



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HIROHITO DIEGO ATHAYDE ARAKAWA

**DEMOCRACIA, PODER MAJORITÁRIO E CONTRAMAJORITÁRIO: O Debate
Teórico sobre a Revisão Judicial**

Belém
2014

HIROHITO DIEGO ATHAYDE ARAKAWA

**DEMOCRACIA, PODER MAJORITÁRIO E CONTRAMAJORITÁRIO: O Debate
Teórico sobre a Revisão Judicial**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientação: Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz

Belém
2014

HIROHITO DIEGO ATHAYDE ARAKAWA

**DEMOCRACIA, PODER MAJORITÁRIO E CONTRAMAJORITÁRIO: O Debate
Teórico sobre a Revisão Judicial**

Banca Examinadora

Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Apresentada em: ____/____/____

Conceito: _____

Belém
2014

Para minha mãe: por todo amor, carinho e ensino inesgotáveis. Meu exemplo maior de ser humano.

Agradecimentos

Devo agradecer antes de tudo a Deus pela família maravilhosa que possuo. A minha mãe Marisa pelo amor incondicional e por tudo o que sou hoje; ao meu pai Norberto pelo amor e incessante incentivo em cada passo que trilho; ao meu irmão Norberto por todo apoio e parceria, meu grande amigo; aos meus tios e tias, primos e primas por ter a sorte de desfrutar do convívio de cada um de deles.

Ao meu orientador Prof. Celso Vaz, por apresentar-me ao fascinante mundo da filosofia política e pelo estímulo e condução segura para lança-me apaixonadamente neste tema durante toda a pesquisa deste trabalho. E por me mostrar algo além; que o papel do professor não se limita ao repasse seguro do conhecimento e da formação técnica do profissional, mas perpassa necessariamente ao ensinar humano. Palavras serão insuficientes para demonstrar todo meu carinho e admiração, e tão simples como respirar, meu eterno respeito e gratidão.

Ao PPGD, minha primeira casa. Agradeço na pessoa do professor Antônio Maués – vice coordenador da pós - toda a minha gratidão ao corpo docente do programa. E em especial ao professor Zé Claudio por toda a sua humildade e brilhantismo na forma de compartilhar seus conhecimentos, e pela influência direta sobre esta pesquisa. Agradeço também, na pessoa da agora mamãe Liliane Borges por todo o suporte nestes dois anos de convívio junto à secretaria da pós; não poderia deixar de registrar meus agradecimentos também as bolsistas da pós, que partilhavam do seu precioso tempo na graduação para me ajudar. Carol, Laira, Gleyce e Aline, meu muito obrigado!

Ao PPGCP, minha segunda casa. Agradeço na pessoa do professor Carlos Souza – coordenador da pós – pelo profícuo e agradável clima na qual fui recebido como aluno. Agradeço na pessoa da secretária Ana Tavares ao suporte dado e tratamento impecável nos assuntos que me interessavam na secretaria da pós-graduação em ciência política; agradecimento que se estende para Delice, Artur e Francisco. Aos integrantes do Observatório do Judiciário na Amazônia – OJA, por me mostrarem que o resultado obtido conjuntamente é muito superior que o da soma dos indivíduos considerados isoladamente. A esta sinergia acadêmica agradeço aos amigos: João Élbio, Adalberto Sá, João Fernando, Simone Silva, Rômulo Maurício, Rafael Wiliian, Alessandra Bastos, Marla Mesquita, Cassiano Simão, Paula Lira, Diego Uchoa e Robson Caetano.

Agradeço também aos amigos feitos e solidificados antes, durante e após as aulas de mestrado. Com vocês pude compartilhar os meus momentos mais felizes ao longo destes dois anos dentro da pós-graduação. Em especial agradeço aos meus amigos Ricardo Evandro e Silvia Gabriele (biba), amigos para toda hora e -torço- para todo o sempre.

Agradeço a CAPES/CNPq pela bolsa concedida.

A Università Degli Studi di Bologna, na pessoa da prof.ssa Monica Palmirani pela bolsa concedida para realizar estudos em curso de verão e ter obtido a oportunidade de estudar na melhor e mais antiga faculdade de direito da Europa continental.

Agradeço aos meus amigos de toda uma vida pelo apoio e compreensão nas consecutivas faltas por conta do mestrado. Vocês são a família que a vida me permitiu escolher: Caio, Diogo, Bernardo, Daniel, Leonardo, Francisco, Carlos, Alisson, Mário.....

Por fim um agradecimento em especial, a minha amada e querida Mylena, com ela descobri que na vida, melhor que um grande amor, só um grande amor correspondido. E a ela credito tudo o que há de bom na minha vida dès do primeiro momento que a vi, inclusive o ingresso, o desenvolvimento e o término deste mestrado. Espero poder estar ao seu lado e lhe apoiar em seu mestrado que este ano começa, como também espero poder estar ao seu lado por toda a minha vida. Te amo.

*Considerate la vostra semenza: fatti non
foste a viver come bruti, ma per seguir
virtute e conoscenza.*

A Divina Comédia –
Dante Alighieri

Resumo

Democracia no mundo moderno significa legitimidade para a coerção estatal sobre indivíduos. O advento dos direitos fundamentais e da supremacia judicial colocou freios ao impulso da maioria. Críticas a supremacia judicial alegam que garantir ao judiciário se sobrepôr a vontade popular é negar ao povo sua auto-determinação, e conseqüentemente, negar a democracia. Esta pesquisa tem como contexto a PEC 33 que remete ao debate teórico entre revisão judicial e legitimidade política em uma democracia. Este trabalho terá por objetivo analisar as teorias majoritária, deliberativa e constitucional de democracia de modo a justificar qual o papel da revisão judicial na última palavra sobre a proteção de direitos fundamentais. O presente estudo defende que a legitimidade política antes de advir da vontade pública de autodeterminação, perpassa pela melhor defesa dos direitos fundamentais e dignidade humana dos indivíduos e, conseqüentemente, quando a revisão judicial protege direitos sobre a vontade coletiva ao invés de afrontar a democracia, está por mostrar o melhor conceito do que uma democracia deva ser.

Palavras-chave: Democracia; Revisão Judicial; Direitos Fundamentais; Legitimidade Política; PEC 33

Abstract

Democracy in the modern world means legitimacy for government coercion over individuals. The advent of fundamental rights and judicial supremacy put a brake into the majority impulse. Critics argue that allowing judicial supremacy overlap the popular will, it is denying to the people their self-determination, and consequently, denying democracy either. This research has as its context in the Proposed Constitutional Amendment n° 33 - PEC 33 which refer to the theoretical debate between judicial review and political legitimacy in a democracy. This work aims to analyze majoritarian, deliberative and constitutional theories of democracy in order to justify the role of judicial review on the last word about the fundamental right's protection. This study argues that political legitimacy before coming from public will of self-determination goes through the best defense of fundamental rights and human dignity of individuals, so on, consequently when judicial review protect rights over the collective will instead of affronting democracy, end up showing the best concept of what democracy should be.

Keywords: Democracy; Judicial Review; Fundamental Rights; Political Legitimacy; PEC 33

Sumário

Introdução.....	11
1. Democracia majoritária: a supremacia legislativa na filosofia política de Jeremy Waldron	24
1.1 Democracia e regra de maioria.....	24
1.1.1 Última palavra: O desacordo sobre direitos.....	24
1.1.2 A regra de maioria e o respeito a igualdade política.....	27
1.2 Supremacia legislativa perante a judicial.....	28
1.2.1 A última palavra: O desacordo moral sobre direitos.....	28
1.2.2 Direito a participação popular: o direito dos direitos	32
1.3 Observações críticas.....	34
2. Democracia deliberativa: a revisão judicial e as teorias do diálogo.....	38
2.1 Teorias do diálogo.....	38
2.1.1 Bickel e o debate americano.....	39
2.1.2 Kramer e o constitucionalismo popular.....	40
2.2 Diálogo inter-institucional. Os modelos de diálogo institucionalizados nos países Commonwealth.....	42
2.3 Observações críticas.....	44
3. Democracia constitucional: a proteção de direitos na filosofia política de Ronald Dworkin.....	47
3.1 Direito e Revisão judicial: por uma leitura moral da Constituição.....	47
3.2 Democracia constitucional.....	52
3.2.1 O valor político da liberdade em uma democracia.....	54
3.2.2 O valor político da igualdade política em uma democracia.....	55
3.3 Observações críticas.....	57
3.4 A PEC 33 e sua perspectiva teórica.....	60
3.4.1 Ela é democrática?.....	60
3.4.2 Ela deve ser implementada?.....	61
3.4.3 O diálogo é imprescindível?.....	61
Conclusão.....	63
Bibliografia.....	65
Anexo.....	69

Introdução

No dia 24 de abril de 2013 no interior da Câmara dos Deputados se iniciava mais uma sessão da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania– CCJC, na pauta a discussão de uma proposta de emenda constitucional quase desconhecida à época. Tratava-se da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011.

A PEC foi proposta pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles do Partido dos Trabalhadores – PT. Na exposição de motivos para sua aprovação (BRASIL; 2011) o Deputado afirma existir um protagonismo indevido do poder judiciário nos dias atuais, ocorrendo na ocupação pelo poder judiciário das atribuições próprias do poder legislativo, mesmo que o legislativo esteja passando por crises de credibilidade.

Para ele este protagonismo exacerbado está vinculado a vertente do que chama de ‘ativismo judicial’. Ao citar exemplos de casos julgados pelo STF que ilustram este ativismo, afirma ser fácil encontrar casos de ativismo judicial em contraponto à exemplos de auto-contenção por parte do STF.

Para o seu autor, esta PEC tem o objetivo de resgatar valores ameaçados pelo ativismo judicial tais como da representação política, a soberania popular e a dignidade da lei. E assim restabelecer o equilíbrio entre os poderes.

Quando da aprovação da proposta de emenda na CCJC, no mesmo dia não tardaram as manifestações dos mais diferentes atores direta e indiretamente envolvidos na aprovação da PEC 33. As primeiras manifestações foram de magistrados e órgãos de classe ligados a magistratura. No mesmo dia o ministro Marco Aurélio do STF referiu-se a PEC como ‘perniciosa’; já o ministro Gilmar Mendes declarou que caso a emenda fosse aprovada, melhor seria que se fechasse o STF.

O então ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Ophir Cavalcante Júnior considerou a PEC 33 uma proposta natimorta ao buscar abolir a cláusula pétrea constitucional da separação dos poderes.

Diversos foram os atores que participaram deste debate. E vários os motivos que podem ser ventilados como fatores responsáveis pela ascensão do poder judiciário, especialmente o STF nos mais diversos assuntos da política cotidiana brasileira, como o televisionamento e transparência de seus julgamentos; maior cobertura por parte da mídia de suas decisões; alteração da composição de seus ministros, escolha de casos sensíveis a opinião pública para julgamento, etc.

Percebe-se vários discursos que defendem a aprovação da PEC 33, sob o ponto de vista eminentemente político, justifica-se no caráter anti-democrático da revisão judicial o combate a expansão do judiciário em questões políticas; o judiciário está invadindo espaço de competência legislativa e ao possuir a última palavra em questões constitucionais acaba por subverter a ordem democrática por seu um órgão não representativo.

Respostas críticas a tal proposição não tardaram a chegar. Sob o argumento eminentemente jurídico, ministros do Supremo Tribunal Federal – STF têm se expressado publicamente pela inconstitucionalidade da proposta. O argumento central dos ministros reside na ofensa à separação de poderes, já que no art. 102 da Constituição da República de 1988 o poder constituinte originário delegou ao poder judiciário, através do Supremo Tribunal Federal - STF, a função de ser o guardião da interpretação constitucional.

A repercussão da PEC 33 extrapolou os limites do confronto institucional entre os poderes quando no ano de 2013 ganhou contornos populares ao ser objeto de protestos por todo o país, sob alegação de ser uma proposta anti-democrática.

Percebe-se que o caráter democrático circunda e dá apoio à defesa de cada um dos três pontos de vista sobre o judiciário ter a última palavra sobre o significado da constituição: o político e a crítica a falta de representatividade eleitoral do judiciário; o jurídico e sua originária função instituída na nova constituição democrática de 1988 e o popular pela descrença em uma melhor atuação legislativa no lugar.

Este trabalho, porém, observará a democracia sob uma perspectiva diversa. Buscará uma abordagem filosófica do contexto da PEC 33, que em maior medida acabará por integrar os argumentos políticos, jurídicos e populares. A abordagem filosófica faz-se importante nesta pesquisa, ao propor novos elementos de justificação sobre quem deve possuir a última palavra na interpretação constitucional em questões sensíveis ao Estado, tais como os direitos fundamentais em uma democracia.

Logo, esta pesquisa busca na vertente filosófica dar respostas ao difícil dilema da ‘última palavra’ em uma democracia. Requer assim uma cuidadosa análise e uma resposta robusta de modo a formar uma idéia clara de quais razões nós possuímos para caracterizar a decisão suprema em uma democracia. Dentre várias perguntas possíveis, questiona-se o que faz ser um regime propriamente democrático? Democracia e revisão judicial são incompatíveis? onde está o lugar apropriado das decisões coletivas em uma democracia? Estas são diferentes questões que não são independentes uma das outras; elas mostram diversos aspectos inseparáveis de uma mesma questão, e esta questão pergunta: o que é democracia?

A busca pelo melhor conceito de democracia perpassa necessariamente ao estudo da filosofia política que a tangencia. Pois uma das funções precípua da filosofia política ao longo da história é o estudo sobre qual seria a melhor forma de governo. Tendo nela também a força argumentativa para gerar a obediência e legitimidade dos cidadãos para com seus governos.

Mas afinal, o que faz um governo legítimo? Tem-se atualmente como a melhor resposta a razão de o governo possuir um regime democrático da maioria e protetor de direitos fundamentais. Desta feita, percebe-se a fácil e forte inclinação a estes dois fatores, como razões legitimadoras de um governo. Porém, quando falta um dos elementos ao outro, ou seja, uma democracia majoritária que agride os direitos fundamentais, ou em contrapartida uma ditadura que respeita em igualdade de consideração e respeito todos os direitos dos indivíduos, há uma predileção média e natural pela legitimidade majoritária em detrimento da legitimidade pela proteção de direitos. Pois a idéia natural, racional, histórica e emocional que a democracia majoritária por representar a soberania popular é caráter suficiente para legitimar a obediência do indivíduo ao Estado. Já que se olharmos para o aspecto isolado da proteção de direitos pode muito bem haver respeito e proteção de direitos individuais em regimes ditatoriais e nem por isso esta forma de governo será considerada legítima.

Percebe-se que a vontade da maioria e os direitos fundamentais não são fatores aparentemente justapostos. A democracia majoritária pode e freqüentemente tiraniza os direitos das minorias (TOQUEVILLE, 1998). Após a segunda guerra mundial e as conseqüências advindas do desrespeito aos direitos individuais, freqüentes foram as constituições que garantiram em seu corpo direitos fundamentais que se opunham à vontade majoritária; a este novo regime foi chamado de democracia constitucional. E apontaram o judiciário, ao largo dos poderes representativos, para realizar a salvaguarda de tais direitos. Daí deriva a ascensão dos tribunais a nível mundial como detentores da última palavra e guardiões de direitos em regimes democráticos, resultando na idéia de conflito entre uma concepção de democracia baseada no processo majoritário e outra concepção de democracia baseada na substancial proteção constitucional de direitos.

Diz-se haver um conflito haja vista parecer contraproducente chamar um regime de democrático quando poucos juízes têm poderes suficientes para derrubar normas legitimamente aprovadas por representantes diretamente vinculados ao detentor do poder soberano, sob argumento de proteção da ordem constitucional. Mas o que de fato seria uma constituição? Ela é sinônima de garantia de direitos fundamentais? Ela se sobrepuja a vontade

popular majoritária? Pode haver democracia sem constituição? E constituição sem um regime democrático? Há direitos que estão acima da vontade majoritária?

De que forma responder tais questões? A concepção de democracia constitucional baseada na teoria constitucionalista de proteção de direitos buscou ser a resposta a essas perguntas. Afinal, a teoria democrática já havia se solidificado em mais de dois milênios de tradição sem garantir aos indivíduos prerrogativas suficientes para frustrar a vontade da coletividade. Assim, de forma natural, a teoria constitucional de proteção do indivíduo contra a coletividade carregou o ônus de se adequar à antiga e já consolidada teoria democrática majoritária. Buscou-se, portanto, nestes últimos quatro séculos de desenvolvimento da teoria constitucionalista de origem inglesa ‘circularizar-se o quadrado’ de modo a obter o encaixe perfeito entre a teoria constitucional com a proteção dos direitos dos indivíduos em face da coletividade de um lado e a teoria majoritária com a soberania de auto-determinação da coletividade em face do indivíduo de outro.

A PEC 33, no contexto brasileiro, deu um novo ar para o polarizado debate. Em sua proposição defende que a melhor opção não seria um conflito entre teorias democráticas constitucionais e majoritárias e sim uma conciliação entre ambas, ou seja, a postura de embate entre legislativo e judiciário para quem deve dar a última palavra sobre a interpretação constitucional deve ser esquecida em prol de uma postura de cooperação mútua entre estes poderes de modo a “induzir o necessário (e hoje inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República” (BRASIL, 2011, p. 9). Este novo conjunto de teorias reunidas sob a denominação de teorias do diálogo (VIEIRA et al, 2010) divergem das teorias democráticas majoritárias e constitucionais. Elas propõem que democracia deva ser entendida sob uma terceira concepção, chamada de democracia deliberativa, pois defendem que ao se priorizar a diálogos deliberativos constantes entre os mais diversos atores envolvidos sobre uma simples questão de quem deve decidir por último, pode-se conseguir compatibilizar esta tensão entre a legitimidade decorrente da auto-determinação da maioria e a legitimidade dos juízes em produzirem melhores respostas para a proteção de direitos fundamentais.

Este trabalho questiona qual destas três teorias é a mais consistente para analisar a papel da revisão judicial na proteção última dos direitos fundamentais. Seria a concepção de democracia majoritária que entende não haver qualquer espaço para atuação judicial na interpretação constitucional de direitos? Ou a concepção de democracia deliberativa que ao privilegiar o diálogo garante espaço para a revisão judicial, negando-lhe apenas a última palavra? Ou a concepção de democracia constitucional que garante a última palavra a revisão judicial para a proteção de direitos? Estas são as perguntas que guiarão este trabalho.

Estado filosófico da questão

Os últimos dois séculos foram tipicamente marcados pelo cientificismo representado pelas teorias positivistas. Na qual viam na pureza e no rigor metodológico, a única forma de se produzir conhecimento científico. Destacava-se o pesquisador neutro, no qual residia um dito poder de abstrair todas as suas pré-compreensões para analisar descritivamente o fenômeno estudado de forma mais imparcial possível. Este modelo positivo, nascido nas ciências naturais, foi ao longo do século XIX sendo importado para as mais diversas áreas das ciências humanas.

