o melhor lugar para lidar com as questões que envolvem os direitos fundamentais são os tribunais, o fórum de princípios por excelência. Para ele, apesar do presumido desafio à democracia, nada impede o judiciário de decidir sobre as determinações legislativas, declarando-as constitucionais ou não, mesmo que, para tanto, deva fazer novos julgamentos substantivos a respeito das leis

(DWORKIN, 2005a, p. 41–103). E, por fim, desfilam os acólitos da democracia popular que sustentam que o controle de constitucionalidade exercido por órgãos sem representatividade é, no final das contas, afronta aos ditames democráticos, pois a jurisdição constitucional reproduz, sobretudo, a mentalidade da vertente conservadora do liberalismo. Por causa da desconfiança que nutrem diante das reivindicações populares pela expansão dos direitos das massas e do receio da ditadura da maioria, os liberais do medo apostam na instauração da “ditadura de toga” para segurar o ímpeto da patuleia. Do lado da democracia liberal, destacam-se, além de outros, Kramer e Waldron (KRAMER, 2004; WALDRON, 1999a) que, cada qual a seu modo, denunciam essa onda contrademocrática sob os auspícios da jurisdição constitucional. Na configuração da arena em que se realizam as disputas, a nossa proposta, bebendo bastante nas três fontes outrora mencionadas (liberalismo, contratualismo e jusnaturalismo), procura mitigar as acusações e as críticas contra o controle judicial de constitucionalidade das leis, adotando uma linha argumentativa ajustada à contribuição do indivíduo na “formação do direito”, ou melhor, da interpretação da lei à luz dos preceitos constitucionais, o que, a nosso ver, afasta ou, pelo menos, diminui o risco da anarquia, da tirania da maioria e da ditadura do judiciário.

Destarte, para os antigos, embora o círculo dentro do qual a intimidade e privacidade eram exercidas fosse reduzidíssimo ou praticamente inexistente, havia a compensação pela efetiva participação política na pólis, de modo que as suas palavras, votos e opiniões, em razão até mesmo do diminuto número dos que acorriam à Ágora, tinham, de fato, enorme influência nas deliberações e nas decisões tomadas. Por outro lado, para os modernos, embora o nível de participação direta no poder político seja baixíssimo ou quase imperceptível, do ponto de vista estatístico, no cenário social em que a influência da palavra, do voto e da opinião de cada um, diante do número gigantesco de pessoas envolvidas, é praticamente nula, tais fenômenos e vicissitudes políticos são, de certa forma, compensados pela declaração, implementação e proteção de um amplo catálogo de direitos e garantias individuais e sociais que possibilitam às pessoas viverem as suas próprias individualidades e executarem o seu projeto de vida sem a interferência, às vezes, impertinente e incômoda do Estado ou dos demais concidadãos e sem que se corra o risco de *totalitarização* da sociedade (CONSTANT, 2019, p. 07).

Enfim, o raciocínio sobre a liberdade ressalta que estabelecer uma relação entre ela e os demais direitos políticos é, acima de tudo, afirmar que, além da igualdade política

preconizada nos termos waldronianos, a ideia de liberdade também está necessariamente vinculada à de dignidade humana e tal conexão pode ser vislumbrada quando juntamos os dois conceitos em uma só expressão: liberdade política, ou seja, a liberdade de escolher, dentro de um amplo rol, quais serão os representantes e quais serão os projetos, as propostas e as ideologias que fazem parte de sua bandeira e que conduzirão, ainda que temporariamente, o destino da comunidade. Assim como a igualdade, a liberdade implica a dignidade, na medida em que, por exemplo, qualquer tipo de interferência indevida na liberdade política, como a do poder econômico e religioso, é, acima de tudo, uma violência contra a dignidade da pessoa humana, pois deveríamos incluir este tipo de liberdade naquilo que a filosofia moral classifica entre as coisas que o dinheiro não pode comprar: a dignidade, tal qual a liberdade, não é mercadoria e não pode ser colocada à venda (SANDEL, 2016; WALZER, 2003), ou ser moeda de troca em uma suposta recompensa metafísica a ser gozada no além.

4.5 A *ACCOUNTABILITY* NA ATUAÇÃO DOS JUÍZES

Ainda se baseando na “boa política”, a contemporaneidade não vislumbra outras alternativas promissoras e atrativas para o exercício do poder fora da democracia e do Estado de Direito fundado a partir de uma constituição, embora a amplitude desses dois conceitos seja muito abrangente. Aliás, o que se presencia é, em última análise, a intensificação do estreitamento desses dois grandiosos horizontes, já que a Era das Revoluções (liberais e socialistas) dos últimos dois séculos e a das declarações de direito, ao que tudo indica, já ficaram para trás. Nesse contexto, é que claramente defendemos o controle judicial de constitucionalidade e o desempenho do papel constitucional dos juízes nessa realidade democrática, como novas investidas da teoria e da prática políticas que incluem a iniciativa do indivíduo diante do que lhe é imposto pelo Estado e pela sociedade. Essa posição não deve ser vista como tentativa de destruir os contornos fundamentais da democracia que exigiu e que ainda exige um alto custo da civilização ocidental. Ao contrário, deve ser concebida como mecanismo para aperfeiçoá-la, quando imprime no direito democraticamente produzido pelos representantes do povo a marca constitucional de qualidade. Mas, reiterar-se, essa tarefa não deve ser tomada do ponto de vista dos juízes, mas do indivíduo, cuja iniciativa incorpora, fortemente, a contribuição efetiva de qualquer um do povo no processo de legitimidade constitucional das leis, e desencadeia o debate ao dar preferência ao texto, aos valores e aos

princípios constitucionais que foram antes reconhecidos e colocados no topo do sistema jurídico e político da sociedade.

O esquema constitucional que prevê essa atuação jurisdicional, longe de ser uma desconfiança no povo ou nos seus representantes eleitos, se trata, em última instância, de uma postura de cautela (KAVANAGH, 2003, p. 477) que visa à construção de um forte e resiliente arcabouço jurídico-político contra os constantes e inevitáveis atos de assédio autoritário que muitas vezes são levados a efeito em nome do povo, em nome da maioria ou em nome da democracia. Muitas ditaduras foram instaladas, muitos tiranetes triunfaram e muitos abusos e arbitrariedades foram cometidos empunhando as bandeiras que tinham essas palavras por divisa. Não se trata de, ao defender a jurisdição constitucional, ter pavor do e desprezo pelo povo ou de se estar comungando da ideia do liberalismo do medo, mesmo porque, recentemente, não só os liberais, mas até os mais apaixonados defensores da democracia, têm manifestado, digamos, preocupação diante do avanço da extrema-direita nas mais saudáveis democracias mundo afora:

É sempre instrutivo reler o livro VIII da República de Platão, em particular ali onde se descreve a passagem da democracia para a tirania mediante o surgimento de um autodenominado “defensor do povo”. Surpreendente eficácia mantém a análise aristotélica, no livro quatro da Política, sobre a forma mais degenerada de democracia, imputável ao advento dos demagogos: aquela em que o ‘povo’ (*demos*) se torna ‘monarca’ (*mónarchos*), não como pluralidade de indivíduos, mas como multidão disforme em que o arbítrio, irracional e manipulado, se substitui às leis. Mas, a exemplo de Megabizo, personagem de Heródoto, os sumos filósofos Platão e Aristóteles e também o historiador Políbio foram reconhecidamente os campeões do pensamento político aristocrático, desconfiado e refratário em relação à democracia. *Hoje, o medo do vulgo é dos defensores da democracia. O incipit da Athénaion politeía do Pseudo Senofonte – “Não me agrada que os atenienses tenham escolhido um sistema político que permita à canalha estar em melhores condições do que as pessoas de bem” –*, guardadas as devidas proporções, hoje quase poderia se atribuir, não só a um oligarca reacionário, como no texto original, *mas também a um bom democrata*, desconcertado e frustrado diante dos comportamentos e das escolhas políticas de grande parte de seus concidadãos (BOVERO, 2022, p. 113). (Grifo nosso).

Dessa maneira, a democracia de face constitucional vai continuar sendo nossa referência e nossa utopia, que se caracteriza mais pela caminhada do que pela chegada, de maneira que a ação dos juízes no controle da constitucionalidade das leis, legitimada pela

iniciativa do cidadão, é a vacina que muitas vezes nos auxiliará na imunização do corpo democrático.

Apesar do virtual trunfo baseado em uma medida de cuidado e não de desconfiança, mesmo assim é crítica comum alegar que o poder judiciário não está sujeito à *accountability*, ou seja, à prestação de contas de suas ações e métodos, já que, nas palavras de Waldron:

A perspectiva da soberania judicial não é melhor do que qualquer outro tipo de soberania e é consideravelmente pior do que as formas de governo que são disciplinadas, em última análise, pela prestação de contas ao povo, [até porque, como ele mesmo não se cansa de afirmar], por mais inferior que possam parecer os julgamentos do povo se comparados aos dos juízes, nós gostamos da ideia do autogoverno republicano, razão pela qual não temos certeza absoluta de que ele realmente seja compatível com a autoridade última dos tribunais na Constituição (WALDRON, 2014, p. 15).

O diagnóstico de Waldron faz muito sentido. Mas, para tentar refutar o descrédito em relação ao *judicial review*, podemos até invocar a posição que põe de lado o apego e a fixação a qualquer outro argumento de legitimidade da ação dos juízes e que advoga em favor do pragmatismo da intervenção judicial neste particular. Segundo essa posição, o controle judicial de constitucionalidade deve ser então pensado sob a perspectiva do benefício que ele pode proporcionar para a comunidade política (RAKOVE, 1997, p. 1060). Vale dizer, a visão pragmática da tomada de decisão política na revisão judicial das leis fundamenta-se no resultado (e não necessariamente no procedimento, como Waldron preconiza), o que seria, por si só, uma forma qualificada de prestar contas à sociedade. Para nós, que vislumbramos o controle judicial de constitucionalidade e a função que os juízes nele exercem como se fossem fatores que potencializam a democracia em favor do indivíduo, o *judicial review* não vai alterar em nada a marcha democrática, justamente porque o elemento povo está presente na iniciativa do indivíduo que abre a discussão em torno da decisão política objeto de contestação na via judicial. Levando-se em conta esse raciocínio, segundo o qual, mesmo se considerarmos que quem exerce efetivamente o poder no *judicial review*, pelo menos na fase inicial do processo, não é necessariamente o juiz, mas o cidadão, embora os membros do poder que darão a palavra final, os juízes, via de regra, continuem não sendo eleitos, de que forma devemos enxergar, sob tais aspectos, a prestação de contas diante do povo? Estaria o judiciário livre desse ônus? Se não, qual deve ser a conduta dos juízes neste particular?

A figura da *accountability* está, na democracia representativa, intrinsecamente ligada ao papel que os representantes do povo desempenham em nome dele, na medida em que certos agentes do Estado estão obrigados a sempre dar satisfação de seus atos e dos passos dados ao povo, de uma forma transparente, de modo que, não cumprida tal obrigação, corre-se o risco de os ocupantes dos cargos eletivos serem apeados do poder pelo processo eleitoral seguinte. Depois que alguns compromissos políticos são assumidos perante a comunidade, é natural esperar que eles sejam cumpridos ou, no mínimo, se evidenciem a luta e o empenho políticos para realizá-los, demonstrando ao eleitorado ou o êxito ou a disposição de se implementar esta ou aquela política pública. É frequente também que o agente político aja de acordo com e em obediência à opinião pública, fazendo com que ele mude de opinião durante o mandato sobre determinados temas para agradar o eleitorado. Essa atitude não é totalmente reprovável; às vezes, conduzir seu comportamento político, alterando a rota e tomando outros rumos que não estavam no plano original, é até louvável, pois, as mudanças de opinião ocorrem em razão de o legislativo estar sob o escrutínio da vontade majoritária, por meio da qual seus componentes, de tempos em tempos, são eleitos pelo voto popular e a ela são submetidos.

Não obstante, é possível deduzir que há fortes evidências de que a vontade popular manifestada pela maioria que foi composta no parlamento é instável e flutua ao sabor dos ventos de determinada conjuntura social, política e econômica. Mesmo assim, é necessário, para que haja estabilidade e segurança institucionais, se apegar a certos valores que preservem as próprias instituições democráticas das mudanças promovidas pelas maiorias temporárias e transitórias, já que os fundamentos que visam à proteção dos valores da estabilidade e da segurança das instituições, invariavelmente, conflitam com a vontade da maioria temporária e transitória (BICKEL, 1986, p. 18, 2020, p. 32). Quer dizer, justificar democraticamente a tomada de decisão majoritária por si só pode até ser válido, conveniente e muito convincente politicamente, do ponto de vista da prestação de contas dos eleitos para com os seus eleitores. Porém, a justificativa da tomada de decisão majoritária com base na *accountability*, tendo em vista os valores da estabilidade e da segurança, pode ser democraticamente frágil, pois uma “maioria” formada pela conveniência para atingir certos fins não é perene. O que se quer dizer, portanto, é que a ação política, segundo a repisada lição de Weber, se conduz mais pela ética da responsabilidade do que pela do princípio, ou seja, o tipo de prestação de contas dos órgãos

majoritários é diferente da dos órgãos, por assim dizer, contramajoritários. O significado dessa afirmação pode ser encontrado na deliberação política: ao deliberar e votar as questões de interesse público ou ao inovar o sistema jurídico, essa vinculação, pelo menos em tese, com a vontade majoritária do povo o autoriza a decidir por uma ou por outra alternativa sem a necessidade de fundamentar a decisão tomada em princípios juridicamente reconhecidos: simplesmente favorável ou contra, ainda que tenha plena consciência de que o posicionamento escolhido e quiçá vitorioso possa violar escandalosamente alguns elementos de ordem constitucional e que futuramente ele deixe de ser aplicado por decisão judicial.

Assim sendo, encontramos no dever de fundamentar a principal maneira de se proceder à *accountability*. Aquele dever dirigido ao juiz de apresentar a base exigida constitucionalmente é o momento em que se prestam contas do exercício da atividade jurisdicional à sociedade. É por meio da fundamentação das decisões que o juiz descreve o raciocínio pelo qual chegou a esta ou àquela solução. É na fundamentação que a decisão tomada pode ser submetida à impugnação pelo derrotado e à revisão de outras instâncias recursais superiores. Todavia, a “prestação de contas” peculiar aos juízes também deve fazer de tudo para que a igualdade seja devidamente preservada na tomada de decisão. Desse modo, a reverência à igualdade, nas reflexões de Ronald Dworkin, pode encontrar em outro campo referencial o modelo a ser seguido. Vale lembrar que Dworkin identifica a coerência e a integridade como elementos importantes para a concepção que ele tem do direito, elementos esses que, em larga medida, acenam para a igualdade, sintetizadas na equação “igual consideração e respeito” por ele elaborada. Desse modo, se o juiz, ao decidir, prezar pela integridade e coerência do direito, o que, em última análise, ensejará a promoção do valor da igualdade, encontraremos aí a maneira pela qual a *accountability* do juiz se realizará, incluindo o exercício da jurisdição constitucional, na medida em que se exige que um todo harmônico é que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade. Sobre essa junção entre coerência, integridade e igualdade, é forçoso ressaltar que a coerência ocorrerá se os mesmos preceitos e princípios que forem aplicados em uma determinada decisão também deverão ser aplicados para casos que com ela mantenham relação de identidade, sendo que nesse caso, além da coerência, a própria integridade do direito também estará assegurada, reconhecendo-se, pois, a força normativa da constituição naquele particular atinente à igualdade, já que a coerência é

um elemento poderosíssimo no ato de garantir a igualdade, em face da qual o judiciário está tratando a todos com o mesmo respeito e a mesma consideração. A coerência, portanto, pode ser obtida mediante a prática do holismo interpretativo construído a partir da circularidade hermenêutica: se foi dado um determinado tratamento a alguém em certa situação, o mesmo tratamento deve ser dado a outro se estiver inserido em uma situação idêntica à anteriormente julgada. No que tange especificamente à integridade, Dworkin afirma que ela tem dupla composição. O primeiro é o princípio legislativo que exige que o parlamento torne o conjunto de leis moralmente coerente. O segundo, por sua vez, é o princípio direcionado à jurisdição, segundo o qual a lei deve ser vista pelos juízes, o máximo possível, dentro dessa mesma coerência que o legislador a concebeu. A integridade, portanto, não abre mão de que os juízes argumentem de forma integrada com o conjunto do direito, o que, em última análise, impede que haja arbitrariedades interpretativas e serve de contenção, por meio da comunidade de princípios, às atitudes solipsista-voluntaristas do intérprete da lei. Em outras palavras, a integridade é o elemento que vai antiteticamente neutralizar o voluntarismo, o ativismo e a discricionariedade (STRECK, 2016, p. 29).

Ademais, Dworkin assevera que a exigência de coerência, integridade e tratamento isonômico não seria privilégio só do judiciário, eis que ela se manifesta em dois princípios práticos, um direcionado ao judiciário e outro ao legislativo: o princípio de integridade no julgamento que “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”; e o segundo é o princípio da integridade na legislação, “que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios” (DWORKIN, 2003, p. 163, 201–203). Assim, o que vincula o juiz, também vincula, ainda que seja no plano do “dever-ser”, o legislador. O projeto de Dworkin objetiva dispensar tratamento isonômico entre a jurisdição e a atividade legiferante, no propósito de, com isso, manter o direito coerente e íntegro com o esforço de quem produz e de quem aplica o direito. É dizer, os padrões que orientam, justificam e autorizam o Estado a recorrer ao uso da força e da coerção em face do cidadão devem ser coerentes e apontar para o sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça, de forma que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns. Ademais, a integridade

do sistema jurídico induzida pela observação à coerência se transforma em um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, ou seja, quando insistimos na ideia de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto ao que a natureza exata dos princípios de justiça e equidade, de fato, é (DWORKIN, 2003, p. 163, 201–203). O problema é que o legislador, na prática, não observa o dever de coerência e integridade do direito, pois ele apenas escolhe aprovar ou reprovar o texto que lhe é submetido. Aliás, esse trabalho de ajustar o que o legislador decidiu ao sistema jurídico, vale dizer, de proceder ao “fit”, digamos assim, fica a cargo do juiz.

Outrossim, tratar o direito como integridade, dando-lhe não apenas coerência e harmonia sistematicamente internas, mas também moralidade política e senso de justiça reinantes na comunidade, é um forte argumento que credencia a jurisdição constitucional e o controle judicial das leis à legitimidade democrática, pois retoma e aperfeiçoa a igualdade política, elemento imprescindível à construção dos valores democráticos e republicanos, até porque o problema dos limites institucionais – que podem evitar os abusos advindos do solipsismo, do ativismo e do voluntarismo judiciais, vicissitudes que desgastam institucionalmente o projeto da jurisdição constitucional, também chamadas por Dworkin de “pressões centrífugas” do processo interpretativo do direito – são oferecidas pelo próprio Dworkin: a) a prática do precedente; b) a incorporação, pelos juízes, de outras referências interpretativas correntes no meio jurídico; c) a reflexão dos juízes sobre o direito que deve ocorrer no âmbito da sociedade, e não fora dela; d) o meio intelectual de que os juízes fazem parte; e e) finalmente, a linguagem compartilhada pelo e no direito (DWORKIN, 1995, p. 88). Logo, os juízes não são tão livres assim para fazer o que bem entenderem, pois a integridade propugnada por Dworkin representa um cipoal de compromissos éticos, institucionais e jurídicos, que são muito mais intensos no processo em que se discute a constitucionalidade – e se procede ao controle – das leis. A propósito, há comentários realizados em relação ao artigo 926 do Código de Processo Civil brasileiro, dispositivo processual de controle das decisões judiciais, junto com o artigo 489 do mesmo diploma legal, que mencionam o compromisso irrenunciável de se buscar, à maneira de Dworkin, um sistema jurídico estável, coerente e

íntegro, o que, em última análise, simboliza o controle e a tão cobrada *accountability* sobre os juízes quando decidem:

Trazer a integridade para o âmago do processo não é, portanto, fazer uma perfumaria jurídica [...] é, isto sim: levar a sério o processo e os direitos de seus participantes; É uma mudança de postura, ou de atitude interpretativa com relação ao processo e às disposições que lhe dizem respeito; É enxergar nos contraditores não meros opositores ou adversários, mas sim membros de uma comunidade política genuína, que são governados por princípios comuns (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, aceitam a integridade, já que aceitam ‘a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios’; É entender que coerência é um conceito intercambiável; um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada. [...] com o juiz decidindo a seu bel-prazer. Penso que poderemos viver tempos de *accountability*. De prestação de contas. Depende de nós. (STRECK, 2017b, p. 36).

Se assim ele o fizer, de forma fundamentada, promovendo a coerência e a integridade do sistema jurídico, vislumbramos nesse exercício uma modalidade de *accountability*, tornando-o inclusive muito mais promissor para a elaboração de um ponto de vista filosófico e político em torno do *judicial review*.

Não se deve olvidar, porém, que, apesar de a integridade ser um dos ideais políticos fundamentais para a compreensão da proposta teórica de Dworkin, sobretudo quando ele argumenta em favor do *judicial review*, também compõem esse time a justiça (o ideal da justa distribuição de recursos e de oportunidades), a equidade (o ideal da estrutura política imparcial) e o devido processo legal adjetivo (o ideal do processo equitativo quando da aplicação das leis e dos regulamentos nos conflitos de interesses entre as pessoas), de modo que esses três últimos simbolizam o ponto de intersecção entre a teoria política utópica e a política comum do cotidiano, sendo eles, portanto, compartilhados por elas:

Os grandes clássicos da filosofia política são utópicos. Estudam a justiça social do ponto de vista de pessoas que não estão comprometidas, de antemão, com nenhum governo ou constituição, livres para criar o Estado ideal a partir de princípios básicos. Assim, imaginam um povo vivendo em um Estado pré-político de “natureza”, escrevendo contratos sociais a partir de uma tábula rasa. Mas as pessoas reais na vida política comum atuam dentro de uma estrutura política e também sobre elas. Para nós, a política é mais evolutiva que axiomática; reconhecemos, ao trabalharmos em prol de um Estado perfeitamente justo, que já pertencemos a um Estado diferente. A política

comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 2014, p. 199–200).

A virtude da justiça, isoladamente considerada, diz respeito ao teor moral da decisão tomada pelas instituições políticas, ao resultado da deliberação ou ao conteúdo da lei ou das sentenças judiciais, por exemplo, sem levar em conta o procedimento adotado para se chegar a tal fim ou a distribuição de poderes entre os órgãos de Estado. A virtude da equidade, por sua vez, se preocupa com a quantidade política de poder que alguém ou uma instituição estatal recebe em comparação às outras, sem perquirir acerca da justiça ou não das decisões tomadas.

Reforçamos, ademais, que, quanto ao poder judiciário, a questão da *accountability* é tomada sob outros aspectos. Por causa das sempre irrenunciáveis e imprescindíveis independência e imparcialidade dos juízes e o princípio de que o judiciário só intervém mediante provocação de alguém, não é que eles não estejam sujeitos a tal tarefa, mas ela é feita de maneira diferente, de forma que não obedece rigorosamente às mesmas fórmulas de *accountability* aplicadas aos outros ramos do poder, ou seja, às alas vinculadas ao exercício político em sentido estrito, que dependem do voto para alcançar determinados cargos públicos. No judiciário é diferente: mesmo estando sujeito às mais variadas críticas, o juiz não pode ficar ao sabor da opinião pública. Caso o faça, caso ceda à pressão e ao clamor das ruas, ele não terá a isenção de ânimo e a serenidade necessárias para julgar com imparcialidade e com parcimônia, de maneira que, entregando-se à maioria eventual, passageira e instável, descaracteriza o judiciário como um dos poderes da república, pondo em risco o que há de mais fundamental no exercício da jurisdição e para o sistema de justiça: a imparcialidade. Os demais poderes da república não precisam justificar as suas opiniões e votos. Nada impede que as justifiquem e, várias vezes, até o fazem com o objetivo de obter o máximo de apoio à causa. O judiciário, embora as decisões por ele tomadas tenham caráter político *lato sensu*, age sobretudo, pelo menos em teoria, mais por princípio do que por responsabilidade, de modo que as suas ações devem ser todas fundamentadas, pois existem mecanismos processuais que permitem a revisão do que foi antes decidido.

Portanto, cremos que a tese segundo a qual a jurisdição constitucional é contrademocrática em virtude de não prestar contas ao povo não se sustenta, já que *accountability* há, só que se apresenta de maneira diferente daquela de outros ramos políticos do Estado. Vale dizer, os juízes prestam suas contas detalhando e fundamentando as razões que os levaram a decidir de determinado modo e não com vistas à conquista ou à manutenção do poder político. Afinal de contas, o qualificativo contramajoritário impingido ao judiciário, neste particular, não tem, por si só e a priori, uma carga exclusivamente negativa e contrademocrática. De repente, ao agir contramajoritariamente, ele estará agindo democraticamente, se e quando preservar os valores constitucionais em defesa, quem sabe, da própria maioria que o condena.

4.6 CONCLUSÕES SOBRE O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO E CONTRADEMOCRÁTICO DO *JUDICIAL REVIEW*

Retornando ao leito do rio em que correm a reflexão e os argumentos de Waldron relativos ao caráter contramajoritário e contrademocrático do controle judicial de constitucionalidade, salientando e reiterando, desde sempre, que, assim como Jeremy Waldron, o objetivo aqui é discutir o controle judicial de constitucionalidade “no nível mais abstrato possível”, de modo que a menção a categorias concretas e particularizadas serve apenas para melhor ilustrar e alinhar uma determinada linha de pensamento. No entanto, nessa empreitada, há a consciência de que, ao se proceder em um nível elevado de abstração, conforme adverte Paulo Barrozo, o argumento possa se tornar inexato, do ponto de vista descritivo (do *ser*), e irrelevante, do ponto de vista normativo (do *dever-ser*), mesmo assim, a assunção desse risco é compensada pelo ganho na clareza e na complexidade (BARROZO, 2015, p. 236).

Nesse passo, convém reiterar o entendimento, com o qual concordamos, de que ser majoritário não é, necessariamente, sinônimo de ser democrático, uma vez que nem todo resultado obtido ou decisão auferida pela regra da maioria é, essencialmente, democrática, o que revela a nossa opção aberta pelo ideal substancialista, o que nos distingue do procedimentalismo de Waldron e nos obriga a julgar pelo resultado do que foi deliberado e não apenas pelo procedimento adotado. A nosso sentir, pode-se dizer que majoritário tem apenas conotação quantitativamente numérica, ao passo que democrático, conotação qualitativamente justa e correta, na medida em que, para o primeiro, o que importa é o maior número de pessoas

aderentes a uma proposta que pode ser ética ou politicamente inócua; e, para o segundo, deve-se aprofundar na análise de alguns valores e princípios relevantes do ponto de vista substancialmente ético e político. Aliás, o próprio Waldron, citando Hobbes, Locke e Rousseau, faz essa ressalva de maneira bem clara, ao dizer que a vontade popular pode estar em perfeita sintonia com formas de governo não democráticas, até porque:

“[A]s pessoas podem ter menos tempo, energia e inclinação para se dedicar à política do dia-a-dia do que as teorias participativas da democracia imaginam. Mesmo se governos populares fossem possíveis, alguém poderia argumentar ao longo das linhas hobbesianas [...] que as monarquias são mais estáveis, mais eficientes e menos turbulentas do que as democracias. Embora o respeito à soberania popular seja compatível com todo tipo de escolhas constitucionais, não é, de nenhuma forma, verdade que todo sistema de governo se legitima pelo princípio. Mesmo uma democracia pode ser configurada em bases que não estão legitimadas pela soberania popular: instituições democráticas de um país podem representar concessões unilaterais feitas por seu rei, ou um órgão encarregado do poder colonial pode impor uma constituição democrática (como os britânicos fizeram em relação às suas antigas possessões na África)” (WALDRON, 2002, p. 183).

