

### 3

## Constitucionalismo e Democracia: perspectivas teóricas e análise do caso brasileiro

As teorias procedimentalistas e substancialistas da Jurisdição de Constitucional, cada qual a sua maneira, defendem uma a melhor forma de se conciliar a tensão entre o constitucionalismo<sup>1</sup> e a democracia<sup>2</sup>. Com o objetivo de lançar luzes sobre a questão dos limites da atuação da Jurisdição Constitucional, de tal forma que as decisões judicantes sejam consideradas legítimas e não violem o princípio democrático, serão abordadas as teorias substancialista sob a perspectiva de Dworkin, e as teorias procedimentalistas sob a perspectiva de Ely e Habermas. Todas têm analisado a legitimidade da jurisdição constitucional para intervir em questões de natureza política, a partir da defesa do *judicial review* como instrumento de controle dos atos legislativos. Apresentam, porém, concepções divergentes acerca de sua contribuição para a elevação do nível do debate público, em reforço ao princípio democrático.

Sob outro viés analítico, serão apresentadas as teorias da democracia deliberativa capitaneadas por Waldron e por Sunstein. O primeiro pretende demonstrar que a adoção do majoritarismo aliado à instituição de um modelo fraco de controle constitucionalidade pode enaltecer a capacidade institucional do Poder Legislativo de solucionar questões que geram profundo desacordo no seio da comunidade. Já Sunstein defende a instituição do minimalismo judicial decisório em deferência às decisões do Parlamento, que julga ser o fórum mais adequado para solucionar questões constitucionais que afetam toda a comunidade.

Ambos se propõem a combater a judicialização da política (*lato senso*) e o *judicial review* no sentido forte, sustentando que tais institutos poderiam violar o princípio democrático, na medida em que questões fundamentais para a comunidade política são retiradas do fórum público do Poder Legislativo e transferidas para o do Poder Judiciário.

Finalmente, serão analisadas as teorias dos diálogos institucionais como formas alternativas de promoção do diálogo entre os poderes Legislativo e

---

<sup>1</sup> O Constitucionalismo destaca a prevalência aos direitos e garantias fundamentais em detrimento das decisões majoritárias e defende uma atuação pró-ativa da jurisdição no sentido substancialista.

<sup>2</sup> Na democracia prevalece a soberania popular a partir do critério majoritário de tomada de decisão.

Judiciário na interpretação conjunta da Constituição, bem como a sua viabilidade para combater o ativismo judicial.

### 3.1.1

#### **A judicialização da política na teoria substancialista e o *judicial review* como instrumento de controle dos atos legislativos**

Dworkin se destaca como um dos defensores da concepção substantiva de democracia constitucional<sup>3</sup>, ao adotar uma leitura moral da Constituição, para dar continuidade a um conceito interpretativo do Direito vinculado ao princípio da integridade. É a concepção de leitura moral da Constituição que fundamenta a legitimidade da jurisdição constitucional, para decidir sobre a interpretação dos casos jurídicos complexos e revisar os atos legislativos no exercício do controle de constitucionalidade.

A partir da obra *Levando os Direitos a sério*, Dworkin (2007) enfatiza que o direito não pode ser visto apenas como um conjunto de regras que contêm condições válidas ou não para um determinado caso concreto, tal como pressupõe o positivismo jurídico. Assim, o direito deve ser considerado uma junção de princípios e regras, pois ambos “se conformam como padrões jurídicos a serem seguidas no caso de obrigações jurídicas.” (DWORKIN, 2007, p. 36).