Neste ponto da história, aspectos morais já não eram mais bem vindos na Ciência do Direito e na Ciência Política, cada um deveria tratar de seu objeto de forma compartimentalizada e descritiva. Tratava-se de disciplinas que embora portassem assuntos intrinsecamente ligados entre si, viam-se separadas em suas conclusões. A Ciência do Direito (KELSEN, 2000) com a tarefa de manipular as normas através da descrição lógica das mesmas, e a Ciência Política (SARTORI, 1992) com a tarefa de analisar a política tal como ela é era feita.

Argumentos morais não eram bem-vindos para a prática de tais disciplinas. Eram apenas possíveis em outro nível de debate, o chamado filosófico. Este possui apenas *status* teórico por ter em sua própria concepção a falta do fator empírico que é indispensável para o cientificismo metodológico. Durante anos as filosofias política e jurídica ficaram subservientes a uma pretensa cientificidade analítica da política e do direito. E argumentos morais para ambas não passavam de teorias vagas e imprecisas que minariam a pretensão de se ter uma sociedade racional e analiticamente entendida.

Porém este positivismo analítico destacado da moral chegou ao auge de sua crise na segunda metade do século XX. No campo da filosofia da linguagem o positivismo metodológico sofreu severas críticas quando aplicado às ciências do espírito (GADAMER, 1960). O amplo reconhecimento de dispositivos normativos com conteúdos morais em constituições nacionais e tratados internacionais foi o início de um novo tempo para o estudo da teoria política e do direito. Ligado a tais princípios morais abstratos, iniciaram uma grande quantidade de teorias que foram desenvolvidas seja em âmbito político (RAWLS, 1971) e jurídico (DWORKIN, 1977), pois encontraram terreno propício para o retorno da filosofia moral e outros elementos para dentro de suas práticas. Desta forma, teorias que pressupõem a interligação do direito e da política com a moral ganharam força nas últimas décadas.

Além do que, a filosofia jurídica funde-se à filosofia política através da moral inserida na proteção dos direitos individuais sob a base do liberalismo político. Esta é a tônica do pensamento político moderno através das novas constituições.

Logo, uma das principais questões da filosofia política é saber quais características fazem um bom governo? De onde advêm sua legitimidade? Quais são os arranjos que melhor respondem tais perguntas? Tem-se hoje na aceitação do constitucionalismo como possível resposta temporária a tais perguntas. E tendo na proteção dos direitos fundamentais pelas cortes o seu atual arranjo institucional.

Apesar de o cenário atual apontar para um tema já consolidado na filosofia política, haja vista o amplo reconhecimento do modelo americano de revisão judicial pelo mundo. Isto não é o que ocorre na atualidade.

Nos últimos anos reacenderam as discussões acerca da ilegitimidade democrática dos tribunais com novos argumentos (WALDRON, 1999; BICKEL, 1962; KRAMER, 1999; GARDBAUM, 1999). O embate entre democracia e constitucionalismo ainda não foi suficientemente deixado de lado pelos teóricos políticos.

Tais críticas advêm do retorno do debate na filosofia política de qual modelo teórico institucional é o que melhor garante respostas a esta nova sociedade complexa e pluralista acerca de divergências morais.

A teoria constitucional deita sua fundamentação na teoria política de base liberal, pois dá especial atenção ao indivíduo em face da comunidade. Este modelo vem sendo alvo de inúmeras críticas atuais (SANDEL, 1982) ao observar a sociedade apenas sob o aspecto individual, de modo que a comunidade tivesse um papel diminuto. No outro plano o ideal democrático parece reivindicar o oposto, pois a partir de uma base comunitária busca reencontrar o ideal republicano de comunidade que parece perdido ou suplantado pelo modelo liberal. Este tensionamento aparente entre modelos filosóficos fica mais claramente representado quando visto sob a lente da revisão judicial.

De um lado temos o arcabouço da teoria liberal que vê na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos a base estruturante da sociedade, de modo que estes devem ser protegidos da melhor forma possível, indiferentemente se esta proteção for feita pelo poder judiciário. De outro, a visão comunitária de auto-determinação do povo e a sujeição do indivíduo às decisões coletivas importantes para a comunidade como um todo, de forma que possam ser autorizadas restrições aos direitos individuais, na medida em que favoreçam a comunidade. E tais decisões deveriam estar obrigatoriamente nas mãos daqueles que melhor representam o poder popular, ou seja, o parlamento.

A democracia é um conceito histórico e interpretativo (DAHL, 2011, p. 29) em suma seria aquele que todos tomam parte na decisão coletiva. Este regime de governo do povo sempre esteve associado a um princípio majoritário decisório. Na Grécia antiga, berço da democracia, muitos dos teóricos políticos mais famosos da história, tal qual Platão e Aristóteles eram fervorosos adversários do modelo democrático para reger as cidades-estados (DAHL, 2011, p. 18-21). Estes pensadores defendiam que o povo não teria condições intelectuais suficientes para tratar da coisa pública, por conseguinte dever-se-ia abandonar a adoção do regime democrático para não se correr riscos de possíveis decisões irracionais. Para Dahl (2011, p. 17) esta é a primeira fase de transformação democrática, que ocorreu através da expansão da participação política aos homens livres e adultos e através da deliberação direta por maioria em assembleias/ágoras que eram fisicamente possíveis à época.

O conceito de democracia alterou-se com a transformação das cidades-estados e sua democracia direta para o Estado-nação e a democracia em sua forma representativa. Com a chegada do Estado-nação aumentou-se exponencialmente o senso de democracia como tradução da regra de maioria. Neste encontrava-se a pura representação da vontade do povo, indiferentemente do resultado.

Estado político da questão

A democracia estava atrelada a ideia de sufrágio universal periódico em termos iguais a todos os indivíduos, tratava-se de uma questão eminentemente procedimental e matemática de contar cabeças. A ideia de que cada cabeça valia o mesmo que qualquer outra no momento do voto garantiu a impressão que a vontade democrática se transfigurava na simples vontade da maioria. Para Dahl (2011, p. 337) esta é a segunda transformação democrática, através da passagem do modelo cidade-Estado para a criação do Estado-nação e do reconhecimento do modelo representativo como ideal para expressar a vontade do povo.

Muito embora a primeira metade do século XX tenha sido marcado pelo horror de guerras mundiais propostas por Estados que eram considerados democráticos segundo uma concepção majoritária de democracia. Mesmo com sistemáticas violações de direitos individuais em nome da vontade da maioria, esta última não perdeu força. Pelo contrário, o regime democrático majoritário nunca esteve tão em voga quantos nos tempos atuais.

Este é sinônimo de regime ideal a ser alcançado por todo o mundo. Acusam-se regimes do oriente médio de não serem democráticos e, portanto, maus governos. Mas o que realmente significa democracia? A vontade da maioria pode ser restringida por outros ideais

políticos como justiça, igualdade, liberdade, etc? Seria tal restrição anti-democrática? A despeito das diferenças de modelos entre os países, há um modelo institucional democrático melhor que outro? Perguntas como estas ficaram de lado pelo próprio caráter e força retórica que um regime democrático traz por si só.

Como dito, apesar das suas inúmeras variações dentre os países, este regime atualmente pode ser facilmente identificado como aquele em que o detentor do poder soberano é o povo, no qual o exerce através de sufrágios universais e periódicos, seja de forma direta ou através de seus representantes, e que tem na proteção de certos direitos individuais sua pré-condição constitutiva, tendo no nervo de tais direitos a igualdade política e a liberdade de expressão.

Desta forma, percebe-se facilmente que o conceito de democracia adaptou-se ao longo dos séculos. A tônica atual é feita em decorrência do reconhecimento de direitos fundamentais substantivos em constituições como pré-condições da democracia. Tais direitos são considerados como trunfos que se sobrepõem à vontade da maioria (DWORKIN, 1984). O que continua imutável, porém, desde tempos antigos ao atual, é a intrínseca relação entre democracia e regra de maioria.

A proteção substantiva de direitos individuais perante a noção de governo da maioria iniciou um novo debate no conceito democrático, na medida em que estes são expressão de outro modelo teórico institucional criado no século XVII na Inglaterra, conhecido como constitucionalismo e que tinha por espírito garantir limites e direitos individuais frente ao Estado soberano da época (FIORAVANTI, 1999).

Porém, neste século, a teoria constitucional ligada à democracia ainda não estava consolidada, posto que a falta de representatividade do povo na determinação dos limites ao governo minaria a legitimidade deste. O que de fato aconteceu quando da ocorrência das revoluções americana e francesa no final do século XVIII através da criação do poder constituinte. Ambas adotaram um regime em que o poder soberano pertence ao povo, porém limitando este poder expressamente através de um documento pré-constituído. Nasce então a idéia constitutiva de legitimidade popular através do poder constituinte.

Apesar da semelhança na adoção de regimes democráticos baseados em um controle governamental por constituições, o arranjo político destes dois países divergiam sobre qual dos poderes deveria possuir o controle último da constituição. Os franceses e a Europa de uma forma geral, detidos na idéia de soberania popular, conferiam aos poderes políticos tal atribuição, mais notadamente o poder legislativo. Em contrapartida, os americanos conferiram

esta delegação ao poder judiciário ao garantirem a nível constitucional um conjunto de direitos ao indivíduo.

Ao longo do século XIX cada corrente seguiu sua tradição. Na Europa percebia-se a despeito das diferenças constitucionais entre os Estados a delegação da última palavra ao parlamento e uma visão forte de democracia ligada à vontade soberana do povo por intermédio do resultado de suas escolhas deliberativas, tendo por base a idéia de procedimento majoritário. Nos EUA, estabeleceu-se o precedente de supremacia do judiciário para as causas constitucionais, numa visão forte de constitucionalismo e de auto-contenção das possíveis vontades majoritárias contra a constituição e os direitos nela encartados. De um lado do arranjo institucional tinha-se a supremacia majoritária calcada na visão comunitária de soberania popular através dos parlamentares, e de outro, a supremacia constitucional calcada na visão liberal de proteção de direitos por meio dos juízes.

Esta dificuldade no manejo da dualidade entre soberania popular através do senso forte de democracia majoritária, com o de respeito a direitos individuais através do senso forte de proteção de direitos é objeto de estudos até hoje na filosofia política.

Estado jurídico da questão

O panorama do constitucionalismo americano foi marcado pela proteção de direitos individuais a nível constitucional. Este panorama de especial proteção e atenção para com o indivíduo perante a sociedade tem sua origem com o surgimento do Estado moderno e o reconhecimento do *status* do indivíduo como ser político, pautado no uso da razão e idéia de sua centralidade perante o mundo. Este reconhecimento pode ser observado pelo advento da liberdade dos modernos em contrapartida a dos antigos (CONSTANT, 1985), qual seja, a detenção por parte dos indivíduos de direitos em face da comunidade.

Grande parte destas limitações da comunidade perante o indivíduo se deu na defesa da existência de direitos naturais, pois garantiam ao indivíduo certas proteções que nem mesmo o governo tinha o direito de revogar, já que possuíam um *status* superior de proteção (LOCKE, 1998). Com a chegada da era das codificações no século XVIII, paulatinamente estes direitos foram positivados em documentos codificados à exemplo de leis e constituições. Porém, pela lógica da proteção de direitos que não poderiam ser violados nem pelo governo, logo surgiu a pergunta eminente de qual seria o melhor arranjo institucional responsável por respeitá-los, ou seja, qual seria o poder responsável por garantir e protegê-los mesmo contra a vontade da maioria deliberativa.

Dois caminhos foram criados, o primeiro e mais natural, calcado na idéia de democracia e governo majoritário, defendia que tais direitos deviam ser reconhecidos e protegidos pelo poder que melhor representasse o espírito e os anseios do povo como um todo, este seria o parlamento.

Na outra ponta, uma teoria mais contra-intuitiva foi desenvolvida, peculiar por sua preocupação com funcionamento das instituições e não tão somente com o desenho das mesmas. A teoria americana capitaneada por alguns artigos dos Federalistas (FEDERALISTA, 2003), desenvolveu uma elaborada e nova engenharia institucional, que tinha entre suas finalidades o controle e contra-pesos naturais entre os poderes e sobre eles mesmos, além do reconhecimento de direitos que não poderiam ser eliminados pelo governo, ou seja, direitos de proteção contra a força estatal.

Sobe o ponto de vista atual pode-se dizer que a história institucional política ao longo destes mais de dois séculos deu razão ao projeto americano. Ou seja, uma abordagem liberal que além de primar pela proteção de direitos individuais em face de uma maioria política deu ao judiciário o papel de proteção última dos mesmos.

O modelo de controle de constitucionalidade americano, pautado na revisão judicial, se espalhou pelos mais diversos países do mundo, especialmente após a segunda metade do século XX. E consolidou uma teoria constitucional de proteção substancial de direitos individuais como ideal político constitucionalmente desejável frente ao ideal político democrático de aporte puramente comunitário.

Com isso, observou-se o reconhecimento da supremacia substancial das constituições perante seus respectivos ordenamentos jurídicos pelo mundo (CARBONELL, 2007), e de forma mais recente no Brasil (BARROSO, 2009). Este fenômeno que na teoria do direito se convencionou chamar de neoconstitucionalismo (BONGIOVANNI, 2009) traz entre seus principais aspectos; a superioridade normativa da constituição perante as leis; o reconhecimento de conteúdo e interpretação moral nos dispositivos de direitos fundamentais; e sendo conferido ao judiciário o poder de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional ao ser considerado como o guardião natural da constituição.

Delimitação do objeto

Este trabalho partirá de uma discussão eminentemente teórica, porém com ponto prático certo, qual seja, o questionamento sobre a possível adoção do modelo institucional proposto pela PEC 33. Diz-se teórico, haja vista, não retratar em maiores detalhes nenhum dos

modelos institucionais de controle de constitucionalidade nos diversos países que o adotam. O que não obstará menções a determinados sistemas de controle de revisão judicial quando necessárias para se entender na prática as decorrentes dos estudos teóricos. E acabará por refletir em maior medida o próprio sistema brasileiro, por intermédio do debate teórico que foi suscitado em grande medida após a aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, que de forma geral, dentre outros assuntos concernentes ao poder judiciário, retira deste a última palavra em matérias de emenda constitucional; aumenta o *quorum* necessário para a exclusão de uma lei do ordenamento jurídico sob fundamento de inconstitucionalidade; aumenta o *quorum* necessário para aprovação de súmula e atrela seu valor vinculante a posterior deliberação pelo Congresso Nacional.

Observar-se-á de forma ampla os dois primeiros pontos desta proposta - artigos 1º e 3º respectivamente - como essenciais à delimitação do debate teórico do trabalho, haja vista estarem neles encarnados na prática o embate filosófico e político sobre a revisão judicial. De forma mais analítica ter-se-á como objeto especificamente ao art. 3 da proposta, posto estar situado no âmbito da última palavra ao versar sobre o controle de constitucionalidade de uma emenda constitucional, justificando-se por ser este o último passo deliberativo que o poder constituinte derivado pode chegar antes de uma ruptura constitucional.

A partir da delimitação do objeto de pesquisa aos projetos de emendas constitucionais que podem ser em última análise barrados pelo poder judiciário, outra questão se põe de forma sucessiva. Qualquer norma constitucional pode ser objeto ativo de controle judicial? Este trabalho terá como foco as normas que versem sobre direitos fundamentais, seja por razões da própria extensão limitada de pesquisa a nível de dissertação, que pelo próprio caráter intrinsecamente ético-moral neles contidos e essenciais para quem adentra no desenvolvimento de uma teoria filosófica política abrangente sobre democracia.

Hipóteses

Parte-se de três teorias democráticas apresentadas a fim de defender qual deve ser o papel desempenhado pelo judiciário na última palavra sobre a proteção de direitos fundamentais. Três hipóteses foram igualmente apresentadas por este trabalho. A primeira defende (WALDRON, 1999; 2000; 2006) que em uma democracia majoritária, não cabe ao judiciário qualquer papel ligado a interpretação e defesa dos direitos fundamentais; a segunda defende (BICKEL, 1962; KRAMER, 1999; GARDBAUM, 1999) que em uma democracia

deliberativa, o judiciário pode auxiliar na interpretação de direitos, porém nunca como a última palavra; a terceira defende (DWORKIN, 1995; 2006a; 2006b; 2011b) que em uma democracia constitucional caberia exclusivamente ao judiciário dar a última palavra na interpretação de direitos.

Dentre as três teorias democráticas apresentadas defendemos a hipótese de que no estado atual do debate, a teoria democrática de Ronald Dworkin é a mais consistente para justificar qual o papel da revisão judicial na proteção última dos direitos fundamentais, porque ao buscar integrar a democracia com outros valores políticos advindos de uma moralidade política na forma de uma teoria integrada de valores, nos leva a observar os direitos fundamentais como pré-requisitos estruturantes da legitimidade política do próprio regime democrático. Desta feita, por seu papel intrínseco na proteção de direitos, observa-se a supremacia da revisão judicial na interpretação dos direitos fundamentais como uma prática intrínseca da democracia e não como se costuma observar, uma prática anti-democrática.

Metodologia

A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica realizada a partir de uma análise comparada e crítica das obras de referência dos autores que versam sobre o tema ora pesquisado. Serão, para tanto, adotados os autores Ronald Dworkin (1995; 2001; 2002; 2006a; 2006b; 2011b) e Jeremy Waldron (1999; 2000; 2006) como principais referências, haja vista pensarem de forma diametralmente opostas quanto ao caráter da revisão judicial e suas argumentações acabam por se interligar e gerando um rico e franco debate que perpassam da simples análise da fundamentação teórica da própria revisão judicial até debates político-morais que dela derivam. Serão também abordados autores como (BICKEL, 1962; KRAMER, 1999; GARDBAUM, 1999) que defendem uma abordagem intermediária deste debate polarizado entre Dworkin e Waldron, propondo soluções próprias que valorizem o diálogo e uma concepção deliberativa de democracia.

De modo a dar encaminhamento as três hipóteses lançadas por este trabalho necessário será analisar em cada um dos capítulos os argumentos colocados pelos autores de modo a defender seus pontos de vista sobre a hipótese constante no início de cada capítulo. Para ao final de cada capítulo, analisaremos criticamente os pontos fortes e fracos dos argumentos centrais lançados, a fim de concluir pela adesão ou rejeição à hipótese ventilada.

Estruturação dos capítulos

O trabalho tem por composição três capítulos.