Mas a definição da regra da maioria como fórmula para decidir questões morais controversas, ou melhor, para decidir os desacordos que imperam nas sociedades democráticas modernas, a rigor, deve, para nós, exigir uma avaliação normativa material. Ou seja, a resposta às perguntas “por que a regra da maioria?” e “por que a legislatura e não o juiz?” para este ou aquele caso implica um juízo valorativo que deve ser aquilatado por alguém com base em uma premissa na qual subjaz um valor substantivo anterior. Mas, convenhamos, não dá mais para duvidar do muito que já foi culturalmente construído pelo direito constitucional ao redor do mundo ocidental democrático nesses últimos duzentos e cinquenta anos. Muito sobre liberdade, igualdade e dignidade humana já foi dito e nenhuma discussão em torno dos direitos fundamentais, seja nos tribunais seja nos parlamentos, não começa do nada, do zero. Além do mais, existe todo um raciocínio jurídico-político-constitucional para se chegar à formação de certos direitos básicos à convivência. Ouso dizer que até a definição do sufrágio universal, que fundamenta a regra da maioria e que depende, em última análise, de um juízo normativo substantivo baseado em elementos prévios e historicamente estabelecidos, é fruto dessa dinâmica. O que se quer reivindicar, em última análise, é que, assim como a regra da maioria, o que define o método da decisão tomada por um tribunal, ou até mesmo por meio de sorteio,

exige valoração, de modo que o que decide o método de tomada de decisão não é um juízo neutro. Ao contrário, ele tem um alto teor moral e valorativo também (NAGEL, 2002, p. 145).

É claro que simplesmente alegar que o poder judiciário não é nem contramajoritário, e muito menos contrademocrático, mas, no máximo, “contralegislativo, contracongressual ou contraparlamentar”, quando o legislador não age dentro das balizas constitucionais (BARROSO, 2018, p. 246), e que a concepção majoritária se prende e se resume à legitimação eleitoral do poder, não significa muita coisa. Só joga mais água no moinho dos que criticam a revisão judicial, pois o tom soberbo da afirmação, além de não elevar o papel fundamental dos juízes na democracia, acaba, na verdade, rebaixando desnecessariamente o mister das casas legislativas. Embora haja a advertência de que “o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população” (BARROSO, 2018, p. 246), a comparação com os regimes autoritários da primeira metade do século XX não se justifica: devemos comparar democracias com democracias, não com governos inequivocadamente totalitários. Embora se possa afirmar que o verdadeiro conceito de democracia é formado de votos, direitos e razões, aspectos importantes a serem inseridos no debate, e que eles resgatam a ideia de “democracia deliberativa”, pautada na “legitimação discursiva”, em que “as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas” (BARROSO, 2018, p. 246), a prática legislativa não os descarta por capricho. O que se deve reivindicar, isso sim, é o fato de que as decisões do judiciário, em sede de controle de constitucionalidade das leis, abrem e desencadeiam uma série de discussões políticas e éticas pelo quilate dos temas ali travados, cuja consequência enriquecedora, por assim dizer, para o projeto democrático é justamente o seguinte: estimular paulatina e constantemente as pessoas a participarem do foro de debates sobre as mais variadas e matizadas visões de mundo que vicejam na sociedade política como um todo.

Com efeito, a própria concepção de direito como integridade pode ser válida na análise do conceito de democracia. É o que fazem, ademais, os que avaliam o pensamento dworkiniano e o aproximam do caráter, sim, contramajoritário, mas irrenunciavelmente democrático, da jurisdição constitucional. Para eles, o direito como integridade, consagrado na analogia da prática jurídica a um romance em cadeia, cujas proposições não são meras descrições mecânicas

da história jurídica, mas *interpretativas*, é distinto do direito como legalidade, pois as decisões judiciais devem ser decisões de *princípio*, e devem ter sim um papel fundamental na solução de desacordos, cujo mote se consubstancia na premissa insofismável de que o governo deve tratar todos os cidadãos como iguais. Por tudo isso, é muitas vezes preferível que essas decisões, finais e autoritativas, ocorram não no *battleground* da política, mas nas Cortes – que seriam o lugar apropriado, pois, sendo a prática do direito um exercício interpretativo vinculado ao cultivo de princípios que o mantêm íntegro e tendo os juízes a responsabilidade política exigida constitucionalmente deles – tornam-se o *fórum de princípio*, aptas a resolver [os desacordos morais] de forma contramajoritária e *ainda assim democrática*. Em outros termos, o controle judicial de constitucionalidade das leis, assumindo-se, pois, a doutrina dworkiniana do direito como integridade, é “democrática de verdade *exatamente porque contramajoritária*, até porque os conflitos mais fundamentais devem, em algum lugar, ser tratados como questões de justiça (STRECK; MORBACH JÚNIOR, 2019, p. 55–56). Ou seja, tais exemplos, longe de parecer mera divergência semântica ou apenas jogo de palavras, permitem compreender que a democracia, assim como o direito, não é um fenômeno estático, pré-definido, definitivo, pronto e acabado, sobre o qual não caberia acréscimo conceitual nenhum ou crítica filosófica adicional. É irrefutável que Waldron e Dworkin têm a sua concepção de democracia e tal fato, inexpugnavelmente, se reflete no papel e nos limites que o judiciário deve ter nesse regime. Embora seja possível encontrar pontos de semelhança entre eles, principalmente no que diz respeito ao peso dos desacordos morais existentes nas complexas sociedades contemporâneas e o valor da igualdade, o pensamento constitucional de ambos a respeito do *judicial review* parece ser irreconciliável.

Por fim, concluímos com Roberto Gargarella, segundo o qual as principais críticas ao caráter contramajoritário do poder judiciário nascem, ao menos em boa medida, por força da abertura, ou do que poderíamos chamar, da lacuna interpretativa. Em outras palavras, o estigma que se faz à jurisdição constitucional de invadir a seara que pertence única e exclusivamente ao exercício da cidadania por meio de seus representantes é, agora, também atribuído à sua inevitável tarefa interpretativa, em razão da qual os juízes, insidiosamente, vão tomando o lugar que deveria ser ocupado pela vontade popular. E para estreitar tal lacuna interpretativa, a estratégia para legitimar o judiciário frente aos órgãos representativos, na atual quadra

constitucional, é demonstrar que existem formas mais ou menos óbvias – e não arbitrárias – de interpretar a constituição e as leis em geral, para imediatamente (voltar a) afirmar que os juízes *não governam* e nem substituem os legisladores, mas *simplesmente* dão conta do significado do texto fundamental (GARGARELLA, 2011, p. 79–80). Enfim, a estratégia suscitada por Gargarella guarda assombrosa relação de identidade com aquela “estratégia intermediária” entre a leitura moral da constituição e a interpretação originalista, ambas mencionadas e criticadas por Ronald Dworkin e citadas acima.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA A DEMOCRACIA

O exercício da revisão judicial apela fortemente às práticas hermenêuticas, na medida em que, na linha do que até aqui já foi argumentado, são as partes processuais, em primeiro lugar, e os juízes, em segundo lugar, os responsáveis em exercer a tarefa de interpretar o texto constitucional e dele alcançar a norma ali estabelecida. Expressando-se sucintamente, é conveniente alegar que é pelo resultado da obra interpretativa que se permitirá comparar o que foi retirado normativamente da constituição com o que foi retirado normativamente da lei cuja constitucionalidade foi colocada em dúvida. Em razão, pois, da relevância e do prestígio de que a hermenêutica desfruta perante o pensamento constitucional e, por consequência, perante a filosofia política, nunca é supérfluo dedicar a ela algumas linhas. Assim, neste capítulo, apresentaremos o que Waldron pensa sobre o papel que a hermenêutica desempenha e as vicissitudes que ela possui tendo em vista a legitimidade democrática do controle judicial das leis. Entretanto, o empenho será sobretudo explicar e justificar a prática hermenêutica perante os propósitos democráticos quando nos dispomos a utilizar o instituto do *judicial review*.

5.1 WALDRON E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Jeremy Waldron argumenta que a prática hermenêutica que os tribunais realizam, sobretudo ao controlar a constitucionalidade das leis, apresenta problemas, pois, ao invés de se atentarem para as questões morais e políticas que são causas de desacordo, os juízes ficam se consumindo com aspectos relativos à apuração da melhor técnica interpretativa e relegam a segundo plano o que realmente importa. Em outros termos: quando se discute a compatibilidade

de determinado dispositivo legal com a constituição, os juízes se empenham em questões hermenêuticas, e não nas disputas morais e políticas que permeiam as relações sociais. Pode se sustentar, por um lado, com base no argumento favorável à hermenêutica jurídica, que esse mister é um veio característico dos juízes. O engajamento deles em assuntos eminentemente interpretativos é, por assim dizer, um dos principais papéis dos juízes na democracia. Só que isso, por outro lado, provaria o fato de que os tribunais não seriam mesmo o fórum adequado para solucionar os desacordos morais e políticos, se e quando comparados com os órgãos legislativos, cuja missão precípua é justamente debatê-los e dirimi-los. A crítica de Jeremy Waldron é que existe, em última análise, apenas uma disputa entre os juristas e entre os juízes para ver quem vai encontrar a solução de hermenêutica constitucional mais digna de reconhecimento e autoridade entre a comunidade jurídica, de um modo geral, e os seus pares, de um modo específico, menosprezando o essencial: as perenes e insistentes divergências morais e políticas que imperam no convívio social.

A ponderação de Waldron, entretanto, se contrapõe ao modelo interpretativo da constituição pelos tribunais preconizado por Dworkin, dado que, não estando eles preparados para tratar de questões que realmente importam e, conseqüentemente, não estando eles preparados para assumir o compromisso de resolver os desacordos morais e políticos, acabariam se perdendo em discussões bizantinas sobre a erudição do melhor método hermenêutico disponível para tratar os textos (WALDRON, 2009b, p. 10–12, 2016, p. 28, 2018, p. 31–33). Além disso, o empreendimento hermenêutico primeiro, segundo Waldron, esvazia conceitualmente o significado das palavras “constitucionalismo” e “constituição” e, depois, leva à fetichização exagerada dos textos constitucionais. O esvaziamento conceitual acontece porque o uso imoderado daquelas palavras (constitucionalismo e constituição) produz o efeito contrário ao pretendido: a vulgarização e a banalização chegam a tal ponto que elas já começam a não expressar mais nenhum conteúdo teórico relevante que possa, em última análise, traduzir o escopo outrora almejado pelo constitucionalismo político e filosófico iniciado no século XVIII. É dizer, corre-se um risco enorme de transformá-las em um mero *slogan*, ou, citando Mill, em um dogma morto, e não em uma verdade viva útil à solução dos problemas morais e políticos da sociedade (WALDRON, 2009b, p. 02–03, 2016, p. 28–29).

Jeremy Waldron, confessadamente, tem em Hannah Arendt uma de suas filósofas favoritas (WALDRON, 2016, p. 290). Ele chega a concordar, até certo ponto, com Arendt quando ela afirma que as constituições consubstanciadas em textos escritos vieram para reforçar a presença palpável, tangível e concreta de uma “entidade objetiva e duradoura”. Tudo bem que Waldron concorde com Arendt a respeito da circunstância de que as constituições promulgadas em textos escritos trouxeram, de fato, algumas vantagens em relação às constituições não-escritas, na medida em que são capazes de demarcar, com mais nitidez, os direitos do homem, pautando e estabilizando o debate sobre algumas ideias constitucionais e políticas, apesar das imperfeições e ambiguidades linguísticas. A codificação ou a positivação, de forma definitiva e acessível, do que seria a lei natural não elimina incertezas na interpretação. Ela, na verdade, elimina apenas a incerteza sobre o que está sendo interpretado. Isso vale tanto para a lei natural que se presume originar de Deus ou da natureza quanto para as compreensões da sociedade que se presume originada do contrato social. Em outras palavras, embora a codificação desses princípios amplamente celebrados e vagamente articulados, não encerre as questões sobre a fundamentalidade e irrenunciabilidade de alguns direitos, ao contrário, até as acentua, ela canaliza o debate dentro de um discurso social razoavelmente coerente, oferece um ganho significativo no grau de certeza, mesmo que fique aquém da certeza total que muitas pessoas desejam obter. Além disso, para os que, como os defensores da democracia discursiva, acreditam que é o debate que, de fato, tem valor intrínseco ou pragmático, a canalização propiciada pela codificação do direito natural pode ser mais valiosa do que a certeza, de modo que tal teoria é aquela que permite que os desacordos genuínos sejam expressos e resolvidos, ao invés de suprimi-los com uma certeza artificial que explodirá em conflitos violentos em algum momento no futuro.

Apesar da contundente observação de Arendt, Waldron não tem por que deixar de ser fiel a ela e à ideia de que a conquista do constitucionalismo não deva implicar, repita-se, no “fetichismo” ou no superdimensionamento da relevância do texto escrito ou da interpretação jurisdicional que recai sobre ele (WALDRON, 2009b, p. 10, 2016, p. 28, 2018, p. 31)⁴². Desse

⁴² A recorrência de Jeremy Waldron a esta passagem de Hannah Arendt, retirada da obra *On Revolution*, p. 157, também ocorre em outras circunstâncias, o que denota, em larga medida, que a valoração que ele atribui à legislação é a mesma que Arendt atribui às constituições escritas. Em *The dignity of legislation*, por exemplo, Waldron assevera, malgrado o sumo positivista da reflexão, que: “Com o estabelecimento e o funcionamento de uma legislatura, o direito começa a existir em um novo sentido. Ele agora existe como “o nosso direito”,

modo, a vantagem da constituição escrita de permitir que um grande número de pessoas possa refletir coerentemente sobre um conjunto de regras implícitas contidas nas entrelinhas do que foi literalmente escrito, não é pretexto para que os textos constitucionais passem a ser venerados como um verdadeiro *totem*. Diante das constituições escritas, deve-se evitar a reivindicação de que as palavras e as frases que delas fazem parte tenham vida própria. Deve-se evitar, portanto, que as constituições se transformem em lemas obsessivos em face de questões substantivas subjacentes, de tal forma que se tornem empecilho à possibilidade de os juízes e os advogados se concentrarem naquilo que realmente está em jogo (WALDRON, 2009b, p. 10, 2016, p. 28, 2018, p. 31). Em suma, a disputa sobre a melhor interpretação possível, com a adoção de técnicas hermenêuticas, algumas mais sofisticadas do que as outras, serve de espantalho para nos distrair com o cerne da questão, que se diluiria, por assim dizer, no emaranhado argumentativo (a chamada “teia daquele velho barbarismo” [*cobweb of ancient barbarism*] muito bem lembrado por Jeremy Bentham) de uma pretensa erudição judicante.

O que era, então, para ser vantagem do direito positivado em relação ao seu antípoda, o direito natural, termina por colocá-lo no mesmo patamar de dificuldades para a compreensão do fenômeno jurídico. E a simetria de ambas as escolas induzira os realistas e os adeptos da teoria crítica do direito a afirmarem, ceticamente, que a estabilidade e a previsibilidade ambicionadas sobretudo pelos positivistas não estão assim tão garantidas e se tornam ilusórias, na medida em que o problema da interpretação e indeterminação do significado do direito atinge um nível tal que sempre estaremos à mercê das particularidades, das contingências e das idiosincrasias do raciocínio individual dos juízes, se pertencermos a um sistema de direito positivo, ou do raciocínio individual de cada uma das pessoas, se ainda estivermos presos aos ideais jusnaturalistas (WALDRON, 2003, p. 93). Em outros termos, pode-se dizer que, embora

como algo quase tangível, como algo com que cada um de nós pode contar como sendo um ponto comum de referência. Parafraçando os termos que Hannah usou para descrever a virtude de uma constituição escrita, o direito agora existe como sendo “uma coisa objetiva duradoura, que, certamente, alguém poderia abordar de muitos ângulos diferentes e para a qual alguém poderia também propor muitas interpretações diferentes, que também pudesse ser alterada ou emendada de acordo com as circunstâncias, mas que, no entanto, nunca seria uma [mera] manifestação subjetiva da mente. Ele se tornou parte daquilo que faz a intermediação com o nosso mundo, algo para o qual nós podemos tomar como referência comum, cada um compreendendo até onde o outro tem a intenção de chegar. Pouco importa a sua procedência, o direito natural nunca existiu neste sentido no estado de natureza. Isto porque, imagino, a legislatura é considerada tão importante para o esquema constitucional de Locke, que é “no Legislativo onde os Membros da Comunidade se unem e ali combinam, em conjunto, como se fosse um Corpo orgânico coeso” (II: 212, *Segundo tratado do governo civil, parágrafo 212, de Locke*)” (WALDRON, 1999b, p. 76).

continue inegavelmente a existir diferenças substanciais entre o direito natural e sua nêtese, o direito positivo, motivadas pelo fato de o primeiro ser posto por uma autoridade de forma escrita e o segundo, não, o nível de inexatidão permaneceria e os valores de segurança e da previsibilidade jurídicas ficaram comprometidos, em razão principalmente das particularidades impostas a cada intérprete no exercício de compreensão da realidade. Aquela famosa queixa de Thomas Hobbes, de Jeremy Bentham e do próprio John Locke sobre “a obscuridade e a incerteza” que o vocabulário rebuscado dos intérpretes (*legal word-spinners*) – o dos advogados em relação ao direito positivo e do clero em relação ao direito natural – implicava e que tornava difícil e hermeticamente fechado o que era, muitas vezes, claro e evidente, persistiria.

A concordância de Waldron com as vantagens da constituição escrita sobre a não-escrita preconizada por Arendt não significa, entretanto, conceder aos tribunais o poder de decidir as divergências políticas e morais do dia-a-dia. Lembre-se: a função institucional de solucionar os desacordos na democracia, segundo Waldron, não deve ser dos juízes, mas dos legisladores, que apresentam as credenciais legítimas para lidar com eles, justamente porque, ao internalizá-los, as legislaturas, dotadas do caráter representativo, são automaticamente obrigadas a se importar com aquilo que realmente interessa e com a necessidade imperiosa de se chegar à solução das inúmeras questões divergentes relativas aos princípios, aos direitos, ao bem-estar e aos valores.

O respeito de Waldron à Arendt e a concordância, em termos, com as vantagens da constituição escrita preconizadas por ela, não permitem concluir que essa convergência autoriza a reverência à hermenêutica jurídico-constitucional na forma como ela está sendo feita pelos juízes quando são chamados a decidir em sede de revisão judicial das leis em face da constituição.

Além disso, as reservas que Waldron cultiva em relação à hermenêutica constitucional estão afinadas com o seu positivismo textualista. É oportuno esclarecer, pois, que o fato de ser reconhecidamente um textualista não prejudica – ao contrário, corrobora – a pertinência das ressalvas de Waldron acerca da hermenêutica constitucional exercida pelos juízes (WALDRON, 2009b, p. 156), até porque o termo “textualista” não traduz simplesmente o apego excessivo, cego e ortodoxo a algo que está escrito nos textos das leis e das constituições, àquela literalidade

vazia ou à cristalização estéril dos termos inscritos. Na verdade, o textualismo, a que se filia Waldron, refoge aos estigmas que nos acostumamos a ouvir e a repetir, principalmente porque pode ser analisado sob duas perspectivas:

[...] o textualismo de Waldron não é ingenuamente literal, ou radicalmente conservador: isso seria contraditório com suas próprias considerações sobre o caráter argumentativo do Direito – caráter este que, para Waldron, não só faz parte do Direito como é *positivo*; e é positivo na medida em que um *argumento contínuo* em sociedade sobre o melhor significado de termos contestáveis é muito superior à pretensão de conclusões artificiais. O textualismo de Waldron é aquele a que Marmor chama de “textualismo *negativo*”: um tipo de textualismo para o qual a interpretação judicial não deve basear-se em questões como, por exemplo, a vontade do legislador ou o sentido original do texto; um textualismo que, portanto, permite que as Cortes interpretem de inúmeras formas – mas que insiste na *autoridade legislativa* e na vinculação à *autoridade do texto* das normas democraticamente promulgadas, entendidas como *atos coletivos* (MORBACH, 2019, p. 196–197).

Aliás, o textualismo de Waldron é, em relação ao seu caráter negativo, uma barreira ou um limite institucionalmente imposto contra as “tergiversações judiciais”, no sentido de controlar a diversidade de interpretações artificiais baseadas sobretudo na “vontade do legislador” e nas “propostas originalistas” de interpretação constitucional (MORBACH, 2019, p. 196–197). Além disso, o textualista à maneira de Waldron não vê muita razão em se estabelecer uma hierarquia tão rígida entre um texto (a constituição) e outro (as leis infraconstitucionais), mesmo quando se toma a constituição como referência moral e política para a validade das leis, como ensinam os constitucionalistas adeptos do controle judicial de constitucionalidade (DWORKIN, 2020, p. 285). Tal paradigma positivista, portanto, faz todo sentido, conforme já vimos, à tradição constitucional inglesa, na qual o direito constitucional não se condensa em um único texto promulgado de uma só vez e de uma vez por todas, usufruindo de superioridade normativa rígida no sistema jurídico, mas se traduz em uma sedimentação de textos que reconhecem certos direitos fundamentais e que são trazidos a lume, paulatinamente, com o passar dos anos por vias ordinárias e não por uma assembleia constituinte especialmente reunida para promulgar o texto magno. Além disso, é bom ressaltar que, de acordo com a linha de raciocínio waldroniana, não cabe ao Judiciário a missão de estabelecer o “verdadeiro significado” da Constituição, pois somente o Legislativo, representante fidedigno da vontade popular, pode escolher a interpretação mais conveniente, conforme o interesse da Nação, editando as leis que considerar “prudentes” ou “razoáveis”

(DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 356). Com efeito, a doutrina atinente à contenção interpretativa dos tribunais, designadamente no exercício da jurisdição constitucional, a que ora se aferra Waldron, também lança raízes na lendária objeção de James Bradley Thayer ao controle judicial de constitucionalidade das leis, e está consubstanciada no “argumento da indeterminação constitucional e da abertura interpretativa”. Para Thayer, a interpretação da Constituição deve fugir da literalidade e do academicismo tão caros ao jurista e ao juiz. E a razão pela qual a sua interpretação deve ser eminentemente “política” se deve ao fato de existirem, diante da vagueza das normas constitucionais, inúmeras alternativas a uma compreensão que possa ser considerada razoável:

Na medida em que os fundamentos para esse poder notável [de controlar a constitucionalidade das leis e de anular os seus efeitos] são encontrados no simples fato de uma constituição ser escrita ou de os juízes terem jurado aplicá-la, tais fundamentos não são muito apropriados. Nem a forma escrita nem o juramento dos juízes abrange, necessariamente, o direito de reverter, substituir ou desconsiderar qualquer ação da legislatura ou do executivo de que ambos estão autorizados a tomar, ou a determinação desses órgãos de que estão assim autorizados. Para confirmar isso, basta fazer referência ao fato de que outros países, como França, Alemanha e Suíça, têm constituições escritas, mas tal poder não é ali reconhecido (THAYER, 1893, p. 130).

Logo, o textualismo de Waldron, na verdade, milita a favor de suas teses contra a revisão judicial e contra o poder que é concedido aos juízes na dinâmica de interpretar a constituição e, com isso, de passar ao largo dos termos da lei que, embora promulgada pelos representantes do povo com poderes políticos para tal, é objeto de contestação nos tribunais.

5.2 AS CONTINGÊNCIAS DA REALIDADE E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO

Mesmo se observássemos à risca todas as proposições alavancadas por Roberto Gargarella, como veremos logo em seguida, poderíamos ainda alegar, em favor dos juízes, que, independentemente dos objetivos traçados pelo legislador, ele não vai conseguir prever todas as eventualidades fáticas futuras que poderão levar ao choque entre a constituição e a lei resultante do processo de tomada de decisão política na solução dos desacordos amplos, profundos e persistentes na sociedade sobre bem-estar, direitos, valores e princípios. De fato, dada a complexidade que envolve o espectro da prática do direito, não é possível renunciar ao papel ativo que os juízes exercem na jurisdição constitucional em razão da imprevisibilidade

do mundo da vida, sem falar na circunstância de que o sistema jurídico é um sistema que se retroalimenta: muitas decisões judiciais servem de inspiração para o legislador no momento de elaborar um texto legal para a solução dos desacordos e as leis, mais do que qualquer outra coisa, servem de inspiração para que os juízes elaborem suas decisões nos casos concretos:

O problema da autoridade política e da filosofia do direito está inextricavelmente conectado à teoria da interpretação jurídica. Se pensarmos em um sistema como o jurídico, que prescreve ações individuais aos cidadãos, então deveremos enfrentar a questão sobre o que se deve fazer quando a prescrição legal não é clara. As leis não podem ser adaptadas a todas as circunstâncias particulares para as quais elas se aplicam. Elas, necessariamente, são gerais e são enquadradas pelas pessoas que não podem prever todos os casos futuros possíveis aos quais elas se aplicam (CHRISTIANO, 2000, p. 513).

Alguns imbróglios que advêm da imposição da realidade só vão ocorrer posteriormente a esse tipo de desalinho, o que servirá de mote para que as pessoas instaurarem o processo judicial, onde o Estado-juiz terá, depois, de se pronunciar sobre certos pontos em que os preceitos constitucionais serão cruciais para a solução da lide. O problema da interpretação, de um lado, não pode sair assim de cena de uma forma tão simples e não pode deixar, conseqüentemente, de exercer aquele papel imprescindível na definição do direito. Só que, por outro lado, a hermenêutica jurídica (e os seus limites) também não pode deixar de ser uma constante fonte de preocupação não só da política, mas sobretudo da filosofia do direito:

[...] nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao ‘poder hermenêutico’ dos juízes. (STRECK, 2011, p. 01–02).

Quem se ocupa da hermenêutica constitucional não deve, em hipótese nenhuma, negligenciar os limites interpretativos. A lição de que jamais devemos esquecer é que um texto pode até ter muitos sentidos, mas ele não pode ter qualquer sentido, e que *não é verdade que tudo serve*, já que “certas interpretações podem ser reconhecidas como malsucedidas porque

são como uma mula, isto é, incapazes de produzir novas interpretações ou por não poderem ser confrontadas com a tradição de interpretações anteriores” (ECO, 2005, p. 165 e 177).

Desse modo, é perfeitamente factível afirmar que o conflito entre lei e constituição talvez só venha à tona no momento em que as partes do processo e os próprios juízes procederem à interpretação das leis em face da singularidade de determinado caso. Mas, atenção, se a imprevisibilidade sobre as circunstâncias da realidade, de um lado, pode obrigar o jurista e os juízes a interpretar, ela, por outro lado, não os credencia a fazer o que bem entender com as leis e a constituição.

5.3 DESENTRANHAMENTO E IMPRECISÃO NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

É importante ainda trazer à tona dois eventos que despertam o interesse dos que se dedicam à prática constitucional, pois dizem respeito ao ato de “desentranhar” as normas constitucionais e ao que o intérprete deve fazer caso se depare com a “imprecisão” normativa do texto constitucional. É importante porque ambas as ações representam uma atitude de esforço a que os juízes e os juristas se submetem constantemente quando têm por missão aplicar a constituição aos casos que os desafiam na lida com os enigmas constitucionais. Isso, aliás, nos leva também a refletir sobre a consistência dos argumentos favoráveis à jurisdição constitucional, na medida em que vai fundo no problema da legitimidade democrática dos juízes quando interpretam a constituição.