Os princípios não se aplicam pela forma tudo ou nada, tal como as regras, mas como “um padrão, que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007, p. 36), que “inclinam a decisão em uma determinada direção de maneira não conclusiva.” (DWORKIN, 2007, p. 57). Até mesmo “a interpretação das leis e regras do *common law* são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos.” (DWORKIN, 2007, p. 128). A utilização de termos vagos nas regras não implica que elas tenham sido transformadas em princípios, mas que a sua aplicação aos casos concretos enseja a incorporação de outros princípios ou de políticas que se agregam para gerar uma interpretação

---

<sup>3</sup> Segundo o autor, “[...] a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração. Quando surgirem casos controversos relativos à melhor forma de democracia, que se recorra ao teste consequencialista: qual decisão dessas controversas parece mais conducente para promover ou proteger essas metas igualitárias substantivas?”. (DWORKIN, 2005, p.255). “Esta é uma concepção dependente de democracia, segundo a qual a melhor forma de democracia é a que tiver maior probabilidade de produzir as decisões substantivas que obedeçam à concepção de igual consideração e respeito em relação a todos os dos membros da comunidade.” (APPIO, 2008, p.42).

adequada na formulação de decisões jurídicas específicas. (DWORKIN, 2007, p. 45-46). Especialmente na Resolução dos casos difíceis, ou seja, nas hipóteses em que não se encontra uma previsão legal explícita aplicável ao caso concreto, os princípios são de fundamental importância já que “sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares.” (DWORKIN, 2007, p. 46). Dworkin (2007) pretende deixar claro que, ao decidirem os *hard cases*, os juízes não utilizam a discricionariedade em sentido forte, como critica Hart, o que os levaria a práticas decisionistas, eles estão livres para decidir sem apresentar critérios previamente estabelecidos para justificar sua decisão. Refuta tal afirmativa, explicando que os juízes devem estar vinculados “a um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos a práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.” (DWORKIN, 2007, p. 58).

Não se trata de um poder discricionário em sentido forte, ou seja, de um decisionismo que impõe as convicções pessoais do julgador aos indivíduos da comunidade e sem vinculação a determinados critérios. Na verdade, segundo o autor, há um “dever que é atribuído aos juízes de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que as ordens ou regras exigem e agir com base nessa compreensão” (DWORKIN, 2007, p. 58-59), para que se obtenham subsídios que possam justificar a existência de uma obrigação jurídica.

Por isso, o autor vê como vantajoso esse modelo em detrimento do modelo de regras tão caro aos positivistas, e endossa que a resolução dos casos difíceis necessariamente perpassa pela discricionariedade, ou seja, por um “poder de escolha orientada por critérios” (SGARBI, 2006, p. 159), mesmo que ela resulte numa interpretação diversa da intenção do legislador. (DWORKIN, 2007, p. 59).

A adoção de princípios que impliquem a modificação de uma regra de direito em vigor não significa que os juízes não tenham uma “atitude de deferência para com os atos do Poder Legislativo e também aos precedentes.” (DWORKIN, 2007, p. 60). Essa atitude de deferência existe, mas de forma limitada, já que “tais padrões (supremacia do poder legislativo e do precedente), apesar de inclinarem em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, não o impõe.” (DWORKIN, 2007, p. 60).

Além disso, “os juízes também não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem estas doutrinas” (DWORKIN, 2007, p.

60) sob pena de nenhuma regra ser considerada obrigatória. Em outras palavras, a adoção de um determinado princípio deve justificar a mudança de uma regra jurídica de acordo com padrões extrajurídicos que norteiam a determinação do grau de importância que ele desempenha para a Resolução do caso concreto. Contudo, tal escolha deve estar a salvo da subjetividade dos juízes, caso contrário, haveria uma modificação indiscriminada das regras jurídicas. (DWORKIN, 2007, p. 59-60).

Por esse motivo, Dworkin critica a teoria da discricionariedade judicial apresentada por Hart (2001). Ele a considera “antidemocrática porque os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, só os representantes do povo deveriam ter poderes de criação do direito.” (HART, 2001, p. 338). Também a considera injusta porque ela é resultante de “uma forma de legislação retroativa” (HART, 2001, p. 338), que traz insegurança jurídica por ensejar a declaração de violação de um dever criado pelo juiz após o fato.