O primeiro versará sobre a abordagem majoritária de democracia de Waldron (1999; 2000; 2006) na defesa de uma supremacia parlamentar baseada na garantia e proteção de direitos na qual atacam-se principalmente os argumentos que legitimam a revisão judicial baseada em direitos, tendo entre os principais argumentos uma teoria do desacordo moral. Posteriormente, será melhor desenvolvido seu pensamento político baseado em uma teoria da autoridade de modo que este autor possa defender e eleger o direito de participação como sendo o maior dos direitos que um indivíduo pode obter, posto que respeita a igualdade política.

No segundo capítulo será abordado a teorias que defendem um modelo democrático calcado em uma concepção de democracia deliberativa de modo a encontrar uma face comum entre as diversas teorias que defendem o diálogo institucional. Para tanto serão analisados diversos autores, tais como (BICKEL, 1962; KRAMER, 1999; GARDBAUM, 1999). Busca-se desta forma observar se uma teoria de base conciliatória acerca do papel de da revisão judicial na proteção de direitos fundamentais apresenta-se satisfatória.

O terceiro capítulo versará especificamente sobre os trabalhos de Dworkin (1995; 2001; 2002; 2006a; 2006b; 2011b) acerca da relação entre a revisão judicial e a democracia. Na qual são introduzidos conceitos chave, tais como a diferença entre argumentos de política e de princípios e a inarredável necessidade de uma leitura moral da constituição. Para a partir destes conceitos desenvolver seu esforço na tentativa de justificar o papel fundamental da revisão judicial em uma democracia, através de uma concepção constitucional de democracia. E assim sustentar que quando juízes se manifestam pela proteção de direitos de forma última, não causam danos à democracia, mas a promovem.

Capítulo 1

1. Democracia Majoritária: a Supremacia Legislativa na Filosofia Política de Jeremy Waldron:

Introdução

A demonstração que desacordos sobre questões morais são inevitáveis, de modo a não haver preferência qualitativa dos argumentos da corte sobre o parlamento é o argumento central, e da qual irradia todos os outros argumentos de Waldron para negar qualquer papel da revisão judicial na proteção de direitos. Logo, ter-se-á como hipótese neste capítulo que o papel exercido pela revisão judicial na proteção de direitos é totalmente incompatível com a concepção majoritária de democracia.

1.1 Democracia e regra de maioria

1.1.1 Última palavra: O desacordo sobre direitos

No início de seu livro *Law and Disagreement* (2001, p.1), Waldron afirma que naturalmente as pessoas discordam sobre justiça. Esta afirmação vai permear todo seu argumento crítico contra a defesa do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário.

Para Waldron, a existência do desacordo é justamente a chave para a construção de instituições democráticas, e desta forma, quando os filósofos lançam mão de teorias que se pretendem corretas em contraponto a outras possíveis acabam perdendo a força discursiva que o dissenso provoca. Portanto o desacordo, fenômeno este atrelado ao pluralismo das sociedades contemporâneas, traz novas perspectivas para o debate democrático contemporâneo.

Para Waldron, se há um amplo reconhecimento que desacordos sobre questões morais tais como direitos e justiça são inevitáveis, então deve ser repensado a necessidade institucional da revisão judicial, posto que se esvai o argumento que as cortes elaboram melhores argumentos de princípio que o parlamento. E ao não poder se chegar a qualquer solução conclusiva do mérito substancial de questões morais, a única forma de garantir legitimidade a quem deve dar a última decisão por direitos justifica-se por uma teoria da autoridade.

A partir do reconhecimento que deve haver uma teoria da autoridade baseada no reconhecimento do desacordo permanente em âmbito moral, Waldron alicerça as bases de sua defesa por uma teoria da autoridade baseada no fortalecimento do parlamento em face do judiciário. De modo a defender uma teoria de supremacia parlamentar Waldron atacará os argumentos em defesa de um controle judicial dos atos legislativos em duas frentes principais, a primeira na idéia do valor intrínseco de justiça que é encontrado no método decisório majoritário através da igualdade política. E a segunda na desqualificação da revisão judicial como *locus* privilegiado para se obter respostas moralmente corretas.

Waldron denuncia o argumento em prol da supremacia judicial que se baseia na ideia do parlamento como supressor das minorias. Para ele (2001, p.8) o argumento contra-majoritário levantado para defender uma postura de defesa da revisão judicial é a principal teoria utilizada para legitimar a supremacia judicial, em face de uma condição natural dos órgãos de deliberação em suprimir os direitos das minorias. Porém para Waldron este argumento falha ao não garantir ao povo a liberdade necessária para deliberar e decidir por si próprios, na concepção mais genuína de democracia ligada ao auto-governo.

Desta forma, além da teoria dar especial ênfase a idéia de auto-governo, também dará importante atenção a teoria dos direitos fundamentais pois ao reconhecer que os direitos possuem natureza eminentemente principiológica e abstrata, esta abstração levará inevitavelmente as cortes a discordarem sobre o seu conteúdo e aplicação. E a partir do reconhecimento deste desacordo, Waldron questiona quais são as razões que justificam a prevalência das decisões das cortes sobre o parlamento.

A fim de recuperar uma ‘dignidade perdida’ pelo parlamento, Waldron terá que enfrentar o maior obstáculo para a solidificação de uma democracia parlamentar, qual seja, a inscrição nas constituições de direitos fundamentais detentores de uma blindagem majoritária. Esta blindagem é o maior sintoma da referida perda de dignidade por parte do legislativo, pois sua evocação se deu justamente pela preocupação com a irremediável tirania da maioria parlamentar, em face dos direitos das minorias desprotegidas pelo imparcial judiciário.

Porém, tais direitos por sua natureza moral abstrata, também são sujeitos a desacordos sobre o que eles realmente significam. Para Waldron existem três tipos de desacordos (2001, p.11), o primeiro versa sobre o que cada um deles significa, o segundo tange a incerteza sobre quais direitos de fato possuímos e o terceiro versa sobre os direitos que muito embora possuam um mínimo de consenso sobre o que significam abstratamente, mas acabam por divergir no momento de sua aplicação prática.

Waldron alega que é uma questão de perspectiva a idéia de que maiorias naturalmente suprimem as minorias, pois a possibilidade de desacordos de boa-fé sobre os diferentes aspectos dos direitos, não leva necessariamente a tirania do lado majoritário sobre o minoritário. Pois quando alguém vota de boa-fé segundo seu pensamento pessoal sobre um questão coletiva, não significa que este será tiranizado por sua opinião ter perdido no foro majoritário, para Waldron a tirania não se presume da perda no foro majoritário. Por isso afirma (2001, p. 13) que não há que se falar em tirania quando a opinião de um indivíduo não for aceita na comunidade em que ele pertença, pois a perda em âmbito majoritário não obrigatoriamente vincula a um ato tirânico. Acrescenta que o importante reside na opinião da pessoa ser levada em consideração, pois deste modo a decisão vencedora não violará a liberdade da opinião perdedora, posto que é natural que ocorra discordância da parte minoritária perante a maioria.

Observa que há uma má compreensão sobre a legitimidade do desacordo, pois os indivíduos raciocinam sobre direitos segundo seus interesses e esta não é a forma legítima de se deliberar, pois quando os interessados expressam suas opiniões seguindo um espírito público de decisão, naturalmente suas opiniões não refletirão mais seus interesses e sim opiniões que buscam uma decisão correta. E a partir destas opiniões baseadas no espírito coletivo e não individual é que o respeito à decisão majoritária deve prevalecer, pois mesmo que tal decisão não esteja necessariamente correta, também não está necessariamente errada.

Waldron ao adotar esta premissa de boa-fé dos indivíduos em suas opiniões ressalta que deve se fazer distinguir os direitos que as minorias pensam que possuem segundo seus próprios interesses e o direito das minorias que de fato são resultados de um acordo coletivo legítimo. Pois para ele as opiniões e votos das pessoas são por vezes não influenciados por interesses próprios, o que leva a conclusão empírica que as pessoas deliberam segundo uma boa-fé coletiva.

Percebe-se que o autor defende seu argumento na suposição de que os indivíduos deliberam através de opiniões imparciais de forma freqüente. Muito embora na prática isto por vezes não ocorra. Para Waldron, (2001, p. 15) uma teoria democrática necessita buscar tal qualidade. E na possibilidade de deliberarem sob força de opiniões imparciais e de boa-fé não haveria motivos para que o desacordo sobre direitos fossem decididos também de forma majoritária em última instância por poucos juízes, haja vista que eles da mesma forma discordam sobre os mais diversos aspectos que determinado direito traz. Critica-se desta forma a paralisação abrupta que a revisão judicial traz quando da discussão sobre os termos do desacordo sobre direitos.

Na perspectiva de que a existência de desacordos é inafastável na política, faz-se uma defesa apressada e equivocada em favor do judiciário, pois quando defende-se a revisão judicial sob a justificativa de melhor proteger direitos, esquece-se que tais direitos estarão inexoravelmente sujeitos a discordâncias pelos juízes. Portanto, para Waldron deve ser encontrada na legislação e não na decisão judicial a possibilidade de um processo deliberativo complexo e que leva as questões de desacordo de modo sério. Ele nega a revisão judicial este papel e afirma o foro legislativo como o melhor posicionado para tomada de decisões acerca de direitos.

1.1.2 A regra de maioria e o respeito a igualdade política

Para Waldron a justificação a favor da revisão judicial está condicionada ao medo da forma como o legislativo delibera democraticamente, ou seja, através da regra de maioria. Pois a corte teria a nobreza de decidir segundo princípios quando da decisão sobre direitos, enquanto que o legislativo não teria tal qualidade, pois estaria eivado de interesses. Logo, em consonância com a teoria constitucional contemporânea deve-se garantir aos direitos fundamentais independência das deliberações majoritárias, e assim, torna-se natural retirar esta atribuição da instituição que tem na regra majoritária seu principal processo decisório, qual seja o parlamento.

A teoria constitucional contemporânea que vem garantindo a primazia do indivíduo em relação ao coletivo através da soberania da revisão judicial apresenta-se para Waldron como uma ameaça ao princípio republicano. Tendo como expressão maior da aplicação da primazia republicana do coletivo sobre o que chama de princípio majoritário, também conhecido como regra de maioria.

Ao falar da regra de maioria argumenta que esta não foi devidamente defendida ao longo da história da civilização, desde sua criação pelos gregos, até os filósofos políticos modernos tais como Hobbes e Rousseau (1999, p. 124). Porém este método decisional resiste até os dias atuais, na medida em que é empregado em larga escala por grupos que se consideram iguais.

Ao que tange a acusação do processo majoritário ser arbitrário, para Waldron é uma questão que possui diversos aspectos. Sendo o mais importante deles justamente aquele que confronta sua excessiva veia arbitrária a sua carência de racionalidade. Logo, afirma-se que questões importantes não poderiam ser alvo de um simples procedimento aritmético de contar cabeças, visto estarem tão próximos a propiciar riscos de injustiça e opressão.

Waldron ao defender a atuação do legislativo em sua melhor luz diz que de fato podem ocorrer supostas arbitrariedades no processo parlamentar, mesmo quando visto sob sua melhor perspectiva deliberativa. Porém, a possibilidade de ocorrer arbitrariedades nas decisões judiciais são igualmente simétricas, pois também existem motivos para acusar o judiciário quando profere decisões dissidentes, haja vista também utilizarem o princípio majoritário na tomada de suas decisões.

Jeremy Waldron, portanto, busca uma abordagem filosófica a fim de garantir respeitabilidade ao princípio majoritário. Para ele (1999, p. 148) a sustentação do procedimento majoritário é baseada na possibilidade de sua legitimação, tendo-se como mínimo comum que todos os indivíduos devam possuir uma métrica igualitária ao que tange seus votos, e assim, a regra de maioria legitima-se pelo consenso na dotação de *status* de igual reconhecimento de voto a cada um dos cidadãos.

Portanto garante-se a forma mais equitativa de procedimento, pois ao buscar garantir ao indivíduo a maior quantidade possível de igualdade compartilhada entre todos; acaba por vincular o procedimento democrático a argumentos de justiça, por estar vinculando o voto majoritário ao princípio igualitário.

Logo, a melhor maneira de proceder em situações de grande desacordo seria através da regra de maioria. Pois, dentre as proposições dos indivíduos uma deve ser escolhida coletivamente, independentemente dos desacordos que podem vir a surgir. Haja vista inexistirem para Waldron, locais ou instituições infalíveis na tomada de suas decisões.

Cumprir alertar que a igualdade no poder de voto dentre todos os participantes da decisão coletiva, por si só, não garante como resultado a revelação da decisão correta, já que trata-se da coleta de visões e opiniões individuais. Porém garante que cada indivíduo tenha na sua decisão o maior peso possível de voto, em comparação à igualdade de peso dentre todos os outros. E desta forma, as visões e opiniões do indivíduo singular ganham decidibilidade, pois se tornam igualmente decisivas em comparação ao todo.

1.2 Supremacia legislativa perante a judicial

1.2.1 A última palavra: O desacordo moral sobre direitos

Dentre os principais argumentos em prol da revisão judicial estão a necessidade da proteção de direitos contra as vontades majoritárias parlamentares e a proteção de conteúdos substanciais de justiça em uma democracia. Waldron discorda destes argumentos em prol da

revisão judicial pois não se trata de uma questão sobre substância e sim de procedimento. Em comparação com a visão substancial ele pensa ser menos equivocada uma abordagem procedimental para a revisão judicial por não haver método que inexoravelmente leve a respostas e decisões justas.

Ao buscar enxergar a revisão judicial por meio de uma visão procedimental, Waldron busca afastar a ideia que fundamenta o direito de decidir do juiz, em vista a sua suposta proteção e garantia de direitos. Para ele a justificação para a última palavra estar no judiciário é apenas uma escolha institucional.

A partir desta abordagem procedimental simples da revisão judicial pode-se chegar ao centro do problema. Pois existe a argumentação de que a revisão judicial é a única responsável e capaz de trazer limites substanciais à vontade da maioria representada pelo parlamento. Esta abordagem para Waldron acaba por mascarar a verdadeira questão de fundo. Haja vista não haver garantias que na adoção da revisão judicial, ter-se-á como resultado intrínseco limites substantivos às decisões majoritárias da coletividade. Desta forma, em sua definição procedimental ou formal de revisão judicial o poder judiciário não pode estabelecer limites substantivos às decisões.

Deve-se haver o esforço em caracterizar as instituições com feições procedimentais, já que elas são imprescindíveis para o término do processo deliberativo coletivo. Assim, mesmo no caso de decisões substanciais por parte da revisão judicial, estas decisões terão obrigatoriamente que trazer um modelo procedimental vinculado de modo a decidir qual daquelas visões substanciais será a vencedora. E tão logo adentrado no âmbito substancial das diversas decisões de caráter deliberativo coletivo, não terá fim a possibilidade de revisitar a matéria e mesmo assim nunca se chegar a uma decisão conclusiva e correta, pois sempre haverá o questionamento de quem decide por último.

Questionamento que o está na base da teoria da autoridade, haja vista sempre existir aquele que irá controlar o controlador. E nesses casos, o detentor da última palavra deve ser justamente aquele dotado do poder da autoridade. Pois no caso de se ter o judiciário como controlador do legislativo, de forma lógica, pergunta-se quem será o controlador do judiciário? Pois caso o poder judiciário erre ao decidir, não haverá a quem recorrer. E assim, dever-se-á apenas aceitar o erro.

Assim pergunta-se quem deve possuir a palavra final? Para a visão procedimental esta é a pergunta mais importante ao invés de perguntar-se qual decisão optar. Logo, o importante torna-se a forma e não a substância. Pois caso a substância da decisão fosse garantir a sua

legitimidade, tão logo aquelas pessoas que discordassem do conteúdo das mesma iriam desobedecê-la. Isto levaria na concepção Hobbesiana, a uma volta ao estado de natureza.

Para Waldron uma descrição de Thomas Hobbes como defensor de supremacia da Constituição seria um equívoco. Haja vista que para este filosofo inglês a supremacia não pode ser definida na presença ou ausência de limitações substantivas, mas pelo próprio procedimento, ou seja, pela escolha da autoridade que irá decidir. Assim Hobbes, na possibilidade de observar o sistema constitucional moderno, afirmaria que a supremacia está nas supremas cortes e não na constituição. Tão logo isto é observado, o papel das cortes supremas fica esvaziado já que seu papel como defensoras substantivas de direitos e da própria constituição não é possível segundo uma visão procedimental. Estas simplesmente terão a prerrogativa de decidirem por último e nada mais.

Portanto, observa-se que qualquer que seja o poder soberano este deve ser definido de forma procedimental. E de forma subsequente não estar rodeado por aspectos e limites substantivos. Também se deve observar que tanto John Locke (1998) como especialmente Hobbes (1999) acreditavam que certas leis naturais se opunham e se sobrepujavam ao poder soberano. Esta razão dava-se em função da discordância entre as pessoas sobre o significado do certo e errado, ou do bem e do mal. Porém para Hobbes, agir na sociedade civil segundo essas visões conflitantes, levaria os indivíduos em retrocesso novamente ao estado de natureza. Logo, o único modo a fim de evitar tais discordâncias entre pessoas e emperramentos sobre a tomada de decisões coletivas naturalmente resultantes dos desacordos individuais seria resolvido através da escolha de algum procedimento que dirimisse tais querelas. E os indivíduos ao não darem conta de resolver tais desacordos trariam como consequência lógica a falta de certeza, previsibilidade e ordem. Afetando uma sociedade, quando esta é baseada apenas na supremacia de valores substantivos e vagos.

Fomenta-se, portanto, o procedimento sob a matéria, não há como fugir do mesmo. Haja vista não ser possível a construção de um procedimento político que por si só garanta a tomada da decisão justa, não há também como minar a defesa do procedimentalismo quando este tomar decisões incorretas. Não há como garantir respostas certas ou erradas *a priori*, logo, não existe abalo na descrição da revisão judicial como aspecto simplesmente formal.

Este modo de pensar afeta diretamente a argumentação contrária que afirma ser a revisão judicial substantiva essencial para assegurar e resguardar os direitos fundamentais. Waldron de fato aceitaria que os juízes façam referencia aos direitos fundamentais quando da tomada de suas decisões, porém objeta que estas decisões serão feitas de forma substantiva, pois o que se terá por decisão não será nada mais do que a vontade pessoal dos juízes

materializada na decisão, pouco importando se de fato ela estava em consonância material com os direitos fundamentais ali protegidos. Para Waldron, o que está decidido sob forma de última palavra, está decidido. Pouco importando seu conteúdo, pois não haverá como mudá-lo. Juízes podem errar e, com isso, dar decisões diametralmente opostas à proteção material de direitos, mas nem por isso poder-se-ia desobedecê-las. Por tais motivos faz-se melhor a busca por uma meta procedimental, já que além de isenta, não está preocupada com o acerto ou erro inevitável das metas substantivas.