O primeiro desses fenômenos, o do desentranhamento das normas do texto constitucional, ocorre quando a constituição não diz explicitamente nada sobre determinada matéria, mas os juízes, ainda que alguns não admitam expressamente tal atitude, extraem a resposta – a qual eles foram desafiados a dar diante do caso concreto – da linguagem abstrata e principiológica da constituição. Essa realidade prática se desenrola na medida em que os juízes fazem muito mais do que efetuar uma “mera leitura” da Constituição. Vale dizer, eles acabam, em certas situações, incorporando ao texto constitucional “soluções normativas” que, a princípio, não estavam – pelo menos de forma flagrante – inseridas nele. É o que acontece, além de uma infinidade de outros casos, com o aborto. Nenhuma constituição trata do assunto de maneira direta, explícita e casuística, com o objetivo de resolver definitivamente um tema tão

sensível aos padrões morais da sociedade. Nesse cenário, os juízes, não raro, se dedicam à tarefa de “desentranhar” do texto constitucional a resposta aos dilemas morais e políticos candentes na sociedade, “como se elas”, as respostas, “residissem, supostamente, nos interstícios⁴³ da Constituição” (GARGARELLA, 2011, p. 74–75). Assim colocado, o estratagema dos intérpretes da constituição, à primeira vista, até parece ter algo de mágico, de transcendental e de notavelmente sobre-humano, dando à constituição contornos místicos de um verdadeiro oráculo, que oferece o elixir com poderes quase divinos propício a aliviar todas as aflições humanas, de modo que os intérpretes da constituição, principalmente os juízes, seriam, por sua vez, os profetas ou os sumo-sacerdotes encarregados de realizar o rito no sentido trazer a lume o que estava apenas escondido nas entrelinhas do sagrado livro da vida, e o que ninguém, por mais que tentasse, conseguiria enxergar. Notem, no entanto, que o textualismo de Waldron evitaria essa visão encantada que os intérpretes da constituição ostentam. Pode-se perceber claramente que buscar uma defesa originalista em Hamilton e em Marshall para esse primeiro tipo de atividade interpretativa “é insuficiente”, porque aqui os juízes não estão apenas mostrando aquilo que não podemos ver, vale dizer, a vontade dos que redigiram a constituição, mas vão muito além disso: o que está sendo agora questionado e que agora precisa ser resolvido sequer passava pela cabeça dos que, à época, escreveram a constituição. Aliás, a tarefa interpretativa de “desentranhar”⁴⁴ o que está nos interstícios dos textos constitucionais, em certa

⁴³ Aliás, são deveras interessantes os comentários de H.L.A. Hart, contrapondo Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn e Ronald Dworkin, em torno do termo “interstício” e de uma polêmica função legislativa dos juízes, na eventualidade de uma lei (ou de uma constituição) se mostrar indeterminada, obscura ou omissa, a ponto de tornar impossível o silogismo por falta da premissa maior, diante de certos casos colocados ao escrutínio do judiciário. Assim, Holmes admite que, para esses casos, o juiz, ao levar a efeito sua “soberana prerrogativa de escolha” (*sovereign prerogative of choice*), exerce ou deve exercer a função de um legislador “intersticial” (*interstitial*), criando a premissa maior, mas dentro de certas limitações. Llewellyn, por sua vez, discorda completamente da ideia de que os juízes, mesmo que intersticialmente, possam agir como um legislador, cujo resultado vai inevitavelmente ser fruto do “desejo incontrolado dos juízes”. É claro que, se um simples artigo legal e até mesmo uma lei inteira forem tomados apenas isoladamente, aumenta-se a probabilidade de incorrer em indeterminações, obscuridades e lacunas. As decisões judiciais não devem, pois, ocorrer no vácuo, mas diante de uma fundamentação de um sistema de regras, princípios, padrões e valores latentes e bem estabelecidos. Para Dworkin, finalmente, Holmes está errado, na medida em que os juízes nunca criam a lei. Nunca poderá determinar o que o direito *será* (ou seja, para ser aplicado no futuro). O juiz se limita a dizer o que ele, juiz, acredita *ser* o direito antes de tomar a sua decisão, ainda que, naturalmente, esteja errado em seu juízo. O direito, segundo Dworkin, já existe antes de o juiz decidir o caso, só esperando ser revelado por um ato de descoberta (HART, 1977, p. 979).

⁴⁴ Jeremy Waldron, por sua vez, ao comparar o sistema constitucional inglês com o americano e a forma pela qual se faz o debate em torno de assuntos moral e politicamente relevantes para a comunidade, faz menção a essa atitude perante a constituição para interpretar os textos, utilizando, curiosamente, o termo “espremer” (mais exatamente *squeezed, esprimido*) para retirar o sentido da constituição. Nas palavras dele: “Na Grã-Bretanha, nós podemos debater questões como o aborto, a tolerância religiosa, o enforcamento, a discriminação e assim

medida, afirma o que os juízes sempre negaram: fazer as vezes do legislador, ao qual é atribuído tradicionalmente, em uma democracia, o papel de resolver as divergências fundamentais de maior relevância moral e política que afligem a sociedade (GARGARELLA, 2011, p. 75).

A segunda forma de interpretar a constituição ocorre quando a constituição é, a princípio, clara sobre a declaração de certos direitos e deveres, mas a dificuldade imposta pelo caso concreto a torna imprecisa. Ou seja, a constituição chega, sim, a estabelecer soluções normativas explícitas, contudo é a dificuldade imposta pela peculiaridade do mundo da vida que a desafia e desafia o julgador para se saber qual é a melhor interpretação a ser dispensada à solução da controvérsia:

É bem possível que poderia ocorrer, por exemplo, que a Constituição faça uma clara referência a uma determinada solução normativa, mas, diante de um caso concreto, nós não saberíamos dizer qual interpretação deveria ser outorgada a tal solução (GARGARELLA, 2011, p. 75).

Para problematizar a discussão, para além do exemplo do aborto citado na primeira situação acima exposta, Roberto Gargarella suscita algumas dúvidas comuns ao intérprete (Dworkin e Waldron também chegam a mencioná-las em seus escritos) relativas principalmente à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, garantidas constitucionalmente nos países democráticos. Acontece que, apesar de estarem declaradas nas constituições democráticas de forma clara, à liberdade de expressão e à de imprensa são impostos questionamentos que surgem das mais diversas relações sociais, de modo que o aparecimento de tais dúvidas acaba implicando na transformação de casos *a priori* fáceis em casos *a posteriori* difíceis: propaganda terrorista, publicações pornográficas e revelação de segredos de Estado:

Tomemos, por exemplo, um caso muito recorrente em todas as constituições modernas: a liberdade de expressar nossas ideias por meio da imprensa. Qualquer constituição garante, do modo mais amplo possível, o respeito a tal liberdade. Mas o que nos ordena dito preceito, redigido de forma tão pura, em caso de nos depararmos com uma propaganda terrorista? E o que ele nos diz a respeito das publicações pornográficas? E sobre a revelação de “segredos de Estado” (por exemplo, a fórmula para o armamento de um artefato nuclear)?

por diante, de uma forma flexível e aberta, experimentando uma variedade de abordagens e formulações, a exemplo do que pessoas moralmente sensatas fazem, quando lidam com assuntos complexos. Nos Estados Unidos, ao contrário, todo o debate acaba sendo direcionado para a interpretação de um texto específico, sendo que o que realmente conta é se um propósito particular pode ser *espremido* a partir de uma terminologia como ‘igual proteção das leis’ ou ‘livre exercício da religião’, ou ‘penas cruéis ou incomuns’ e assim por diante”. (WALDRON, 1990, p. 85) (grifo nosso).

Isto é, até mesmo os dispositivos mais claros da Constituição acabam, às vezes, se tornando relativamente imprecisos frente a casos concretos e exigem um complexo processo interpretativo (GARGARELLA, 2011, p. 75).

Poderíamos, para soprar a brasa do raciocínio, acrescentar ao rol dos temas constitucionais mais candentes as discussões a respeito do discurso do ódio (*hate speech*) e da apologia ao nazismo⁴⁵, as quais, não raro, vêm à tona em ambientes democráticos de há muito consolidados, como nos Estados Unidos, que lidam com a “liberdade de expressão” de uma forma muito mais tolerante do que aqui no Brasil e na Europa (WALDRON, 2009a, p. 40).

O que pretendemos expor é que, em certas circunstâncias, as dúvidas nascidas diante das normas constitucionais, mesmo diante daquelas consideradas clarividentes, têm o efeito de borrar o que antes era nítido, dando-lhe novos contornos caracterizados pela imprecisão. Dessa maneira, a alternativa às vezes encontrada é submeter o caso à elaboração de um sinuoso, acidentado, longo e demorado processo interpretativo com o objetivo de obter uma decisão que satisfaça o mínimo das pretensões constitucionais vigentes (GARGARELLA, 2011, p. 75).

Essas intercorrências, à luz das duas perspectivas expostas por Gargarella, remontam àqueles outros dois problemas levantados por Jeremy Waldron, aos quais, até agora, os

⁴⁵ Ronald Dworkin faz uma afirmação desassombrosa sobre a posição por ele defendida em relação ao tema da liberdade de expressão e as manifestações neonazistas: “Devo esclarecer, em primeiro lugar, que meus argumentos, muitas vezes, não servem de apoio às pessoas, aos atos ou às instituições que eu admiro ou com os quais concordo. Muito da Parte II deste livro defende os pornógrafos, os que queimam bandeiras e os que marcham em favor do nazismo, e a Parte I, um direito geral ao aborto, apesar de eu acreditar, por razões descritas por mim em outro livro, que até mesmo o aborto logo no início da gravidez é, não raro, um desvio ético”. Mais à frente, ele sustenta que a negação do holocausto por grupos neonazistas de extrema-direita na Alemanha não tem o condão, por si só, de aumentar a violência contra judeus e estrangeiros naquele país e que censurar especificamente, por meio da criminalização, o ato de negar o holocausto é exagerado e põe em risco a própria ideia de liberdade de expressão, na medida em que esses grupos recorrem a inúmeras outras mentiras e distorções dos fatos para propagar sua ideologia e aumentar o ódio dos alemães ressentidos, sem contar ainda o fato de que os processos em que eles são acusados acabam se transformando em palanque e panfletagem para expor e propagar seus pontos de vista. Ademais, toda censura, segundo Dworkin, é fruto do ressentimento de grupos minoritários que sofreram injustiças no passado (os negros escravizados nos Estados Unidos, os judeus na Alemanha e os fundamentalistas muçulmanos), sendo que esse ressentimento materializado na censura faz com que nos esqueçamos do “preço da liberdade, que é alto e, às vezes, insuportável”, e que devemos tomar o máximo cuidado com aqueles princípios em que nós só podemos confiar se forem aplicados por quem pensa igual a nós (DWORKIN, 1996, p. 36). Em sentido contrário a esse entendimento de Dworkin, Jeremy Waldron publicou um livro, *The Harm in Hate Speech [Os males do discurso de ódio]* (WALDRON, 2009a), no qual ele contesta os argumentos baseados na liberdade de expressão para justificar a publicação de discurso odioso contra grupos específicos. Para Waldron, em resumo, o propósito de construir uma sociedade bem-ordenada não admite esse tipo de prática infame, na qual membros de determinados grupos são animalizados e difamados, a pretexto de se estar exercendo um direito fundamental, no caso, a liberdade de expressão autorizada pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana: uma sociedade bem-organizada não seria viável em um ambiente social tão hostil e cruel a certos grupos minoritários.

defensores do papel constitucional dos juízes não conseguem se desincumbir de forma convincente. O primeiro se refere, logicamente, à legitimidade do judiciário em ser a instância política para resolver os desacordos, sobretudo quando recorre, para tanto, à estratégia de estabelecer um conteúdo mínimo para os direitos fundamentais insculpidos na constituição, os quais, por sua vez, também são objeto de amplo, profundo e persistente desacordo na sociedade. O segundo diz respeito à qualidade das decisões judiciais que se dispõem a solucionar os desacordos desse tipo, já que, segundo Waldron, por não os internalizar no momento da escolha de seus membros, o judiciário não é o lugar apropriado para lidar com eles e os debates ali desenrolados se restringem a saber qual é a melhor interpretação, sendo que as questões referentes aos argumentos morais, a que a legislação sempre leva em conta e a sério, muitas vezes, não são devidamente ventiladas, de modo que a escolha política pela revisão judicial das leis pode configurar um verdadeiro equívoco:

Logo, se os juízes são os legitimados a dar – em caráter definitivo – a interpretação “adequada” dos textos constitucionais, então, imperceptivelmente, passa para suas mãos um enorme poder decisório. Se considerarmos os exemplos citados, constatamos que os juízes, e não os cidadãos ou seus representantes, estariam decidindo sobre a possibilidade de certas ideias serem divulgadas, ou não, sobre a possibilidade de consumir, ou não, publicações que – segundo determinado setor da população – seriam imorais, sobre a possibilidade de que algumas pessoas tenham acesso ao conhecimento de informações potencialmente nocivas. E é esse poder extraordinário, que seria concedido aos juízes e não ao “povo”, que é razoavelmente questionável (GARGARELLA, 2011, p. 75-76).

Por isso, a lição acima exposta por Gargarella continua, para Waldron, válida, sobretudo porque, ainda que o judiciário “dê a resposta correta”, legitimar a prática na qual os juízes ficam encarregados de e se responsabilizam em decifrar os propósitos de uma constituição é conceder um poder imensamente desproporcional aos que não possuem nenhuma representatividade popular.

5.4 JUÍZES E JURISTAS: POETAS OU CIENTISTAS?

Há de se reconhecer que a exposição acima também revela, a partir daquelas duas possibilidades interpretativas da (e em face da) Constituição, a do “desentranhamento” e a da “imprecisão”, a oportunidade de enxergarmos detalhes do panorama no qual acontecem as desavenças em torno da hermenêutica constitucional. De um lado, a proposta defendida por

Jeremy Waldron, um positivista textualista impenitente e crítico da obsessiva preocupação interpretativa, denuncia que a pretensão de se encontrar a melhor interpretação dos textos constitucionais, como já foi dito alhures, prejudica, em última análise, o empenho em lidar com o que realmente importa para a comunidade, tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista político. De outro lado, Ronald Dworkin, um interpretativista que aposta suas fichas na argumentação para estabelecer a verdade do direito e que defende a tarefa interpretativa dos juízes, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, por meio do qual será possível dar a resposta correta às questões de direitos.

Além do mais, Ronald Dworkin adere à ideia segundo a qual a hermenêutica jurídica é prática com a qual o jurista se entrega à missão de estabelecer integridade e coerência para o sistema jurídico, de modo que tal tarefa assumida pelos juristas implicará um enorme esforço argumentativo (e, portanto, interpretativo) nas discussões de fato e de direito trazidas para o bojo do processo judicial, no amplo rol dos assuntos que podem ser ali abordados.

A necessidade da coerência e da integridade no direito nos obriga a abrir um parêntese em torno dessas duas características importantes para o pensamento de Dworkin. Não é segredo para ninguém que, de acordo com a visão de Dworkin, o legislador também tem o compromisso de tornar o sistema jurídico organizadamente coerente e íntegro, não é todo o momento que ele se dispõe a cumprir à risca tal tarefa, na medida em que o processo legislativo nunca cessa, de modo que as leis vão sendo feitas e, uma após outra, vão sendo inseridas no já vastíssimo sistema que chamamos de jurídico. Aquela repisada expressão disposta no final dos diplomas legais “Revogam-se as disposições em contrário” é bem sintomática nesse sentido, já que deixa ao intérprete a tarefa de ajustar a nova lei ao sistema como um todo. Com efeito, o legislador não se importa tanto – talvez nem tenha consciência disso – em manter uma certa unidade no direito e, frequentemente, acaba deixando algumas pontas soltas entre uma lei e outra no enorme cipoal em que os grandes sistemas jurídicos se transformaram. Contudo, é compreensível que, para o legislador, a realização desse trabalho, no cotidiano legislativo, se torne difícil pela exigência em se aprovar leis e mais leis sobre os mais variados temas, e exigir dele tal esforço seria atribuir ao seu mister um pesadíssimo ônus, pois as atividades que lhe são mais prementes advêm justamente da intensa demanda propugnada pela concretude da vida contemporânea e dos conflitos sociais que se mostram mais urgentes no atual contexto. A missão de dar coerência

e integridade ao direito acaba sendo executada pelo intérprete do direito, seja pelo jurista ao elaborar sua doutrina (jurisciência), seja pelos tribunais no exercício da prática jurisdicional (jurisprudência), que se dispõe ao desempenho desse papel. Waldron reconhece essa atribuição com base no direito inglês:

Além disso, conforme nós acabamos de ver, uma vez promulgada a legislação, o parlamento, com efeito, perde o controle de suas palavras: são os juízes que as tomam para si e começam o processo de interpretá-las e modelar nossa compreensão sobre elas, para que se ajustem confortavelmente ao restante do direito. Desde que todo o direito existente já esteja submetido àquele processo de acomodação, uma lei pode perder seu sabor muito facilmente – particularmente seu sabor de inovação – ao passar de Westminster para Strand. Presumo que (se quisermos insistir neste ponto) o parlamento, então, poderia, de uma vez só, abolir e substituir uma boa parte do *common law*, alterando radicalmente o contexto jurídico dos fundamentos com que os juízes têm de lidar. Mas nossa cultura jurídica é tão dominada pelo modelo de pensamento do *common law* e tão estruturada por suas categorias que isso poderia ser considerado uma atitude revolucionária. É possível que tudo isso possa acontecer, mas penso que não nos diz nada de interessante sobre a soberania do Parlamento no funcionamento cotidiano do nosso sistema político tal como ele realmente é (WALDRON, 1990, p. 141–142).

Certamente, o processo de “acomodação” da lei implica a perda de sua essência (“sabor”) e de seu caráter inovador ao ser incorporada ao sistema jurídico. A fé segundo a qual a codificação legislada iria extinguir a incerteza e, conseqüentemente, a insegurança jurídica arrefeceu, o que tornou admissível a importância e a inevitável criatividade da interpretação judicial igualmente no direito codificado. Assim, a importância dos juízes na condição de criadores do direito, digamos, a despeito de ser ele codificado, não diminui, ao contrário, aumentou (SCARMAN, 1967, p. 361)⁴⁶. Aliás, há quem afirme que, apesar de os dois modelos

⁴⁶ Com efeito, é nesse texto que Leslie Scarman aborda a coexistência, digamos, “pacífica” entre o direito judiciário e o direito codificado como já sendo uma realidade inegável para os ingleses, em que predomina o direito judiciário, mas também, em sentido contrário, para outros sistemas de raiz romano-germânica, em que predomina o direito legislado, de sorte que o trecho em que reafirma a importância dos juízes no contexto do avanço da legislação revela o seguinte: “Eu espero, portanto, que vocês permitirão que eu considere o problema da coexistência da codificação conforme eu o descrevi no nosso tradicional direito feito pelos juízes. Em um sentido puramente técnico, isso poderia ser dito que se trata apenas de uma questão relativa à interpretação das leis. Todavia, este problema em si tem inúmeras facetas. Mencionarei algumas. É necessário determinar em que medida a jurisprudência pode ser invocada para explicar o código e, outra vez, é necessário determinar a amplitude na qual o juiz deve dar a sua interpretação ao código e qual autoridade deve ser atribuída às interpretações judiciais. Mas, se a codificação, de fato, chegar, ela bem que poderá ser aquela, pouco importando as respostas que serão dadas a tais questões, em que os juízes continuarão sendo, embora isso talvez seja menos óbvio, uma importante força modeladora do direito. Aliás, eu suspeito que devemos avaliar a posição futura do juiz como sendo mais a de um legislador, afirmo isso com base na experiência de outros sistemas, do que em uma discussão sobre as technicalidades da interpretação das leis” (SCARMAN, 1967, p. 361).

jurídicos (*common law* e *civil law*) serem díspares em vários aspectos, com o passar do tempo, vem ocorrendo um fenômeno de aproximação entre eles (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13). A legislação, de um lado, vai se tornando mais frequente, atuante e influente naquele paradigma jurídico marcado pela produção judicial de normas; e a atuação jurisprudencial dos tribunais, de outro lado, vai se tornando cada vez mais influente naqueles sistemas jurídicos marcados pela predominância da legislação. Esse panorama reflete o momento emblemático pelo qual passa, por exemplo, o Brasil, em que a jurisprudencialização do direito ganha força. Neste sentido, o entendimento de Cappelletti contrasta com a posição adotada no século XIX por Jeremy Bentham. O filósofo inglês acreditava piamente que o direito legislado, codificado, produzido pelos representantes do povo, por ele defendido com unhas e dentes, suplantaria, por uma evidência lógica, o direito judiciário, peculiar ao *common law*, tão atacado por ele, pelas vicissitudes que tal sistema normativo apresenta: incerteza, obscuridade, confusão e dificuldades de verificação. Bentham se convencia, portanto, de que a codificação, inexoravelmente, eliminaria a fonte jurisprudencial do direito. Lutou, mas não conseguiu alcançar a codificação do direito inglês. Ironicamente, o que vem se consolidando até agora não confirma exatamente as pretensões e as previsões que Bentham pretendia ou previa. Mesmo com a crescente codificação do direito e sua consolidação no século XX, o protagonismo dos juízes se expandiu de forma impressionante.

A Inglaterra, de Bentham para cá, não sofreu nenhuma alteração radical a ponto de que houvesse uma mudança de paradigma em seu sistema jurídico, conforme ele próprio desejava, de sorte que ainda continua leal à tradição do *common law*. É dizer, as previsões de Bentham, e mais atualmente do Justice Leslie Scarman, não se cumpriram (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13). Uma explicação plausível do protagonismo judicial e do papel criativo dos juízes foi dada por Louis Leventhal Jaffe. De acordo com ele, o papel criativo dos juízes e o protagonismo frente aos outros ramos do poder político do Estado ocorrem por motivos circunstanciais, a exemplo do asoberbamento do Executivo com assuntos de relevância para o Estado ou a grande quantidade de atividades rotineiras envolvendo a máquina pública. Em relação ao Legislativo, a escassez de assessores especializados para o aconselhamento e para a redação de propostas legislativas também pode ser um fator circunstancial importante na debilidade do parlamento diante dos tribunais. Além disso, as transformações ocorrem em um ritmo tal, onde

novas condições sociais e econômicas acontecem em uma velocidade alucinante e onde as demandas são a todo momento impostas, sobretudo pelo advento das novas tecnologias, que, afora a possibilidade dessa conjuntura desfavorável aos dois outros ramos de governo, Jaffe argumenta que, não raro, o principal trunfo dos juízes – e de outras profissões jurídicas, professores, doutrinadores, advogados e promotores – é a capacidade de visão plasmada pela tradição que, aliás, pode ser também alterada, sem nenhum problema, pela educação profissional e pelo vigor de personalidades persuasivas e emergentes dos tribunais e da academia (JAFFE, 1969, p. 14).

Da mesma maneira, mas de modo diametralmente oposto àquele com que Waldron avalia o protagonismo judicial, Cappelletti enxerga a atuação dos juízes com bons olhos nesse particular, principalmente na função que ele concebe de conter a inflação ou a “orgia legislativa” que satura os ordenamentos jurídicos (CALABRESI, 1978, p. 299–300)⁴⁷, já que, segundo ele, a expansão de influência do judiciário, paralela à expansão do executivo e do legislativo, mantém o equilíbrio necessário, no sistema democrático de freios e contrapesos, à também expansão desenfreada desses dois ramos políticos do Estado moderno (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13). E a defesa de Cappelletti à atuação dos juízes frente ao legislador se justifica, na medida em que são eles os encarregados para lidar com as

⁴⁷ Só para contextualizar melhor a temática, o trecho em que Guido Calabresi coloca esse termo é o seguinte: “Nos últimos quarenta anos, no entanto, o direito americano passou por profundas modificações. Onde antes reinavam as decisões do *common law*, agora são as leis que predominam. Conforme o Professor Gilmore pontuou, nós nos entregamos a uma “orgia legislativa”, sendo que, mais à frente, ele mesmo notou, em um sistema de irresponsabilidade legislativa, “obter a edição de uma lei é muito mais fácil do que obter a sua revisão, para que ela faça sentido à luz das condições que se alteraram”. Nas palestras em memória a Wendell Holmes, que eu proferi na Faculdade de Direito de Harvard em março passado, eu examinei as reações judiciais ao aumento da codificação do direito americano. É correto dizer que, mais do que resultar na diminuição do ativismo judicial americano, a “orgia em se legislar” levou a maioria dos tribunais a empregar, previamente, medidas inconcebíveis a fim de compensar a falta de habilidade legislativa em atualizar leis antigas. Alguns tribunais se apressaram em recorrer à constituição para invalidar leis que, se fossem novas, dificilmente pareceriam mesmo ser suspeitas. Outros inventaram “interpretações” de tais leis que fazem corar um Jesuíta proverbial; ou alteraram bastante o sentido do *common law* que antecedia a lei que a tornou nula. Comentaristas conservadores e eminentemente respeitáveis, como Alexander Bickel, se juntaram para sugerir dispositivos para-constitucionais destinados a invalidar leis, sem que, com isso, impedissem que uma legislatura reeditasse a lei (ou uma versão mais atual dela) se ela então fosse, realmente, desejada, e não apenas uma relíquia mantida em vigor por inércia. Em minhas palestras, levantei a possibilidade de que fôssemos abordando uma situação, em que se pudesse ser mais honesto e, talvez, mais restritivos mesmo, se aos tribunais fosse dado poder limitado para negar ou atualizar leis (como se estas fossem não mais do que meras decisões judiciais) sem recorrer aos subterfúgios bickelianos ou à suprema arma da invalidação constitucional (CALABRESI, 1978, p. 300).

ambiguidades e as incertezas produzidas por esse mesmo legislador e que por eles devem ser sanadas no âmbito judicial, uma vez que:

Quando se diz – como faz o “Chief Justice” Barwick, para citar apenas o exemplo mais recente – que a expansão do direito legislativo, no Estado moderno, estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário, subentende-se, obviamente, a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária” (CAPPELLETTI, 1999, p. 20-21).

Quando se censura o papel dos juízes na democracia, afirmando que eles se intrometem indevidamente na função legislativa, parece que, pelo menos para alguns, tal análise precisa ser aperfeiçoada. Ao que parece, os críticos estão assustados com a assombração errada, pois não deveriam se ater fortemente ao gênero, que a toda hora insiste em dizer que o juiz quer se tornar um legislador, mas deveriam se ater ao grau dos limites interpretativos a que o juiz deve obedecer, porquanto aquela margem de ação criativa é indispensável. Isto é, há os que, com razão, apregoam que o verdadeiro problema não seria, então, a clara oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema talvez seja mesmo não levar tão a sério assim o textualismo, nos contornos delineados por Waldron, que nos ministraria, pois, “o grau da criatividade na maneira e nos limites da aceitabilidade da interpretação do direito por obra dos tribunais” (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13).

E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos, dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou de quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos,

o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito (CAPPELLETTI, 1999, p. 26-27).

Há também quem afirme, nessa mesma linha de raciocínio, que as objeções à criação judicial do direito apegam-se insistentemente ao ideal iluminista tributário da filosofia racionalista de Leibniz. Para eles, o direito deveria ser reduzido a uma ciência meramente lógica, semelhantemente exata e demonstrável à equação algébrica: Leibniz afirmava que a própria moral poderia ser demonstrável matematicamente. Tal suposição leibniziana foi assimilada pelos pensadores da Revolução Francesa, sobretudo Montesquieu, cujo propósito era eliminar toda e qualquer referência à criação judicial do direito, que ficaria a cargo apenas do super-homem iluminado, o legislador. A capacidade do legislador de produzir o direito por meio de leis claras e transparentes era tão invulgar que o esforço interpretativo seria totalmente dispensável. Essa dinâmica torna, portanto, o direito uma ciência exata, à imagem e semelhança da matemática, condenando a retórica forense, como arte do convencimento judicial, e a hermenêutica, como compreensão do fenômeno jurídico, à proscrição. Da mesma forma que não se precisa da eloquência argumentativa para o convencimento dos outros acerca da correção com que se elabora uma equação matemática, também não há a necessidade de se recorrer à argumentação e à hermenêutica, nas querelas forenses, para que a verdade surja pela força da evidência proporcionada pelos silogismos. Thomas Hobbes, a propósito, também foi um dos que lutaram obstinadamente contra a falsa ciência, a retórica, e contra a eloquência, segundo ele, um charlatanismo dispensável. É perceptível, porém, o elemento autoritário e tirânico subjacente a esse ideal de racionalidade contrário à concepção democrática que o liberalismo procura muitas vezes demonstrar (SILVA, 2003, p. 07). Se, então, a vontade do legislador ainda fosse aceita pelo viés de uma verdade absoluta e que a função do juiz fosse apenas reproduzir, dedutiva e matematicamente, as proposições legais no caso concreto, abrindo mão de argumentos hermenêuticos, a própria democracia representativa serviria de títtere para conspurcar a arbitrariedade:

Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da “vontade do legislador”, portanto a vontade do Poder constituído. Como diria Cappelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus “consumidores”. É claro que o projeto racionalista se serviu do problemático conceito de “vontade geral” de Rousseau, depois utilizado por Kant, para afirmar que, sendo a lei a expressão da “vontade geral” dos cidadãos, os quais

na realidade fariam as leis, por meio de seus representantes, utopia, porém, que a “democracia de partidos” e o conceito moderno de lei transformaram em mais uma quimera. A “vontade geral”, como fundamento para o regime democrático representativo, já estava em Thomas Hobbes, como mostra Norberto Bobbio, transcrevendo esta afirmação do filósofo inglês: “Nenhuma lei pode absolutamente ser injusta, na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que ele é obrigado a observar; esta, por conseguinte, tem de ser justa, a não ser que um homem possa ser injusto consigo mesmo”. O racionalismo expresso nesta proposição de Hobbes, que seria ridículo se fosse proposto por um filósofo ou constitucionalista contemporâneos, harmoniza-se com a lógica dedutivista de estilo matemático, peculiar aos juristas e filósofos racionalistas (SILVA, 2003, p. 07–08)⁴⁸.