Dworkin defende, então, que sempre haverá uma resposta mais correta<sup>4</sup> para a resolução de casos difíceis, a qual, para ser alcançada, exige um tipo ideal de juiz. Assim como Hércules, que, com a “sagacidade e magnanimidade sobre humanas” que lhe são próprias (DWORKIN, 2007, p. 59-60), seja capaz de interpretar e decidir os casos a ele submetidos a partir de princípios, levando, no entanto, em consideração as incontáveis decisões, estruturas, convenções e práticas jurídicas já moldadas pela história institucional da comunidade política.

Para explicar a função interpretativa do juiz em relação às normas constitucionais, o autor o compara ao escritor de um romance em cadeia. De forma crítica e criativa, o juiz desvela o direito que regulará o caso concreto, e, para dar continuidade a mais um capítulo do romance, leva em consideração o que já foi escrito pelos demais escritores nos capítulos precedentes. Buscando fornecer subsídios para que o juiz Hércules exerça a sua função interpretativa, Dworkin apresenta, em seu livro *O Império do Direito*, uma teoria da interpretação construtivista do Direito a partir da aplicação do princípio da integridade:

---

<sup>4</sup> Na obra *Justice in Robes*, Dworkin (2006) elabora uma nova versão para o que tinha denominado de única resposta correta, que desconsiderava a possibilidade de uma plúrima interpretação em relação a uma norma jurídica. Reconsidera esse posicionamento para afirmar que há repostas melhores que outras. Mesmo sendo todas elas corretas, apenas uma deve ser eleita como a resposta mais adequada.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite este ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 1999, p. 264).

Assim, cabe ao juiz Hércules adotar um modelo de interpretação construtivista, que demanda uma vinculação coerente com uma trama de “princípios morais, jurisdicizados através dos direitos e garantias fundamentais” (DWORKIN, 2005, p. 27), dentre os quais deve optar pelo que melhor se amolda ao direito desvelado para a resolução do caso concreto. O direito a ser reconstruído pode até adotar um caráter inovador quando casos semelhantes devam ser decididos de modo distinto em relação às decisões pretéritas. Mas cabe ao julgador justificá-lo de forma coerente, cotejando as decisões pretéritas e levando em consideração os ideais de equidade e de justiça, erigidos a partir da moralidade política vigente na comunidade no momento de aplicação da norma. Apenas a partir da utilização deste método interpretativo, seja ele para endossar as decisões anteriores ou dar-lhes um caráter inovador, é que se poderá afirmar que “homens são livres e iguais, para se darem normas para regerem sua vida em sociedade” (DWORKIN, 1999, p. 263). Quer dizer, eles atuam como parceiros na construção do direito, apesar de suas diferentes concepções de vida digna, já que se veem como membros de uma ação coletiva comunitária. Esta concepção do princípio da liberdade, baseada no princípio da igualdade na teoria política do autor, é denominada de “igualitarismo liberal” (DALL’AGNOL, 2005, p. 55), pois “os direitos individuais são concebidos na medida em que o requer a igualdade, estando subordinados à idéia de igualdade de respeito e consideração.” (DALL’AGNOL, 2005, p. 55). A referida teoria norteia a ideia de direitos individuais como trunfos que limitam a vontade da maioria, e assegura a cada membro da comunidade igual consideração e respeito, pois

[...] o decisivo do constitucionalismo é a idéia de que a vontade da maioria deve ser limitada com vistas à proteção dos direitos individuais, sendo, então, os direitos entendidos como trunfos para impedir que a maioria seja juiz em sua própria causa.. (DWORKIN, 2007, p. 153).

Isso significa que nenhuma diretriz política ou objetivo social poderá impor alguma restrição ou limitação que prejudique o exercício de tais direitos

individuais. Ser portador de direitos, na teoria da democracia constitucional defendida por Dworkin, significa que os cidadãos são portadores de direitos básicos contra o governo que deve lhes assegurar um tratamento como iguais. Esse tratamento pressupõe “o direito à igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos” (DWORKIN, 2007, p. 419-420) e não distribuir de forma igualitária tais bens e oportunidades.