A história das decisões dos mais de 200 anos de existência da Suprema Corte Americana mostra que esta já errou em muitos casos que envolviam direta ou indiretamente a proteção de direitos fundamentais. Porém, o resultado equivocando da decisão final dos juízes não pode ser desobedecido por tal motivo, ou seja, por mais que persista a grande inquietação de que a resposta foi incorreta, esta deverá ser obedecida. Assim funcionam as regras. Logo, a existência de um conjunto de princípios substantivos, que estão expressados nos direitos fundamentais não leva à lógica que devemos caracterizar a revisão judicial de modo anti-procedimental. Pelo contrário, na visão procedimentalista seria mais correto a revisão judicial funcionar segundo este duplo procedimento, quais sejam, a definição do momento em que o judiciário e o legislativo discordam. Quando este caso for levado ao Judiciário para a revisão judicial, a visão do judiciário deverá prevalecer, independentemente se estiver certa ou errada, basta obter a maioria.

Dito isto, observa-se que a revisão judicial não é apenas entendida como o procedimento que garante a igualdade das partes que ali deliberam, mais também está intimamente relacionada ao procedimento majoritário como sendo o método que se deriva e melhor expressa tal igualdade procedimental.

Por tal razão, Waldron (1993, p. 50) relembra este impasse dos juízes, tal qual o parlamentares, de utilizarem por fim o método de regra majoritária. Este impasse chamado de ‘dificuldade contramajoritária’ nos faz pensar na comparação entre as cortes decidindo por regra majoritária e uma diversidade de homens e mulheres decidindo também por maioria e como resultado de tal comparação, observar-se-á que a questão de ‘quem deve participar?’ apresentará sempre prioridade sobre a pergunta ‘como eles decidem quando ocorrem discordâncias?’

Assim, Waldron não considera as cortes supremas como sendo instituições contramajoritárias. Pelo contrário, ele acredita que elas utilizam-se deste método para tomar todas as suas decisões, indiferentemente se possa haver unanimidades ou não. Além do que, apesar dos votos dos magistrados estarem em alguns casos, altamente justificados e com

grande peso argumentativo, esta qualidade acaba por não ter nenhum peso a mais no seu voto. Pouco importa a quantidade de pesquisa e qualidade técnica do voto, ao final este será mais um voto, que se somará de forma equitativa com os demais. Trata-se da mesma fórmula utilizada em referendos e algumas eleições, tendo-se apenas como diferença a questão numérica, com a presença de poucos na revisão judicial e a presença de milhões nas deliberações populares.

Um dos pontos específicos na defesa da revisão judicial está no fato de haver a possibilidade de violação de direitos por parte dos legisladores e que depois de tomada tal decisão estes não seriam capazes de corrigir a si próprios em tal equívoco. Porém, para garantir força a tal afirmação deve se supor que há como demonstrar de forma clara, que determinada legislação violou direitos e que conseqüentemente, por ser claramente perceptível tal equívoco, o próprio legislativo poderia se dar conta se produziu erros e desta forma corrigi-los ou não. Todos são passíveis de erros em questões de mérito, até mesmo aquele que decide por último.

Se for insistido em um modelo de revisão judicial substancial, que têm sob seu lastro a força argumentativa que protege direitos, na medida em que houverem desacordos morais legítimos e de boa-fé acerca do mérito da decisão tomada, obrigatoriamente deverá se instituir um método procedimental para solucionar tal impasse e este método irá revelar qual dos divergentes argumentos deve favorecer. Não há como se esquivar dos procedimentos para tomada de decisões políticas em sociedades com pluralidade de opiniões. Existe a necessidade imperiosa de haver o argumento a ser seguido, por mais que discordemos dele. Trata-se de uma das questões básicas da política, qual seja, a existência e persistência do desacordo. E até mesmo questões substantivas como as de direitos fundamentais não conseguem ficar alheias à tais circunstâncias. Pois em uma sociedade, talvez mais importante que uma boa decisão seja existência e aplicação de uma única decisão que retrate unicidade e firmeza, ainda que inexoravelmente haja indivíduos que não a compactuem.

1.2.2 Direito a participação popular: o direito dos direitos

Para Waldron (1999, p. 232) todo indivíduo possui o direito contribuir na elaboração das leis, este para ele é o direito dos direitos de cada pessoa. A partir desta idéia, Waldron desenvolve outra parte de seu pensamento que se volta contra a revisão judicial.

Muito embora a expressão ‘o direito dos direitos’ a primeira vista aparente dotar de maior importância tal direito de participação política, em relação aos outros direitos, ou até

mesmo aqueles na qual este possa conflitar, mas não é esta a intenção do autor neozelandês. Este papel destacado do direito de participação em uma teoria de direitos fundamentais não se trata de prioridade hierárquica e moral em comparação a outros direitos. Mas sim, um direito que é especialmente apropriado quando há discordâncias pelos próprios indivíduos acerca de quais direitos eles próprios possuem. Portanto, o direito a participação pertence ao campo da teoria da autoridade, posto que servirá para definir quais direitos os indivíduos fazem jus ou não.

O direito de participação na política é primordial, não só pela legitimação que traz ao próprio governo democrático, mas essencialmente ao próprio indivíduo, pois a partir deste direito é possível o compartilhamento do poder de tal forma que cada indivíduo possua exato e igual compartilhamento em relação a este poder e também em relação as demais pessoas. Poderia se pensar na insignificância de tal poder quando compartilhado entre milhões, porém se este for o pensamento, através dele também poderia ser questionado se de fato vale a pena o direito ao voto.

De outra sorte, também poderia se questionar a diminuta força de impacto quando da divisão da autoridade política. Desta forma, dificultaria o reconhecimento da participação como o direito dos direitos. Pois não há interpretação que mostre igualitária a relação de força de impacto político entre um legislador e um cidadão comum. Porém para Waldron, a questão do fundamento do direito à participação não reside na perspectiva da quantidade de impacto na política que cada indivíduo deve ter, mas sim na idéia de se evitar que as visões contrárias nas mais diversas questões políticas façam um indivíduo sofrer desigualdade na métrica do voto a outro. Trata-se de um método procedimental a fim de evitar a desigualdade no momento do voto, e as conseqüências que daí resultam. Pois caso ocorra exclusão total do indivíduo da participação coletiva, este perceberá que foi injustamente denegrido o seu direito de decidir questões coletivas que a ele importam.

A questão não se volta a mínima diferença que o voto da pessoa individualmente irá impactar em relação a decisão do todo, mas sim reforça-se a idéia de que este indivíduo, como todos os demais, seja efetivamente tratado como igual nos mais diversos assuntos que estejam sendo deliberados de forma majoritária.

Pela própria importância atribuída ao direito de participação por Waldron, necessário é formular uma defesa que vá além de argumentos de caráter instrumental. Pois na medida em que o exercício do direito ao voto pode trazer tanto conseqüências positivas como negativas, poder-se-ia pensar em um novo modelo procedimental diferente do majoritário que visasse promover determinados objetivos coletivos, de maneira a acentuar as conseqüências positivas

e reduzir as negativas. Porém, mesmo que esta fórmula fosse desenvolvida, a definição de quais seriam estes objetivos coletivos ainda sim seriam controversos.

E estando justamente na definição desses objetivos coletivos que o direito de participação toma sua melhor luz. Haja vista que o processo político é responsável não apenas pela formação de quais serão os objetivos coletivos escolhidos, como também qual será o conteúdo e de que forma serão coletivamente compartilhados os direitos individuais. Se por ventura houver discordância sobre quais direitos são possuídos pelas pessoas, a especificação destes direitos deve ser feita por intermédio direto ou indireto da participação política.

O alerta de Waldron é direcionado as divergências de opiniões sobre quais direitos os indivíduos possuem e a necessidade de estabelecer-se uma visão comum sobre quais seriam eles. E quando posto o problema sob esta ótica, de forma lógica pergunta-se quem então terá o poder para decidir? o direito de participação apresenta-se então como ‘o direito dos direitos’, haja vista que os indivíduos nas quais possuem direitos que estão em jogo devem também possuir inexoravelmente o direito de participar em termos equitativos aos demais na decisão.

A força gravitacional que a participação democrática exerce sobre o problema de desacordo sobre direitos é de fundamental importância, visto que quando ancorada por uma teoria da autoridade que o legitima poderá demonstrar que o reflexo direto do poder de participação está representado no parlamento. E este deve por fim obter o poder de decidir sobre questões que envolvam a criação, promoção e proteção de direitos.

1.3 Observações críticas

Cumprido neste momento analisar os argumentos de Waldron contra o uso da revisão judicial em uma democracia majoritária.

Ao que tange seu discurso de inevitabilidade de desacordos morais entre indivíduos que agem de boa fé, pode-se chegar até a concordar que ao não se conseguir realizar um consenso sobre proteção de direitos, deve-se utilizar como meio de solucionar tal disputa um procedimento justo. Mas logo nos perguntamos, qual deve ser este procedimento? A regra de maioria pode ser de fato uma opção, porém em algumas circunstâncias podemos pensar que teríamos melhores resultados através de um procedimento que garanta a certas pessoas mais *expertise* no assunto em desacordo que outras. Assim, em alguns casos especiais poderíamos reconhecer que certas pessoas possuam maior capacidade de discernimento sobre determinadas questões e ao possuir esta *expertise* especial, acabam por posicioná-los como melhor qualificados para decidir estas questões. Podemos pensar que certas pessoas reúnem

melhores condições para chegar a uma correta decisão em uma questão particular, e desta podemos pensar que as suas opiniões são mais confiáveis.

A partir do momento que consideramos certas questões como importantes, e passíveis de desacordo, devemos buscar a melhor explicação possível. E para que isto ocorra fundamental se faz a independência em relação a qualquer outro órgão de controle hierarquicamente superior.

Waldron utiliza-se de forma prematura o argumento a favor da regra de maioria quando critica o judiciário por sua função anti-majoritária. E não fica claro em seus argumentos o porquê do procedimento decisório majoritário realizado pelo legislativo ter necessariamente preferência em relação a outros procedimentos que podem garantir mais peso a aqueles melhores situados para decidir determinadas questões.

A defesa de Waldron de que quando o desacordo é inevitável, ter-se-ia o voto de maioria como o único método justo de proceder não leva em consideração o bom argumento e a *expertise* na produção do mesmo. Ao reconhecer os direitos fundamentais como textos morais e abstratos, Waldron engaja-se na tarefa de melhor interpretá-los. Porém ao partir de uma visão cética que não há como possuir interpretações corretas sobre a divergência sobre direitos, e que estes tendem a um natural desacordo sobre seus conteúdos no momento de sua aplicação, Waldron fragiliza-os e parece não levar a sério a sua proteção.

Waldron também apresenta argumentos insuficientes para demonstrar o porquê dos indivíduos votarem segundo interesses coletivos, ao invés de votar por interesses próprios. Para o autor deve haver uma pressuposição de que estes assim o farão de boa-fé, pois de forma natural se reconhecerão como membros da comunidade e presumidamente votarão segundo interesses coletivos. Esta é uma das dificuldades encontradas pela concepção majoritária de democracia que por se tratar de uma visão procedimental e independente de outros valores substantivos de moralidade política, acaba por não integrar de forma substancial a relação entre os indivíduos e o governo. Não conseguindo estabelecer de forma satisfatória uma relação entre a democracia majoritária e indivíduos que votam segundo interesses coletivos.

Waldron ao contra argumentar que o poder judiciário também utiliza-se do método majoritário no momento de sua decisão justifica que o legislativo seria mais propenso a desenvolver teorias de proteção de direitos que protege as minorias sobre possíveis avanços majoritários. Porém este contra argumento não leva em consideração as diferenças de interesse entre o legislativo e o judiciário. Os legisladores ao se submeterem à disputa de votos e precisam ser reeleitos por uma maioria política, naturalmente tendem a defender os

interesses desta maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos individuais ou das minorias contrárias. O que em outra face não ocorre com os membros do judiciário, por não possuírem esta vulnerabilidade de serem substituídos ao emitir suas opiniões e defender seus pontos de vista.

O direito de participação para Waldron não pode ser desrespeitado, pois dele condiciona-se que todos os cidadãos não serão considerados superiores ou inferiores uns aos outros no momento do voto. Para Waldron a igualdade política de ‘uma cabeça, um voto’ prevalece para garantir autoridade as decisões tomadas, por mais que haja uma exponencial diferença de igualdade política de impacto entre um parlamentar e um cidadão comum. Neste modo de pensar, observa-se que para Waldron a legitimidade política é garantida pelo Estado apenas na transferência do direito de voto ao indivíduo, e conseqüentemente a participação nas decisões coletivas estarão adstritas ao poder de seu único voto. Deve-se criticar está forma de se garantir a legitimidade política, pois garante muito pouca proteção ao indivíduo, pois ao se pensar desta forma, pode ser justificada qualquer outra violação a direitos desde que se resguardem os direitos políticos de voto e participação política, haja vista os outros direitos fundamentais não serem considerados pela teoria democrática majoritária defendida por Waldron, como necessário para legitimar politicamente o poder de coerção estatal sobre os indivíduos.

Outro ponto referente ao direito de participação ou o ‘direito dos direitos’. Tratar-se da abordagem de Waldron que em tratar questões de política e de princípio como sinônimos para a atuação e modificação popular pelo direito de participação, acaba por esvaziar o sentido matéria dos direitos fundamentais. E se contradiz, quando declara sua teoria democrática como sendo preocupada e protetora de direitos, justamente por deixar fluido e facilmente modificável os direitos fundamentais. Além do que também acaba por se contradizer quando afirma não garantir ao direito de participação *status* superior que outros direitos, pois se este é o único direito que não pode ser suprimido, e que também permite de manejar todos os demais, não há interpretação possível que demonstre o direito a participação possuir o mesmo grau de moral ou hierárquico que os demais direitos.

De tudo posto, observa-se que os argumentos levantados por Jeremy Waldron para defender uma abordagem majoritária de democracia no modo de se observar o papel da revisão judicial apresentam-se comprometidos. Logo, deve-se rejeitar a hipótese deste capítulo na qual a teoria majoritária democrática, ao negar que haja qualquer papel a ser exercido pela revisão judicial na proteção de direitos, é a teoria democrática que melhor justifica o papel da revisão judicial na proteção última dos direitos fundamentais.

A proposta democrática de Waldron apresenta-se bastante drástica ao não conferir qualquer papel a revisão judicial. Sua abordagem desconsidera qualquer vantagem epistêmica que a revisão judicial possa trazer a deliberação pública sobre a proteção de direitos, além de centrar por seu caráter simplesmente majoritário, todo o debate político em apenas uma esfera, a legislativa.

Uma abordagem democrática mais amena não poderia ser proposta? Na qual ao observar na revisão judicial um meio para promover o diálogo e o debate entre os mais diversos atores institucionais e possivelmente promoveria a democracia segundo um aspecto deliberativo. A análise desta abordagem de democracia deliberativa será o objeto de estudo do próximo capítulo.

Capítulo 2

2. Democracia deliberativa: a revisão judicial e as teorias do diálogo.

Introdução

A afirmação que a revisão judicial pode exercer um papel importante na proteção de direitos fundamentais é a tese central da democracia deliberativa, pois ao mesmo tempo que nega delegar a última palavra a revisão judicial por supostamente bloquear os caminhos de deliberação pública, observa em uma atuação controlada e contida do judiciário um excelente método para se promover o diálogo e conseqüentemente uma melhor deliberação pública. Logo, ter-se-á como hipótese neste capítulo que o papel exercido pela revisão judicial na proteção última de direitos é parcialmente compatível com a concepção deliberativa de democracia, pois a despeito de lhe ser negada a última palavra, ainda sim, pode exercer um papel importante na produção de argumentos para um diálogo deliberativo.

2.1 Teorias do diálogo

As teorias aqui analisadas serão utilizadas sob o sinônimo de teorias do diálogo. Muito embora haja grande discordância teórica e conseqüentemente uma vasta dissonância sobre o seu conceito, todas trazem como um mínimo denominador comum, a idéia de que não pode residir na revisão judicial a última palavra sobre questões sobre proteção de direitos. Trabalhar-se-á, portanto, com teorias de três níveis, a primeira que defende apenas a auto-restrição dos julgadores (BICKEL, 1962), e desta forma, a não manifestação última dos mesmos; a segunda que defende uma abordagem histórica (KRAMER; 2004) de equívoco à idéia de supremacia judicial, delegando ao povo o papel de interpretar a constituição; e a terceira que defende uma reestruturação institucional entre os poderes (GARDBAUM, 2001), nos moldes ocorridos em países da *Commonweath*, na qual institucionaliza um modelo de cooperação deliberativa, de modo a buscar as respostas corretas, através do pluralismo argumentativo convergente entre parlamento e judiciário.

Diversas são as teorias que propõem o diálogo institucional. Estas que possuem a sua origem dentro do debate americano, ainda na década de 60 do século passado. Buscar-se-á encontrar seus aspectos comuns mais evidentes, além de demonstrar como estas se diferenciam das teorias da última palavra.

Inicialmente tratar-se-á de seus aspectos em comum. Tais teorias negam a posição central e indelegável do poder judiciário quanto a interpretação última da constituição, além de negarem que exista a última palavra nos moldes convencionais da revisão judicial, ou seja, que haja supremacia do judiciário quanto a última palavra.

2.1.1 Bickel e o debate americano

Importante foi a contribuição de Bickel (1962) para o debate da revisão judicial e seus desdobramentos. Apesar de ter se notabilizado pela expressão da dificuldade contramajoritária – *countermajoritarian difficulty*, suas idéias já na década de 60 foram para além da crítica sobre a falta de legitimidade democrática dos juízes ao interpretar a constituição e defender direitos em seu nome. Este autor americano foi também responsável por tirar o debate da revisão judicial de uma abordagem eminentemente jurídica, para sua realidade política, inserindo desta forma virtudes políticas à teoria normativa da revisão judicial. A partir desta idéia, pode-se abrir portas de uma mesma linguagem, para que se possibilitasse uma idéia embrionária de diálogo entre os poderes.

A defesa de um juízo político por Bickel não se concentra na velha idéia de decisão discricionária do íntimo político do juiz, notadamente conhecida por sentimentos, impulsos e predileções ideológicas. Pelo contrário, para este autor (1962, p.139), este juízo político, está marcado por uma vontade isenta e sem interesse do julgador. Consistindo, portanto, em um juízo marcado pela prudência ao decidir.

Para Bickel, toda decisão política vem carregada inevitavelmente por duas dimensões, que seriam as de princípio e de conveniência. A definição de princípio fica melhor entendida quando se contrasta com a noção de conveniência, que por sua vez, significa a faculdade de forma pragmática tudo aquilo que é factível. Logo, o princípio está na base dos valores morais compartilhados pela sociedade, porém não empiricamente observáveis.