⁴⁸ Logo na sequência, o eminente processualista gaúcho, Ovídio Baptista da Silva, incisivamente, destaca as transformações e as influências ocorridas desde a Revolução Francesa até o século XX, esclarecendo que: “Depois de haver François Génys, nos albores do século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como um ‘sistema dotado de exatidão matemática’; depois de James Goldschmidt advertir que a futura sentença nada mais é do que um simples ‘prognóstico’ que perdurará como simples prognóstico até que se conheça seu resultado; depois de Chaïm Perelman investir-se na condição de um Aristóteles moderno, construindo uma ‘nova retórica’; ou de um Theodor Viehweg recuperar a tópica aristotélica; ou de Luis Recaséns Siches postular para a interpretação jurídica o ‘logos de lo humano’ ou de ‘lo razonable’; ou depois de Josef Esser – para citar apenas os mais expressivos do moderno pensamento filosófico no campo do direito – haver transferido para o campo jurídico as proposições básicas de Gadamer; afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, nosso sistema permanece congelado na suposição de que os juízes continuam sendo a ‘boca da lei’, como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade da lei’ (Chiovenda). Vontade esta que, ao que se supõe, somente será revelada na última decisão da última instância”. E, com sua análise ácida e com um choque de realidade, pontua que: “O chamado ‘processo de conhecimento’, na verdade, processo apenas ‘declaratório’, vocacionado para demandas plenárias, é o instrumento dessa ideologia. É por meio do ‘processo de conhecimento’, por natureza ordinário, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende assegurar a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o inteiro curso da causa, para somente depois de haver descoberto a ‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe o julgamento, produzindo o sonhado juízo de certeza – na cândida ilusão de que a norma jurídica possua univocidade de sentido. É claro que qualquer pessoa que tenha um mínimo conhecimento da experiência forense considerará, hoje, ridículas essas suposições. Sabemos, embora nem todos tenham disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito longe da matemática, e muito próximo das ciências históricas; que o direito, afinal, é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa; e que a lide, sendo um pedaço da história humana, haverá de ser compreendida como uma expressão da cultura que a produziu; e que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade, sendo o ato jurisdicional necessariamente discricionário”. No final, o autor, em uma crítica aberta ao liberalismo, recorrendo ao fenômeno dos recursos processuais, conclui que: “Nosso sistema recursal se tornou um escândalo, porque não pudemos livrar-nos do preconceito dos revolucionários franceses contra a magistratura. Supomos – por isso que o processo se congelou no tempo – que os juízes não são confiáveis, de modo que, existindo processo, terá de haver recurso contra os julgados, quaisquer que eles sejam, porque, em princípio, consideramo-nos sucumbentes. É a ética do perdedor. No fundo, é a expressão acabada da ética liberal que, tendo separado o Estado da sociedade civil, como duas entidades em conflito de interesses, supõe que os juízes, enquanto representantes do Poder, haverão de ser, organicamente, inimigos da sociedade, pensada por meio de indivíduos isolados. Como se vê, é inocultável o componente ideológico inerente à ética do liberalismo. Entretanto, como transformar o sistema recursal, depois de havermos destruído a jurisdição de primeiro grau, criando-a de recursos, na busca da “vontade do legislador”, que se imagina um segredo guardado a sete chaves pela última instância, que, de resto, nas atuais condições, nem mesmo tem condições de julgar, submersa como está na avalanche de recursos que nossa conservadora imprevidência não tem coragem de conter? Ideologia,

Nesse viés, a partir da perspectiva de interpretar o direito, encorajada pela efetivação da coerência e da integridade, é que Dworkin pôde também enfatizar a relevância da argumentação para os propósitos do direito de acordo com a sua própria concepção, já que argumentar, em poucas palavras, é um verbo que apela à moral e à política na conjugação prática e cotidiana do direito:

E nós argumentamos sobre o que foi decretado, mesmo quando os livros que supostamente registram seus comandos e direções estão em silêncio; então, agimos como se o direito murmurasse sua sentença condenatória, baixinho para ser ouvida nitidamente (DWORKIN, 1995, p. VII).

“Argumentar”⁴⁹ diz respeito, pois, ao ato de esclarecer os termos empregados no texto, e como a argumentação se expressa pela linguagem (“...a argumentação é uma questão de linguagem”), vai ela visceralmente se ligar à ação de interpretar (FIORIN, 2018, p. 78), ou melhor, à ação de atribuir sentido ao que foi argumentado, sobretudo em relação ao direito⁵⁰.

no sentido dado por Mannheim, é isto. Atrelado às metodologias das ciências exatas, distante da história, tornou-se fácil à doutrina processual conservar a desconfiança que a Revolução Francesa devotava aos magistrados, legítima para a época, porém ideológica para os tempos atuais. Nossas circunstâncias culturais são outras, em muitos sentidos opostas àquelas do século XVIII. A história deu voltas e voltas sobre si mesma, mas os fundamentos que norteiam nossa prática judiciária, e a própria doutrina, conservam-se inalterados. Continuamos a praticar, como observou Guido Fassò, referindo-se à doutrina jurídica europeia, um sistema processual que fora compatível com as sociedades estáticas, predominantemente agrícolas, para as quais fora concebida a ‘jurisprudência dos conceitos’ produto da ‘Escola de Exegese’ do século XIX europeu, sem atentar para a circunstância de estarmos a viver, em sua aterradora plenitude, a experiência inédita de uma sociedade caracterizada pelo extremo dinamismo de suas profundas transformações, que o direito terá inexoravelmente de acompanhar.” (SILVA, 2003, p. 08–09).

⁴⁹ Veja, por exemplo, a seguinte explicação: “Não podemos esquecer-nos de que a palavra *argumento* é formada com a raiz *argu-*, que significa “fazer brilhar, cintilar” e que está presente nas palavras portuguesas *argênteo*, *argentário*, *argento*, *argentar*, *argenteria*, *argentífero*, todas provindas do latim *argentum*, “prata”. O argumento é o que realça, o que faz brilhar uma ideia (FIORIN, 2018, p. 22).

⁵⁰ Neste sentido: “A prática jurídica, ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, é *argumentativa*. Todo ator da prática entende que o que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que somente pela e dentro da prática fazem sentido; a prática consiste, em larga medida, em implantar e argumentar sobre essas proposições. As pessoas que têm um direito fazem e debatem sobre as afirmações que o direito permite ou proíbe, o que seria impossível fazer e debater – porque não faria nenhum sentido – sem o direito, e uma boa parte do que o direito dessas pessoas revela sobre elas não pode ser descoberta a não ser percebendo como elas fundamentam e defendem essas afirmações. Esse aspecto argumentativo, crucial para a prática jurídica, pode ser estudado a partir de dois pontos de vista. Um é o ponto de vista externo do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certo padrão de argumento se desenvolve, por exemplo, em alguns períodos ou circunstâncias, mas não se desenvolve em outros. O outro é o ponto de vista interno daqueles que fazem as afirmações. [...] Ambas as perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais e cada uma delas precisa abranger ou levar em consideração a outra. O ponto de vista do participante envolve o do historiador quando algumas afirmações sobre o direito dependem de uma questão de fato histórico [...] A perspectiva do historiador inclui a do participante de forma mais ampla, porque o historiador não pode entender o direito como uma prática social argumentativa, ainda que tenha entendimento suficiente para rejeitá-lo como fraudulento. Isso só será possível depois que ele tiver a compreensão de um participante ou tiver sua própria opinião sobre o que se considera boa ou má argumentação dentro dessa prática (DWORKIN, 1995, p. 13–14).

Isso ocorre dessa maneira exatamente porque a interpretação é um modo específico de argumentação prática no direito, pela qual se defende determinada compreensão dos textos ou sobre questões de autoridade, recorrendo a uma espécie particular de razão ou justificativa utilizada nas decisões jurídicas (MACCORMICK, 1993, p. 16).

Já que nem Hermes e nem tampouco outra divindade ou qualquer ser mítico ficam, a todo instante, sussurrando ao pé de nosso ouvido os termos em que as leis e os decretos devem ser entendidos, quando buscamos, dos textos legais, o razoável entendimento para, enfim, aplicá-los, seja em tese, seja concretamente, é que necessitamos lançar mão da interpretação. Interpretar é atributo demasiadamente humano e secular, do aqui e agora; não se arvora em expedientes divinos emanados que têm suas origens no além. Como fomos por muito tempo súditos de monarcas absolutistas e do mais variados tiranos que encarnavam o governo dos homens e que criavam, modificavam, interpretavam e aplicavam o “direito” a seu talante, mas agora somos súditos do império do direito, somos agora “súditos” do direito no governo das leis, e como súditos da lei, passamos a ser, portanto, cidadãos, na medida em que, mesmo que ela nos fale baixo ou se nos apresente obscura, ambígua e contraditória, nós lhe devemos obediência: “Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, com nosso espírito atado a ele, enquanto discutimos o que nós, portanto, temos de fazer” (DWORKIN, 1995, p. VII). Entretanto, para obedecer à lei, devemos primeiro compreendê-la e, para compreendê-la, devemos interpretá-la.

Destarte, o raciocínio argumentativo no direito, dentro da moldura proposta por Dworkin, é exercício de uma interpretação por ele chamada de construtiva que, segundo ele, se ajusta aos propósitos do direito como prática social, sendo a interpretação a narrativa que torna a prática jurídica a melhor possível (DWORKIN, 1995, p. VII). Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin trabalha mais com a questão da decisão judicial que, segundo ele, deve a obrigação de observar as decisões passadas (“força gravitacional”) para encontrar a resposta correta. Esse posicionamento teórico contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz (DWORKIN, 1995, p. VII). O positivismo apregoa que não existe “resposta correta” nos interstícios da lei, apenas respostas diferentes. Dworkin, metaeticamente leal ao seu monismo de valores, afirma que para os casos difíceis, existe “a resposta correta que deve ser procurada pela razão e pela imaginação” (DWORKIN, 1995, p. VIII). Porém, o fato de existir tal resposta

correta não quer dizer que ela seja incontestável. São duas situações diferentes a serem analisadas separadamente: ter razão, ou não, acerca da resposta correta é diferente de se poder “demonstrar”, ou não, que tal resposta é a correta. Ou seja, quando eu digo que uma resposta é a correta – e tendo eu razões para insistir na afirmação da unicidade dessa correção –, não quer dizer que eu possa “demonstrar”, no plano fático, no plano da realidade concreta das coisas, a “certeza” que foi, por assim dizer, encontrada. A certeza da resposta, reitere-se, reside no plano da argumentação. Por isso, a importância desta última para o direito e para a teoria de Dworkin.

No entanto, a maneira de proceder para levar a efeito os propósitos da interpretação construtiva propugnada por Dworkin pode ser encontrada naquela metáfora prodigamente esclarecedora que reflete perfeitamente a característica peculiar da atual quadra histórica em termos constitucionais. Trata-se do fato de que as categorias do direito constitucional útil à prática jurídico-política precisam combinar elementos que não são exclusivos de apenas um único “centro” de ordenação. A imagem reveladora desse estado de coisas é a ideia que afirma ser o direito constitucional um conjunto de “materiais de construção” colocados à nossa disposição, só que o edifício concreto não é obra da constituição em si, mas de uma política constitucional que se ocupa em fazer as combinações desses materiais que nos foram colocados à disposição. A característica peculiar acima aludida se conecta com as sociedades pluralistas atuais marcadas pela diversidade de grupos com interesses, ideologias e projetos diferentes, sem que cada um deles tenha força suficiente para se impor aos outros de maneira hegemônica a ponto de fixar as bases materiais da soberania estatal nos moldes fixados no passado (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13). Em outras palavras, vale dizer que com isso:

As sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo atribuem à constituição, não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas de realizar as condições de possibilidade dela própria. A partir da Constituição, como ponto de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, pode começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um ou outro sinal, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13).

Outrossim, em virtude de as decisões jurídicas terem forte impacto na vida das pessoas – a fronteira entre a ruína e a dignidade encerra-se na força do argumento jurídico trazido pelas partes nos autos ou pelo estudioso na realização de sua doutrina –, é que os processos judiciais

se tornam politicamente importantes como elemento de resolução dos conflitos. A importância política do processo judicial se concentra então em três questões que podem ser ventiladas em seu curso nos tribunais: a) questões de fato: o que aconteceu?; b) questões de direito: qual é a lei que adequadamente se aplica ao caso?; e c) questões ligadas à moralidade política e à fidelidade: a lei suscitada ou a norma dela retirada pelos que a interpretam é justa, ou ela é injusta a ponto de torná-la inaplicável ao caso? Desse modo, as proposições jurídicas são tanto os argumentos elaborados pelas partes quanto as conclusões tiradas por elas sobre o que a lei permite, proíbe ou obriga. Podem as proposições, os argumentos e as interpretações ser acatados pelos juízes na sentença, sendo que, em certos sistemas jurídicos e em certas circunstâncias, toda essa tarefa argumentativo-interpretativa pode levar os tribunais a deixarem de aplicar ou até mesmo anular uma lei se ela se revelar em desacordo com a constituição. O problema hermenêutico-argumentativo, porém, não acaba por aí: os substratos textuais, sobre os quais o intérprete se debruça, podem ser muito genéricos (princípios constitucionais, a constituição e o código civil); um pouco menos genéricos (uma lei específica como a lei das empregadas domésticas ou do consumidor); muito específicos ou concretos, a exemplo das próprias sentenças judiciais e os contratos. Há ainda, sob tal aspecto, as divergências sobre o direito: a) as divergências empíricas sobre o direito: se a lei, um dispositivo de lei ou uma palavra na lei, que determina um dado comportamento social ou individual, existe ou não de fato, ou seja, se a lei ou parte dela é um dado concreto, para a afirmação do qual se exige apenas uma averiguação, uma constatação ou uma verificação fática apreendida pelos sentidos; e b) as divergências teóricas sobre o direito: nas quais não há divergência sobre a existência concreta sobre os elementos legais, mas sim sobre os fundamentos da lei ou da jurisprudência adotada para dirimir um caso específico, se este suporte jurídico apontado esgota ou abrange o caso posto em discussão. Em outras palavras, são aquelas divergências relativas aos “fundamentos” do direito. As divergências empíricas não têm nada de secreto ou misterioso, pois se assemelham a uma questão e a um juízo de fato, na medida em que a divergência sobre a existência de uma palavra ou não na lei é resolvida apenas com a verificação, digamos, *in loco* da sua existência ou inexistência. As divergências teóricas, por sua vez, são bastante problemáticas, pois não têm como ser resolvidas com uma simples constatação empírica. Elas, em última análise, dizem respeito à profundidade filosófica que a pergunta sobre “o que é, de fato, o direito?” oferece. Elas dizem respeito ao que os advogados, os juízes e os juristas pensam

sobre o que o direito é, sendo que cada um deles e cada um de nós temos uma concepção peculiarmente própria do conceito de direito, embora, muitas vezes, não percebamos tal fenômeno na prática do direito.

Assim, as divergências surgidas no dia a dia, entre advogados, entre juízes e entre advogados e juízes, em última análise, são eminentemente teóricas, pois remetem à concepção que cada um de nós tem sobre o direito, embora o positivismo jurídico tente de todas as formas conspurcar essas divergências alegando que tais divergências são, ao contrário, práticas e não teóricas (DWORKIN, 2014, p. 05–06). É o que Dworkin chama de agulhão semântico, pois toda vez que alguém tenta explicar as divergências no direito e começa a tomar o caminho para uma justificação teórica, vem o agulhão semântico do positivismo jurídico e o recoloca no caminho da justificação prática do direito. Vale dizer, o positivismo insiste que as divergências se resumem apenas ao plano fático, aos termos utilizados pelas leis para elas se expressarem, e não ao teórico, ao que as pessoas concebem como sendo o direito e ao que elas tomam como o seu fundamento (DWORKIN, 2014, p. 55–56). Para Dworkin, quando a opinião pública, a mídia e os tribunais se manifestam acerca de casos jurídicos de grande repercussão na vida das pessoas e na vida política da comunidade, no fundo, estão debatendo e, invariavelmente, divergindo sobre os aspectos teóricos do direito, sobre os fundamentos do direito. Todos estão divergindo, em última análise, sobre os fundamentos éticos, morais, políticos, filosóficos, econômicos, sociais e ideológicos que permeiam toda atribuição de juízo de valor dado à realidade concreta e específica do texto interpretado. Em síntese, a posição teórica que adotamos em relação a casos específicos ou à decisão tomada por um juiz diante de uma controvérsia jurídica vai depender intensamente da concepção do direito que cada um de nós fazemos a respeito de seu conceito, de modo que o conceito de direito é um conceito interpretativo, carregado de acepções morais e políticas, e a decisão tomada não será, pois, diferente do conceito que o julgador tem do direito.

De repente, não caberia nos deter insistentemente no dilema entre “criar” e “descobrir” e nos convenceremos de que os juízes nem “criam” e nem “descobrem” o direito, mas, em última análise, o constroem, nos moldes delineados em sua teoria construtivista do direito de Dworkin à sua teoria. Todas as vezes que decidem, os juízes, ainda que intuitivamente, criam um direito novo, evidenciando, no ato decisório, um princípio, uma regra, uma ressalva e uma nova

disposição (DWORKIN, 2014, p. XI). Aliás, a discussão sobre se os juízes “descobrem” ou “inventam” o direito, como já foi dito alhures, se parece muito com a discussão acerca da natureza declaratória ou constitutiva de uma relação jurídica de uma sentença encontrada na teoria geral do direito ou na teoria geral do processo, respectivamente. O interessante, neste cenário, é que o papel do juiz ou do jurista se assemelha bastante ao do filósofo em relação ao estudo da metafísica, naquele sentido atribuído a Voltaire – que, apesar de jocoso, é muito esclarecedor –, e parafraseado por Guimarães Rosa⁵¹, segundo o qual “[O] estudo da metafísica consiste em procurar, num quarto escuro, um gato preto que não está lá”.

Para ilustrar o raciocínio e explicar as divergências sobre o que o direito é, são teóricas e não práticas, Dworkin, no livro *O império do direito*, apresenta quatro casos reveladores. Mas vamos pegar os dois casos de segregação racial nos Estados Unidos, um tema permeado de questões morais e políticas e que foi um divisor de águas na vida política estadunidense. Quem defende que os juízes “descobrem” o direito, em última análise, reconhece que a segregação “desde sempre” era eivada de ilegalidade, que “desde sempre” violou os preceitos jurídicos mais básicos e que essa ilegalidade foi agora descoberta pelos juízes. Quem, todavia, argumenta que os juízes “inventam” um novo direito, admite que a segregação era legal antes, por força da decisão do caso *Plessy vs. Ferguson* em 1896, mas que, a partir de 1954, com a mudança de perspectiva proporcionada pelo novo direito construído pelos juízes no caso *Brown vs. Board of Education*, tornou-se ilegal. A divergência aqui é se o direito tem caráter “declaratório” (“apenas revelar o que já existia”) ou constitutivo (“construir algo novo, original e inédito”): a divergência é, em última análise, teórica. A propósito, todos os casos seriam “fáceis” (*easy cases*), se não existisse a divergência teórica. Mas como ela é insuperável do ponto de vista filosófico, pois todos nós, a todo momento, fazemos juízos de valor sobre os dados concretos, a chance desses casos fáceis se tornarem “casos difíceis” (*hard cases*) não deve ser desprezada, diante da problematização moral e política trazida pelos argumentos jurídicos a favor ou contra determinadas posições doutrinárias ou jurisprudenciais. Com efeito, a abordagem que acabamos de fazer revela, de novo, o papel imprescindível, nesse contexto todo, da argumentação jurídica. É dizer, no cenário desafiador em que se anseia saber se os juízes

⁵¹ João Guimarães Rosa, por sua vez, diz que a definição de metafísica “[É] um cego, com olhos vendados, num quarto escuro, procurando um gato preto... que não está lá” (ROSA, 2009, p. 37).

descobrem e declaram, ou inventam e constituem, o direito. Em outras palavras, diante dessas duas alternativas, resta saber se eles são poetas (criam, inventam ou constituem o direito) ou cientistas (descobrem e apenas declaram o direito).

Com efeito, conforme bem assinalou Mauro Cappelletti (1999, p. 13), embora a discussão seja antiga, nada é mais atual do que saber se o juiz ou o jurista é quem realmente cria o direito, se simplesmente o descobre no emaranhado de regras, princípios e valores que tecem a teia dos sistemas jurídicos, ou se lhes exerce apenas uma função supletiva. A nossa reivindicação consiste em dizer que, por mais que os juízes e os juristas intencionem permanecer fiéis ao texto, eles sempre serão forçados a interpretar, porque, como ocorre com todos os produtos da civilização humana, não há texto musical, filosófico, poético e nem tampouco legislativo, que não deixe espaço a variações e nuances para a criatividade interpretativa. O ato de interpretar nos faz penetrar em pensamentos, inspirações e linguagens alheios para compreender, aplicar e realizar aquilo que foi interpretado em outro contexto de tempo e lugar. É inexorável que a reprodução daquilo que foi interpretado sofra influências, variações e nuances do intelecto e do estado de espírito de quem interpreta, sobretudo se considerarmos a realidade em que as palavras representam símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas, questões estas que devem ser sanadas pelo intérprete. Enfim, é este quem dá vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13). Tanto para Cappelletti quanto para Barwick, não há antítese entre interpretação e criação do Direito. No fundo, são coisas idênticas. À medida que se interpreta um texto legal ou jurisprudencial, cria-se o Direito: “Na interpretação do direito legislativo, está ínsito certo grau de criatividade” (CAPPELLETTI, 1999a, p. 13). Enfim, independentemente de se optar por um ou outro papel dado aos juízes e juristas, o de criar ou de descobrir o direito, o fato é que é difícil renunciar à atividade hermenêutica que o direito nos desafia a fazer.

5.5 A METAÉTICA

A propósito da dúvida sobre se o juiz cria ou descobre o direito, é interessante trazer à baila algumas discussões referentes à metaética, pois, se ela não chega a solucionar definitivamente hesitações relativas ao papel que os juízes desempenham na democracia, ao menos pode esclarecer certos pontos sobre a forma de encarar o problema segundo a qual os

juízes criam ou descobrem o direito. Assim, quando Hart analisa o positivismo inclusivo, ele considera que a discricionariedade que assiste ao juiz diante das lacunas do direito permite a ele fazer uma escolha para decidir o caso em que o direito não especifica claramente qual é a solução a ser adotada pelo fato de o direito ser, para determinadas situações, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para os que advogam a tese de que os fatos morais são objetivos e de que eles validam as normas jurídicas que podem incidir sobre todo e qualquer caso em que se demande uma decisão judicial, o direito é completamente determinado e as lacunas do direito são só, digamos, aparentes. Ao julgar moralmente, o juiz só tem o trabalho de descobrir as normas jurídicas já existentes como implicações ou aplicações das normas morais (FAGGION, 2024, p. 99). A primeira conclusão a que se chega é a de que, perante a ocorrência, digamos, das supostas lacunas do direito, caso se julgue que os valores morais sejam objetivos, o juiz não cria o direito, mas o seu esforço reside em descobrir o que já existe e está apenas subjacente, ou pressuposto, às normas positivamente postas.

Há, porém, o reverso da moeda. Se, em sentido contrário, afirmarmos que a moralidade não é objetiva, ela não poderá figurar como fonte normativa para o direito, como uma fonte que pré-existe às decisões judiciais. O juiz só estará autorizado a decidir moralmente perante a constatação de lacunas no sistema, se estiver autorizado para tanto por esse próprio sistema jurídico, ou seja, só decidirá moralmente, e não juridicamente, nos casos não especificados pelas normas, se e quando for expressamente autorizado pela lei, ou seja, se e quando autorizado por aquela vertente do positivismo jurídico denominado positivismo inclusivo. Nesse caso, as lacunas não são uma aparência ou uma suposição: elas, de fato, são uma realidade com a qual somos obrigados a lidar. Mas se o juiz, para colmatar as lacunas, estiver autorizado a se socorrer de argumentos morais pelo positivismo inclusivo, ele então já não estará mais descobrindo o direito, e sim exercendo um ato de criação do direito (FAGGION, 2024, p. 99).

O que se quer deixar aqui evidenciado é que a metaética pode ter grande utilidade para discutir a questão relativa à descoberta ou à criação do direito pelo intérprete e para discutir o problema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e as questões relativas ao direito constitucional, bem como para discutir os problemas relativos à constitucionalização do direito e à atuação proativa dos juízes nos regimes democráticos:

Para entendermos melhor a importância da questão, comecemos por considerar a atuação das cortes constitucionais na revisão de dispositivos legislativos. Uma coisa é acreditarmos que uma constituição, ao incorporar princípios morais substantivos como critérios de validade jurídica de dispositivos legislativos, incorpora princípios objetivos que, por si mesmos, validam ou invalidam os dispositivos legislativos. Outra coisa, com implicações muito diferentes, é acreditarmos que uma constituição, ao incorporar princípios morais substantivos como critérios de validade jurídica de dispositivos legislativos, na verdade, libera o juiz para escolher se um dado dispositivo legislativo deve ser norma jurídica válida ou não. A última hipótese é claramente um problema para a democracia, porque os juízes não são eleitos para legislar, como Hart mesmo nota ao mencionar uma das críticas de Ronald Dworkin à tese da discricionariedade (FAGGION, 2024, p. 99–100).

Podemos então defender a posição segundo a qual, se a moralidade for aferível objetivamente, os juízes estariam legitimamente autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, já que, ao apenas extrair a norma constitucional, toda ela permeada de valores morais objetivamente verificáveis, e a função do juiz é apenas descobri-la, ele estaria, portanto, legitimado democrática e constitucionalmente a anular a lei que vier a estabelecer exatamente o contrário do que os valores morais instituídos nos textos constitucionais preconizam.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se na hermenêutica jurídico-constitucional, na argumentação e no construtivismo de que os indivíduos e os juízes lançam mão da saída honrosa em defesa dos aspectos democráticos da revisão judicial. Pode-se até mesmo dizer que a hermenêutica está no cerne da jurisdição constitucional e é um dos principais fundamentos a legitimá-la frente à comunidade política em que sua prática é aceita. Ou seja, a tarefa hermenêutica dos juízes e das pessoas envolvidas na disputa jurídica deduzida nos processos judiciais é um aspecto fundamental do controle de constitucionalidade das leis.