Dessa forma, o autor defende que a jurisdição constitucional, nas hipóteses de violação ao dever estatal de tratar com igual consideração e respeito os cidadãos de uma comunidade política, adote uma função contramajoritária já que os indivíduos que a compõem são “agentes morais autônomos, dotados de direitos de participação política que não podem estar subordinados à vontade da maioria.” (CITTADINO, 2009, p. 158). Assim, o resultado deliberativo das decisões tomadas pelas instituições majoritárias deve refletir esta igualdade de respeito e consideração em relação a cada um de seus membros. As instituições estatais necessariamente estão vinculadas a princípios igualitários de moralidade política, motivo pelo qual a regra majoritária de tomada de decisões políticas não é considerada antidemocrática por Dworkin (1999). O seu conceito de democracia constitucional tem como pré-requisito a tutela dos direitos individuais em detrimento da soberania popular.

Portanto, o juiz Hércules, ao se valer do *judicial review* para promover a tutela de tais direitos individuais, não pode ser considerado “um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático.” (DWORKIN, 1999, p. 476):

Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. (DWORKIN, 1999, p. 476).

Trata-se de um posicionamento neoconstitucionalista, que reaproxima o Direito da Moral, na medida em que o ordenamento jurídico incorpora princípios que “atuam como uma exigência da justiça, da equidade ou de outra dimensão da moralidade política.” (DWORKIN, 1999, p. 36). Dessa forma, o Tribunal Constitucional, ao lançar mão do *judicial review*, é alçado “a um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito

individual, não, isoladamente, uma questão de bem público.” (DWORKIN, 2005, p. 39).

Por essa razão, o autor afirma que o *judicial review* eleva o nível do debate público, reduz a injustiça a longo prazo e contribui para a garantia do regime democrático:

[...] se trata de um arranjo estratégico garantidor da democracia, em que a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo demonstrou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo. (DWORKIN, 1997, p. 102).

Sob essa perspectiva, pode-se concluir que a teoria dworkiana tenta conciliar constitucionalismo e democracia, na medida em que confere à função contramajoritária da Jurisdição Constitucional a legitimidade para decidir as questões fundamentais da comunidade política, a partir de “princípios como exigência da justiça, da equidade ou de outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2007, p. 36).

### 3.1.2

#### **A judicialização da política na teoria procedimentalista e o *judicial review* como instrumento de controle dos atos legislativos**

A concepção procedimental de democracia enfatiza que a função da jurisdição constitucional é zelar pela integridade do procedimento democrático, priorizando direitos que garantam aos cidadãos participação política e igual oportunidade de influenciar os processos de tomada de decisões. Um dos primeiros autores a defender esta corrente procedimentalista foi Ely (2001) na obra *Democracy and Distrust*. Ele aponta os equívocos nos quais se incorreram as concepções interpretativistas e não interpretativistas em relação à interpretação do texto constitucional. A primeira “indica que juízes ao decidirem questões constitucionais devem se limitar a fazer cumprir normas que estão declaradas ou claramente implícitas na constituição” (ELY<sup>5</sup>, 2001, p. 1, tradução livre), que representam a vontade do legislador originário, já que os princípios e valores existentes não têm caráter vinculante. A segunda, ao contrário, indica que “as cortes devem ir além daquela série de referências e fazer cumprir normas que não

<sup>5</sup> No original: “[...] Indicating that judges deciding constitutional issues confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution”. (ELY, 2001, p. 1).

podem ser descobertas dentro dos quatro cantos do documento” (ELY<sup>6</sup>, 2001, p. 1, tradução livre), permitindo-se que juízes utilizem de padrões extrajurídicos para interpretar as normas constitucionais abertas.

Segundo o entendimento de Ely (2001), nenhuma das teorias é suficientemente compatível com o sistema democrático norte-americano e tece críticas a ambas. O interpretativismo é insuficiente porque reduz de forma demasiada a competência dos juízes, limitados a investigar a vontade do legislador, o que é questionável até mesmo pela falta de clareza da linguagem legislativa. O não-interpretativismo também é insuficiente porque as complementações e integrações feitas pelos juízes para identificar o conteúdo das normas constitucionais abertas partem de escolhas arbitrárias e subjetivas do próprio julgador.