Não haveria como escapar ou menosprezar os efeitos desta tensão. Decorrendo daí, que as cortes devem também proteger e estar engajadas em observar esta dimensão de princípios (1962, p. 187). Com a idéia de decisão política consolidada, e pela necessidade de um juízo de princípio, não haveria como entrar no mérito da disputa, sem uma análise substancial pela corte. Bickel aponta três possibilidades para corte diante de um caso concreto. A primeira estaria em revogar a lei por sua inconstitucionalidade, a segunda seria a validação da mesma, por ser esta, constitucional. E a terceira possibilidade, seria aquela em que a corte opta por não tomar nenhuma das possibilidades anteriores.

O modo e os instrumentos utilizados pela corte quando decide por não decidir o caso, é que são chamados por Bickel de virtudes passivas. Pela possibilidade de utilização de instrumentos processuais que permitam a corte não decidir, esta necessita de uma sensibilidade especial para não utilizar a revisão judicial de forma desenfreada. Pois segundo Bickel (1962, p. 188), a corte deve buscar antes de impor sua decisão sobre a tensão existente entre princípios e conveniência, uma abordagem conciliatória, na qual garante maior ênfase a persuasão.

A justificativa para esta auto-contenção judicial, é encontrada pela autoridade reconhecida à corte pela opinião pública. Porém na medida em que a corte abusa ou monopoliza as decisões políticas, freqüentemente sob a justificativa de decisões de princípios sobre decisões de conveniência, esta autoridade deteriora-se (1962, p. 28). E a fim de resguardar sua autoridade e cumprir um papel mais nobre de promover a deliberação democrática sobre a preferência por decisões de princípio e de conveniência, a corte deve encarar a decisão concreta como algo excepcional.

A corte não irá enfrentar a dificuldade contramajoritária, pelo contrário, irá adequar-se a ela. E terá como frutos dessa opção a promoção de mudanças democraticamente ocorridas, seja pelos legisladores, que pela própria sociedade. Não há que se falar, portanto, de uma corte que esteja engajada na busca pela resposta correta baseada em princípios, mas sim, de uma corte que busque conduzir a sociedade a desenvolver tais respostas.

Nota-se, porém, que a análise do diálogo para Bickel está centrada dentro do discurso jurídico. Em sua abordagem não há o que se falar em diálogos inter-institucionais propriamente ditos. A justificativa para tanto é simples e bem conhecida, a estrutura normativa histórica que tomou corpo ao longo dos mais de 200 anos do modelo de revisão judicial americana impede uma ruptura abrupta com o modelo calcado na supremacia judicial, especialmente quando versam sobre a proteção e promoção de direitos.

2.1.2 Kramer e o Constitucionalismo popular

O modelo normativo proposto por (Kramer, 1999), propõe o descarte da supremacia judicial, porém não atrela tal descarte a eliminação conjunta da revisão judicial. Propõe-se desta forma a colocar limites e restrições a revisão judicial.

O método para tal defesa por Kramer é decisivamente histórico. Pois para este autor (2004, p. 58) os juízes devem deixar as questões constitucionais fora de seu alcance, preocupando-se apenas em aplicar as leis. Pois historicamente, não havia o interesse em haver

a superioridade de um poder sobre outro, além do que, este poder último não foi autorizado ou delegado originalmente por nenhuma cláusula constitucional, e assim, a autorização para a autoridade suprema da interpretação constitucional permanece e permanecerá historicamente com o próprio povo.

Portanto, para Kramer, a instituição da revisão judicial não é justificada em uma noção de institucionalização na própria constituição de poder realizar o controle supremo desta última, como também não revela nenhuma competência especial dos juízes em dar melhores decisões. Para o autor, (2004, p. 39) a justificativa que historicamente melhor se apresenta é que a revisão judicial, como qualquer outro meio de interpretação constitucional, é uma das formas de demonstrar o direito de cada cidadão de refutar ou reconhecer a constitucionalidade das leis, portanto, trata-se de uma responsabilidade político-legal, ao invés de um dever estritamente legal.

O autor busca demonstrar que a moderna teoria constitucional americana baseada na supremacia judicial é fundada em um mal entendido histórico da constituição americana. Pois a concepção original de revisão judicial consistia na idéia de que todos os três poderes possuíam um papel igual a ser desempenhado na interpretação da constituição, de acordo com os interesses e comportamento do povo. De modo a demonstrar tal afirmativa, este observa que os elaboradores da constituição americana observaram que as questões de direito constitucional deveriam ser interpretadas pelo próprio povo, ao invés do judiciário. A partir deste marco histórico, demonstra que esta foi a forma na qual a revisão judicial foi observada historicamente. Mudando-se apenas de paradigma após as décadas de 50 e 60 do século passado.

Esta mudança de paradigma ocorrida na segunda metade do século XX, com o atrelamento da revisão judicial à idéia de exclusividade judicial na dicção da última palavra em matéria constitucional, teve como consequência o enfraquecimento da democracia e colocou uma perigosa ênfase nas indicações judiciais. Pois a institucionalização da supremacia judicial, como a de qualquer outro poder, nada mais é que o resultado do combate entre elites legais e políticas pelo monopólio da interpretação constitucional (2004, p. 247).

Apesar das críticas levantadas pelo constitucionalismo popular não se demonstra claro como deve ser operacionalizado os detalhes da interpretação última da constituição. Pois se o povo é quem deve assumir o controle acerca da interpretação e aplicação da constituição, naturalmente, questiona-se quais seriam então os arranjos institucionais que viabilizariam ao povo este tipo de controle. Kramer busca respostas em controles diretos sobre os poderes pelo povo, tais como a possibilidade de *impeachment* dos juízes e cortes no orçamento do

judiciário (2004, p. 249). Tais medidas teriam o condão de frear esta predisposição de supremacia do judiciário. E esta preocupação em saber da possibilidade da utilização de alguns desses instrumentos, provocaria uma reação natural do judiciário em adotar posições que retratariam as melhores interpretações dadas pelo povo para as questões constitucionais.

2.2 Diálogo inter-institucional. Os modelos de diálogo institucionalizados nos países *Commonwealth*

A fim de entender como se desenvolve a experiência dialógica de forma institucionalizada em países de origem anglo-saxão e tradição *common law*, seminal foi o trabalho desenvolvido por Garbbaum (2001), neste, o autor ao relacionar os elementos fundamentais do modelo americano de revisão judicial aos modelos do Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia, percebeu que havia uma divergência institucional fundamental entre o modelo americano e os modelos dialógicos destes países da *commonweath*.

O autor observou que um possível diálogo entre o parlamento e as cortes em âmbito americano era apenas possível no interior da decisão judicial, já que o modelo institucional enrijecido de supremacia judicial americana não permite ao judiciário delegar a última palavra ao parlamento, portanto, o que lhe resta a fazer para haver um mínimo de diálogo é ser deferente as vontades legislativas. Logo, o modelo americano não toma arranjos institucionais próprios de modo a promover explicitamente esta atitude dialógica. O mesmo não pode ser dito da pioneira experiência canadense a partir da adoção em 1982, da *charter of rights and freedoms*. Esta carta de direitos canadense elevou o *status* da proteção e garantia de direitos no nível legislativo para o constitucional, e conseqüentemente, trouxe mudanças no arranjo institucional daquele país.

Esta Carta, como dito, acaba por colocar os direitos em um nível hierárquico superior, e conseqüentemente reorganiza a posição do judiciário dentro da interpretação de tais direitos. Países como Reino Unido, Nova Zelândia e o próprio Canadá, tradicionalmente se estruturaram para realizar uma proteção legislativa de direitos (GARDBAUM, 2001), que por conseqüência, afastava da margem de apreciação do judiciário a proteção e promoção de direitos.

A influência da carta de direitos canadense transcendeu as fronteiras de seu país. Demonstrou que o debate sobre as teorias do diálogo poderiam adquirir uma nova roupagem. Vestia-se a idéia de diálogos inter-institucionais, ou seja, para além de uma defesa prudencial

ou minimalista de auto-contenção judicial, começava-se a reconhecer a partir desta carta de 1982, a possibilidade de ocorrer diálogos entre os poderes de forma institucionalizada.

Este novo modelo canadense teve como uma de suas principais inovações a presença da Seção 33, que garante ao parlamento o poder de superar a apreciação de constitucionalidade de certos direitos pela revisão judicial por um prazo de cinco anos, que pode ser prorrogado. O principal mecanismo para tanto é a cláusula não obstante – *notwithstanding clause*, que permite a restrição de certos direitos pelo legislador, mesmo que em face do julgamento de inconstitucionalidade pelo judiciário.

Atraídos pela experiência canadense, países pertencentes ao modelo de constitucionalismo do *commonwealth* também adentram em modelos institucionais que buscavam uma maior proteção de direitos, sem que isso necessariamente levasse à dependência de uma revisão judicial forte e calcada na supremacia judicial.

A experiência neozelandesa se deu com a sua declaração de direitos de 1990 – *New Zealand Bill of Rights Act*. Muito embora não tenha *status* constitucional possui um método próprio de efetivação de direitos. A declaração de direitos da Nova Zelândia, muito embora não goze de força normativa para invalidar normas que vão de encontro aos direitos fundamentais por ela protegidos, possui em sua seção 6, um mecanismo que garante uma forma fraca de revisão judicial, pois garante preferência ao entendimento do judiciário sobre qualquer outra possível interpretação, quando esta for consistente com a defesa de direitos e liberdades constantes na declaração de direitos. Logo, não há como o judiciário invalidar uma lei por não estar de acordo com a declaração, porém pode o judiciário controlar o seu significado. Este arranjo acaba por deixar no parlamento a última palavra, mas como está nas cortes a função de dar significado às leis em relação a declaração de direitos, isto acaba por induzir o parlamento a melhor respeitar os direitos e guiar-se no sentido de sua promoção e defesa.

Ao final do século XX, foi a vez do Reino Unido através do *United Kingdom Human Rights Act* de 1998 realizar a sua mudança institucional sobre a revisão judicial. Pois a partir da declaração foi possibilitado ao modelo britânico baseado na supremacia parlamentar, a contestação das normas editadas pelo parlamento por suposta violação aos direitos constantes da Convenção Européia de Direitos Humanos, através de manifestações de suas cortes. Neste modelo, há o dever da corte em interpretar as leis segundo os direitos constantes na convenção européia e a conseqüente possibilidade da corte realizar uma declaração de incompatibilidade – *declaration of incompatibility*. A obrigação interpretava – *interpretive obligation*, constante da seção 3 da declaração de direitos humanos do *United Kingdom*

Human Rights Act, recomenda tal interpretação, porém não a obriga, haja vista haver a possibilidade de não haver interpretação de uma norma em conformidade com a convenção europeia de direitos humanos. Porém quando ocorrer este conflito interpretativo, como dito, permitirá a corte realizar sua declaração de incompatibilidade, que embora não tenha força para revogar a norma em conflito e não possua efeitos vinculantes, acaba por pressionar o governo para se atentar e preocupar com argumentos de direitos, argumentos estes muitas vezes esquecidos ou não trabalhados pelo parlamento.

2.3 Observações críticas

Este capítulo explorou as recentes teorias do diálogo, nas quais desafiam o modelo de supremacia judicial da interpretação última da constituição, e ao mesmo tempo, propõem um modelo na qual garante as cortes uma posição privilegiada nesta interpretação, porém, não a interpretação última ou suprema no papel da proteção de direitos fundamentais.

Teorias do diálogo na revisão judicial diferenciam-se tanto da supremacia judicial quanto da supremacia legislativa. Pois de um lado, teorias do diálogo não rejeitam o papel privilegiado das cortes na interpretação constitucional para a proteção de direitos, tal como faz o conceito de democracia majoritária. Porém, por outro lado tais teorias também rejeitam a supremacia judicial, pois afirmam a necessidade de restrições ao poder judiciário, de modo a garantir que as responsabilidades pela interpretação constitucional não fiquem em última instância no judiciário.

As teorias do diálogo ganharam força nos últimos anos. Especialmente nos EUA, e muitos são os estudiosos do direito constitucional que rejeitam a supremacia judicial em favor de uma ou mais formas de ao limitar o alcance da revisão judicial (KRAMER, 1999; BICKEL, 1962; TUSHNET, 1999). Estes estudiosos, de um modo geral, defendem, sob o ponto de vista de um diálogo institucional, o direito constitucional americano sob o ponto de vista histórico, pois revelam que as cortes não possuem a prerrogativa de dizer o significado final da constituição americana. E desta forma, o poder legislativo ou até mesmo o próprio povo devem participar também desta interpretação da constituição. Este modo de pensar é passível de críticas haja vista a prática americana ter consolidado ao longo da própria história a utilização da revisão judicial como método da interpretação constitucional sobre as leis.

Ao que tange as jurisdições incluindo o Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia, que ao longo das últimas décadas buscaram desenvolver esquemas institucionalizados de diálogo inter-institucionais, observa-se que poucos avanços foram feitos para uma efetiva utilização

do diálogo, à exemplo da cláusula não obstante - *notwithstanding clause* da Carta de Direitos Canadense, que poucas vezes foi utilizada, principalmente após polémica gerada na sua utilização pela província de Quebec para garantir que uma lei pudesse obrigar que todas as propagandas publicitárias externas fossem escritas apenas em língua francesa.

Como posto na introdução do trabalho, esta tensão existente nos regimes constitucionais de proteção de direitos em contraponto a regimes majoritários de auto-determinação da coletividade foi visto como um problema que poderia ser solucionado de modo conciliatório, ou seja, de modo a tentar encontrar uma solução de compromisso entre o indivíduo e a coletividade, pelas teorias do diálogo em uma democracia deliberativa.

Por muitos anos, o debate acerca da prática da revisão judicial, centrou-se no modelo americano de revisão judicial, pois além de fundadores deste modelo, possui uma história de mais de 200 anos de prática ininterrupta (KRAMER, 2004). Este modelo americano, também chamado de modelo forte de revisão judicial – *strong judicial review* (TUSHNET, 2003), propõe que o judiciário possua a última palavra acerca da interpretação constitucional. Este modelo forte foi ao longo dos anos sendo associado a uma idéia de supremacia judicial, em prejuízo dos poderes políticos (HIRSCHL, 2004). Esta posição forte ou suprema de revisão judicial vem sendo atacada ao longo dos últimos anos por outra frente mais amena que a dura e incisiva crítica da teoria democrática majoritária de supremacia parlamentar. As teorias do diálogo de modo geral, não menosprezam ou afastam a possibilidade da utilização da revisão judicial. O que é negado por tais teorias é a utilização da revisão judicial como sinônimo de supremacia judicial na interpretação constitucional.

Sobre a supremacia exercida pelo judiciário na proteção de direitos contra a vontade coletiva, observa-se que a teoria democrática deliberativa compartilha do mesmo pressuposto da teoria democrática majoritária, ou seja, que não haveria legitimidade democrática das cortes em decidir questões de natureza política por estes não serem eleitos diretamente pelo povo. Esta abordagem é passível de críticas pois entende que a legitimidade política para o poder de coerção do Estado sobre os indivíduos é alcançada quando os direitos de participação política e deliberação pública são garantidos aos indivíduos, de forma a não se comprometer de forma rígida com outros direitos fundamentais, de modo que estes restarão a margem de proteção e poderão sofrer ameaçados pela coletividade.

Este receio em dotar a revisão judicial com a supremacia da última palavra é resultado do pressuposto da impossibilidade que as teorias do diálogo possam dar respostas certas à questões morais tais como a proteção de direitos fundamentais.

Assim, como as teorias do diálogo possuem por pressuposto a impossibilidade de se alcançar respostas corretas sobre questões morais, tais como as questões que envolvem a proteção de direitos fundamentais, acaba por ser auto-contraditória, pois sua afirmação é em si uma argumentação moral, logo, ao negar que possam existir argumentos moralmente corretos, nega validade a sua própria proposição.

E decorrente deste ceticismo sobre os argumentos morais envolvendo a proteção de direitos, está o núcleo comum das teorias do diálogo, que se caracterizam pela afirmação de não existir a última palavra. Esta argumentação de que não existe a última palavra sobre decisões coletivas de base moral, apresenta duas falhas. A primeira consiste em um caráter não decisório velado, haja vista ser imprescindível que seja tomada em algum momento uma decisão definitiva, logo em algum momento alguém deverá se posicionar para ter a última palavra; a segunda crítica vem em consequência da primeira, pois ao não se instituir objetivamente quem deve ter a última palavra sobre as decisões coletivas, não restará outro caminho se não o conflito quando ocorrerem desacordos insolúveis entre os poderes.

De tudo posto, observa-se que os argumentos levantados pelas teorias do diálogo para defender uma abordagem deliberativa de democracia apresentam-se comprometidos. Logo, deve-se rejeitar a hipótese deste capítulo na qual a teoria deliberativa de democrática é a que melhor justifica o papel da revisão judicial na proteção última de direitos em uma democracia, pois ao apresentar uma ‘solução de meio termo’ que ao mesmo tempo defende o uso da revisão judicial e nega a esta o poder de possuir a palavra final, desconsidera a importância de se proteger outros direitos fundamentais que não aqueles que visam resguardar o processo deliberativo.

A proposta de democracia deliberativa parece insuficiente para justificar um papel da revisão judicial como detentora da última palavra na proteção de direitos. Desta forma questiona-se: conferir o papel a revisão judicial de última interpretação na proteção de direitos não levaria a uma proteção mais ampla de direitos fundamentais? Mas o que haveria de especial nos direitos fundamentais que estes devem ser protegidos sob máxima proteção? Há relação direta entre a sua proteção e a conquista de legitimidade política pelo Estado sobre os indivíduos? Estas serão as perguntas que guiarão a concepção de democracia segundo um aspecto constitucional. A análise desta abordagem de democracia constitucional será o objeto de estudo do próximo capítulo.

Capítulo 3

3. Democracia constitucional e a proteção de direitos na filosofia política de Ronald Dworkin

Introdução

A demonstração de que existe legitimidade dos juízes quando estes vão de encontro as decisões tomadas majoritariamente pelo legislativo em nome da defesa de direitos fundamentais é a tese central de Ronald Dworkin para defender o papel da revisão judicial em uma democracia. Logo, neste capítulo ter-se-á como hipótese que o papel exercido pela revisão judicial na proteção de direito é totalmente compatível e indispensável com uma concepção democrática constitucional de democracia.

3.1 Direito e Revisão judicial: por uma leitura moral da Constituição

Desde seus primeiros trabalhos, Ronald Dworkin (2001; 2002) sempre foi um defensor do modelo institucional de revisão judicial. O argumento em favor da revisão judicial a nível estritamente jurídico em seus primeiros artigos perpassou pelo seu maior objeto de crítica no início de sua carreira: o positivismo jurídico.