6 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E O PROBLEMA DO INDIVÍDUO

6.1 SÓ UM POUCO MAIS DE WALDRON

Na linha do que até aqui foi exposto sobre o pensamento de Jeremy Waldron, foram apresentados alguns aspectos básicos, nos quais seu empenho contra o *judicial review* se baseia para censurar, pelas vias democráticas, a revisão judicial das leis em face da constituição, entre os quais cinco podem ser lembrados. Em primeiro lugar, ele levanta o problema dos desacordos morais e políticos amplos, profundos e persistentes sobre bem-estar, direitos, princípios e valores que existem nas sociedades democráticas modernas, bem como o conseqüente reconhecimento da necessidade de solucioná-los conjuntamente. Trata-se, pois, da assim chamada circunstância da política, a qual é um forte argumento em sua ênfase contrária à atuação constitucional dos juízes, uma vez que o desenho institucional que privilegia a legislatura como *locus* apropriado para solucionar os desacordos tem maiores chances de melhor responder aos desafios impostos pela complexidade da vida social contemporânea. O legislativo, ramo do governo muito mais plural e representativo dessa pluralidade do que o judiciário, incorpora os desacordos com os quais ele deve lidar. Em segundo lugar, a igualdade política aparece como trunfo indisputável na solução dos desacordos morais e políticos entre as pessoas, tendo em vista que tanto o reconhecimento quanto a aplicação política de tal princípio evitam o privilégio de uma opinião sobre outra e que os interesses de uns prevalecem indevidamente sobre os de outros, de modo que, quando os desacordos são amplos, profundos e persistentes, atribuir o poder de decisão à maioria, em que cada pessoa tem apenas um voto, não é permitir que as opiniões e os interesses de uns se sobreponham às opiniões e aos interesses dos outros de maneira acentuadamente desproporcional. Assim, na resolução dos desacordos morais e políticos, todos devem ser tratados com igual respeito e consideração e reconhecer que as opiniões e os interesses das pessoas têm o mesmo peso é tratá-lo como um igual, sendo que, ao agirem dessa forma, a legislatura, e não a jurisdição, é o ambiente em que a igual consideração e respeito realmente acontece, pois é ali que a paridade no tratamento às pessoas é levada mais a sério. Em terceiro lugar, existe ainda a questão do direito de participação política, pois é ele que garante aquela igualdade de todos em dignidade, respeito e consideração,

quando se delibera sobre matérias controversas, no processo de definição dos demais direitos, sobretudo os direitos intitulados como fundamentais. A garantia do, por assim dizer, “direito dos direitos” é a garantia de que, no debate político, será aberta a possibilidade de se ouvir a voz de todos os interessados, de que será efetivamente ouvida em iguais termos com a voz dos outros e de que ela será levada em consideração e contada da mesma forma com que outras vozes serão contadas no processo de tomada de decisão política por maioria. Evita-se, com isso, que se exclua arbitrariamente da arena política grupos ou pessoas que, por uma razão ou outra, sejam consideradas, digamos, de segunda classe, o que configura a total falta de respeito e de consideração e um verdadeiro insulto a violar frontalmente a própria dignidade humana. Em quarto lugar, menciona-se também a dificuldade contramajoritária, ou melhor, a dificuldade contrademocrática do *judicial review*, por se tratar de um poder cujos membros não foram eleitos pelo voto, faltando-lhes então o elemento essencial da representação popular e a consequente legitimidade democrática para solucionar as questões que permeiam a sociedade. Nesse sentido, portanto, o papel desempenhado pela jurisdição constitucional é fator de frustração dos anseios da política majoritária e, portanto, dos ideais democráticos. Por fim, temos a preocupação excessiva e fetichista dos juristas e dos juízes na busca da melhor interpretação dos textos constitucionais quando submetem à sua apreciação as leis para, desse modo, solucionar os desacordos morais e políticos envolvidos na discussão. Para tanto, juízes e juristas acabam deixando de lado o que realmente importa e o que é central para a democracia e voltando suas atenções quase que exclusivamente para as técnicas hermenêuticas nas discussões tendentes à solução dos desacordos. Isto é, o que, de fato, importa, fica relegado a segundo plano, no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo pelo apego exagerado à prática hermenêutica dos tribunais. A forma com que as casas parlamentares, por outro lado, são organizadas e estruturadas proporciona o cenário adequado para resolver questões morais e políticas, pois é onde os desacordos são internalizados e encontram-se representados e, conseqüentemente, é onde eles serão tratados na sua melhor luz pelo amplo espectro das opiniões e interesses que ali serão devidamente manifestados diante daquilo que estará em disputa no jogo político.

No entanto, a inconformidade de Waldron ao *judicial review* não se esgota apenas nesses argumentos que acabamos de citar. Há argumentos adicionais que também compõem seu

arcabouço teórico. Só a título de ilustração, Waldron, quando desenvolve sua tese sobre a separação dos poderes, também encontra nesse exercício elementos para objetar o controle judicial das leis. Segundo ele, ao longo de todo o processo em que se nota a presença política do Estado e a prática de suas três funções político-institucionais clássicas, deve haver uma sequência lógica, em que cada um dos poderes do Estado exercerá as atribuições constitucionais com base naquilo que o outro poder já produziu anteriormente. Assim, o primeiro impulso dado deve vir exatamente do resultado produzido e promulgado pelo legislativo. A iniciativa institucional do legislativo promovida pela lei é que deve movimentar a ação dos outros poderes do Estado. O fato, pois, de obedecer a essa sequência lógica, segundo Waldron, torna a tripartição do poder um mecanismo apropriado para evitar abusos. Nesse diapasão, é a legislação que se encarrega, antes de tudo, de tomar, abstrata e genericamente, a decisão política compromissada com a resolução dos desacordos; depois é que vem o judiciário e soluciona concretamente os casos a eles submetidos com base nas leis editadas pelo legislativo; e também o executivo chega e cumpre efetivamente aquilo que as leis preveem abstrata e genericamente ou aquilo que as decisões judiciais determinam no plano concreto (WALDRON, 2016, p. 45–71). O que não pode acontecer é a inversão ou a subversão dessa sequência lógica, porque senão a tripartição do poder não vai funcionar corretamente e os abusos ocorrerão. Além do mais, o principal mérito de Waldron, nesse particular, não se limita apenas a, por assim dizer, complementar a doutrina tripartite do poder, mas também em elucidar a razão pela qual a divisão do poder político do Estado neutraliza o abuso dos agentes que são encarregados de exercê-lo. Enquanto as justificações de Montesquieu e de teóricos da separação dos poderes que se alinham com ele somente afirmam que a divisão do poder em três funções impede que o abuso por parte de quem o exerce ocorra, mas não explica, em detalhes, por que exatamente, Waldron vai além e explica por que e como a tripartição dos poderes efetivamente impede as extravagâncias dos agentes públicos (WALDRON, 2016, p. 45).

Waldron se debruça ainda sobre o problema da *accountability*, requisito imprescindível para a justificação democrática das instituições. A *accountability*, trocando em miúdos, não é senão a responsabilidade de prestar contas a que todos os que exercem funções públicas estão submetidos. Mas é no exercício da atividade legislativa que ela demonstra ser muito mais efetiva, transparente e legítima se e quando comparada à do judiciário, já que as

justificativas que são dadas em favor dos juízes nesse sentido específico, em termos democráticos, não são muito convincentes. Waldron, aliás, ilustra a forma pela qual a *accountability* deve se realizar, para que ela se aproxime ao máximo do ideal democrático. Segundo ele, a prestação de contas a que os detentores do poder estão sujeitos deve ser análoga à prestação de contas feita por quem está na administração de bens ou de interesses de um terceiro. Em termos mais específicos e concretos, ela deve se parecer com aquela prestação de contas elaborada por um advogado, por um corretor de imóveis ou por um contador a seus clientes, em que, primeiro, o proponente determina as bases sobre as quais as ações do preposto serão prestadas para que depois elas sejam avaliadas. Nessa perspectiva, a *accountability* política não se resumirá simplesmente à periodicidade dos sistemas eleitorais, mas se estenderá ao longo do exercício do mandato em que o legislador exercerá seu mister (WALDRON, 2016, p. 191–193).

A pertinência das observações de Waldron que ainda merece ser destacada diz respeito aos quatro pressupostos elencados por ele, cuja tarefa é neutralizar as pretensões democráticas da revisão judicial das leis, já que, se todos eles estiverem presentes, de forma cumulativa, a revisão judicial das leis não será nem sequer necessária e muito menos útil. Os quatro pressupostos elencados por Waldron e conjugados no modo subjuntivo são os seguintes: a) se as instituições democráticas de determinado Estado, incluindo uma legislatura representativa eleita e baseada no sufrágio universal adulto, funcionarem razoavelmente bem; b) se o conjunto de instituições judiciais também funcionarem razoavelmente bem e for estabelecido em bases não representativas para processar e julgar as ações judiciais individuais, bem como para solucionar disputas e defender o Estado de direito; c) se a maioria dos membros da sociedade e de seus agentes públicos se comprometer com a ideia dos direitos individuais e dos direitos das minorias; e d) se existir desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre os direitos (isto é, sobre o que realmente significa o compromisso com os direitos em [c] e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos, *a revisão judicial das leis não se justificará democraticamente* (WALDRON, 2016, p. 202–212). Grifamos a oração principal a que as demais orações subordinadas condicionais se referem para realçar o núcleo do argumento de Waldron, de modo que podemos enfatizar o fato de que a revisão judicial, portanto, somente terá vez, somente será necessária, se faltar um ou

mais dos quatro pressupostos anteriormente mencionados. Waldron, porém, alega que os defensores da revisão judicial das leis logo irão se apressar para ver se encontram casos que, a rigor, excluem um ou mais desses pressupostos, o que imediatamente justificaria tal prática. Só que as coisas não são tão fáceis e óbvias assim. Ocorre que muitos de nós pensamos que, quando o legislativo contraria nossas opiniões, um desses quatro pressupostos está ausente e que recorrer ao judiciário é algo inevitável para restaurar o eventual direito fundamental então vilipendiado pela maioria legislativa. Mas se trata, segundo ele, de falsa percepção dos proponentes do *judicial review*. O funcionamento razoável das instituições representativas não significa que elas devam ser perfeitas e nem toda decisão majoritária é violação de direitos, ainda mais se reconhecermos que os desacordos sobre o conteúdo deles são amplos, profundos, persistentes e substanciais. Logo, a existência do compromisso sobre direitos, por exemplo, não elimina os desacordos. O compromisso com os direitos não quer dizer necessariamente que o desacordo sobre eles desapareceu, até porque precisaremos saber qual ainda será o conteúdo de determinado direito, e o papel institucional de defini-lo deve ser obviamente desempenhado pela legislatura. E, claro, uma das partes sairá derrotada. Ora, depois de estabelecido o conteúdo desse direito, eu devo então honrar esse compromisso. Ademais, a forma pela qual esse desacordo foi tratado pelo processo de tomada de decisão, em que se decidiu em favor de uma parte em detrimento de outra, não significa necessariamente que houve má-fé dos envolvidos na vitória de determinada posição. De repente, uma ala política foi mais competente do que a outra, dentro das regras do jogo, para convencer e conquistar a maioria.

Waldron e seus quatro pressupostos levam a um paradoxo quase intransponível para os constitucionalistas prosélitos da revisão judicial, pois ou ela seria desnecessária ou ela seria inútil. Presentes os quatro pressupostos, o *judicial review*, de um lado, passa a ser instrumento dispensável e sua implantação perde qualquer legitimidade no ambiente da democracia representativa, já que o funcionamento razoável das instituições não enseja que se recorra ao judiciário e ao papel ativo dos juízes em controlar constitucionalmente as leis, o que não produz efeitos promissores à cultura democrática. Waldron cita que um desses efeitos é a falta de garantia de que a intervenção dos juízes melhore a situação das instituições democráticas, sobretudo a do legislativo, uma vez que a revisão judicial é forma, digamos, pasteurizada de “paternalismo” e arrefece o sentimento de responsabilidade do legislativo ao exercer sua

função, pois o judiciário sempre estaria ali, na retaguarda, para “corrigir” os erros da legislação. Nesse ponto, portanto, o *judicial review* seria desnecessário⁵². Waldron lembra, por outro lado, que, quando realmente um ou mais desses quatro pressupostos estiverem ausentes, a própria democracia já está em processo de declínio e, portanto, não há mais nenhuma garantia sequer de que o judiciário possa corrigir as graves distorções produzidas pelas instituições, pois também já não é mais possível cravar com convicção que os tribunais, nesse imbróglio todo, são, de fato, menos corruptos ou menos contaminados pelos preconceitos da maioria. Nesse sentido, então, o papel a ser desempenhado pela revisão judicial é praticamente inútil (WALDRON, 2016, p. 212–217 e 239–245).

Por fim, encerrando a incursão nos argumentos de Jeremy Waldron, cabe outra observação levada a efeito na resposta por ele oferecida à pergunta sobre qual é o objetivo do direito. Assim, entre as três opções existentes que apontam o objetivo do direito: a) possibilitar que uma comunidade de indivíduos seja eficazmente administrada; b) tornar possível o exercício da liberdade; ou c) garantir que os cidadãos mantenham um vínculo de fidelidade com o direito, Waldron não hesita em afirmar que é exatamente a terceira alternativa que se configura como principal objetivo a ser alcançado. A seu juízo, o direito e o respeito que as pessoas devem a ele são valores inegociáveis que justificam a existência do direito. As duas primeiras não explicam satisfatoriamente os fundamentos do direito pelo fato de serem excessivamente instrumentais, o que enfraquece a razão de ser de tal prática social (BENÍTEZ-ROJAS; SAADE; JARAMILLO, 2019, p. 19).

⁵² O contraponto à defesa da tese da desnecessidade da revisão judicial consiste no fato de que ela só fará sentido se a ação dos juízes na jurisdição constitucional aperfeiçoar a legitimidade geral. Só fará sentido, pois, se não permitir que a democracia se degenere em demagogia e preserve os direitos fundamentais. Ronald Dworkin também identificou, nesse particular, essa dificuldade em relação à atuação dos juízes: “A instituição da revisão judicial contribui, de um modo geral, com a legitimidade de um governo? O governo representativo é, sem dúvida, necessário: alguma concentração temporária de poder nas mãos de poucos é indispensável, se uma comunidade política grande quiser sobreviver e prosperar. Isso, porém, não é verdade para a revisão judicial: muitas nações sobreviveram e prosperaram e, até hoje, ainda sobrevivem e prosperam sem ela. Toda defesa da revisão judicial com teor democrático deve ser feita de outra forma: ela deve argumentar que a revisão judicial aperfeiçoa, em seu conjunto, a legitimidade, uma vez que torna mais provável à comunidade aceitar e impor alguma concepção adequada de liberdade negativa, de distribuição justa de recursos e oportunidades, bem como de liberdade positiva” [...] (DWORKIN, 2011, p. 398).

Por falar nisso, Thomas Bustamante realiza uma análise interessante entre a *Normal Justification Thesis* de Joseph Raz⁵³ e a *Democratic Justification Thesis* de Jeremy Waldron, pois enfatiza que um dos equívocos das teorias defensoras da revisão judicial forte é justamente tratar o direito de forma instrumental. No entanto, o parecer de Bustamante é no sentido de que a democracia é, na verdade, tratada de forma instrumental tanto por uma quanto por outra tese postas sob análise. Tal análise, aliás, é desenvolvida quando Thomas Bustamante comenta, no contexto em que compara a Tese da Justificação Normal [*The Normal Justification Thesis*], de Joseph Raz, com a Tese da Justificação Democrática [*The Democratic Justification Thesis*], um intrigante trecho escrito pelo próprio Waldron, ressaltando que:

A corte constitucional, sob esse ponto de vista [sob a *Tese da Justificação Normal, de Raz*], age a serviço dos cidadãos de um modo geral, dado que ela está em uma posição melhor para sopesar todas as razões de princípio que são aplicáveis a esses cidadãos, mesmo que tais razões não sejam visíveis nos

⁵³ Só para não passar despercebida, é no mínimo conveniente esclarecer o que significa a tese da justificação normal de Joseph Raz, segundo a seguinte explicação que expõe resumidamente os principais elementos do pensamento de Joseph Raz sobre o direito: “Joseph Raz fornece a primeira e mais exemplar das estratégias antiincorporacionistas, baseada em sua teoria da autoridade como razões de segunda ordem do tipo excludente que fazem preempção (substituição) das razões de agir do sujeito. Segundo Raz, é uma característica conceitualmente necessária de todo o sistema jurídico que ele reivindique a autoridade sobre os sujeitos (essa é a sua tese da autoridade). Por esse motivo, o Direito tem que instanciar ou exemplificar o tipo de coisa que pode ter autoridade (essa é a sua tese da instanciação). A autoridade implica uma preempção de razões, ou seja, uma substituição das razões de agir do sujeito por aquelas dadas pelo Direito (essa é a sua tese da preempção). Além disso, o exercício de autoridade só é legítimo se deixar o sujeito em melhor condição para atender às razões que se aplicam a ele seguindo as ordens da autoridade do que ele estaria se decidisse por si mesmo (essa é a tese da justificação normal). Já critérios morais, por sua vez, remetem às razões que o sujeito já tinha antes do comando da norma e falham em deixar o sujeito em melhor posição prática, pois o obrigam a decidir por si mesmo. Segue-se que critérios morais são incompatíveis com a reivindicação de autoridade. O Direito só pode fazer preempção e satisfazer à justificação normal se for possível identificar o conteúdo de cada norma sem apelar para as razões anteriores, o que, por sua vez, só é possível, segundo Raz, se as normas jurídicas forem identificadas por referência apenas a fatos sociais, sem recurso a um argumento moral (essa é a sua tese das fontes). Assim, de acordo com as teses anteriores, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais deixaria de instanciar o tipo de coisa que pode ter autoridade, violando a tese da instanciação; e, por tabela, deixaria de poder reivindicar autoridade sobre os que estão sujeitos a ele, falhando em se apresentar como Direito. Em outras palavras, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais entraria em contradição com o conceito de Direito. Dessa forma, segue-se que é uma verdade conceitual que nenhum sistema jurídico pode incorporar critérios morais. Como se pode notar na descrição acima, o argumento antiincorporacionista de Raz é diretamente dependente dos conceitos ambiciosos de preempção de razões e de justificação normal. Raz supõe que uma pessoa ou instituição funciona como autoridade para certo sujeito apenas se, caso esta pessoa ou instituição emita uma ordem de ação numa direção determinada, para a qual o sujeito conte com razões anteriores, na mesma direção ou em direção diversa, as razões do sujeito forem inteiramente substituídas pelas razões da ordem emitida. [...] Na relação da autoridade com o sujeito, o motivo pelo qual o sujeito deixa que suas razões sejam substituídas pela ordem da autoridade é o pressuposto de que esta ordem, sendo legítima, já levou em conta a totalidade das razões que se aplicam ao sujeito e, em exame final, determinou o curso da ação mais provável de realizar as razões relevantes para ele (a autoridade é um serviço para o sujeito). O sujeito espera da autoridade que sua ordem o deixe em melhor posição prática para realizar as razões que se aplicam a ele do que ele estaria se decidisse sozinho” (COELHO, 2024, p. 184–186).

debates políticos ordinários. A decisão da corte é relevante porque facilita a obediência das pessoas às razões de princípio que elas têm para agir de uma certa forma. Como acontece na Tese da Justificação Normal de Raz, as diretivas da corte constitucional ‘retiram suas forças das considerações que as justificam’. Isto *porque* a decisão da corte se baseia em princípios que nem sempre são considerados pelas deliberações políticas e que nós deveríamos aceitar a autoridade das cortes. Até Jeremy Waldron, um dos críticos mais impenitentes da revisão judicial, concede que isso pode ser um bom argumento para que tenhamos uma corte constitucional. A corte pode ser justificada como ‘um mecanismo que permite aos cidadãos levar essas questões para chamar a atenção de todos sobre como elas surgem’ [...]. No entanto, como Waldron explica, esse *não* é um argumento em favor da revisão judicial forte. Vejam o quanto é importante o papel que esse alerta pode desempenhar, já que se trata de ‘um argumento a favor apenas da revisão judicial fraca’, e não a favor de uma “forma forte da prática em que a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida pela forma com que uma corte considera apropriada’ [...] A principal virtude do sistema fraco de revisão judicial, na minha opinião, é que ele não retira do povo ou de seus representantes a responsabilidade moral pela interpretação dos direitos que possuem, nem colide com o direito do povo de ter o seu justo quinhão de poder de participar da tomada de decisão (BUSTAMANTE, 2016, p. 61).

Nessa avaliação, embora se possa imaginar que os tribunais estejam a serviço dos mais invulgares desígnios na tarefa de interpretar e especificar os direitos abstratamente previstos em uma constituição, a ausência de uma justificação democrática no ato de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei coloca sobre eles um ônus pesadíssimo. Isso nos ajuda a entender a razão pela qual Waldron desconfia da ideia de substituir uma decisão majoritária dos representantes do povo por uma decisão por simples maioria dos juízes de um tribunal constitucional. Na verdade, a alegação de que o tribunal poderia reivindicar a participação no processo político, com o objetivo de impor a solução para um desacordo moral em um caso difícil, é meramente *instrumental* – e não uma questão de ‘direito’ – porque o tribunal não decide apenas com base em suas próprias convicções, mas também, e sobretudo, fazendo julgamentos morais em nome de toda a sociedade (BUSTAMANTE, 2016, p. 55).

Ademais, mesmo diante dessas e de outras reflexões, é difícil encontrar algo tangível e plausível para acusar Waldron de ser contra os direitos fundamentais, contra a constituição ou contra o constitucionalismo. Ele próprio se autoproclama um constitucionalista. E, sem nenhum exagero, ele até concorda com o mérito de certas decisões tomadas pelas cortes

constitucionais⁵⁴. Aliás, ele próprio já escreveu e comentou sobre questões relacionadas à justiça, à dignidade humana e ao conteúdo dos direitos fundamentais (WALDRON, 2009a, 2012b). A lição que fica e que Waldron quer nos transmitir talvez seja a necessidade de separarmos o filósofo da política do filósofo da justiça. Mas como os desacordos vão rondar os direitos fundamentais insculpidos nas constituições, Waldron defende que o papel de defini-los, de pormenorizá-los, de colocá-los sobre a mesa e de detalhá-los com rigor político deve pertencer às legislaturas e não à jurisdição.

6.2 O INDIVÍDUO E A DEMOCRACIA: UM ENTRE MILHÕES

Grande parte de nosso esforço, até a essa altura, foi captar, identificar e descrever os contornos e as características do pensamento waldroniano que sintetizam, em vários aspectos, o referencial de objeção à escolha que as democracias têm feito em favor do desenho institucional que prestigia o papel político dos juízes. Trata-se do desenho institucional que estabelece os chamados direitos fundamentais nas declarações das constituições promulgadas e escritas e que concede aos juízes o poder de se eximirem da aplicação da lei, seja pela via da anulação, seja pela via da modulação de seus efeitos à luz dos preceitos constitucionais. Mas, ao mesmo tempo em que abordamos questões muito caras a Waldron, esboçamos alguns pontos de vista que subsidiam nosso entendimento sobre o tema e que privilegiam o lugar do indivíduo como cidadão na dinâmica da política democrática e nas questões de Estado.

A tese por nós esposada, como já restou evidenciado, ambiciona reivindicar o caráter democrático do *judicial review*, com base no envolvimento direto do indivíduo na configuração e na determinação dos contornos do direito, no exercício daquele trunfo por meio do qual ele

⁵⁴ Em comentário à decisão do caso Dobbs que ilustra esse raciocínio, Waldron, sem perder o hábito de fustigar a revisão judicial, aponta que: Eu acho que Dobbs – o caso do aborto – foi decidido de forma errada. Posso ou não posso dizer isso se eu, na verdade, acredito – como tenho acreditado há bastante tempo – que não deveria existir a revisão judicial forte da legislação? Não nego, entretanto, que haja uma Constituição nos Estados Unidos e acredito que, em seus termos, ela protege as mulheres da iniquidade e da opressão oriundas das intromissões morais de caráter religioso pelas vias do Estado. *Eu acredito que Roe foi uma boa decisão em 1973, no que se refere à lógica do esquema constitucional.* Não há dúvida de que eu me oponho à revisão judicial. Mas ou você a adota ou você não a adota. Os Estados Unidos a adotaram, tanto para o bem quanto para o mal. E no meu entender, a consideração mais importante é que as pessoas já contavam com essa prática constitucional já havia algum tempo. Talvez devêssemos nos calar e verificar, como críticos, as credenciais da prática no atacado, ao invés de nos propormos a ficar argumentando sobre como, no varejo, o poder que a revisão judicial confere aos tribunais deveria ser exercido. Poderíamos até mesmo dizer algo como, “Bem, se os tribunais vão distorcer nossa política ao exercerem a revisão judicial forte da legislação, então eles poderiam, pelo menos, ter a decência de decidir as coisas do jeito certo” (WALDRON, 2024, p. 08).

suscita a inconstitucionalidade da lei que traduz a decisão política majoritária. Entendemos que, apesar do esforço de Waldron em valorizar o direito de participação no processo de tomada de decisão em torno dos desacordos morais que permeiam as sociedades democráticas, a atuação do indivíduo, do cidadão, do ser político, do sujeito de direitos e de obrigações, fica muito apagada, praticamente nula, quando o consideramos de forma isolada no ambiente em que a decisão política majoritária é tomada: ele ou seu voto é somente uma gota d'água no ou um grão de areia frente ao oceano. Mal comparando, poderíamos alegar que, da mesma forma que almejamos perceber – e somos, de fato, capazes de perceber – a presença de nossa contribuição na produção de bens e de serviços que são úteis à sobrevivência material e espiritual da sociedade, e que, segundo Marx, o capitalismo tem o poder de alienar tal consciência do operário, a democracia representativa também aliena das pessoas individualmente consideradas a capacidade de perceber qual foi a sua contribuição decisiva para o produto final das deliberações públicas, de modo que ele não consegue efetivamente chamá-lo de “seu”. Na democracia representativa característica da modernidade, o papel restrito do indivíduo é tão insignificante e o deixa tão distante do resultado final que a ele não é permitido sequer saber sobre sua contribuição nas gigantescas e intrincadas engrenagens da complexa máquina dos modernos sistemas democráticos:

Talvez o destino do argumento de Waldron não importe, pois nem mesmo Waldron confia nele. Waldron reconhece a indesejabilidade de cada pessoa decidir seus próprios direitos e tergiversa para um direito à igual participação. O argumento menos persuasivo em favor da democracia participativa é aquele que a considera como o mais próximo que podemos chegar da autodeterminação, pelo menos se seguirmos Waldron quando ele pensa em determinar os direitos como um processo de aplicação das verdades morais. Apresentar argumentos perante um tribunal bem preparado e imparcial dá a alguém mais poder sobre a determinação dos direitos do que ser apenas mais um em meio à multidão em uma democracia participativa, em que todos têm o mesmo poder político (RAZ, 1998, p. 45).

Além disso, o que se vê hoje, mesmo nas democracias mais avançadas, é infelizmente uma indisfarçável apatia – na verdade, um flagrante desprezo – em relação ao direito de votar e de escolher seus representantes. Seja ele um direito, seja ele uma obrigação, o fato é que, infelizmente, a participação política pelo voto popular se encontra mergulhada em um mar de questionamentos, muitos deles ligados ao problema de legitimidade e de sintonia, ou da falta delas, entre os representantes e os representados. A valorização da democracia à luz da iniciativa

do indivíduo na vida pública mediante o exercício da jurisdição constitucional pode ser reforçada pelas complicações causadas pela representação política para esse mesmo sistema democrático e representativo na atualidade. O fato, por exemplo, de o mandato político não ser vinculado, mas livre ou essencialmente político, ou seja, o fato de a representação política não ser da nação ou da vontade geral e de ser temporária, tornou os representantes eleitos pelo povo totalmente dependentes das estruturas partidárias e, conseqüentemente, dependentes dos e subjugados pelos interesses dos grandes grupos econômicos, religiosos e ideológicos em que o poder político se dilui. O Estado se transformou em meio pelo qual os interesses, parciais e contrapostos, dos diversos grupos de pressão são acomodados. Até aí tudo bem. Faz parte da regra do jogo e dos prognósticos do regime democrático. Só que esse movimento exagerou na dose e o Estado passou a exercer uma atividade de ficar apenas fazendo os registros dos mais variados tipos de conciliação dos interesses de grupos políticos, econômicos e socialmente hegemônicos, interesses estes que, muitas vezes, não encontram eco na sociedade, cujo acesso a esse serviço, digamos, cartorário está bloqueado. Esse estado de coisas leva à formação das chamadas oligarquias modernas, ao desprestígio e à crise de legitimidade dos parlamentos, tudo isso associado também à participação quase nula do indivíduo, como cidadão, na vida cívica e política do país. Neste contexto adverso à democracia, é inevitável o fenômeno denominado por Bobbio de “revanche dos interesses” dos grupos e das classes que, no final das contas, terminam redundando na primazia do interesse privado de certos grupos sobre os interesses, superiores e impessoais, da comunidade política como um todo, e pela qual os parlamentos se transformam em meros conselhos de Estado preocupados apenas em administrar e satisfazer as reivindicações dos grupos de pressão mais poderosos, motivo de insatisfação geral da sociedade (BOBBIO, 1986, p. 05; 23–24). Isso pode ser visto aqui no Brasil. A adoção de medidas econômicas sob o aval do mercado financeiro, a formação das bancadas suprapartidárias da “bala”, da “bíblia” e do “boi”, mas eufemisticamente denominadas de “temáticas”, é a perda do pudor sobre o que e quem os membros desses segmentos representam. Enquanto isso, amplos setores da sociedade, como, por exemplo, os trabalhadores, consumidores, crianças e idosos, caracterizados pela hipossuficiência ou pela vulnerabilidade, estão sub-representados e não encontram respaldo suficiente em suas reivindicações. Note que esse tipo de desvirtuamento político baseado em atender interesses específicos de grupos hegemônicos da sociedade, e que, por incrível que pareça, encontra em grande parte dela respaldo e ressonância, incide em pelo

menos dois entre os quatro pressupostos propugnados por Waldron. Embora muitos lobistas das pautas morais e econômicas, travestidos de representantes do povo, tenham sido democraticamente eleitos, as decisões majoritárias por eles tomadas, não raro, desprezam o compromisso com direitos fundamentais (terceiro pressuposto) e frequentemente utilizam, nos debates públicos, os argumentos que violam o princípio da boa-fé, princípio este irrenunciável para orientar as discussões políticas mais candentes (quarto pressuposto). E, segundo parece, socorrer-se da revisão judicial contra tal estado de coisas não é nem desnecessário nem tampouco inútil, pelo menos até quando os tribunais ainda conseguirem deter alguns dos ímpetos autoritários produzidos pela ideologia dominante. É com esse sentido e é para esses e outros momentos que podemos dizer que a revisão é contramajoritária, mas não é contrademocrática.