Dentre os não interpretativistas, o autor apresenta uma crítica à teoria dworkiana, que propõe uma leitura moral da constituição a partir da teoria construtivista do direito e do princípio da integridade. Para Ely (2001), autorizar que os juízes preencham o significado das normas constitucionais abertas a partir de valores substantivos fundamentais para a sociedade, tal como pretende Dworkin (1999), implica que eles assumam a função de legisladores e substituam a vontade do povo pela de um órgão não eleito com o poder de dizer o que é a Constituição.

Porém, o método de hermenêutica constitucional, baseado em “correntes filosóficas morais que não encontram um consenso sequer entre os filósofos” (VIEIRA, 1997, p. 70-71), é incompatível com a democracia representativa. Segundo ELY<sup>7</sup> (2001, p. 54, tradução livre), “nossa sociedade não aceita a noção de um conjunto de princípios morais válidos e descobríveis, ao menos, não um conjunto de valores que possa derrogar as decisões de nossos representantes eleitos.” Trata-se do problema da dificuldade contramajoritária, ou seja, da atuação de um Tribunal Superior que “declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um executivo eleito, ele frustra a vontade dos representantes do povo

---

<sup>6</sup> No original: “[...] the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document.” (ELY, 2001, p. 1).

<sup>7</sup> No original: “[...] Our society does not accept the notion of a set of moral principles valid and discoverable, at least, not a set of values that can depart from the decisions of our elected representatives.” (ELY, 2001, p. 54).



real do aqui e agora; ele exerce controle, não em nome da maioria predominante, mas contra esta maioria.” (BICKEL<sup>8</sup>, 1986, p. 16-17, tradução livre).

Tentando solucionar a questão Ely, destaca que os juízes não têm legitimidade para definir questões de moralidade política, cabendo-lhes interferir apenas “em caso de funcionamento deficiente do processo democrático.” (ELY<sup>9</sup>, 2001, p. 103). Formula, então, um conceito de democracia que pressupõe que “iguais na posição original tentando formar um governo começariam da presunção de que nenhum dos valores de um adulto são deve contar mais ou menos do que os de outro” (FERRO, 2008, p. 28), de forma que “a vontade de cada um deve ser levada em conta na formação da vontade pública pelos representantes do povo.” (ELY<sup>10</sup>, 2001, p. 103, tradução livre).

Em outras palavras ele defende que é possível conciliar o *judicial review* com uma concepção de democracia representativa, que leva em conta a liberdade de cada cidadão de se autogovernar. Apesar disso, ele admite distorções no sistema democrático-representativo cujo processo de deliberação decorre de práticas discriminatórias ou da ausência de representação igualitária de todos os cidadãos, conduzindo à tirania da maioria:

- (a) se a maioria vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou de outra maneira para diluir a influência delas no dito processo;
- (b) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável para uma ou outra minoria;
- (c) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes e vulneráveis, segundo a opinião da maioria, de forma que os legisladores decidem por voto supermajoritário nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torna-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro. (FERRO, 2008, p. 28).

Em tais casos autoriza-se o *judicial review*, pois houve uma violação dos direitos de acesso político e/ou de igualdade de participação política em relação às minorias. Assim, os juízes estariam mais aptos do que os representantes eleitos para decidir se tais direitos foram efetivamente violados nos processos

---

<sup>8</sup> No original: “[...] the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.” (BICKEL, 1986, p. 16-17).

<sup>9</sup> No original “in case of malfunctioning of the democratic process.” (ELY, 2001, p.103).

<sup>10</sup> No original: “willingness of each must be taken into account in shaping the public will by representatives of the people.” (ELY, 2001, p. 103).

deliberativos, afinal, eles não têm qualquer incentivo para promover a tirania ou discriminar as minorias já que não precisam ser reeleitos.