A partir de seu primeiro artigo *The model of rules I* (1967) Dworkin começa a trilhar uma nova teoria para explicar como devemos entender e aplicar o direito. Para Dworkin o positivismo jurídico da forma que era entendido à época estava equivocado em um nível básico ou estrutural, pois ao se propor analiticamente descritivo (HART, 1961) não conseguiria levar em conta o real papel que os princípios jurídicos exercem no momento da aplicação do direito. A teoria positivista dominante à época já incorporava a noção de princípios jurídicos como método de preenchimento de lacunas legislativas, de forma que aos princípios não eram reconhecidos de força normativa para serem aplicados *per se*. Observamos que no modelo positivista jurídico normativistas tal como (KELSEN, 1998) os princípios sempre ocupavam um lugar secundário dentro da estrutura jurídica, haja vista o papel principal ser realizado pelas regras jurídicas; estas sim gozando de normatividade jurídica *per si*. A dificuldade em aceitar a normatividade jurídica *ab initio* dos princípios jurídicos advinha da própria estrutura jurídica proposta pelo positivismo normativista, que teria no uso das regras e no suposto controle da linguagem a sua característica fundamental.

Baseado na tradição da filosofia analítica, o positivismo normativista creditava as regras a função de garantir máxima e precisa delimitação da linguagem para que no momento da aplicação das mesmas, o juiz teria apenas a função de realizar uma simples dedução lógica da regra ao fato concreto através de silogismos. Ao garantir *status* normativo aos princípios jurídicos a interpretação do direito tornar-se-ia extremamente fluida e abrangente e iria de encontro a objetividade e clareza lingüísticas propostas pelo positivismo.

A corrente crítica que mostra a insuficiência estrutural da teoria positivista em observar qual deve ser o real papel desempenhado pelos princípios no direito chamou-se de pós-positivismo (ALEXY, 2008). Para Dworkin não reconhecer aos princípios densidade normativa é o erro estrutural básico da teoria positivista, e conseqüentemente de sua pretensão em separar o direito da moral através da *separation thesis*.

Através do reconhecimento normativo que deve ser dado aos princípios constitucionais constantes na declaração de direitos, Dworkin inicia em âmbito jurídico esforços em justificar a atuação do poder judiciário em se contrapor a vontade legislativa e desta forma, deixar de aplicar normas produzidas pelo poder legislativo. Para Dworkin (2002, p. 10) ao se reconhecer os princípios constitucionais como parte integrante do direito, então deve ser também reconhecida *prima facie* a prerrogativa dos juizes em dizer o que significa a constituição, pois a própria constituição ao defender estes princípios como parte natural do direito já está restringindo a atuação política da maioria.

De modo a defender que estes direitos positivados nas constituições e nas cartas de direitos deveriam se sobrepujar as vontades majoritárias, Dworkin vai caracterizar estes direitos com trunfos que se opõem à vontade majoritária. De modo a efetivamente observar o triunfo dos direitos sobre a vontade coletiva, necessário se faz analisar a substância das diversas leis e atos normativos para interpretar construtivamente se estas violam os princípios constantes nos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As constituições em geral declaram direitos em linguagem abstrata. Pode se entender por leitura moral o modo de reconhecer a moralidade política como ponto central e indispensável do direito constitucional. A primeira vista a leitura moral pode gerar grande insegurança e medo posto se ter como premissa a impossibilidade de obter respostas corretas sobre questões morais, necessitando-se desta forma de um modelo institucional que indique quem deve tomar por último esta decisão de autoridade. No modelo da revisão judicial esta faculdade está nas mãos do poder judiciário.

Dworkin busca demonstrar (2006a, p.4), que apesar das críticas dirigidas à prática da revisão judicial, a leitura moral não pode ser entendida como garantia de um cheque em

branco nas mãos dos juízes para que estes possam dar decisões de acordo com as suas convicções morais pessoais em qualquer decisão. Pelo contrário, estas decisões abstratas calcadas na prática e nos princípios de moralidade política que aquela determinada comunidade compartilha são decisões interpretativas que nada possuem de aleatórias.

Para entender melhor tal questão deve-se observar que os dispositivos constitucionais abstratos tais como os direitos fundamentais devem ser interpretados segundo uma linguagem que evoca princípios morais. A linguagem encontra-se exatamente na interpretação moral das mais diversas cláusulas constitucionais e na compatibilização material das leis com essas normas constitucionais abstratas. Encontra-se na interpretação da linguagem, portanto, o local onde ocorre a leitura moral.

Críticos deste método (BORK, 1999) e (SCALIA, 2000) alegam que juízes agem de forma a não respeitar a uma neutralidade moral e a literalidade dos textos ao invocar a leitura moral da constituição. Defendem de maneira oposta que a melhor interpretação da constituição é essencialmente neutra e amoral, refletida através da busca histórica da vontade original dos legisladores quando do momento da criação da norma. Tem-se portanto, a defesa de um método moralmente neutro, no qual impediria os juízes de construir sentidos que não fossem antes explicitamente demonstrado pelos legisladores.

Para Dworkin este método de interpretação originalista ou historicista não foi o legado deixado pelos ‘pais fundadores’ haja vista que estes não pretenderam instituir padrões políticos em modelos acidentalmente abstratos e abertos à margem das mais diversas interpretações morais. Pelo contrário, os *founding fathers* impregnaram a constituição e a declaração de direitos com normas abstratas e de substância eminentemente moral, de modo a incumbir aos seus futuros destinatários de interpretar atualizar estes conceitos abertos sob a melhor luz de suas práticas e concepções de justiça.

Não há fórmulas ou procedimentos que consigam domesticar toda a extensão de possibilidades interpretativas das questões morais. A tentativa de fugir das questões substantivas e buscar-se uma decisão moralmente neutra estariam fadadas ao fracasso (DWORKIN, 2009), pois cada geração, a partir dos mesmos conceitos, acabam sempre por atualizar suas concepções de justiça.

Tem-se na leitura moral “uma teoria acerca de o que a Constituição significa e não acerca de quem deve nos dizer o que ela significa” (2006, p. 18). E nas cláusulas a respeito dos direitos fundamentais a melhor expressão da necessidade de referida leitura.

Observa-se de modo geral duas maneiras de interpretar a constituição, que por sua vez derivam do modo como se vê as Constituições e as cláusulas de garantias e proteção de

direitos (DWORKIN, 2011). A primeira é baseada em princípios, logo é substantiva, pois garante poderes muito grandes aos juízes; A segunda é baseada em regras, logo é procedimental, pois tenta analisar a constituição analiticamente a partir do conjunto de pensamento de seus redatores, de modo a garantir maior previsibilidade e segurança a prática constitucional.

Para Dworkin (2008, p. 157) esta dicotomia de qual método de interpretação da constituição que se deve optar é chamada de o grande drama constitucional. Para ele, uma constituição baseada em regras cria uma ilusão perigosa de que se está fazendo restrição aos poderes dos juízes. Porém, restrições genuínas apenas podem ser feitas no campo dos princípios abstratos, visto a necessidade de justificar suas decisões através de argumentos morais de princípios que possam ser debatidos e contra-argumentados moralmente pela comunidade como um todo. Portanto, estariam na análise substantiva dos princípios os limites reais que devem se submeter os juízes.

Um sistema constitucional de princípios é para Dworkin a grande contribuição para a teoria política universal dada pelo constitucionalismo americano (2006a, p. 9). Pois, quando entende-se a constituição como uma questão de princípios morais observa-se uma melhor forma de governo (DWORKIN, 2001).

As cláusulas abertas e abstratas dos princípios impõem grandes responsabilidades sobre os juízes. E para uma correta aplicação desses princípios, inexorável é interpretá-los por meio de uma avaliação moral, ao invés de interpretações lógicas pelo uso de regras. Porque ao se admitir que a interpretação constitucional exige uma interpretação moral abre-se de modo transparente um vital campo de confronto de argumentos para o juiz, que o faz de forma explícita e com responsabilidades, ao contrário da antiga interpretação procedimental positivista que velava os argumentos morais em pretensos argumentos neutros.

Estas teorias positivistas baseadas em regras (HART, 2008; KELSEN, 2000), e conseqüentemente céticas quanto à obtenção de respostas moralmente corretas, partem da idéia que uma constituição já está praticamente completa em sua interpretação, logo o papel de interpretação do juiz é bastante limitada. Para Dworkin (2008, p. 145) o esforço em tentar limitar semanticamente a interpretação da constituição e do próprio direito pelo poder judiciário é impossível além de induzir e permitir que juízes cometam discricionariedade e arbitrariedades em suas decisões.

E este poder discricionário é para Dworkin a conseqüência inexorável ao se pretender fornecer ao juiz um método mecânico e dedutível de interpretação. Logo, considera não ser esta a melhor forma de interpretação do direito contra possíveis abusos por parte dos juízes.

Pode-se, portanto, descartar esta defasada idéia baseada apenas em regras de modo a impor inefetivas restrições mecânicas e semânticas a interpretação, e ao invés disso, buscar limitar o poder arbitrário dos juízes, no único lugar possível de fazê-lo, qual seja, no bom, complexo e transparente argumento moral.

Observa-se que o principal modo de disciplinar os juízes encontra-se mais na intelectualidade que nos argumentos políticos ou jurídicos (DWORKIN, 2008, p. 191). Logo, os juízes têm a responsabilidade de produzir os melhores argumentos baseados em princípios de moralidade política que conseguirem. Pois os vícios das más decisões são encontrados nos maus argumentos e nas convicções erradas.

Porém, para Dworkin (2008, p. 146), deve-se ficar muito atento para não se cair em teorias falaciosas que negam existir respostas moralmente adequadas e em contraponto oferecem fórmulas mecânicas para diferenciar boas das más decisões. Isto levaria obrigatoriamente a defender que nenhum argumento é melhor do que outro (ceticismo externo) e que a argumentação moral tratar-se-ia de uma perda de tempo.

Tais teorias neutras, a exemplo do realismo jurídico e do próprio positivismo normativista, com seus métodos mecânicos de interpretação não conseguem chegar ao cerne das decisões judiciais. Tentam ao máximo imunizar os juízes da falta de fundamentação de suas decisões e conseqüentemente das suas arbitrariedades por falta de fundamentação. Por tal razão se faz imperioso o debate no plano da argumentação moral, já que é nele que reside uma prestação de conta das decisões judiciais de ordem intelectual deontológica.

Desta idéia de mecanicidade decisional pressupõe-se a neutralidade. Esta para Dworkin é subversiva, visto que os juízes devem expor suas convicções morais e submetem-se ao enfretamento de seus argumentos no âmbito público. E não fazê-lo equivale a esconder-se por detrás de uma falsa autoridade técnica que nada mais é do que uma argumentação moral velada.

Esta liberdade em buscar os melhores argumentos está interligada às restrições naturais e legítimas ao método de se realizar a leitura moral. Pois de forma a evitar a indesejável possibilidade de os juízes aplicarem apenas as suas próprias convicções morais as suas decisões têm-se o dever, ou a âncora, de que se deve respeitar a história e a integridade de modo a produzir decisões que sejam harmônicas à estrutura constitucional e às decisões constitucionais passadas.

A história e a integridade exigem que os juízes apliquem a constituição por intermédio de uma interpretação construtiva. Assim, suas decisões devem se ajustar à prática constitucional ao invés de ignorá-la. Um julgamento interpretativo está ligado à moralidade

política, logo as decisões deverão ser resultado da melhor interpretação possível das práticas constitucionais à luz da moralidade política daquela comunidade. Portanto, a integridade requer que se mantenha coerência com as decisões passadas, sem deixar de realizar novos julgamentos morais, quando estes se justifiquem em razão de uma melhor interpretação.

Para o autor percebe-se que não há como negligenciar a leitura moral. Pois até mesmo aqueles que anunciam não realizar tal método costumam produzir na prática argumentos e juízos morais disfarçados. Os direitos fundamentais estão no cerne da reivindicação de que os direitos também são caracterizados como princípios de força normativa própria e que precisam ser interpretados segundo uma argumentação moral. Estes seriam os trunfos da moralidade política que permitem aos indivíduos a proteção contra a maioria, mesmo que em detrimento do interesse geral. Portanto, ao privilegiar os argumentos de princípio quando estão em jogo direitos fundamentais está também diretamente defendendo-se uma abordagem substancialmente da leitura moral da constituição.

Para Dworkin os princípios jurídicos quando interpretados segundo uma leitura moral da constituição vão além das normas expressamente positivadas e acabam perpassando por uma interpretação ampla sobre moralidade política. Esta atitude engajada dos juízes ao adentrarem em questões morais, tais como os direitos fundamentais, são o cerne para entendermos qual das teorias democráticas melhor justifica o papel da revisão judicial na proteção de direitos

3.2 Democracia constitucional

A teoria democrática majoritária afirmaria que a leitura moral da constituição ofenderia a democracia. Pois o fato de os magistrados não serem eleitos e expressarem suas convicções de moralidade política são motivos suficientes para justificar este caráter anti-democrático.

A teoria de democracia deliberativa responderia que a leitura moral da constituição não necessariamente ofenderia a democracia, já que por vezes a idéia de democracia como vontade majoritária deve ceder espaço para outros valores igualmente importantes, tais como a proteção do próprio processo deliberativo e a promoção do diálogo entre os poderes.

Para Dworkin (2006b) deve ser adotada uma forma diversa de observar a democracia. E esta não reside em verificar em quais situações a democracia deverá ser relativizada para a realização de outros ideais nem tampouco relacioná-la estritamente a um método de decisão em que a maioria vencedora pode tudo. Para Dworkin deve-se procurar saber o que de fato

justifica chamar um governo de democrático de modo a negar que em uma democracia a maioria sempre tenha o direito de governar da forma que lhe convir. E desta forma não se observaria a revisão judicial desempenhando um papel de ‘mal necessário’ para proteger possíveis injustiças majoritárias, mas sim como um elemento integrante e indispensável à própria democracia. Esta concepção defendida por Dworkin é chamada de concepção constitucional de democracia.

Para Dworkin (2011b, p.253-254) a concepção constitucional de democracia é a que melhor reproduz decisões que tratem os membros da comunidade por meio do princípio igualitário abstrato, ou seja, tratam todos os membros com igual consideração e respeito. De modo oposto, a concepção majoritária calcada em um processo decisório distribuído de forma igual através do voto não preocupa-se com o resultado da decisão.

Observamos que desta visão de preocupar-se com o resultado das decisões tomadas não segue que Dworkin despreza o procedimento. Este autor busca interligar aspectos procedimentais e substanciais de forma concomitante (2011b, p. 256). Pois entende que o objetivo último da democracia não é ser deferente à vontade majoritária, e sim de tratar todos os membros com uma certa atitude, que perpassa previamente em tratar todos os indivíduos da comunidade como dignos de um igual respeito e consideração. Portanto, observa a democracia como uma questão prévia de igual *status* de consideração e respeito dos indivíduos antes de estes se submeterem à decisões tomadas por procedimentos majoritários.

Desta forma, exige-se em uma concepção constitucional de democracia que esta atitude de tratar os indivíduos com dignidade de igual respeito e consideração fique blindada de decisões majoritárias. Atitude esta que busca a melhor forma de proteger este igual *status* dos indivíduos, mesmo que fundamentado em um processo não majoritário, tal qual a revisão judicial.

Pode-se então observar (DWORKIN, 2011a) que em uma concepção constitucional de democracia, a atitude de igualdade de *status* para com todos os indivíduos configura-se como uma pré-condição necessária à democracia. Esta análise de quais seriam na prática estas precondições que devem ser respeitadas pelo processo majoritário são de natureza bastante abstrata e perpassa necessariamente por argumentos de como a coletividade deve tratar os indivíduos de modo a lhes mostrarem uma igual consideração e respeito. São, portanto, argumentos de moralidade política.

Faz-se notar que a tese de democracia majoritária também deita sua fundamentação em argumentos de moralidade política, ao defender que o processo majoritário está em consonância com o valor liberdade ao garantir ao povo se auto-determinar, e

conseqüentemente, possibilitá-lo a liberdade de fazer tudo o que queira; também apresenta-se em consonância com o valor igualdade ao garantir a cada cidadão uma igualdade política simétrica no poder do voto, de modo que o voto de cada uma ganhe a maior equidade possível em relação ao voto dos demais; e também apresenta-se em consonância com o valor da comunidade, ao possibilitar que através do procedimento majoritário a coletividade possa se engajar em um espírito de deliberação pública.

O debate na esfera da moralidade política, como dito, é inescapável. Deste modo, Dworkin buscará enfrentar a interpretação dos valores liberdade, igualdade e comunidade postas segundo a visão majoritária de democracia.

3.2.1 O valor político da liberdade em uma democracia

A utilização de meios anti-majoritários, tal qual a revisão judicial, comprometem a liberdade segundo uma idéia de democracia majoritária. E a razão deriva-se da idéia de se negar à maioria o seu direito de auto-determinação. Porém, de forma prévia deve-se entender qual o conceito de liberdade que está sendo utilizado nesta abordagem.

Ao se afirmar que se compromete a liberdade quando a vontade majoritária não é obedecida, remete a um conceito que liberdade significa que a comunidade pode decidir sem dever explicações ao indivíduo, o que pode-se chamar de liberdade dos antigos em contraponto a liberdade dos modernos (CONSTANT, 1985). Porém com a chegada do constitucionalismo, restrições a auto-determinação da maioria foram alcançadas de modo que a proteção de liberdades do indivíduo em face a coletividade foram alcançadas. Esta liberdade dos modernos se fez em face da liberdade dos antigos, ou seja, aumentou a auto-determinação do indivíduo, porém diminui a sua participação na deliberação política coletiva.

A idéia de auto-determinação do indivíduo em uma visão majoritária é apenas aparente, posto que os indivíduos terão que necessariamente se submeter as vontades coletivas, quando a vontade majoritária assim determinar. A concepção de liberdade segundo a perspectiva dos antigos e dos modernos de fato são diversas. Necessita-se agora perceber qual delas é a que melhor justifica a democracia constitucional. Para Dworkin (20006a, p. 34), a idéia de liberdade antiga de autogoverno democrático é uma idéia misteriosa, pois leva a indagação das causas que levam o indivíduo a respeitar e obedecer estas decisões coletivas, ou seja, como ocorre a legitimação do Estado em se sobrepor a vontade do indivíduo?

Para este autor deve-se identificar um vinculo justo entre o indivíduo e um grupo de modo que o indivíduo deve ser considerado responsável em obedecer as decisões coletivas,

além deste indivíduo se considerar como membro pertencente de tal grupo. A esta idéia de filiação justa dos indivíduos para com a sociedade Dworkin irá chamar de participação moral, em vista que ela legitima um sentido de auto-governo em um sentido comum, pois respeita e trata todos os indivíduos com igual respeito e consideração. Logo, a idéia de autogoverno democrático pressupõe que os membros da comunidade são observados por ela como membros morais. Dworkin dá o exemplo dos judeus na Alemanha nazista, que apesar de votarem para a eleição de Hitler não foram considerados pelo governo alemão como membros morais daquela comunidade (2006a, p. 36).