Não devemos, entretanto, nos esquecer também do problema relativo aos partidos políticos, já que eles dizem respeito a aspectos importantes da democracia representativa e já que a ideia que se tem é a de que suas características democráticas mais básicas foram se desgastando com o passar dos anos. Apesar de o direito ao voto, na esteira do movimento revolucionário burguês fiel ao liberalismo clássico, ficar restrito, a princípio, aos proprietários, fomos testemunhas de que, com o passar do tempo e com o incremento cada vez maior no número de eleitores na trilha rumo ao sufrágio universal, sem o correspondente aumento do número expressivo de assentos nos parlamentos, um novo elemento começa a fazer parte do ambiente político: os partidos políticos. Interpondo-se entre os detentores da soberania política (o povo) e os que a exercem de fato (o legislativo), hobbesiana e metaforicamente considerados, respectivamente, autor e ator, o advento e a imprescindibilidade dos partidos políticos como aglutinador de interesses e opiniões comuns reavivaram aquela velha discussão sobre a natureza da representação, redesenhando o cenário político atual. Com essa reconfiguração promovida pela dinâmica dos partidos, os indivíduos passam a ser os autores em relação aos partidos, os quais, por sua vez, são os atores em relação aos indivíduos, de modo que os partidos passaram a ser autores em relação aos parlamentos e estes, atores em face dos partidos políticos (BOBBIO, 2003, p. 289–299). A formação de sindicatos e de associações de classe também evidencia, em certa proporção, essa mesma realidade. Mas o significado dado pelos partidos à democracia representativa denota uma complexidade que vai muito além do exercício do voto

e da simples relação eleitor e eleito, tendo em vista a volta à cena dos interesses, agora condensados nas pautas de reivindicações dos mais diversos partidos políticos. O protagonismo partidário, principalmente dos partidos políticos de massa, por mais curioso que possa parecer, ao invés de aumentar a distância entre representante e representado, os aproximou. Eles, em certa proporção, se tornaram a caixa de ressonância dos anseios populares e o local adequado para racionalizar e sintetizar as demandas da sociedade. Nessa medida, mesmo com a proscrição intransigente da Revolução Francesa aos corpos intermediários entre o Estado e o indivíduo, por eventualmente carregarem o ranço das corporações de ofício e das guildas medievais, ligadas ao *ancien régime*, não se foi capaz de aplacar a tendência que as pessoas têm de se reunirem para discutir e defender seus interesses conjuntos. A reaproximação entre representante e representando, a que os partidos políticos deram azo e a que nos referimos, consiste em uma espécie de revisitação à representação de interesses e ao mandado vinculado. O problema é que essa relação nos levou a um paradoxo: à medida que os partidos políticos foram se deslocando de pautas ligadas às manifestações ideológico-políticas de caráter mais genérico para as de nichos mais específicos e até mesmo privados da sociedade, a política de interesses denunciada por Bobbio ganhou força e uma espécie de mandado vinculado informal está dando o tom na democracia representativa. Na verdade, vinculado a apenas alguns interesses bem específicos de certos segmentos da sociedade. Além disso, há o grave problema de as suas estruturas internas e de sua organização já não se encontrarem mais abertas, e já não estarem mais em sintonia com, à dinâmica popular, o que resultou no sacrifício de alguns preceitos democráticos irrenunciáveis, sobretudo aquela participação política mais ativa das pessoas interessadas em jogar o jogo político, aquela participação política militante que interfere substancialmente no convencimento dos eleitores e no resultado do jogo político. Enfim, os partidos políticos se transformaram em pequenos feudos governados por dirigentes poderosíssimos. E é essa gestão partidária por caciques que define em quem vamos votar nas eleições. Quer dizer, o cidadão, ao menos no Brasil, mas mesmo em outros países, não participa da vida partidária, e, por isso, ter direito à escolha do seu representante significa ter direito de escolher apenas entre aqueles que já foram previamente escolhidos por quem realmente tem poder.

Há, ainda, outra observação feita por Raz a Waldron que acompanha, em alguma medida, essa nossa compreensão sobre as vicissitudes da democracia representativa e o que elas implicam. Em outra passagem anterior à citação acima, Raz já formulara um juízo desairosamente duro, até certo ponto descortês, contra as posições que Waldron adota sobre a revisão judicial:

O argumento [de Waldron] quer estabelecer uma resposta procedimental aos desacordos sobre princípios, nomeadamente a solução majoritária participativa de tais discussões. Mas o argumento é muito fraco para que lhe seja dada muita credibilidade. Uma vez que as pessoas têm a capacidade de descobrir quais direitos elas possuem, incluindo a capacidade de ver as coisas do ponto de vista dos outros, é conveniente dizer que cada pessoa é capaz de decidir quais são os direitos dela – essa parece ser a tendência das reflexões de Waldron. Mas por que não inverter o argumento: uma vez que as pessoas têm capacidade de descobrir quais direitos as outras pessoas têm, incluindo a capacidade de ver as coisas do ponto de vista dos outros, então é conveniente que as pessoas possam decidir quais direitos as outras pessoas devem ter. Eu decidirei o escopo dos seus direitos e você decidirá o dos meus (RAZ, 1998, p. 45).

O objetivo naturalmente não é incorporar o odioso personagem do alcoviteiro. Longe disso. A intenção é, na verdade, expressar a confiança no fato de que os indivíduos em si considerados podem ir além do que a democracia representativa lhes reserva, de modo que o controle judicial das leis é a chance que temos para nos manifestarmos diante daquilo que nos é imposto. Afinal de contas, somos ou não somos dotados de racionalidade, de subjetividade ou de capacidade de refletir sobre as coisas? Possuímos ou não um conjunto de valores que nos são caros? Somos ou não somos capazes de nos indignarmos, sobretudo naqueles momentos mais dramáticos e naquelas circunstâncias mais adversas? Na verdade, essa prerrogativa de proceder no judiciário ao questionamento sobre a forma e sobre o conteúdo da lei é ela propriamente o direito mais fundamental entre os direitos fundamentais ou, parafraseando Waldron, o “direito dos direitos”. Há, naturalmente, o dever de detalhar a nossa avaliação, ao estabelecer o liame entre o *judicial review* e democracia, sobre as bases nas quais o nosso ponto de vista se sustenta e as razões pelas quais se vislumbra a viabilidade democrática de tal instituto político-constitucional.

6.3 WALDRON A NOSSO FAVOR

No início deste capítulo, recapitulamos, acrescentamos e resumimos alguns argumentos com que Waldron denuncia o *judicial review* e nos quais ele suscita noções que reprovam a interferência inoportuna, inconveniente, desnecessária e, até mesmo, inútil dos juízes no processo democrático por meio da prática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Agora é preciso avançar no sentido de secundar nosso posicionamento de que o *judicial review* se coaduna sim com os preceitos democráticos. A defesa aqui preconizada traduz o exercício de uma prerrogativa inexpugnável do cidadão comum disposto a entrar nas discussões políticas e jurídico-constitucionais que podem perfeitamente impactar a vida pública das pessoas, o que, em última análise, traduz um mecanismo de defesa do Estado democrático de direito pela via da jurisdição constitucional.

Pois bem. Para começo de conversa, Waldron faz um comentário, em que ele elabora algumas reflexões interessantes, que nos chamou a atenção. Podemos identificar nas observações de Waldron um resíduo promissor sobre o poder que os indivíduos detêm e que pode ser utilizado para conservar a democracia por meio da jurisdição constitucional pleiteando a tutela dos direitos fundamentais. Dele, é crível extrair algo que realmente importa para reforçar ao menos parte de nossos propósitos:

Um argumento, que eu respeito, favorável ao poder da revisão judicial é o seguinte. Nem sempre é fácil para os legisladores perceber o que as questões sobre os direitos introduzem em uma proposta legislativa levada diante deles e nem sempre é fácil para eles prever quais questões de direitos poderiam surgir da aplicação subsequente das leis. Assim, é fundamental ter um mecanismo que permita aos cidadãos chamar a atenção de todos para essas questões quando elas surgem. Mas isso é um argumento apenas para a revisão judicial em sua modalidade fraca, não para uma modalidade forte da prática, em que a questão abstrata do direito que foi identificada é resolvida na forma que um tribunal considera apropriada. É um argumento para algo como o sistema do Reino Unido, em que um tribunal pode emitir uma declaração em que há uma importante questão sobre os direitos em jogo. Alternativamente, trata-se de um argumento para o arranjo que encontramos em sistemas de revisão até mesmo mais fraca, nos quais o procurador-geral tem o dever não partidário de escrutinar as propostas legislativas e identificar publicamente quaisquer questões sobre direitos que elas levantam (WALDRON, 2006, p. 1370, 2016, p. 212–213).

Para manter a lealdade a seus princípios filosóficos, é claro que Waldron não construiria uma proposição como essa para justificar a legitimidade democrática da revisão

judicial forte. É claro que, se Waldron admitisse que essa intervenção do indivíduo na discussão sobre a aplicação da lei fosse permitida na revisão judicial forte, ele estaria desmentindo a si mesmo. Essa ponderação, penso eu, não nos impede de pegarmos emprestado do raciocínio de Waldron a parte que nos favorece. Na verdade, o fragmento escrito por Waldron enche de esperança quem defende a revisão judicial, ainda que na sua modalidade forte. O que, no entanto, se quer explorar da reflexão acima é justamente a aceitação de um mecanismo que autorize as pessoas comuns a chamar a atenção de todos e reacender o debate para certos aspectos da lei, ou que não foram considerados ou que não foram devidamente e suficientemente considerados durante a sua elaboração. Desse modo, por causa dos argumentos levados aos juízes pelo indivíduo e baseados em princípios que nem sempre são ou que foram mal avaliados na fase da deliberação política pela prática legislativa, é que não se deve desprezar todo o aparato jurídico, político e filosófico que está por trás da revisão judicial.

Não é, portanto, absurdo concluir, mesmo em virtude da restrição de Waldron a apenas casos de revisão judicial fraca, que o argumento de que possibilitar o acesso à jurisdição constitucional é possibilitar a legitimidade democrática do mecanismo jurídico com efeitos políticos a serviço do indivíduo consiste em um significativo avanço que milita a favor do *judicial review*, sob o ponto de vista que estamos apresentando, embora devamos admitir ser ela ainda muito pequena se comparada a tudo aquilo que já foi infligido por Waldron contra as teses dos que defendem a jurisdição constitucional. Assim, tal mecanismo, no caso, a revisão judicial, permite aos indivíduos engendrar temas fundamentais sobre direitos, bem-estar, valores e princípios que poderão se espalhar junto à opinião pública interessada em saber por que esses temas fundamentais só apareceram agora, após uma determinada lei vir ao mundo, ou por que eles não foram devidamente considerados pela legislatura no processo de elaboração da lei.

6.4 OS ANTIGOS E OS MODERNOS, DE NOVO

Se a essa abertura oferecida por Waldron em favor da prática da revisão judicial, pudermos acrescentar alguns outros aspectos relevantes, entre os quais aquele que contrapõe a democracia dos antigos com a dos modernos, é bem provável que tenhamos razão em defender a revisão judicial forte a partir do papel que os indivíduos devem desempenhar nas democracias e, em razão disso, em reforçar cada vez mais nosso comprometimento com o que os juízes

devem desempenhar no contexto da democracia constitucional. Com esses aspectos relevantes, a revisão judicial forte remedia o mal que a revisão judicial fraca não dá conta de remediar:

A democracia, no modelo amplamente existente nos Estados modernos, não oferece a margem adequada de ação à iniciativa política, exceto a uma ínfima minoria. Estamos acostumados a dizer que aquilo que os gregos chamavam de ‘democracia’ exclui mulheres e escravos, mas percebemos sempre que, em alguns aspectos importantes, ela era mais democrática do que qualquer coisa possível quando a abrangência governamental é extensa. Todos os cidadãos podiam votar sobre todos os assuntos; eles não precisavam delegar seus poderes a um representante. Podia escolher os funcionários públicos, incluindo até mesmo os generais e podia demiti-los caso desagradassem a maioria. O conjunto dos cidadãos era tão restrito que cada homem tinha a sensação de que ele, de fato, importava e que podia ter uma influência significativa na discussão com seus pares. Não estou sugerindo que esse sistema era totalmente bom; na verdade, ele tinha seríssimas desvantagens. Mas no que diz respeito à permissão para a iniciativa individual, era infinitamente superior a tudo que existe no mundo moderno (RUSSELL, 2010, p. 59).

Não é nada absurdo deduzir dessa citação que existe diferença entre o caráter qualitativo e quantitativo da democracia, no momento em que comparamos o modelo dos antigos com o dos modernos. Embora a democracia grega fosse qualitativamente superior à dos modernos, era inferior quantitativamente. Vale dizer, embora o poder de decidir diretamente as questões públicas estivesse nas mãos de cada um dos cidadãos (e mais: eles ainda tinham plena consciência do poder que exerciam na comunidade política), eles eram muitos poucos em relação a qualquer democracia dos tempos modernos. Atualmente, embora o conjunto de cidadãos seja, de fato, incomparavelmente extenso ao de cidadãos gregos, o poder de decisão de cada um é insignificante, quase inexistente ou nulo, conforme já advertimos acima na página 123, em relação ao do cidadão grego, de modo que nem percebemos a nossa importância e nossa influência no exercício do poder político nos dias de hoje. Talvez não percebamos isso justamente porque não o temos de fato. Em outras palavras, há uma relação inversamente proporcional no sentido de que, aumentando-se o número de pessoas no conjunto dos cidadãos autorizados a deliberar e a decidir, diminuem-se o poder, a influência e o impacto do indivíduo no processo democrático de tomada de decisão. Talvez essa relação de inversão proporcional entre uma democracia e outra se deva ao fenômeno segundo o qual o indivíduo deixou de ser o *politikon zoon* da pólis grega, cuja ociosidade lhe permitia se ocupar com as coisas da pólis, dando-se ao luxo de se dedicar quase que exclusivamente à política, e ter se tornado *homo*

economicus, preferencialmente afeiçoado às coisas da vida privada, aos negócios e ao trabalho, o que não lhe permite ficar pensando o dia todo nas coisas de interesse geral, para cuja resolução foi designada, weberianamente, aquela já conhecida classe específica de pessoas, a dos políticos profissionais.

Outra relação de proporcionalidade inversa entre a democracia direta dos antigos e a democracia representativa dos modernos diz respeito aos limites formais e aos limites substanciais do processo de tomada de decisão. Para os antigos, conforme bem disse Bertrand Russell no trecho citado acima, “todos os cidadãos podiam votar sobre todos os assuntos”. Assim, em primeiro lugar, não existia, pelo menos formalmente, nenhuma regra procedimental pré-estabelecida, igual ou parecida com as que existem nos dias de hoje, voltada a disciplinar os trabalhos de deliberação e decisão e o processo legislativo nas assembleias encarregadas de elaborar as leis. Tudo era feito na mais absoluta informalidade e a única formalidade existente, por assim dizer, era a contagem dos votos para conhecer a posição política que obteve êxito na conquista da maioria. Isto é, não havia, pois, a noção de limites formais para os procedimentos de tomada de decisão e a forma de deliberar e de decidir variava de acordo com as circunstâncias. Ademais, também não havia nenhum limite em relação às matérias que poderiam se submeter à deliberação e à decisão pública. Não havia, também, uma delimitação entre o interesse público e o privado, por assim dizer. Era possível interferir politicamente em quase tudo e o hoje conhecido círculo, que traça os limites do que é privado, no qual as pessoas poderiam decidir por conta própria sobre os rumos a serem tomados, e do que é público, era praticamente inexistente. Perceba que, com a modernidade, a realidade se transforma radicalmente. Com a adoção do modelo representativo de democracia, não só surgiram os limites formais, que estabelecem procedimentos para deliberar e decidir, mas também os limites substanciais: nem tudo pode ser objeto de decisão política. Há certas coisas – e muitas coisas – sobre as quais as decisões políticas não devem nem sequer deliberar e muito menos decidir, pois elas são deixadas a cargo das instâncias individuais, cabendo a cada um, e nunca aos representantes eleitos, deliberar e decidir por conta própria o que fazer: mesmo tendo sido eleitos, o voto não lhes dá o direito de usurpar certas atribuições.

Há, portanto, um dilema envolvendo dois valores relativos à liberdade. Ambos são importantes, mas a discordância está justamente no grau de amplitude que determinada área

pode ou deve ter, sendo que a concordância, por sua vez, se encontra, diante das circunstâncias, na constatação de que uma ou outra não devem ser ilimitadas. Em outras palavras, a hegemonia absoluta da liberdade positiva, de um lado, vai gerar aquela situação em que todos os homens poderiam interferir ilimitadamente na vida de todos os outros; e a hegemonia absoluta da liberdade negativa, sem qualquer presença de limites externos à vontade das pessoas, vai levar, por sua vez, ao caos social, em que as necessidades mínimas das pessoas nunca seriam satisfeitas ou, então, a liberdade dos fracos seria suprimida pela dos fortes. A partir do instante em que se nota tal dilema e de que os propósitos e as atividades humanas não se harmonizam automaticamente, a compatibilização entre as duas liberdades passa pelos mecanismos de restrição para que, não só elas, mas também outros valores sejam preservados, sem os quais é praticamente impossível criar um tipo de associação que fosse no mínimo desejável:

Consequentemente, esses pensadores [os filósofos políticos ingleses] assumiram que a área de ação livre para os homens precisava ser limitada pela lei. Mas, da mesma forma, assumiu-se também que, especialmente por libertários como Locke e Mill na Inglaterra, Constant e Tocqueville na França, deveria existir uma certa área mínima de liberdade pessoal que, em hipótese nenhuma, nunca deveria ser violada; caso contrário, o indivíduo se encontraria em uma área estreita demais para o mínimo desenvolvimento de suas faculdades naturais; área mínima esta que torna possível aos homens perseguir, e até mesmo conceber, os vários fins por eles defendidos como bons, certos e sagrados. Razão pela qual uma fronteira precisa ser traçada entre a área da vida privada e aquela da autoridade pública. Onde ela deve ser traçada, isso já é, de fato, uma questão que deverá ser argumentativamente negociada. Os homens são eminentemente interdependentes uns dos outros e nenhuma atividade humana é tão totalmente privada, a ponto de, de uma forma ou de outra, nunca obstruir a vida dos outros. ‘A liberdade do peixe grande é a morte para o peixe pequeno’; a liberdade de alguns depende da limitação da liberdade de outros. A liberdade para um professor de Oxford, dizem, é algo muito diferente da liberdade de um camponês egípcio (BERLIN, 2002, p. 171).

Talvez estas sejam as razões pelas quais o retorno à democracia direta, ao estilo da antiga Grécia, além de ser utópico pelas próprias características das sociedades modernas e pela forma com que elas se estruturam, é ao mesmo tempo perigoso por causa do grau de intromissão na vida privada das pessoas, com o risco de se degenerar para o totalitarismo. Também não é possível, conveniente ou útil que, na democracia moderna e representativa, os representantes do povo deliberem e decidam sobre tudo, sobre todas as minudências da vida íntima e privada das pessoas, o que só seria tolerável na democracia direta dos antigos, com os riscos e perigos

a ela inerentes. Eis, portanto, o papel que as constituições e os direitos fundamentais desempenham nesse cenário. O grande “acordo” da modernidade, ou o “contrato social” que seja, foi escrito mais ou menos nestes termos: como a sociedade atualmente é muito populosa e complexa, as questões a serem debatidas são infinitamente variadas e a preocupação dos indivíduos não se resume a problemas relativos à coisa pública, mas também e sobretudo aos assuntos particulares do dia-a-dia, entre eles os de natureza econômica, para que eles possam sobreviver com dignidade e da forma como eles bem entenderem, é, na prática, politicamente impossível e moralmente inapropriado adotar um sistema democrático em que todos – ou pelo menos os que sejam considerados cidadãos – decidam sobre tudo e de forma direta. Então, a saída foi escolher algumas pessoas que se responsabilizarão por tomar as medidas que afetarão a vida da comunidade. Só que essas medidas serão tomadas mediante a obediência a certos procedimentos formais e deixando algumas matérias fora do procedimento de tomada de decisão, para que a liberdade individual seja garantida. Normalmente, quando se associa essa concepção de liberdade negativa à tradição de pensamento político chamada de liberalismo, estamos falando de um conjunto de ideias que, na história dos últimos quatrocentos anos aproximadamente, se desenvolveram a princípio na Inglaterra e, depois, na França, e que se cristalizaram sob a forma de governos representativos e constitucionalmente limitados, regrados por uma noção de direitos, ou de Estado de direito, que garante e preserva justamente uma máxima – a máxima possível – área de vida privada, de esfera privada, sem interferência em favor dos indivíduos:

[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo (BOBBIO, 2009b, p. 17–18).

Em outras palavras, à medida que nós vamos nos afastando da democracia direta dos antigos e nos aproximando da democracia indireta e representativa dos modernos, o âmbito da liberdade individual e o nível dos limites formal e substancial vão aumentando na mesma proporção que o impacto da influência política de cada indivíduo, no caso, o voto, vai

diminuindo. Por isso que, ao contrário da Antiguidade, onde se reivindicava mais a liberdade positiva para ter mais voz ativa e maior peso nas decisões, hoje na Modernidade, reivindica-se mais a liberdade negativa, para que o Estado não avance tanto nas questões que são próprias aos indivíduos. Isso pode ser notado quando olhamos para o ato de votar. Entre os gregos antigos, participar das assembleias e se manifestar sobre os mais diversos assuntos por meio do voto era questão de vida ou morte, dado o valor individual que cada voto tinha por causa da circunstância de eles serem muito poucos (FAGGION, 2017).

O que se pode dizer, afinal, é que, ao exercer a prerrogativa de recorrer à jurisdição constitucional, o indivíduo visa não só preservar a sua liberdade negativa apregoada pelos modernos, mas também promover sua influência na conformação da lei à constituição, o que, de certo modo, também é uma luta travada para preservar a liberdade positiva. Ambas as vertentes, a propósito, dizem respeito aos lugares onde foram e onde estão sendo incorporadas todas as conquistas, todos os valores e todos os princípios constitucionais sedimentados e a serem sedimentados pela prática jurídica e política, com base em alguns dos ditames daquela lei superior que se acostumou chamar de direito natural ou o que hoje chamamos de constituição, ou melhor, a positivação ou a codificação do direito natural. Em resumo, o juízo de valor feito primeiro pelo indivíduo, por meio de seu esforço interpretativo, é que vai propiciar, em seguida, a conclusão de que tanto as liberdades negativas quanto as positivas – e, mais atualmente, os direitos sociais, os direitos difusos e coletivos – foram violados pela prática política no momento em que se legisla. A equalização, o ponto de inflexão e o reequilíbrio entre o poder político do Estado e o núcleo duro de direitos do indivíduo que esse poder não pode invadir, essa formação ou formatação normativa promovida pela interpretação judicial iniciada pelo cidadão, enfim, o exercício da jurisdição constitucional é, dentro do panorama por nós esboçado, o traço de união entre a liberdade negativa e a liberdade positiva: é nela que, de um lado, se protege a liberdade individual em face do Estado e, por outro lado, se lança mão ativamente da vida política do indivíduo em meio à sua comunidade. Logo, mesmo que se aceite a tese de Waldron sobre a desnecessidade da revisão judicial e sobre a imprescindibilidade da representação política para o regime democrático, ainda assim é possível defender aqui o desempenho de seu exercício, justamente pelo fato de que a revisão judicial proporciona a junção entre os antigos e os modernos:

A instituição da revisão judicial contribui, de um modo geral, com a legitimidade de um governo? O governo representativo é, sem dúvida, necessário: alguma concentração temporária de poder nas mãos de poucos é indispensável, se uma comunidade política grande quiser sobreviver e prosperar, o que, porém, não é verdade para a revisão judicial. Muitas nações sobreviveram e prosperaram e, até hoje, ainda sobrevivem e prosperam sem ela. Toda defesa da revisão judicial com teor democrático deve ser feita de outra forma: ela deve argumentar que a revisão judicial aperfeiçoa, em seu conjunto, a legitimidade, uma vez que torna mais provável à comunidade aceitar e impor alguma concepção adequada de liberdade negativa, de distribuição justa de recursos e oportunidades, bem como de liberdade positiva [...] Se esse argumento vai ou não obter êxito em uma comunidade política, isso obviamente vai depender de um conjunto de fatores que variam de lugar para lugar. Tais fatores incluem a força do Estado de direito, a independência do judiciário e o caráter da formação dos juizes que são chamados a aplicar o direito. A revisão judicial pode ser bem menos necessária em nações onde maiorias estáveis tem um forte histórico de proteção aos direitos dos indivíduos e das minorias. Infelizmente, a história oferece poucos casos nesse sentido, até mesmo entre as democracias avançadas (DWORKIN, 2011, p. 398).

A revisão judicial, portanto, se converte em peculiar instrumento de intervir juridicamente nas ações do Estado moderno que não se confunde com a clássica participação democrática pela via política, o que nos obriga a concluir que uma não exclui a outra, uma vez que o mesmo indivíduo pode não só participar ativamente da vida política da comunidade, mas também, na ocasião em que perceber que seus direitos fundamentais foram lesados, recorrer ao Estado-juiz em busca de reparação.

6.5 IGUALDADE, LIBERDADE, AUTORRESPEITO E INSULTO

Em acréscimo ao que já foi exposto, há ainda a possibilidade de também levantar a objeção relacionada à concepção dada à igualdade política, a qual serve de base para a versão representativa de democracia. Como foi anteriormente esclarecido, a igualdade política, segundo o próprio Waldron, é peça-chave para o funcionamento das engrenagens da máquina democrática, cuja violação, no final das contas, resulta no insulto à maioria triunfante no processo de tomada de decisão política. A igualdade, nesse sentido, se consubstancia em elemento poderosíssimo e de fundamental relevância filosófico-política que joga água no moinho de Waldron contra as ambições democráticas do *judicial review*. Todavia, por mais que prezemos a igualdade política, ela não deixa de apresentar alguns problemas:

Entre as coisas que estão em perigo de ser desnecessariamente sacrificadas em nome da igualdade democrática, talvez a mais importante seja o autorrespeito. Por autorrespeito, eu quero dizer o lado bom do orgulho – o que é chamado de ‘amor próprio’. O lado ruim é o sentimento de superioridade. O autorrespeito protegerá o homem de ser vilipendiado se estiver em poder de seus inimigos e fará com que ele sinta que pode estar certo, mesmo que todos estejam contra ele. Se um homem não tiver essa qualidade, sentirá que a opinião da maioria, ou a opinião do governo, será considerada infalível, e essa forma de perceber as coisas, se for um sentimento compartilhado por todos, tornará impossível o progresso moral e intelectual (RUSSELL, 2010, p. 61).