Ely considera que a sua teoria é uma “reação às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger as minorias” (ELY<sup>11</sup>, 2001, p. 100-101, tradução livre), já que todos os cidadãos que compõem a maioria ou a minoria devem ser tratados de forma igualitária no que tange àqueles direitos de acesso e participação política:

A ação do judiciário deixa de ser uma prática meramente negativa, de defesa de minorias contra a democracia, passando a ser um mecanismo de defesa da maioria contra os obstáculos decorrentes da adoção de mecanismos de representação. (ELY<sup>12</sup>, 2001, p. 183, tradução livre).

Justifica a adoção do *judicial review* como uma forma de controle da “má formação das condições procedimentais do processo político” (HABERMAS, 1997a, p. 327-328), já que a “preocupação precípua das constituições é com a proteção dos direitos de acesso político e igualdade de participação política.” (ELY, 2001, p. 183). E isso acaba por reforçar a democracia representativa norte-americana, na medida em que os parlamentos são os legítimos representantes do povo.

Assim, as Cortes Constitucionais não devem assumir a função de guardiãs dos valores substantivos, determinando os méritos políticos de uma escolha que pertence aos representantes do povo. Desta forma, a intervenção judicial restringe-se ao processo político e tem por fito reforçar a democracia do Parlamento, pois se ele é considerado antidemocrático, os juízes teriam maior capacidade e imparcialidade para lidar com procedimentos obstaculizando a formação de minorias discretas e insulares<sup>13</sup>.

A teoria inaugurada por Ely (2001) foi responsável pelo primeiro giro procedimentalista da teoria constitucional (MICHELMAN, 2000, p. 63-64), pois

<sup>11</sup> No original: “[...] reaction to the ways in which the plurality fails to protect minorities.” (ELY, 2001, p. 183).

<sup>12</sup> No original: “[...] constitutional Law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can.” (ELY, 2001, p. 183).

<sup>13</sup> As minorias são grupos vulneráveis que não conseguem obter representação política suficiente para influenciar as decisões tomadas no processo político. Elas se caracterizam pela discricção, pois formam grupos autônomos e de fácil identificação e pela insularidade, pois elas se mantêm unidas através da formação de grupos isolados.

concebeu ao Judiciário o papel de árbitro dos procedimentos políticos para garantir o igualitarismo no processo democrático de formação da opinião e da vontade política. Todavia, recebeu inúmeras críticas, dentre as quais se destacam as de Gargarella (1996) e de Vermeule (2006).

O primeiro afirma que o modelo de democracia representativa pluralista<sup>14</sup> (regida por grupos de interesse), aliado à noção de blindagem da formação de minorias discretas e insulares, é contraditório porque admite a regra da maioria e constata a falibilidade do Parlamento em assegurar a participação igualitária de todos os membros da comunidade política na formação da opinião e da vontade pública. Ao atuar de forma contramajoritária, a jurisdição constitucional não apenas valora se o processo político violou os interesses minoritários, mas se imiscui na análise de valores substantivos, na medida em que afere se determinada lei aprovada pelo Parlamento é injusta ou justa, ou seja, se efetivamente discriminou ou não os interesses das minorias.

Nesta análise, “o ponto de vista das minorias ganha maior peso do que o da maioria, o que revela o caráter discriminatório” (GARGARELLA, 1996, p. 156) do suposto tratamento igualitário que Ely (2001) pretende dar à sua teoria. Portanto, o procedimentalismo elyano não permite que o processo político alcance uma racionalidade tal que exija a observância dos argumentos levantados por todos os participantes do discurso na deliberação de questões públicas, sejam eles membros das minorias ou das majorias, mas apenas “garante a participação igualitária de distintas classes sociais no processo político.” (GARGARELLA, 1996, p. 156).

Vermeule (2006), por outro lado, destaca a adesão de Ely (2001) ao institucionalismo assimétrico, que exprime a capacidade institucional de um determinado órgão estatal comparada à de outro, enfatizando-se os aspectos negativos em detrimento dos positivos, criando-se um estereótipo negativo de uma determinada instituição.