Desta feita, a melhor interpretação do que uma democracia deva ser tem que buscar promover a filiação moral dos indivíduos para se legitimar. A concepção majoritária de democracia por não estar comprometida com os possíveis resultados negativos das decisões coletivas sobre os indivíduos acaba por perder de vista esta filiação moral, haja vista ser o conteúdo da decisão coletiva, ao invés do procedimento adotado, o elemento que irá garantir a filiação moral do indivíduo a sua comunidade.

E justamente por entender existir precondições necessárias à democracia, que a concepção constitucional de democracia apresenta-se melhor posicionada para dar respostas coletivas que tratem os indivíduos como membros morais de sua comunidade. E esta idéia de liberdade coletiva com restrições, ou seja, a liberdade dos modernos, posiciona-se como a melhor concepção de liberdade em uma democracia, já que ao reconhecer e respeitar o exercício de liberdades individuais em face a coletividade, estará melhor posicionada para adquirir o respeito e a filiação moral dos mesmos.

3.2.2 O valor político da igualdade política em uma democracia

Inicialmente deve-se questionar o que seria a igualdade política? Uma primeira resposta pode sugerir que a igualdade política faz referência a uma igualdade de poder político. Porém, para Dworkin (2006a, p. 262) em nenhuma democracia poderia ser proporcionada uma igualdade genuína de poder político, assim a igualdade a ser alcançada deve ser de outro tipo que não a de poder, posto que nenhuma interpretação sobre o 'poder' faz da igualdade de poder político um ideal a ser almejado.

E ao presumir que igualdade de poder político significa que o povo deve possuir igualdade em seu poder político, traz como consequência, que tal igualdade apenas é possível quando se tem em mente a idéia de uma regra de maioria estática. E a partir desta constatação, há um problema a ser enfrentado.

Este problema apresenta-se de que forma prática deve ser entendida a igualdade de poder político. Para Dworkin há duas formas de observar essa igualdade: a primeira referindo-se a uma igualdade vertical que traça a relação entre o cidadão e os agentes públicos; e a segunda referindo-se a uma igualdade horizontal que traça a relação entre os cidadãos entre si. E em nenhuma delas há como existir igualdade de poder político, pois não há como comparar o poder de impacto político de um agente público como um legislador em comparação a um cidadão comum; como também não há como existir igualdade de poder político horizontal entre os cidadãos comuns, se pessoas ricas e carismáticas exercem exponencialmente mais influência política que um cidadão comum desconhecido. Logo, não há nenhum motivo para aceitar uma concepção de democrático majoritário suportado em uma igualdade de poder político.

Ao renegar o ideal de igualdade política proposta pela tese majoritária, Dworkin busca demonstrar o que requer a igualdade política em sua concepção constitucional de democracia. Logo ela não deve ser entendida como uma questão de poder, e sim como uma questão de *status* que o cidadão possui nesse regime. E este *status* advém quando os indivíduos são tratados pelo governo com igual consideração e respeito, desta forma, a igualdade não trata-se de uma relação entre indivíduos considerados um a um de forma estática, mais sim uma perspectiva dinâmica na qual envolve a cidadania como um todo, ou seja, a igualdade política não deve versar em considerar a igualdade dos indivíduos singularmente, e sim considerar uma igualdade coletiva de tratamento.

Observada a igualdade política como forma de status no tratamento coletivo, desmistifica a idéia de que os juízes quando age contrariamente a vontade legislativa estão ferindo a igualdade política, pois a revisão judicial neste caso não ofende a igualdade política de status de nenhum indivíduo, por justamente buscar tratá-lo com igual consideração e respeito na tomada das decisões coletivas.

A existência de juízes independentes trata-se de uma pré-condição para se que possa requerer ao governo que trate todos os seus cidadãos sob o princípio igualitário abstrato de igual respeito e consideração por suas dignidades fundamentais (DWORKIN, 2011a). Sendo em nível mais abstrato, esta atitude de tratamento por parte do governo justamente as pré-condições necessárias para haver uma democracia genuína, e conseqüentemente, impondo limites a vontade majoritária em questões morais.

Para Dworkin (2011b, p. 348) o não preenchimento dessas pré-condições principiológicas faz com que o resultado da vontade majoritária por si só não receba o status automático de democrático, pois não há na regra de maioria nenhuma pré-condição moral

intrínseca para que esta possa operar de forma sempre legítima e plena, porque não passa de um método decisório descomprometido com o resultado.

3.3 Observações críticas

De modo a melhor entender o pensamento de Dworkin, foi necessário uma abordagem que demonstre o desenvolvimento dos seus argumentos ao longo dos anos e dos seus mais diferentes trabalhos.

Pela própria característica de continuidade apresentada nas seguidas obras de Dworkin, esta análise não se limitou aos seus escritos específicos acerca do tema democracia e revisão judicial. Haja vista a necessária e pretendida interligação entre questões eminentemente práticas do direito às questões demasiadamente abstratas da teoria filosófico-política da obra de Dworkin.

Ao longo de seus trabalhos percebe-se a facilidade e propriedade de Dworkin em articular conceitos, de modo a demonstrar a interdependência entre eles, e sua ligação direta com as mais abstratas noções de princípios éticos e moralidade política.

Em seu penúltimo livro *Justice for Hedgehogs* (2011b), Dworkin defende que deve-se levar os valores a sério, de modo a se contrapor a teorias filosóficas tais como o ceticismo valorativo, o pluralismo de valores e o conflito de valores (2011b, p. 7-11). Busca, portanto, defender a vasta e antiga tese filosófica da “unidade dos valores”. Para Dworkin, deve haver uma integração entre os valores éticos e morais, entre a moralidade pessoal e política, e entre o direito e a moral.

Embora a contribuição de Rawls (1999; 2000) seja inegável e poderosa, para Dworkin lhe falta algo de fundamental importância, e que conseqüentemente irá ditar o futuro da teoria de justiça dworkiniana, que está na falta do aspecto ético de boa vida que falta na teoria de Rawls, posto que a sua abordagem de liberalismo político, não deve levar em conta o aspectos éticos do indivíduo (RAWLS, 2000).

Para Dworkin (2011b) valores éticos e morais são conceitos interpretativos. A filosofia política atual equivoca-se em pensar que estes são termos dissociados, de modo a prevalecer um pluralismo de conceitos. Porém a idéia de verdade a ser alcançada por meio dos valores tem que ser levada em consideração, e deve ser explicitada na forma de uma teoria. E esta teoria tem que estar de acordo com todo o restante de valores de modo a criar uma interpretação unitária dos valores. Logo os juízes estão mais próximos de chegar a estes

argumentos, pois estes trabalham com argumentos de justificação moral, ou seja, para eles torna-se mais fácil elaborar argumentos com base em princípios de moralidade política.

Dworkin (2011b, p. 112) irá buscar sua teoria de integração da ética, esta entendida como o indivíduo deve ser levada uma boa vida e a moral, que propõe a forma como devemos tratar as outras pessoas, e afirma que nossa ética nos requer agir moralmente com outras pessoas posto ser isto que o nosso auto-respeito requer. Isto acontece pois nós não podemos de forma consistente tratar nossas próprias vidas de forma objetivamente importante a menos que aceitemos que a vida de todos tem a mesma importância objetiva (2006b, p. 50).

Para Dworkin (2011b, p. 204) deve-se então se esforçar para encontrar princípios éticos calcados na dignidade humana de modo que propõe identificar estes princípios éticos através de dois princípios de dignidade humana; o primeiro princípio afirma que toda vida humana é intrinsecamente valiosa, e o segundo princípio que todos possuem a responsabilidade de identificar o valor de sua própria vida.

O projeto dworkiniano pretende conectar os princípios de dignidade que estão sendo trabalhados com os outros princípios morais. Esta ideia de integrar aspectos éticos de como levar uma boa vida a questões morais sobre como devemos agir uns com os outros é chamada por Rawls (2000) de teoria abrangente. Acreditamos que este esforço visando conectar uma teoria ética pessoal a uma teoria de moralidade política coletiva para garantir força argumentativa para o debate da legitimidade política dos tribunais.

A legitimidade política ainda é calcada na ideia de um contrato social em que os indivíduos racionais abdicam de certos aspectos de sua individualidade em razão do corpo coletivo. O autor (2011b) critica a ideia de legitimação política através do consenso hipotético das mais diversas teorias do contrato social,

Pois legitimidade política para Dworkin, como visto, significa tratar os indivíduos como membros morais da comunidade, através do igual respeito e consideração de sua dignidade humana. Legitimidade é uma questão de grau, tal qual a justiça, pois há como perceber por suas leis e políticas se o Estado está mostrando de boa-fé respeito pela dignidade e proteção de seus cidadãos, haja vista que alguns tipos de leis e políticas, são irreconciliáveis com qualquer entendimento de respeito a dignidade humana.

Portanto observamos que há uma crítica a ideia contratualista de aquisição de legitimidade pelo governo através de um contrato que prevê o consenso de pessoas racionais que fariam parte deste modelo de governo. A melhor ideia de contrato atualmente concebida é a de John Rawls (1999) através de seu contrato hipotético de pessoas racionais, na qual não leva em consideração as opiniões pessoais dos indivíduos e suas concepções de boa vida, mas

tão somente seu consenso hipotético em busca de princípios morais consensualmente aceitos de forma racional. Para Dworkin, seria impossível pensar nas pessoas dando seus consentimentos sem levar em consideração suas perspectivas pessoais e éticas, pois tratar-se-ia de um contrato coletivo esquizofrênico, já que os indivíduos não estão cientes de suas responsabilidades para identificar por si próprios como levar uma boa vida.

Já a teoria constitucional de democracia está preocupada com a garantia de direitos, pois ao centrar-se na proteção forte de direitos fundamentais, acaba por promover o desenvolvimento do aspecto ético de cada indivíduo, de modo que a sua legitimidade será conferida ao Estado, por este estar tratando cada indivíduo como um membro moral através do respeito de sua dignidade humana por meio dos direitos fundamentais.

Estes argumentos nos dão base para sustentar que um projeto filosófico político abrangente é o que melhor explica de onde se origina a legitimidade política do Estado em poder agir em nome de seus indivíduos.

Ao se passar de uma ideia de direitos fundamentais sob justificação moral de como devemos tratar os outros, para uma justificação ética, que eles são consequência da melhor interpretação dos dois princípios de dignidade humana. Entendemos que os direitos fundamentais não estão na base coletiva de uma moralidade política, e sim na base individual de dignidade humana.

Mas o que este debate filosófico moral traz de relevante para o debate do que seja democracia?

A importância desta abordagem abrangente é que ela condiciona os valores de moralidade política como igualdade, liberdade, democracia, direito, etc ao respeito à dignidade humana dos indivíduos. E assim, tão logo ocorra ameaças a esta dignidade individual, todo o resto de valores de moralidade política restarão abalados e a legitimidade política comprometida. Em outras palavras a moralidade advinda da coletividade não se faz legítima antes que sejam respeitados os aspectos éticos de dignidade humana, que estão inclusos nos direitos fundamentais. Portanto, o respeito aos direitos fundamentais deve ser tratada como pré-condição necessária para garantir a legitimidade política de coerção estatal sobre os indivíduos.

Desta feita, quando vinculado os valores de moralidade política, a exemplo da democracia ao prévio respeito a dignidade humana à exemplo dos direitos fundamentais. É reforçado a hipótese deste capítulo em dar extrema importância ao papel da revisão judicial em uma democracia por garantir uma melhor proteção de direitos, e a partir desta melhor proteção de direitos, observa-se que o papel da revisão judicial como última palavra na

proteção dos direitos fundamentais contra a vontade coletiva passa de uma visão conflitante à democracia, para um papel como elemento integrante e indispensável do conceito mesma. E a este conceito, dá-se o nome de democracia constitucional.

3.4 A PEC 33 e sua perspectiva teórica.

3.4.1 Ela é democrática?

A partir do todo analisado, considera-se que a PEC 33 carece de legitimidade democrática, pois soberania popular não significa que povo é o senhor do seu destino sob qualquer aspecto. A ordem constitucional veio para por freios ao avanço das maiorias sobre as minorias e contra ela própria. Não se pode pensar democracia de forma isolada e puramente majoritária; ela deve estar interconectada com outros valores, tais como a igualdade, liberdade e justiça. O respeito as precondições materiais em nosso estágio atual de sociedade são fundamentais para podermos caracterizar uma sociedade como democrática e estas pré-condições passam necessariamente pela melhor defesa material dos direitos fundamentais, haja vista que somente através do respeito e proteção destes é que o Estado estará revestido de legitimidade para atuar coletivamente em nome dos indivíduos.

Soberania popular é quando todos os seus membros sem distinção são tratados com igual respeito e consideração através do respeito ético de suas dignidades humanas pelo Estado. Pois o poder soberano do povo não é a simples igualdade simétrica de votos dos cidadãos e a liberdade absoluta de poder se auto-determinar. Soberania está ligada ao tratamento igualitário no respeito a dignidade humana dos indivíduos e apenas assim poderemos chamar um governo democrático do, para e pelo povo.

Se olharmos por uma melhor justificativa do que seja democracia, qual seja, a democracia constitucional, será observado que a PEC 33 não se compatibiliza com o ideal democrático. Democracia não é concebida de forma estática à espera da ruptura do governo, é sim, dinâmica, ao se proteger constantemente contra si mesma. A PEC 33 abre precedentes perigosos, que a própria história já observou de desrespeito à dignidade humana e conseqüente quebra do próprio regime democrático.

3.4.2 Ela deve ser implementada?

Sob o contexto analisado neste trabalho de revisão judicial e última palavra, observa-se que não.

O argumento moral é uma construção complexa, reflexiva e holística, logo, seria delicado delegar ao povo esta função de dar a última palavra sobre assuntos tão sensíveis como a proteção de direitos fundamentais. Este não teria como analisar o histórico, os argumentos e as diversas visões de forma satisfatória a adotar os melhores argumentos de princípio para determinado caso. Discursos políticos, diferentemente de princípios poderão ser utilizados para suprimir direitos.

A última trincheira tem que ser delegada aquele poder que melhor reunir condições de dar respostas moralmente corretas às demandas, e este é o judiciário.

3.4.3 O dialogo é imprescindível?

Em sua exposição de motivos, o autor da PEC 33 (BRASIL, p. 13), afirma que esta possui a qualidade de promover o diálogo entre os poderes. Nega-se esta proposição.

As críticas a presunção de diálogo, pela simples alternância da instituição decisória, são seguras. O diálogo para se caracterizar necessita do compartilhamento de aspectos comuns dividido pelas partes que o buscam promover. Demonstra-se que não há sintonia fina nos argumentos e pressupostos utilizados pelo judiciário e parlamento, este movido por questões de política, e aquele por questões de princípio. Fala-se a mesma língua, porém não fala-se a mesma coisa.

Caso existisse um mecanismo coercitivo de troca de argumentos, também resultaria inoperante, pois resistiria a questão de quem deve ter a última palavra.

Diálogo não pode ser confundido com subterfúgio para evasão do debate. Não há nada de errado que opiniões das mais variadas sejam recebidas e consideradas, pelo contrário, até mesmo os maus argumentos podem e devem ser explicitados, para assim evitar de segui-los. Desta forma, mecanismos como o *amicus curae* e as audiências públicas prévias convocadas pelo judiciário em assuntos sensíveis a sociedade são saudáveis para promover o debate e a quantidade de argumentos, porém a última palavra ainda deve ser reservada ao judiciário.

Dois são os problemas centrais no debate das teorias de diálogo, o primeiro está na sua acepção cética de que não há melhores argumentos que outros e que todos devem ser igualmente considerados com iguais chances de serem escolhidos sobre os demais; o segundo

está na base de legitimação da teoria, esta parte do mesmo pressuposto da teoria majoritária da auto-determinação do povo como fator legitimador do poder de coerção do Estado sobre os indivíduos. Desta forma, caso fosse aprovado a PEC 33 o núcleo duro das cláusulas pétreas e conseqüentemente dos direitos fundamentais estariam desprotegidos, e seriam passíveis de ruptura pela vontade majoritária sob a argumentação de estar-se favorecendo o dialogo inter-institucional.

Conclusão

Utilizaremos uma história imaginária para ilustrar a conclusão e os resultados deste trabalho. Nela questiona-se se a prevalência da vontade coletiva sobre poucos indivíduos demonstra-se como o triunfo ou a ruína da democracia.

Um país que possui uma democracia madura na qual possui eleições livres com sufrágio universal; uma imprensa livre e independente que representam diversas opiniões entre os mais diversos aspectos do debate público; há uma constituição que garante direitos fundamentais aos indivíduos contra a vontade majoritária; há uma corte suprema ativa que de tempos em tempo garante o cumprimento da constituição ao anular leis que violam os direitos fundamentais; a constituição em si é reconhecida como a lei fundamental e expressa que não pode ser alterada, a menos que seja emendada por 3/5 do parlamento.

Porém este panorama é mudado com a eleição de um governo que atinge a marca de 3/5 do parlamento e este novo governo está disposto a mudar o caráter da constituição e da Nação. Para tanto inicia aprovando leis de imprensa que estabelecem conselhos apontados diretamente pelo Governo que têm poderes para previamente censurar notícias publicadas e impor sanções aos divulgadores sob o argumento de que são ofensivas a Nação. Aprova outras leis, á exemplo de leis de confisco de aposentadorias e relativização do devido processo legal em casos de manifestantes contrários ao governo.

Por fim, propõe por emenda constitucional pela mudança da jurisdição da corte suprema, delegando ao parlamento a possibilidade de dar a última palavra sobre a manifestação da corte, de modo a resgatar a constitucionalidade de leis e emendas que foram declaradas inconstitucionais.

Esta história hipotética deve ser considerada o triunfo ou a ruína da democracia? A resposta irá depender do que chamamos e entendemos ser uma democracia.