Bem, não se trata de fazer apologia a comportamentos egocêntricos ou megalomaniacos e nem transformar o egoísmo individual no bezerro de ouro das democracias liberais. Ao contrário, trata-se de alertar positivamente para tudo aquilo que o indivíduo pode, de fato, desenvolver quando se imiscui na “determinação dos direitos”, conforme Raz celebrenemente diz ao se referir ao direitos dos direitos defendido por Waldron (RAZ, 1998, p. 45), e no jogo em que as regras democráticas vigoram, de modo que o acesso a ele propiciado para que, por meio do judiciário, possa ao menos se insurgir contra o que ele julga ser equivocado é, em última análise, uma válvula de escape não só para ele, mas também para todos os que são parte de determinada comunidade política, sendo, ao mesmo tempo, uma alternativa de preservar o seu autorrespeito diante da maioria e colaborar com a conscientização nas discussões de assuntos candentes na convivência social:

O autorrespeito, até agora, foi, por uma questão de necessidade, a virtude das minorias. Sempre que o poder for iníquo, será improvável que ele seja encontrado entre os que se submetem à autoridade alheia. Uma das características mais revoltantes das tiranias é a forma com que elas levam as vítimas de injustiça a adular os que os maltratam. Os gladiadores romanos saudavam os imperadores que, por diversão apenas, estavam prestes a lhes causar a morte. Dostoiévski e Bakunin, quando estavam presos, fingiam desejar o bem ao Czar Nicolau. Os que são massacrados pelo governo soviético, não raro, fazem uma confissão abjeta de seus pecados, enquanto os que escapam dos expurgos indulgentes com bajulações nauseantes, muitas vezes, tentam incriminar seus próprios colegas. É claro que, no regime democrático, evita-se esse tipo mais grosseiro de autodegradação humana e *se consegue* ensinar a preservação do autorrespeito. Mas também *pode-se* fazer totalmente o contrário. Uma vez que o autorrespeito esteve, no passado, restrito principalmente a uma minoria privilegiada, ele pode ser facilmente menosprezado pelos que são contrários a uma oligarquia estabelecida. E os que acreditam que a voz do povo é a voz de Deus podem chegar à conclusão de que qualquer opinião diferente ou gosto peculiar é praticamente uma das formas de impiedade, e devem ser vistos como uma rebelião imperdoável contra a autoridade legítima do rebanho. Só se evitará tal fato se a liberdade for tão valorizada quanto a democracia, e se se perceber que a sociedade em

que um é escravo de todos é somente um pouquinho melhor do que aquela em que todos são escravos de um déspota. Há igualdade onde todos são escravos, assim como onde todos são livres. Isso prova que a igualdade, sozinha, não é suficiente para fazer uma boa sociedade (RUSSELL, 2010, p. 61–62).

Parece, pois, que prezar pela igualdade política envolve prezar também pela liberdade política, por uma questão de autorrespeito ou de dignidade. O ambiente em que surge tal tipo de opinião sobre a individualidade e a relação dela com a democracia, da maneira como foi acima mencionada, é o da necessidade e o da importância históricas que tiveram os inovadores morais, religiosos e científicos. As pretensões deles visavam tornar a moralidade algo que ainda era meramente tribal em algo universal. Coisas como a reprovção da escravidão, o tratamento digno aos prisioneiros de guerra, a limitação dos poderes abusivos dos maridos e dos pais sobre as mulheres e o reconhecimento de que povos subjulgados jamais devam ser explorados para beneficiar os conquistadores eram consideradas subversivas em certas épocas. O mesmo pode ser dito para os homens de ciência. A coletividade, portanto, não deve prevalecer tanto assim sobre a individualidade a ponto de tornar impossível o surgimento de gente capaz de questionar o *status quo* e promover o avanço social. Não há dúvidas de que a defesa da liberdade política por si só, sobretudo se for habilmente manejada, tem, para alguns, a mesma equivalência da igualdade e, para outros, equivalência superior a ela (RUSSELL, 2010, p. 37–48).

Mas, além de apelar à liberdade política, também poderíamos apelar à igualdade, ou melhor, ao uso da igualdade como argumento para contrapor Waldron, embora o ato de rebater o argumento da igualdade política desenhado por ele, sob a singela alegação de que suscitar a inconstitucionalidade das leis é um direito público subjetivo que cabe indistintamente a todos, pois cada um de nós teríamos essa prerrogativa em igualdade de condições quando entendêssemos que algo está errado, seria, no mínimo, cínico, para não dizer leviano e desonesto. Seria cínico, leviano e desonesto, porque a ideia de igualdade tomada como prerrogativa processual de se recorrer ao Estado-juiz dá a entender que se está apenas fagocitando, parasitando ou se apropriando, de maneira indevidamente fácil e cômoda, de todo raciocínio filosófico e do arcabouço teórico produzido por Waldron sobre a igualdade política. Mas se, por outro lado, pensarmos bem, a igualdade compreendida como direito fundamental de se recorrer ao Estado-juiz é muito mais ampla do que a igualdade de participar do jogo político de uma determinada sociedade, restrita ao cidadão de cada país. Sabemos que, pelo

menos nas democracias liberais, é permitido ao estrangeiro e aos que não são ainda considerados cidadãos, como os menores de idade impedidos de votar, o acesso ao judiciário local para reivindicar seus direitos. Em última análise, é um mecanismo que possibilita, indistintamente, a todos os indivíduos comuns – e vejam bem, até para os que não são nacionais e até para os que não são ainda cidadãos plenos – contestar o fruto da decisão política de que eles próprios, no caso, o não-nacional e o não-cidadão, não tinham o direito e até mesmo condições de participar.

Além disso, a revisão judicial, conforme afirmou Waldron, pode até ser desnecessária, conforme já foi afirmado acima na página 205, para a democracia representativa à luz dos quatro pressupostos descritos por Waldron. Porém, do mesmo modo que outros institutos importantes, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, são colocados à nossa disposição, dificilmente se pode voltar atrás e retirá-los do contexto em que são costumeiramente praticados. Fica difícil convencer o gênio, depois que saiu da lâmpada mágica, a voltar para lá novamente. Sendo assim, uma vez instituída e ampla e profundamente praticada a revisão judicial, pega-se cada vez mais o gosto em manejá-la, e o jeito é implementá-la de uma maneira tal que ela possa mais e mais ser aperfeiçoada e promover a inclusão e a participação democrática de outras pessoas que não estão assiduamente presentes nos círculos de poder encarregados da tomada de decisão política. E uma das maneiras pelas quais o aprimoramento democrático é levado a efeito pela revisão judicial é acatar a ideia de que todos nós, pessoas comuns, podemos agora encarar, de igual para igual, o poder político do Estado por meio do acesso à jurisdição constitucional. É um instrumento que possibilita que nossas forças se igualem – ou que cheguem perto disso – ao poder político do Estado:

Aqui, acredito, encontramos a característica que distingue democraticamente a revisão judicial. Há muitas formas pelas quais podemos estruturar e obrigar o poder legislativo para que promova a liberdade, a igualdade e a capacidade das pessoas, permitindo às pessoas que protejam seus direitos. E esta talvez seja uma das razões pelas quais Waldron e Bellamy estão certos em defender a tese segundo a qual a revisão judicial é desnecessária para o governo democrático. Mas quaisquer que sejam os méritos das alternativas – incluindo a revisão judicial fraca –, a revisão judicial forte tem uma vantagem única e importante: a que permite aos cidadãos desafiar seus governantes do mesmo modo e com os mesmos fundamentos com que eles desafiam outros indivíduos e agentes coletivos (LEVER, 2009, p. 35).

Vamos supor que um processo político garanta a membros de uma minoria homossexual o direito de participar da deliberação política e que, ao mesmo tempo, aceite – como resultado legítimo daquela deliberação – uma lei que criminaliza ou proíbe as relações homoafetivas. Tal processo político está, de fato, demonstrando o devido respeito aos pontos de vista da minoria homossexual? A resposta é não. Não, porque deixa de dispensar às pessoas igual respeito e consideração (KAUFMAN; RUNNELS, 2016, p. 213). Ademais, ocorre que, não raro, não existe desacordo nenhum em relação a esse ou àquele direito, mas se ele se estende a esse ou àquele grupo de pessoas. Por que heterossexuais podem se casar entre si e os homossexuais, não? Essa foi a pergunta que um casal homoafetivo provavelmente fez ao responsável de um ofício de registro civil quando manifestou o desejo de se casar. E a resposta foi: porque a lei não permite o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Embora não haja desacordo em relação à natureza do direito ao matrimônio, há desacordo em relação a quem ele se estende, daí porque precisaríamos do legislativo para decidir se o direito ao matrimônio se estende a casais homoafetivos. Isso, entretanto, nem sempre acontece. O caminho proposto e indicado por Waldron é alguém levantar a bandeira dos direitos dos homossexuais, denunciar a injustiça, convencer a sociedade, fundar um partido político ou pressionar um para encabeçar a causa, e, com isso, formar uma maioria parlamentar suficiente a alterar a lei, estendendo, no final, o direito aos casais homoafetivos. Mesmo sabendo que o êxito dessa mobilização toda é uma incógnita, se vier a acontecer, geralmente é obtido no longo prazo e, no longo prazo, parafraseando Keynes ao reagir a Hayek, todos estaremos mortos. Tal processo político está privilegiando, de forma inadequada, a capacidade de expressar opiniões sobre a capacidade de agir sobre essas opiniões. Ademais, a visão constitucionalista, por outro lado, oferece uma interpretação mais ambiciosa acerca da ideia do respeito ao desacordo pluralista do que à visão majoritária. Ao contrário da visão majoritária, a constitucionalista respeita o interesse individual de perseguir a sua concepção do bem e protege esse interesse da interferência promovida pela maioria. A exigência de que o exercício legítimo do poder político precisa ser justificado em termos aceitáveis por todas as pessoas afetadas evita decisões coletivas que justificam algumas leis ultrajantes ou paternalistas que vão interferir no direito individual de perseguir sua própria concepção do bem. A declaração constitucional de direitos fundamentais, ou os assim chamados direitos entrincheirados, implementam, em última análise, a exigência

de proteger os indivíduos e certos grupos das promulgações legislativas que não poderiam ser justificadas a todas as pessoas afetadas.

Não obstante a função que os direitos entrincheirados desempenham para a garantia e para o respeito ao desacordo pluralista, poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que os custos para a democracia proporcionados pelo entrincheiramento de direitos poderiam ser inaceitavelmente altos. Aliás, James Bohman (BOHMAN, 2003, p. 757–779), um dos principais defensores da posição de que isso, efetivamente, traz um alto custo democrático, argumenta que os aspectos importantes da concepção constitucional – que nós estamos aqui defendendo – têm o efeito de excluir do discurso público quem não concorda com o que foi entrincheirado na constituição como direito fundamental, ou seja, os dissidentes que são contra o conteúdo dos direitos declarados no bojo da constituição e que não podem ser de lá retirados ou cuja alteração é mais complicada de ocorrer politicamente. Bohman, portanto, critica a exigência segundo a qual certos tipos de preferências podem não contar como razões que justificam o exercício do poder político. Ele argumenta que esse aspecto da concepção constitucional é inaceitável, já que as escolhas sociais na democracia são justificadas com base na multiplicidade de valores. No contexto da deliberação democrática, ele assevera que nenhum valor pode adequadamente ser atribuído prioritariamente como fundamento da legitimidade democrática. Bohman afirma que a concepção constitucional inadequadamente privilegia um único valor – a reciprocidade – para justificar os arranjos políticos que terão o efeito de suprimir a divergência que apela a outros valores para fundamentar suas objeções. Bohman conclui que uma resposta mais palatável à divergência seria colocá-la no centro do debate democrático (KAUFMAN; RUNNELS, 2016, p. 214).

Não vejo, ainda mais no contexto da revisão judicial, a exclusão do debate por quem tem opiniões destoantes de certas concepções sobre os direitos fundamentais. Aliás, todas as opiniões, por mais destoantes que sejam a respeito do que foi entrincheirado na constituição, podem ser ventiladas por quem quer que seja no contexto da revisão judicial. Não vejo a restrição à arguição de teses em torno da compreensão do que foi escrito na constituição. Contudo, o que deve prevalecer a respeito do conteúdo contemplado pela constituição, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, é que estes são o alicerce de teor civilizatório mínimo ou o conjunto de princípios e valores básicos a partir dos quais o novo Estado e a

respectiva sociedade vão se estruturar. E o conteúdo desse teor civilizatório mínimo pode ser encontrado ao longo da história das conquistas constitucionais do mundo ocidental moderno. Portanto, a compreensão do que foi estabelecido nas constituições não podem ir de encontro às conquistas civilizatórias mínimos encartadas no texto constitucional. Vale dizer, as compreensões que interpretam, por exemplo, cláusulas constitucionais de conteúdo amplo e indeterminado, como, por exemplo, democracia, liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade humana, mas que paradoxalmente levarão, como estamos vendo por aí ultimamente, à destruição da democracia, devem ser sim excluídas do debate. Há, no entanto, enormes e poderosos setores da sociedade que conscientemente aderem a discursos que dizem promover a liberdade, a dignidade e a democracia. No fundo, o plano oculto – na verdade, não é tão oculto assim – é justamente exterminar tais valores para que possam ficar livres para implantar um regime totalmente contrário aos princípios e aos valores proclamados na constituição. A minha posição é que essas compreensões heterodoxas dos fins constitucionais devem ser sim excluídas do debate, não só em sede da jurisdição constitucional, mas também e sobretudo em sede da produção legislativa, especialmente porque refogem do campo democrático. Note que esta minha alegação não se adequa aos quatro pressupostos elencados por Waldron, já que, se grande parte da sociedade desprezar a noção de direitos fundamentais, não os discutindo de boa-fé, a correção dos rumos pela via da jurisdição constitucional, pelo nível de degradação política dessa sociedade, se tornará inútil.

Quanto ao suposto insulto impellido pelas minorias derrotadas contra a maioria vitoriosa, ao apelarem à revisão judicial como alternativa democraticamente questionável da luta política, não concordo com a alegação de que, de fato, as coisas sejam realmente assim, de que há a sensação generalizada pela qual as pessoas estão se sentindo insultadas em ver o fruto da decisão política de seus representantes anulada pelos tribunais que, por não deterem representação popular para tanto, não possuem legitimidade democrática para agir de forma tão acintosa em prejuízo da maioria. Não descarto que pode existir sim um desconforto cívico, mas isso não chega a ser propriamente um insulto. Penso que o insulto preconizado por Waldron é diretamente proporcional ao grau de participação de cada um no processo de elaboração das leis. Ou seja, por ser ele tão difuso, fragmentado e imperceptível às pessoas, ninguém se sentiria diretamente insultado com as decisões dos juízes anulando ou deixando de aplicar o que foi

outrora promulgado. Porém, não se deve olvidar que uma das principais justificativas que embasa a solução do problema dos desacordos morais e políticos que Waldron aborda e enfatiza, qual seja, a igualdade, também está garantida a todas as pessoas no contexto da revisão judicial, ainda que seja somente do ponto de vista formal e não material ou substancial de igualdade. Com efeito, o direito de se insurgirem judicialmente contra o poder político do Estado de submetê-las à vontade majoritária supostamente eivada de inconstitucionalidade assiste indistintamente a todos. Como não é sempre que as instituições conseguem manter o compromisso de respeitar e proteger os direitos fundamentais das pessoas, de um modo geral, e das minorias, de um modo especial, atingidas pela imposição constitucionalmente injusta da hegemonia majoritária, mas apenas garantindo a elas o direito de votar e de eventual e futuramente se organizarem para expressar seus pontos de vista, seria interessante à própria democracia abrir espaço e autorizar alternativas por meio das quais se possa contestar o poder da maioria, ou melhor, o poder político do Estado.

Desse modo, talvez o máximo que se poderia aceitar sobre a sensação de insulto arguida por Waldron é que ela incide de modo mais fortemente agudo nos políticos eleitos que formam a maioria vencedora. A sensação de insulto também incide, mas de uma forma um pouco menos intensa, nos que estão ao redor ou próximos dos políticos profissionais, ou seja, daqueles que vivem da e para a política. Os que gravitam em torno dos políticos profissionais se ressentem do papel exercido pelos juízes no controle de constitucionalidade, já que estão, de uma forma ou de outra, diretamente ligados à produção legislativa, na qual a percepção de colaborarem ativamente com os autores intelectuais da lei anulada é imediata e na qual a consciência de como as tramas do poder se desenrolam é mais vivaz. Podemos citar entre eles os assessores parlamentares e os militantes partidários. Acredito, por fim, que a sensação de insulto, em um terceiro nível, digamos assim, ainda ocorre em relação aos que frequentam sistematicamente o ambiente onde a política oficial acontece e fazem do debate sobre ela o seu ganha-pão, como sói acontecer com os jornalistas e os analistas políticos. Concordo, ainda, que, naqueles casos muito específicos e raros de grande mobilização popular, com a iniciativa do projeto de lei partindo do povo, e em que o debate é conduzido com ampla participação da sociedade civil, com audiências públicas e algo que as valha, o sentimento de ter sido insultado pela atuação dos tribunais fica logicamente muito mais evidente. Todavia, cá entre nós, a

anulação judicial de uma lei promulgada nesses moldes, permeada com todo esse itinerário e carregada de tanto DNA cívico, é muito difícil de acontecer.

É bom lembrar também daquela afirmação de Waldron, segundo a qual a revisão judicial normalmente é defendida pelos que não se conformam com a derrota infligida pela maioria depois de jogado o jogo político e que seriam, em última análise, apenas maus perdedores em busca de reparação do ego ferido. É claro que esse parecer e o de que a decisão sobre os desacordos deve ficar restrita à ação política podem ser, de fato, verdade, justamente porque, para ele, o desenho institucional adotado é, acima de tudo, uma questão de justiça, de modo que aquele desenho que conseguir lidar melhor com os desacordos é o que deve ser filosoficamente privilegiado nos centros de decisão para o cultivo das práticas políticas que atendam aos anseios democráticos. Assim, qualquer salto que se dê em direção à esfera judicial não viola só a melhor forma de desenhar as instituições democráticas, mas também, e sobretudo, viola um princípio de justiça:

Waldron reconhece que não podemos separar totalmente as questões de desenho institucional das questões de justiça, mas ele deseja manter a justiça substantiva tanto quanto possível dentro da arena política, para resolver os conflitos por meio do legislativo, ao invés de incorporá-la em disposições constitucionais que são resistentes a mudanças e interpretadas por reflexão e argumentação judiciais (NAGEL, 2002, p. 143).

É bem possível mesmo que apelar ao *judicial review* seja, em larga medida, apenas o subterfúgio de nobres orgulhosos ressentidos pelo duro golpe da derrota. Só que, mesmo concordando com Waldron, não há como negar que ainda restam situações que despertam em nós aquele sentimento de revolta de que a decisão majoritária extrapolou o razoável e que o abuso resultou ou na produção de uma injustiça ou na incapacidade de corrigi-la. Acredito que o insulto aqui é muito mais grave. Se, por um lado, a decisão dos tribunais em anular a lei por inconstitucionalidade, o insulto era apenas difusamente percebido, agora, por outro lado, o abuso percebido individualmente diante de um caso concreto em que a lei é aplicada se torna concentradamente agudo.

Daí surge a questão: mesmo que eu considere que Waldron esteja com toda razão e, mesmo assim, se a minha posição moral puder ser perfeitamente fundamentada em certos preceitos constitucionais e a posição moral adotada pelo legislador puder ser confrontada em

face desses mesmos preceitos constitucionais por supostamente violá-los, eu devo permanecer calado? Essa subserviência e esse conformismo se coadunam com os anseios democráticos? Pode parecer egoísmo, individualismo ou coisa do tipo, mas a determinação de ao menos falar e de se inconformar é difícil de permanecer incontida.

Ora, nem todos que se insurgem contra a tomada de decisão majoritária estão imbuídos apenas de espírito egoísta centrado em seus próprios interesses. A motivação pode ser perfeitamente de caráter cívico e, mesmo que Waldron esteja completamente coberto de razão em acusar os derrotados de não saberem perder, esse, digamos, “vício privado” de sermos maus perdedores pode ser tornar uma “virtude pública”. Aliás, os constantes apelos dos próprios componentes da legislatura ao judiciário é um fenômeno interessante, cuja razão está na preocupação bastante razoável com o tempo que se gasta no debate parlamentar, com as prioridades a serem escolhidas para a pauta de votação e com o dinheiro público dispendido pelo legislativo. A decisão de ir ao judiciário para anular uma lei às vezes pode significar o caminho mais rápido, barato e eficaz para corrigir algo que não ficou bem colocado na lei. Assim, a interpretação de Waldron sobre as razões de as pessoas recorrerem ao *judicial review* é pouco generosa para com as diferenças entre o peso pessoal da injustiça e o peso político geral do insulto.

6.6 REVOLUÇÃO, DESOBEDIÊNCIA E REVISÃO JUDICIAL

A perspectiva a partir da qual propomos e defendemos o caráter democrático do *judicial review*, segundo a qual o indivíduo é o responsável por desencadear o processo em que a validade constitucional da lei é alvo de julgamento e segundo a qual a submissão dos argumentos na arguição de inconstitucionalidade ao crivo da jurisdição legítima os juízes, reflete o resíduo daquele sentimento de inconformismo derivado dos movimentos revolucionários e do direito de resistência que vinha desde a Idade Média até o limiar da Modernidade, não obstante o fato de que a incidência destes eventos acontecesse no contexto de tiranias e não em regimes democráticos. A diferença é que agora, com a jurisdição constitucional, a cor vermelha do sangue inocente já não precisa mais ser derramada para fazer parte da paleta de cores do modelo de insurgência contra a autoridade constituída para lhe aplicar uma lei superior, como acontecia nas ações radicais e violentas da revolução e da desobediência. Daí ser até mesmo possível se falar em direito inalienável do indivíduo de se

insurgir em face do resultado a que se chegou pelo processo político de tomada de decisão, ainda que suas pretensões não sejam acatadas pelo Estado-juiz.

Nesse sentido, o grande desafio dos filósofos políticos, do quilate de Guilherme de Ockham e de Marsílio de Pádua, nos quase seiscentos anos que vão do final da Idade Média até o final da Idade Moderna, foi o de implementar a lei superior, por eles chamada de direito natural, sem que se recorresse a medidas extremas e excepcionais como a revolução e a desobediência generalizada, e que trouxesse benefícios e não danos a determinadas comunidades políticas (RUBIN, 2008, p. 75–76). A revisão judicial, em última análise, teve o mérito de equilibrar o conflito oriundo da concepção específica do direito cultivada pelo mundo ocidental. Na Idade Média, os pensadores da política do Ocidente alegavam que a lei se mostrava em duas vertentes: a comum, promulgada pelos governantes, e a forma superior cuja origem vem de alguma fonte que está além das fronteiras do governo e que vincula tanto o governante quanto os seus súditos. A última vertente é quem controla ou restringe o governante e, assim, realiza um dos propósitos mais básicos na ciência política, ou seja, o controle do uso autorizado da força (RUBIN, 2008, p. 67).

O primeiro passo rumo à contenção da autoridade política foi a codificação ou positivação da lei superior que condensava em um único texto as concepções de direito natural elaboradas até aquele momento histórico – sobretudo com as declarações de direitos que vinham a reboque das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII – que deram início à contemporaneidade (RUBIN, 2008, p. 86). A característica fundamentalmente básica da revisão judicial, uma que é tão geral que não se limita ao judiciário, é que sempre houve um esforço para impor algum tipo de lei superior ao governante de determinado ente político. Uma vez que a lei superior é então codificada e uma vez que ela se torna definitivamente parte desse mundo, o argumento de que ela deveria produzir resultados no mundo real se torna substancialmente mais fácil de defender. Mas, qual instrumento, porém, seria propício à implementação da lei superior contra o governante e poderia ser adotado para fazer com que ela efetivamente valesse e prevalecesse sobre as decisões do governante, e cuja execução não fosse tão drástica a ponto de ocorrer uma forte ruptura institucional? Qualquer que seja a sua origem, o mal de que a lei superior padece, como meio de restringir o poder do governante, é que lhe falta um mecanismo claro e confiável para que seja efetivamente aplicada. Nem Deus nem o contrato social estão

presentes no mundo da experiência humana e qualquer pretensão de falar em nome de um deles pode ser entendida exatamente em seu sentido contrário. A desobediência e a rebelião seriam o meio pelo qual se impõe a visão sobre a lei superior divergente da do governante, a menos que haja uma instituição – um ator humano – que esteja autorizado a impô-la. A resposta sobre quem é o ator humano adequado a tal função foi dada pelos colonos norte-americanos no contexto da emancipação política da coroa britânica no final do século XVIII, inspirados sobretudo pela forma com a qual a prática judicial, importada do modelo inglês, se desenvolvia nas treze colônias:

Os Estados Unidos praticamente tropeçaram nessa solução, por causa da interação possivelmente fortuita da Constituição com o sistema judicial que eles herdaram do regime britânico. Após terem codificado o direito superior no documento que instaurava o governo nacional, notou-se, pois, que o judiciário herdado era capaz de interpretar o documento, estava disposto a aplicá-lo ao governante e era suficientemente conhecido, de modo que essas decisões gozavam de grande prestígio para que fossem aceitas totalmente pela sociedade (RUBIN, 2008, p. 86).

Embora houvesse entre os *framers* da constituição norte-americana a hipótese de criar um conselho apartado dos poderes do Estado para avaliar a legislação promulgada que com eles não se confundia, ela não foi adiante e a opção foi mesmo pelo controle judicial das leis, sobretudo por ocasião da decisão proferida pela Suprema Corte em *Marbury vs. Madison* (RAKOVE, 2010, p. 261–262). Assim, o meio de desafiar o poder do governante, no caso, o legislador, sem que o resultado desse enfrentamento causasse a destruição política do Estado e a física das pessoas, presenciadas principalmente nos movimentos revolucionários. Já não era mais necessário chegar a esse ponto extremo, pois o direito de resistência oferecido pela revisão judicial é infinitamente mais civilizado e afável se comparado às revoluções. É muito mais aceitável, do ponto de vista político e civilizacional, lançar mão da revisão judicial do que simplesmente desobedecer ou ficar conspirando contra o Estado. No entanto, a intenção, com isso, não é ameaçar com algo do tipo “ou a revisão judicial ou a revolução”. Ao contrário, o que se pretende aqui é demonstrar como a consolidação da revisão judicial é um marco civilizatório importante na história do mundo ocidental e das democracias liberais. Aplicar a lei fundamental é, antes de tudo, um ato político, e não apenas jurídico, bem como o substituto moderado da sanha revolucionária manifestado como nobre alternativa ao direito universal de resistência (SNOWISS, 1990, p. 50). A contraposição entre ambas, ou seja, entre resistência revolucionária

violenta, de um lado, e a revisão judicial, de outro lado, esclarece a essência do significado da revisão judicial: independentemente de ela ter sido vista antes de Marbury como um ato revolucionário ou de resistência e de Marshall ter tido conhecimento da literatura calvinista sobre o direito de resistência e poder ter sido influenciado por ela, o fato é que, depois de Marbury, a revisão judicial se transformou em alternativa às respostas extremas (BALL, 2005, p. 306–342; RUBIN, 2008, p. 87). Já não é mais necessário que se espere tanto até que tais violações se acumulem ao ponto de que elas se tornem intoleráveis. Com isso, já não é mais necessário que se recorra à violência, arriscando vidas e prejudicando disruptivamente a sociedade onde se vive para que a lei superior seja efetivamente aplicada sem se socorrer à desobediência ou à revolução. Em vez disso, é possível contar com uma instituição estabelecida, o judiciário, para impor a lei superior aos governantes, seja ele legislativo, seja ele executivo, no curso ordinário da função atribuída para a tomada de decisão. Existe agora um mecanismo para reverter ações específicas do governante com base na violação por ele promovida contra esse direito superior sem a necessidade de desafiar a autoridade geral do governante ou exigir a mudança de regime como meio de aplicação. Enfim, a revisão judicial, em alta conta, domestica o direito de revolução ou de resistência.

CONCLUSÃO

Para discutir a legitimidade democrática da revisão judicial diante das críticas de Jeremy Waldron, não corremos o risco de negligenciar as principais características da revisão judicial e, por isso, tomamos o cuidado preliminar de tratar, no capítulo dois, os *aspectos gerais do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Tal exposição se justificou para que nos inteirássemos das noções mínimas de que o tema da pesquisa abordou e do que esteve propriamente em jogo na disputa entre os próceres e os detratores do protagonismo jurídico-político dos juízes na cena democrática. Mencionamos, ainda que sucintamente, a diferença entre o controle político, judicial e misto da constitucionalidade da lei, sendo que, no controle judicial, fizemos questão de apresentar as formas pelas quais ele é levado a efeito. Desse modo, esclarecemos os pontos essenciais relativos ao controle judicial abstrato e concreto de constitucionalidade da lei. Foi especificado que o modelo abstrato se procede pelo sistema concentrado e pela via direta de controle de constitucionalidade, sendo a declaração de inconstitucionalidade o objeto principal – e único – da ação judicial. A tradição continental europeia, sobretudo a de cariz austríaco, foi o grande paradigma desse modelo. Já o concreto se procede pelo sistema difuso e pela via incidental, sendo que a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação judicial (é apenas um dos objetos da demanda). O paradigma desse modelo foi propalado pelo sistema norte-americano de controle de constitucionalidade.

Entendemos, todavia, que o ponto central em relação aos critérios que separam os modelos de controle judicial de constitucionalidade é o que diferencia o controle forte e o controle fraco de constitucionalidade das leis, uma vez que Waldron é um poderoso crítico do primeiro e um importante prosélito deste último. No controle forte, adotado pela grande maioria das democracias ocidentais, as decisões que acatam a alegação de inconstitucionalidade da lei anulam a lei, deixam de aplicá-la ao caso concreto ou modulam o alcance e o significado da lei submetida à apreciação do judiciário. No controle fraco, ao contrário, as decisões de inconstitucionalidade não têm força suficiente para anular, modular ou para deixar de aplicar a lei objeto de discussão nos tribunais, sendo que, a depender do desenho institucional em que esta modalidade é praticada, o máximo que pode acontecer é se tornar uma proposição para

uma nova lei, cujo rito seria mais simples e célere do que o convencional para aprovar as leis. É o que acontece, por exemplo, na Inglaterra.

Além disso, julgamos ser imperioso resgatar, no capítulo dois, algumas considerações sobre direito natural, descrevendo-lhe a sua genealogia, características e as escolas que estruturam um amplo e profundo arcabouço teórico a seu respeito. Não nos esquecemos ainda de fazer referência ao *common law* como prática inspirada por uma concepção particular, de base intuitiva, para o direito natural. Tal tarefa teve o propósito, sobretudo, de revelar o liame que estabelece a relação umbilical entre o evento denominado direito natural, a prática do *common law* e o surgimento do controle judicial de constitucionalidade da lei na contemporaneidade.

No capítulo três, *As bases do pensamento político de Jeremy Waldron sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade*, o propósito foi naturalmente demonstrar que o pensamento político-filosófico de Jeremy Waldron se baseia efetiva e assumidamente na igualdade. A igualdade permeia e perpassa aquelas suas reflexões que valorizam e exaltam a dignidade da legislação e que encarregam a ação política das legislaturas da tarefa de lidar com os desacordos amplos, profundos e persistentes existentes nas sociedades contemporâneas. Aliás, o lema segundo o qual “a cada homem, um voto” se transfere, imediatamente, e é princípio político inerentemente aplicado nas legislaturas por meio da representação popular dos agentes públicos eleitos para solucionar os desacordos morais e políticos sobre direitos, princípios, valores e bem-estar. Nesse sentido, o itinerário do raciocínio de Waldron em relação à igualdade política se torna importante em termos de legitimidade, na medida em que a legislatura que, além de deter a representação popular dos mais variados interesses e opiniões vicejantes na sociedade para lidar com os desacordos, é, ao mesmo tempo, o ambiente propício e credenciado para suscitar, discutir, deliberar e decidir sobre aqueles assuntos mais sensíveis à boa convivência das pessoas em sociedade, pois é ali que os desacordos são internalizados e é onde a pluralidade cultural, econômica, política, ideológica e religiosa dessa mesma sociedade se manifesta. Esses atributos todos das legislaturas, contudo, não são encontrados no judiciário, o que torna o problema do déficit democrático dele praticamente incontornável e tentar resolver esse déficit municiando o judiciário com elementos que traduzem uma pluralidade maior sequer

mitiga o desconforto político, pois não será igual à representatividade verificada nos moldes da legislatura.

Ademais, a alegação da falta de legitimidade democrática dos juízes também ocorre em virtude de, em primeiro lugar, os juízes, via de regra, não serem eleitos diretamente pelo povo. Em segundo lugar, a forma como os tribunais se estruturam e a forma como o recrutamento dos agentes que os compõem é feito são realizadas sem que os desacordos amplos, profundos e persistentes sejam internalizados da mesma forma com que são internalizados no legislativo. Normalmente, o perfil da magistratura é muito mais homogêneo do ponto de vista sociológico do que o perfil dos que compõem os órgãos legislativos. E, em terceiro lugar, o fato de que, quando um juiz ou um tribunal invalida uma lei por inconstitucionalidade, torna a violação da igualdade política sensivelmente grave, na medida em que se está dando peso desproporcionalmente maior às opiniões e aos interesses dos juízes que anularam a lei em relação às opiniões e aos interesses dos legisladores que a promulgaram, mesmo estando estes legitimados pelo voto e sendo eles representantes de um significativo segmento da sociedade.

O capítulo quatro, *O procedimento de tomada de decisão majoritária e o controle judicial de constitucionalidade*, procurou identificar e analisar a diferença entre democracia e soberania popular e a diferença entre democracia e majoritarismo, tendo por mote a afirmação de Alexander Bickel de que a jurisdição constitucional padece da dificuldade contramajoritária. Buscamos expor outras razões de Jeremy Waldron que, ao invés disso, atualizam essa clássica acusação. Assim, segundo Waldron, a revisão judicial, no caso, a revisão judicial forte, não é apenas por natureza contramajoritária, mas – e o que é mais grave ainda – é sobretudo contrademocrática. O problema não está propriamente no método majoritário de tomada de decisão nos tribunais, até porque os juízes, quando divergem, também decidem por maioria, o que, de certa forma, nos leva a concluir que o judiciário age de acordo com o princípio majoritário. Aliás, os órgãos colegiados em regimes autoritários também decidem por maioria. Portanto, o problema, de acordo com as reflexões de Waldron, não é a questão majoritária, mas envolve eminentemente a questão democrática.

O que, entretanto, faz aumentar o patamar na piora dos índices de legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis se deve, conforme antecipamos

no capítulo três, à falta de representatividade dos juízes não eleitos pelo voto popular, à ausência de pluralidade nos tribunais, à não-internalização do desacordo e ao peso desproporcional dado às decisões dos magistrados quando anulam e desconsideram a lei ou lhe modulam os efeitos por razões constitucionais. Aliás, a diferença de peso entre as opiniões dos juízes e dos parlamentares, ou seja, o desequilíbrio institucional de forças entre judiciário e legislativo no cenário da jurisdição constitucional, pode ser constatado naquelas decisões apertadas dos tribunais, como acontece com as decisões pelo placar de 5 a 4 da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ainda que a lei tivesse sido promulgada por uma maioria marcada por margem significativa dos votos que deram a vitória à aprovação da lei, o peso dado às posições morais dos juízes que votam pela anulação (os que estão, por exemplo, entre os cinco da Suprema Corte dos Estados Unidos) é exponencialmente maior do que a maioria legislativa que aprovou a lei.

A ênfase proporcionada à hermenêutica jurídico-constitucional pelo capítulo cinco, intitulado *O controle de constitucionalidade e o problema da hermenêutica jurídico-constitucional para a democracia*, retrata primeiro as posições de Jeremy Waldron e, depois, a importância da prática interpretativa no contexto da democracia constitucional. Vimos ali que Waldron tem forte apreço pela filosofia política de Hannah Arendt e o fato de a filósofa alemã, radicada nos Estados Unidos, tecer elogios ao modelo norte-americano, no qual a constituição oferece a base tangível a partir da qual algo pode ser interpretado, não chega a abalar minimamente a relação de admiração que Waldron nutre por ela, já que ambos apostam suas fichas na política como prática adequada à solução dos conflitos existentes na sociedade.

Notamos, outrossim, que o positivismo textualista do qual Waldron é adepto tem o efeito de restringir aquele tão conhecido método interpretativo calcado em uma suposta – e artificial – vontade do legislador e nas propostas excentricamente originalistas de interpretação constitucional. Além disso, o textualista à maneira de Waldron, à luz da tradição constitucional inglesa, refuta a possibilidade de haver hierarquia rígida entre o texto constitucional e o das leis infraconstitucionais, ao contrário do constitucionalismo continental europeu e norte-americano que preconizam e tomam o texto da constituição como referência moral e política para a validade das leis por meio do controle judicial de constitucionalidade. Vimos, a propósito disso, que essa inexistência de hierarquia normativa, tão característica do sistema constitucional inglês, entregou o controle das ações políticas, para que não haja abusos, à própria política, ao

passo que a hierarquia rígida entre constituição e leis comuns, invariavelmente, entrega o controle da política para o direito, ficando nas mãos dos juízes a tarefa de declarar inconstitucionais as ações políticas que extravasem do limite estabelecido nas constituições.

Quanto à dúvida em saber se os juízes e os juristas criam ou descobrem o direito, ou se eles são poetas ou cientistas, esclarecemos que se valer da metaética pode ser uma ferramenta interessante para dar uma eventual resposta a tal questão que é incessantemente trazida à baila pela filosofia política e jurídica. A abordagem dessa dúvida girou em torno dos comentários de Roberto Gargarella relativos ao “desentranhamento” do conteúdo e do significado dos textos constitucionais e à “imprecisão” normativa de tais textos quando estão frente a frente com as contingências da realidade, as quais, muitas vezes, não passaram pela cabeça do legislador durante o processo legislativo para a elaboração das leis. Assim, houve a necessidade de ainda salientar que as tais contingências produzidas pela realidade fática, além de autorizar o papel proativo dos juízes diante das questões constitucionais, servem de limites à prática interpretativa tanto dos juízes quanto do próprio jurista, na qual a argumentação, naquela linha traçada por Dworkin, tem forte influência na conformação do direito.

Por fim, a tônica do capítulo seis, *A legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis e o problema do indivíduo*, foi afinar o discurso em direção ao arrefecimento dos ataques infligidos contra a revisão judicial. Ou seja, a disposição foi estabelecer o núcleo duro da tese em defesa da legitimidade democrática da revisão judicial analisada sob o ponto de vista do indivíduo. Antes, porém, achamos por bem passar a limpo os argumentos elaborados por Waldron, entre os quais a questão da igualdade política, das circunstâncias do desacordo, do direito de participação como sendo o direito dos direitos, da representação e da *accountability*. Depois, entramos na seara em que apontamos ser uma dificuldade o lugar no qual o indivíduo é colocado para exercer sua cidadania nas democracias das sociedades de massa, de modo que a tal posição por ele ocupada não o capacita a produzir resultados de impacto a ponto de influenciar os processos políticos de tomada de decisão.

Em seguida, trouxemos à tona a reflexão de Waldron que, apesar de ser contra a sua aplicação para a revisão judicial forte, endossa a proposição segundo a qual nem sempre é tarefa simples ao legislador se dar conta do que efetivamente as questões sobre os direitos introduzem

nas propostas legislativas levadas diante deles e nem sempre é tarefa simples para eles prever quais questões de direitos poderiam surgir da futura aplicação das leis. Desse modo, há o entendimento de que é crucial desenvolver e promover instrumentos que proporcionem ao cidadão uma maneira de chamar a atenção da sociedade para tais questões quando elas surgem. E a revisão judicial não está longe de exercer essa missão.

Ao nos socorrermos novamente dos modernos e dos antigos, chegamos à conclusão de que, quanto mais nós, modernos, nos distanciamos, com o passar do tempo, da democracia direta dos antigos e acentuamos cada vez mais as estratégias da democracia indireta de matriz representativa, notamos que o âmbito da liberdade individual e o nível dos limites formal e substancial deve aumentar, sendo que o preço pago é a forte diminuição do impacto da influência política de cada indivíduo, no caso, o poder individual do voto vai sendo submetido a um processo irreversível de inflação, pois os números de eleitores seguem o ritmo anual de crescimento. Assim, na Antiguidade, reivindicava-se mais a liberdade positiva para ter mais voz ativa e maior peso nas decisões, de modo que ela era o que mais importava; ao passo que, hoje, na Modernidade, a preocupação maior é com a liberdade negativa, para que o Estado não extrapole tanto suas ações e invada, de forma indevida, o âmbito particular e mínimo dos indivíduos. Nesse sentido, a revisão judicial surge como mecanismo tendente a proteger os indivíduos e garantir certas prerrogativas historicamente conquistadas e pré-estabelecidas nas declarações de direitos das constituições modernas.

Fizemos ainda menção à igualdade, à liberdade e ao autorrespeito. Mas o foco se concentrou mesmo no problema do insulto. Ou seja, a famigerada afirmação de Jeremy Waldron segundo a qual a decisão dos tribunais que anula ou deixa de aplicar a lei com base na constituição é um insulto irrompido contra as maiorias que, da luta política, saíram vitoriosas ao longo do processo legislativo e que resultou na promulgação da lei então anulada ou desconsiderada pelos tribunais. No entanto, argumentamos que o sentimento de insulto propalado por Waldron não é tão generalizado e profundo assim, a ponto de abalar fortemente a prática do *judicial review* na democracia. Sustentamos, porém, que o insulto maior seria o contrário: privar os indivíduos de ir ao judiciário e ali construir argumentos jurídico-constitucionais para desafiar o poder estabelecido. Em outros termos, a prática da revisão seria, em última análise, um meio pelo qual alguém enxerga a chance de enfrentar a autoridade do

poder político do Estado de igual para igual por razões de ordem superior codificadas ou positivadas no texto constitucional.

Trouxemos a lume, finalmente, o nó górdio que os pensadores políticos foram desafiados a dismantelar desde a Idade Média até o início da contemporaneidade. Tal dúvida era pensar uma solução que pudesse dar efetividade à lei superior quando as leis comuns promulgadas pelo soberano a violassem. O desafio era, grosso modo, descobrir um meio politicamente eficaz e hábil para controlar o poder político à luz da própria lei superior vilipendiada, já que nada, no plano terreno, mas somente no plano espiritual, poderia deter, na política institucional daquela época, os eventuais abusos de poder dos governantes. Tal mecanismo político, entretanto, não deveria se servir de medidas violentas e extremas, como a revolução e a resistência. O problema da lei superior foi solucionado pela codificação ou positivação, digamos assim, do direito natural, por obra da declaração de direitos nas constituições modernas, a reboque sobretudo dos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII. O da efetivação propriamente dita dessa lei superior foi, por sua vez, solucionado pelos colonos norte-americanos, mediante o emprego da revisão judicial das leis por ocasião do que restou decidido no caso *Marbury vs. Madison*.

Mesmo diante dos fortes argumentos de Waldron, com base na concepção de democracia constitucional temperada com as reflexões principalmente de Dworkin, é possível, no entanto, caminhar em direção ao entendimento segundo o qual a revisão judicial, abordada a partir do ponto de vista do indivíduo, permite aperfeiçoar o sistema democrático, não só com o fortalecimento tanto da liberdade negativa quanto da liberdade positiva, mas também com a equalização entre essas duas liberdades, seja garantindo os direitos fundamentais das pessoas, seja promovendo a inclusão de minorias excluídas do debate público para que venham a, cada vez mais, participar das ações políticas da comunidade.

Enfim, a ambição da pesquisa foi responder, ainda que singelamente, à pergunta do porquê de toda essa parafernália existir. Por que leis, constituições, tribunais, parlamentos, eleições, processo judicial e política institucional, entre outras coisas, foram criados? Isto é, qual a razão de ser de todos eles na contemporaneidade? Bem, eles existem, segundo pensamos, em razão do indivíduo e para promover a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. A. **We the people**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALMEIDA, G. A. DE; BITTAR, E. C. B. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 2

BALL, D. T. **The historical origins of judicial review, 1536-1803: the duty to resist tyranny**. Lewiston: Edwin Mellen Press, 2005.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05–43, 2010b.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 50, 2018.

BARROZO, P. The great alliance: history, reason, and will in modern law. **Law and Contemporary Problems**, v. 78, p. 280, 2015.

BENÍTEZ-ROJAS, V. F.; SAADE, J. G.; JARAMILLO, L. G. **Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos**. Bogotá: Vicente F. Benítez-Rojas, Javier Gallego Saade e Leonardo García Jaramillo, 2019.

BERLIN, I. **Liberty: incorporating four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BICKEL, A. M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BICKEL, A. M. **La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, N. **Maestri e compagni**. Firenze: Passigli, 1984.

BOBBIO, N. **O Futuro Da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade para uma teoria geral da política**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, N. **Eguaglianza e libertà**. Torino: Einaudi, 1995.

BOBBIO, N. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarin, 2000.

BOBBIO, N. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, N. **Thomas Hobbes**. Torino: Einaudi, 2004.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006a.

BOBBIO, N. **Nem com Marx, nem contra Marx**. São Paulo: UNESP, 2006b.

BOBBIO, N. **O Terceiro Ausente: ensaios e discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri: Manole, 2009a.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009b.

BOBBIO, N. **Locke e il diritto naturale**. Torino: G. Giappichelli, 2017.

BOHMAN, J. Deliberative Toleration. **Political Theory**, v. 31, n. 6, p. 757–779, dez. 2003.

BONAVIDES, P. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 2, n. 1, p. 209–223, 1 dez. 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOVERO, M. **Salus mundi**. Roma: Castelvechi, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição. . 5 out. 1988.

BUSTAMANTE, T. **Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. New York: Springer Berlin Heidelberg, 2016.

BUSTAMANTE, T. Reexaminando a filosofia do direito internacional de Ronald Dworkin: poderia o ouriço ter feito de outra maneira? **Revista de Direito Cosmopolita**, v. 4, n. 1 e 2, p. 312, 28 mar. 2018.

CALABRESI, G. (ED.). Incentives, regulation and the problem of legal obsolescence. Publications of the European University Institute. 1978.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999a.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999b.

CARBONELL, M. (ED.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARNELUTTI, F. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1959. v. 1.

CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Senado Federal. **CCJ analisa seis indicações de autoridades ao Conselho Nacional do Ministério Público**, em 25/8/2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZWZRrxHPRGI>>. Acesso em: 8 out. 2021

CHRISTIANO, T. Waldron on law and disagreement. **Law and Philosophy**, v. 19, n. 4, p. 513–543, 2000.

CITTADINO, G. G. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COELHO, A. L. S. O positivismo jurídico exclusivo e inclusivo. Em: **Curso de Filosofia do Direito Contemporânea**. São Paulo: Dialética, 2024. p. 840.

CONSTANT, B. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819**. São Paulo: Edipro, 2019.

CORWIN, E. S. The establishment of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 9, n. 2, p. 102–125, dez. 1910.

CORWIN, E. S. **The constitution and what it means today**. 14. ed. Princeton: Princeton University Press, 1978.

Declaração de direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

DESCARTES, R. **Discours de la méthode**. 6. ed. Paris: J. Vrin, 1987.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Curso de processo constitucional**. 4. ed. São Paulo: Grupo Gen-Atlas, 2016.

DWORKIN, R. **Law’s empire**. 9. ed. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.

DWORKIN, R. **Freedom’s law: the moral reading of the american constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

- DWORKIN, R. The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe, and nerve. **Fordham Law Review**, v. 65, p. 21, 1997.
- DWORKIN, R. **A matter of principle**. 9. ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2000a.
- DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- DWORKIN, R. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002b.
- DWORKIN, R. Equality, luck and hierarchy. **Philosophy & Public Affairs**, v. 31, n. 2, p. 190–198, 1 abr. 2003.
- DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, R. **O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.
- ECO, U. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELY, J. H. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1980.
- FAGGION, A. L. B. **Democracia e liberdade: a necessidade de fazermos escolhas**, em 30 julho de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IWLGoQuE_Pg>. Acesso em: 6 dez. 2024.
- FAGGION, A. L. B. O positivismo jurídico de Hart. Em: **Curso de filosofia do direito contemporânea**. São Paulo: Dialética, 2024. p. 840.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. Los orígenes de la judicial review. **Revista de las Cortes Generales**, p. 9–142, 1 abr. 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la Judicial Review. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 1, n. 2, dez. 2013.
- FIORIN, J. L. **Argumentação**. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

FREEMAN, S. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 32, p. 181–199, 21 abr. 1994.

GARGARELLA, R. (ED.). **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GERBER, S. D. The myth of Marbury v. Madison and the origins of judicial review. Em: **Marbury versus Madison: documents and commentary**. Washington, D.C: CQ Press, 2002. p. 17.

GRANT, J. The scales of authority. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 60, n. 1, p. 79–104, 1 jun. 2015.

GREEN, L. Positivism and the inseparability of law and morals. **New York University Law Review**, v. 83, p. 1035–1058, 2008.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1

HAMILTON, A. **O Federalista**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1840. v. III

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593, fev. 1958.

HART, H. L. A. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. **Georgia Law Review**, v. 11, p. 22, set. 1977.

HAYEK, F. A. VON. **Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy**. London: Routledge, 2012.

HOBBS, T. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001.

HOBBS, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBSBAWM, E. J. **A Era dos impérios 1875-1914**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HUME, D. **Investigações sobre entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: Unesp, 2004.

HUNTER, I.; SAUNDERS, D. **The whole duty of man according to the law of nature**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

JAFFE, L. L. **English and american judges as lawmakers**. London: Oxford Clarendon Press, 1969.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

- KANT, I. **Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht: 1784**. Vollständige Neuausgabe ed. Göttingen: LIWI Literatur und Wissenschaftsverlag, 2019.
- KAUFMAN, A.; RUNNELS, M. The core of an unqualified case for judicial review: a reply to Jeremy Waldron and contemporary critics. **Brooklyn Law Review**, v. 82, n. 1, 1 dez. 2016.
- KAVANAGH, A. Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 5, p. 451–486, set. 2003.
- KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRAMER, L. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.
- LEVER, A. Democracy and judicial review: are they really incompatible? **Perspectives on Politics**, v. 7, n. 4, p. 805–822, dez. 2009.
- LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACCORMICK, N. Argumentation and interpretation in law. **Ratio Juris**, v. 6, n. 1, p. 16–29, mar. 1993.
- MARMOR, A. Are constitutions legitimate? **Cornell Law Faculty Publications**, p. 27, 1 jan. 2007.
- MATTEUCCI, N. **Lo Stato moderno: lessico e percorsi**. Bologna: Il mulino, 2011.
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: GEN Editora Forense, 2011.
- MORBACH, G. **A terceira via de Jeremy Waldron**. Dissertação de mestrado—São Leopoldo: Unisinos, 27 ago. 2019.
- NAGEL, T. **Concealment and exposure: and other essays**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002.
- NAGEL, T. **Equality and partiality**. 2. print ed. New York: Oxford Univ. Press, 2009.
- NOZICK, R. **Anarchy, state, and utopia**. New York: Basic Books, 2013.
- PLATÃO. **A República**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. v. 1
- PLATÃO. **Diálogos: Protágoras - Górgias - Fedão**. Belém: Editora Universitária UFPA, 2002.
- PLUCKNETT, T. F. T. Bonham's case and judicial review. **Harvard Law Review**, v. 40, n. 1, p. 30, nov. 1926.
- POUND, R. **The formative era of american law**. Boston: Little, Brown and Company, 1938.

PUFENDORF, S. **The whole duty of man according to the law of nature**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

RADBRUCH, G. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAKOVE, J. N. The origins of judicial review: a plea for new contexts. **Stanford Law Review**, v. 49, n. 5, p. 1031–1064, 1997.

RAKOVE, J. N. **Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution**. Westminster: Knopf Doubleday Publishing Group, 2010.

RANCIÈRE, J. **La haine de la démocratie**. Paris: Fabrique, 2005.

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

RAZ, J. Disagreement in politics. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 43, n. 1, p. 258, 1998.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, R. J. **A boa política: ensaios sobre a democracia na era da internet**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ROSA, J. G. **Tutameia (Terceiras estórias)**. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

ROUSSEAU, J.-J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUBIN, E. L. Judicial review and the right to resist. **SSRN Electronic Journal**, p. 58, 2008.

RUSSELL, B. **Authority and the individual**. London; New York: Routledge, 2010.

SANDEL, M. J. **O Que o Dinheiro Não Compra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, R. **Maioria minorizada: um dispositivo analítico de racialidade**. Rio de Janeiro: Telha, 2020.

SCANLON, T. **Why does inequality matter?** New York: Oxford University Press, 2018.

SCARMAN, L. G. Codification and judge-made law: a problem of coexistence. **Indiana Law Journal**, v. 42, n. 355, p. 15, 1967.

SCHMITT, C. **The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol**. Westport: Greenwood Press, 1996.

SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

- SHAPIRO, M. **Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review**. New Orleans: Quid Pro Books, 2011.
- SHKLAR, J. The liberalism of fear. Em: ROSENBLUN, N. L. (Ed.). **Liberalism and the moral life**. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 310.
- SILVA, J. A. DA. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, J. A. DA. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SILVA, O. A. B. DA. Democracia moderna e processo civil. Em: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Eds.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 20.
- SILVA, O. A. B. DA. Processo e ideologia. **Revista dos Tribunais**, v. 110, p. 19–36, jun. 2003.
- SINGER, P. **Practical ethics**. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2011.
- SNOWISS, S. **Judicial review and the law of the constitution**. New Haven: Yale University Press, 1990.
- STRAUSS, L. **Natural right and history**. Chicago and London: University of Toronto Press, 1965.
- STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria de direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017a.
- STRECK, L. L. **O que é isso - o senso incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editores, 2017b.
- STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1
- STRECK, L. L. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2022.
- STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. DE. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, L. L.; MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 3, p. 47, 20 dez. 2019.

- SUMPTION, J. **Trials of the state: law and the decline of politics**. London: Profile Books, 2019.
- TASIOULAS, J. Sumption on law, democracy, and human rights. **King's Law Journal**, v. 31, n. 3, p. 467–479, 1 set. 2020.
- THAYER, J. B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129, 25 out. 1893.
- TREANOR, W. M. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, v. 58, p. 109, 2005.
- TUSHNET, M. Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism. **Law and Philosophy**, n. 22, p. 353–379, 2003.
- TUSHNET, M. V. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VECCHIO, G. D. Equality and inequality in relation to justice. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 11, n. 1, p. 36–47, 1 jan. 1966.
- VIGO, R. L. **La injusticia extrema no es derecho: (de Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, UBA: La Ley, 2004.
- WALDRON, J. **The law**. London; New York: Routledge, 1990.
- WALDRON, J. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, p. 34, 1993.
- WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1999a.
- WALDRON, J. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.
- WALDRON, J. **Judicial power and popular sovereignty**. Washington, D.C: CQ Press, 2002.
- WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WALDRON, J. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346, 1 abr. 2006.
- WALDRON, J. **The harm in hate speech**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2009a.
- WALDRON, J. Constitutionalism: a skeptical view. Em: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (Eds.). **Contemporary Debates in Political Philosophy**. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009b. p. 265–282.

- WALDRON, J. Arendt on the foundations of equality. Em: BENHABIB, S. (Ed.). **Politics in dark times**. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 408.
- WALDRON, J. Constitutionalism: A Skeptical View. 1 maio 2012a.
- WALDRON, J. **Dignity, rank, and rights**. New York: Oxford University Press, 2012b.
- WALDRON, J. Judicial review and judicial supremacy. **NYU School of Law, Public Law & Public Law Research Paper**, p. 44, 2 out. 2014.
- WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2016.
- WALDRON, J. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.
- WALDRON, J. The crisis of judicial review. **SSRN Electronic Journal**, 2024.
- WALZER, M. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, M. **A política como vocação**. Brasília: UnB, 2003.
- WEBER, M. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- WOLFE, C. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. New York: New York: Basic Books, 1986.
- WRIGHT, B. F. **The growth of american constitutional law**. New York: New York: Holt, 1942.
- ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.