Observamos ao longo deste trabalho três concepções de democracia ligadas ao papel que deve ser exercido pela revisão judicial na proteção última de direitos fundamentais. A primeira foi chamada de teoria da democracia majoritária e seu pressuposto é de negar qualquer papel a revisão judicial ao defender que a última palavra em questões constitucionais e especialmente sobre proteção de direitos deve ser de competência exclusivamente parlamentar; é vista de forma essencialmente procedimental através do uso da regra de maioria e legitima-se ao ser garantido aos cidadãos a igualdade no poder de voto eleitoral. A segunda foi chamada de teoria da democracia deliberativa, seu pressuposto é de aceitar o papel da revisão judicial, porém nega a revisão judicial a supremacia de ter a última palavra

em questões constitucionais e de proteção de direitos; aponta para o diálogo entre os diversos atores envolvidos na produção de sentido da interpretação da constituição e dos direitos fundamentais, logo, sem dar destaque a quem deve possuir a última palavra; sua legitimidade advém do conjunto da qualidade epistêmica advinda das opiniões das cortes, com a legitimidade democrática de auto-determinação da maioria. A terceira foi chamada de teoria da democracia constitucional seu pressuposto é de aceitar irrestritamente a supremacia judicial, especialmente quando estão em jogo questões de proteção de direitos fundamentais; sua base legitimadora está no próprio respeito a dignidade humana através dos direitos fundamentais de cada um dos indivíduos sob a qual o Estado exerce seu domínio.

Após a análise dos fundamentos que justificam a utilização de um conceito de democracia sobre outro durante o trabalho, observou-se que a teoria democrática defendida por Dworkin é a que melhor justifica qual papel deve ser exercido pela revisão judicial em uma democracia. Entendemos que a teoria democrática constitucional ao vincular a legitimidade política do governo sobre indivíduos a uma condicional atitude de proteção dos direitos fundamentais através do aspecto ético de dignidade humana dos indivíduos, acaba por referendar o judiciário através da revisão judicial como o melhor espaço institucional para ser proferida a última palavra sobre a proteção de direitos, mesmo que tal decisão vá de encontro à vontade majoritária. E desta forma, observamos a revisão judicial não apenas um arranjo institucional que não é contrário ao conceito de democracia, mas sim, parte intrínseca e indispensável a qualquer governo que busque usufruir do melhor conceito que o valor político democracia possa proporcionar.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de direito do Estado, 2009.

BRASIL, Proposta de emenda à constituição nº 33 de 2011.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986

BOBBIO, N. "O Modelo Jusnaturalista", in N. Bobbio e M. Bovero (eds.). Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. São Paulo: Brasiliense. 1986.
———. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Constituzionalismo e teoria del diritto*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werbeck (Org.) A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG. 2002.
———. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoria del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta. 2007.

COMELLA, Victor Ferres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de estudios politicos y constitucionales. 1997.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*, São Paulo: L&PM. 1985

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes. 2011

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

———. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

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

———. *Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

———. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2006a.

———. *Is democracy is possible here?* New Jersey: Princeton University Press. 2006b.

———. *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy*. nº 3. 1995

———. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press. 2011b.

———. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

FARALLI, Carla, *La filosofia del diritto contemporanea: I temi e le sfide*. Bari: Laterza. 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta. 1999

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism*. *American Journal of Comparative Law*, v. 49. 2001.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan. 2001.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris. 2002.

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

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1997

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999
_____. *O leviatã*. São Paulo: Martins Fontes. 1998

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo, Brasiliense, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
_____. *A Democracia*. São Paulo, Martins Fontes. 2000.

KRAMER, Larry. *We the people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press. 1999.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva. 2011.
_____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008

MONSTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Editora Ática. 2000.
_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

ROUSSEAU, Jean. Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2007.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoria política*. Madrid: Alianza, 1992.

SIMON, Henrique Smidt. *Controle de constitucionalidade e abertura democrática*. Revista Jurídica da Presidência, vol. 13, n. 100, jun/set, p. 263-276. 2011.

SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Harvard Press. 1999.

_____. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey. 2009

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

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

VIEIRA, José Ribas, et al. (Org.). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá. 2010

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

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1993.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. New Haven: The Yale Law Journal, pp. 1346-1406. 2006.

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

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press. 2001.

ANEXO

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2011

(Do Sr. Nazareno Fonteles e outros)

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ... (NR)".

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após

aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.(NR)”

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação

do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

....(NR)"

JUSTIFICAÇÃO

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Entendemos a judicialização das relações sociais como um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, visto que dispomos de uma Constituição analítica que interfere no cotidiano das pessoas. Parece-nos, nesse contexto, compreensível que as controvérsias sejam levadas ao Judiciário para a devida solução das questões concretas.

Além da judicialização, temos a vertente do ativismo judicial. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes

do mundo¹. Trataremos dessa questão específica mais adiante.

Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução² - criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso.

Um dos casos mais emblemáticos foi a controversa verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE³ – aprovada a menos de sete meses das eleições de 2002. O Congresso Nacional reagiu a essa inovação jurídica e aprovou uma Emenda Constitucional (EC nº 52/2006) explicitando a vontade de legislador, dando liberdade aos partidos na formação de coligações. Embora ambos os normativos (as Resoluções do TSE e a Emenda à Constituição) tenham sido aprovados a menos de um ano da eleição, o STF entendeu que apenas a Emenda à Constituição devia observância ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF/88; art. 16)⁴. Esse caso é um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica fundamentados no poder regulamentar de que dispõe a Justiça Eleitoral para tão somente administrar eleições.

Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema.

Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Poder

¹ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 2005. p. 146.

² Resolução TSE nº 22.610, de 25.10.2007; posteriormente alterada pela Resolução-TSE nº 22.733, de 11.03.2008, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária.

³ Resolução TSE nº 20.993, de 26.02.2002; e Resolução nº 21.002, de 15.03.2002.

⁴ Vários partidos políticos ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Resolução do TSE (ADI 2628-3; do PFL) e ADI 2626-7; do Pcdob; PL; PT PSB e PPS), mas o STF não chegou a apreciar o mérito das ações, pois sequer as conheceu.

Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais.

O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país.

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um *superlegislativo*⁵.

Uma das causas apontadas para o protagonismo judicial decorre da recente democratização dos pleitos eleitorais. Conforme afirma Alfredo Canellas Guilherme Silva⁶: *"Em temos de democracia a elite-minoritária fragilizada pela perda de espaço político-legislativo para a maioria popular elegeu o Poder Judiciário como o instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia perdida ou ameaçada pela voz das urnas"*.

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central

⁵ Termo cunhado por Alfredo Canellas Guilherme da Silva, em seu artigo "Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte".

⁶ Silva, Alfredo Canellas Guilherme. Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte.

da presente proposição.

Em primeiro lugar, entendemos salutar o aumento da maioria qualificada para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no Parlamento. A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular.

A redação atual do art. 97 da Constituição Federal estabelece o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais como requisito para declaração de inconstitucionalidade de leis. Estamos propondo o aumento de maioria absoluta para quatro quintos dos membros dos tribunais. No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional. Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte.

Voltando ao fenômeno do ativismo judicial, uma breve análise de sua evolução no Brasil aponta para um expressivo aumento a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (conhecida como Reforma do Judiciário). Essa Emenda tinha o justo objetivo de conferir meios ao Poder Judiciário para reduzir o imenso volume de processos repetitivos, gerando uma maior rapidez e efetividade das decisões judiciais. Nesse contexto, foram aprovadas medidas inovadoras no bojo da referida reforma, tais como a súmula vinculante (com “força de lei”) e a repercussão geral (como critério de admissibilidade de recursos extraordinários).

Um desses mecanismos inovadores voltados à racionalização da prestação jurisdicional postos à disposição do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, como já dito, foi a súmula vinculante. Aproximadamente sete anos após sua aprovação, é necessário que o Congresso Nacional promova uma avaliação do uso desse instrumento.

A nosso ver, a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco” posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes. Um desses necessários ajustes resulta do desapego do Supremo aos contornos dos casos precedentes, bem como à necessidade de reiteradas decisões para que se edite uma súmula vinculante. Nesse contexto, vale registrar alguns trechos de debates em sessões de

aprovação de súmulas vinculantes naquela Corte:

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 (uso de algemas). (Nesse caso, os ministros não se ativeram ao caso concreto, mesmo alertados pelo Procurador-Geral da República. É manifesto o ímpeto legiferante do STF).

O DR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, Senhores Ministros, (...) para manter a coerência da posição que assumi na manifestação oral, na sessão de julgamento do Habeas Corpus nº 91.952, desejo fazer breves observações para reflexão do Tribunal, neste momento em que se delibera a propósito do enunciado de Súmula Vinculante nº 11, que trata do uso das algemas. Algumas dessas observações, evidentemente, já foram até agitadas na discussão porque no texto inicial se referiam a questões previstas, mas no texto que agora se propõe algumas delas ficaram superadas visto que foram atendidas. Na sessão anterior, a questão foi enfrentada à luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa a situação de fato, (...) o pronunciamento da Corte teve caráter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso das algemas em todos os casos.

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 12 (cobrança de matrícula em universidades públicas). (Nesse caso, o ministro Eros Grau se mostra preocupado com a rotina adotada pelo Supremo de se passar do critério de admissibilidade de recursos (repercussão geral) diretamente para a súmula vinculante. Ao final o ministro lembra que a Constituição exige reiteradas decisões.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU - (...)Quero fazer uma observação do ponto de vista da minha posição na Corte. É breve. Hoje fico muito preocupado com o fato de da repercussão geral chegarmos diretamente à súmula. Porque há casos e casos. E hoje julgamos uma porção de recursos extraordinários, entre os quais seguramente há casos inteiramente distintos um do outro.

Só queria anotar essa minha preocupação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu me

permitiria ponderar apenas o seguinte: reconhecidamente o Supremo Tribunal Federal adotou uma praxe salutar e logo após votada a repercussão geral nós elaboramos uma súmula vinculante. Isso tem desatracado os nossos trabalhos, tem esclarecido os jurisdicionados. Parece-me uma prática que, data venia, deve ser mantida. Vencedores ou vencidos, temos que nos conformar com meia maioria formada no Plenário.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Senhor Presidente, não tenho nenhum inconformismo, eu só quis registrar e lembrar: A Constituição diz "... após reiteradas decisões ..."

Esses breves diálogos travados entre ministros da Corte revelam que o STF não está seguindo as regras do instrumento posto à sua disposição pelo Congresso Nacional. Cumpre ao Poder Legislativo rever as regras desse importante instrumento de racionalização das decisões judiciais, como forma de preservação de suas competências legislativas.

Nossa proposta aumenta para quatro quintos de seus membros a maioria necessária para aprovação da súmula vinculante. Exigir-se-á, a partir de agora, a concordância de pelo menos nove ministros para que se aprove uma súmula vinculante.

Além disso, o efeito vinculante da súmula perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública somente operará após a aprovação da súmula, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional.

A apreciação do Congresso Nacional sobre a súmula proposta pelo STF avaliará a observância dos casos precedentes reiteradamente decididos e os eventuais "excessos legislativos".

Na hipótese de rejeição do efeito vinculante pelo Congresso Nacional, a súmula tornar-se-á mais uma das súmulas ordinárias daquela Corte. Para não prejudicar a agilidade da decisão, assina-se o prazo de noventa dias, com a aprovação tácita no caso de não se ultimar a votação no prazo estabelecido.

Observamos que a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional e,

portanto, a presente proposição não viola o princípio da separação de poderes.

Essa medida, além de representar o cumprimento do que determina o art. 49, XI, da Constituição Federal ao Congresso Nacional – *zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes* -, deve induzir o necessário (e hoje inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República.

A sistemática proposta, como se pode notar, assemelha-se à apreciação de vetos do chefe do Poder Executivo a dispositivos de lei aprovadas pelo Legislativo, motivados por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público. O Congresso Nacional pode, por maioria absoluta, em sessão conjunta, rejeitar o veto presidencial e ratificar seu entendimento quando da aprovação da proposta. No caso do veto, não ocorre, contudo, a aprovação tácita por decurso do prazo.

Além de tratar de novos procedimentos de aprovação da súmula vinculante, a presente proposição também confere ao Poder Legislativo um papel relevante no controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Ressalte-se que, nesse tópico, a proposta versa apenas sobre o controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal.

A proposta consiste em submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF, que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos (*erga omnes*). Somente após a apreciação do Congresso Nacional reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo é que operaria o efeito vinculante e a eficácia da decisão judicial. Na hipótese de o Congresso ratificar seu próprio entendimento já esposado anteriormente por ocasião da aprovação da Emenda, ficaria a população automaticamente convocada para opinar sobre o caminho a ser seguido. Assim, havendo divergências entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra.

A título de esclarecimento, vale lembrar que o efeito vinculante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) não foram previstas no texto original da Constituição de 1988. Tal alteração foi introduzida apenas em 1993, pela Emenda à Constituição nº 3, que estabeleceu esse efeito apenas para as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), e a partir de então, a jurisprudência do STF passou a conferi-lo também às ADI. Com a edição da Lei nº 9.868/1999 e, posteriormente, com a promulgação da EC nº

45/2004 (Reforma do Judiciário), o efeito vinculante foi expressamente estendido à ADI.

A respeito da participação do Poder Legislativo no tocante à aplicação de decisões do STF a todos (*"erga omnes"*), vale lembrar que o art. 52, X da Constituição Federal, já prevê a atuação do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema em controle difuso de constitucionalidade. Esse papel do Senado Federal vem sendo previsto em textos constitucionais desde 1934. Em nossa opinião, não se trata de papel subalterno, mas de mecanismo concreto de equilíbrio entre Poderes, podendo a Câmara Alta decidir de forma contrária, como, de fato, já ocorreu.

Conforme o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso⁷,

"O Senado, como regra, suspende a execução do ato declarado inconstitucional. Há, contudo, precedente de não-suspensão: no caso do art. 9º da Lei nº 7.689/1998, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764-PE, por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do STF no dia 18 do mesmo mês".

Não obstante, parte da doutrina, incluindo ministros⁸ do Supremo, defendem a ocorrência de uma mutação constitucional para relegar o papel do Senado da República apenas a dar publicidade à decisão da Corte. Os que assim entendem vêem como justificativa da existência do referido dispositivo apenas razões históricas.

O fato é que uma série de instrumentos criados pelo

⁷ Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro (4ª edição, Ed. Saraiva, p. 129).

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegrf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2008.

próprio Poder Legislativo, e pelo próprio STF, têm contribuído para o progressivo esvaziamento dessa competência. Na prática, esse entendimento apenas reproduz o desprestígio do Poder Legislativo e expõe a nítida face do ativismo judicial.

Embora não seja objeto da presente PEC, podemos inserir no contexto do distanciamento do Poder Legislativo em relação à Constituição o fenômeno da "mutação constitucional". Trata-se de um processo informal de mudança de sentido e alcance de dispositivos constitucionais, promovido unilateralmente pelo Judiciário, justificado apenas por exercícios de hermenêutica. Indaga-se: convém à sociedade ter o Poder Legislativo inerte diante de uma mudança silenciosa da Constituição a cargo apenas do Supremo?

Não podemos importar modelos de forma acrítica a partir da experiências de outros países que, por dificuldades extremas de promover mudanças nos textos constitucionais, tiveram de implementar formas alternativas e criativas para não "congelar" no tempo suas Constituições. Entendemos que o povo, por meio de seus representantes, deveria participar desse processo. Em momento mais adequado voltaremos a tratar desse tema.

Em síntese, já é hora de refletirmos, no contexto brasileiro, sobre esse modelo de controle de constitucionalidade que tem justificativa histórica cunhada no período pós-holocausto. Segundo Alfredo Canellas Guilherme da Silva⁹, *"A desconfiança sobre o Poder Legislativo autenticou a ideia de que o Poder Judiciário deveria assumir o papel de guardião das normas constitucionais e seu mais importante valor da dignidade da pessoa humana, mesmo fosse necessária a declaração de inconstitucionalidade de leis democraticamente elaboradas pelas casas do povo ou o controle de sua omissão legislativa"*.

Continua o eminente professor em seu brilhante artigo: *"O ativismo judicial se resume num comportamento cometido pelo poder judicante ofensivo ao princípio democrático, mas retoricamente preocupado com a efetividade do princípio da supremacia constitucional, segundo a última e própria interpretação realizada pelo Poder Judiciário"*. E arremata com precisão: *"Acerca do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal no*

⁹ Silva, Alfredo Canellas Guilherme. Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte.

Brasil, a doutrina identifica como questão de fundo a afirmação e ampliação da competência normativa da corte e não a efetividade dos direitos fundamentais”.

As formas alternativas de controle de constitucionalidade tem sido debatidas e defendidas por eminentes juristas. Destacamos Jeremy Waldron¹⁰ e Mark Tushnet¹¹, que questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron,¹² os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática.

Como forma de exemplificar um modelo alternativo de controle de constitucionalidade no qual o Poder Judiciário não tem o monopólio da última palavra, citamos o adotado pela constituição canadense. De acordo com o constitucionalista José Guilherme Berman Correa Pinto¹³,

“A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como “cláusula não obstante” (notwithstanding clause), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do judicial review, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (weak-form judicial review), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos

¹⁰ Jeremy Waldron é um jurista neozelandês radicado nos Estados Unidos, autor de várias obras, incluindo “A Dignidade da Legislação”.

¹¹ Mark Tushnet é um jurista norte-americano, professor de Direito na Harvard Law School, também autor de várias obras, entre elas “Taking the Constitution away from the Courts” (Princeton University Press) e “Weak Courts, Strong Rights”. É defensor de forte limitação do “Judicial Review” e da “devolução” da Constituição ao povo.

¹² Waldron, Jeremy. A Dignidade da Legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³ Pinto, José Guilherme Berman Correa. Artigo “Supremacia judicial e controle de constitucionalidade”, publicado em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/799/668>.

daquela sociedade".

Já é hora, pois, de superarmos o argumento de que os legisladores são menos aptos a tratar dos direitos da minoria por serem suscetíveis às pressões da maioria. Afinal, são os próprios parlamentares que na Constituição e nas leis ordinárias consignaram tais direitos. Alega-se também que as maiorias legislativas são passageiras e circunstanciais, sendo natural o papel do Judiciário enfrentar, por não delas depender, as correntes majoritárias. Esse argumento falacioso menoscaba o Poder Legislativo, pregando-lhe a pecha de incapaz e inconsequente.

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*¹⁴.

Vale a pena citar Peter Häberle: "Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada. É possível cogitar de uma opinião pioneira, na qual a doutrina constitucional integre também a teoria da legislação, isto é, seja admitida como uma interlocutora do legislador". (...) Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição..." (Hermeneutica Constitucional, Porto Alegre, 1997. Tradução: Gilmar F. Mendes, p.53-55).

Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal.

Tal anomalia precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja, da competência dos Poderes da República.

Desse modo, estamos, em síntese, propondo uma revisão da sistemática de aprovação de súmulas vinculantes e do modelo de controle

¹⁴ Expressão cunhada por Lênio Streck, para designar o uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais, no livro Verdade e Consenso, Ed. Lumen Juris.

de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Em ambos os mecanismos o Poder Legislativo assumirá, como deve ser, um papel relevante.

A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular.

Esperamos contar com apoio dos nobres pares.

Sala das Sessões, em de de 2011.

Deputado Nazareno Fonteles

2011_1541