Um equívoco distinto, porém correlato, consiste em adotar uma postura cínica ou pessimista de alguma instituição, em detrimento da imagem promissora das demais. [...] O perigo aqui é incorrer na falácia do nirvana: uma pseudo-análise institucional que compara a pior imagem de uma instituição com a melhor de outra. [...] Embora

---

<sup>14</sup> A concepção pluralista de democracia denota um Parlamento irracional cuja atuação é regida por grupos de interesse em constante luta pelo poder político, e no qual as deliberações públicas exprimem votações emocionais das majorias.

esta seja, de longe, a forma mais comum de institucionalismo assimétrico, também é possível justapor uma imagem promissora das capacidades legislativas a uma visão amargurada das Cortes. (VERMEULE<sup>15</sup>, 2006, p. 17, tradução livre).

Ely (2001) demonstra uma desconfiança em relação à capacidade institucional do Legislativo, ao visualizar no *judicial review* a possibilidade de correção dos processos políticos realizados em prejuízo da expressão da vontade da minoria, dando maior credibilidade ao Judiciário ao incumbi-lo da defesa dos interesses contramajoritários. Criou-se, assim, um estereótipo negativo em torno do Legislativo, presumindo-se que há um desvirtuamento do sistema majoritário, já que os representantes eleitos, em regra, atuam de forma autointeressada, fazendo prevalecer a vontade majoritária.

A visão do autor em relação ao Poder Judiciário também é deturpada, na medida em que desconsidera a falibilidade a que ele está sujeito, já que está exposto às pressões de grupos de pressão e sujeito às limitações cognoscitivas por ser um órgão técnico, atuando de forma igualmente deficitária. Além disso, Ely (2001) ignora o fato dos Tribunais também adotarem a regra majoritária na decisão dos casos que lhe são submetidos<sup>16</sup>. Portanto, não se pode ignorar que o fetiche de combate à “tirania da maioria” pode incentivar a prática corrente do *judicial review*, que, por ser deficitária, também poderá conduzir a respostas incorretas, trazendo prejuízos até maiores do que a atuação parlamentar.

Habermas (1997a, 1997b), por sua vez, inaugura a segunda virada procedimental da teoria constitucional (MICHELMAN, 2000, p. 63-64), ao apresentar uma teoria procedimental da democracia na obra *O Direito e a democracia: entre facticidade e validade*, na tentativa de suprir as deficiências da teoria elyana. Como já afirmado anteriormente, tal teoria foi elaborada para superar as inconsistências dos modelos liberal<sup>17</sup> e republicano<sup>18</sup>. Propõe-se a

<sup>15</sup> No original: ‘A distinct but related mistake is to take a cynical or pessimistic view of some institution and a unjustifiably rosy view of others. [...] The danger here is the nirvana fallacy: a pseudo-institutional analysis that compares a worst-case picture of one institution to a Best-case picture of the other. [...] Although this is by far the most common species of asymmetrical institutionalism, it is also possible to juxtapose a rosy picture of legislative capacities to a judiced view of courts.’ (VERMEULE, 2006, p. 17).

<sup>16</sup> Nesse sentido verificar a crítica traçada por Jeremy Waldron no subitem 3.1.3., abaixo.

<sup>17</sup> “No processo liberal, o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado (aparato da administração pública) para que se volte ao interesse da sociedade (sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social). Determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais concidadãos. Direitos

promover a reconstrução da noção de autonomia privada (interesses individuais privados) e autonomia pública (orientação para o bem comum), não mais de forma apartada como nos referidos modelos, mas de forma cooriginária<sup>19</sup>, a partir do nexo interno entre direitos humanos e soberania popular<sup>20</sup>.

A cooriginariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada pressupõe uma “ordem jurídica identificada com o produto da deliberação entre cidadãos livres e iguais que ao mesmo tempo são co-autores e destinatários da normatividade jurídica que irá reger o seu convívio em sociedade.” (CRUZ, 2008, p. 137). A tensão entre a autonomia privada e a autonomia pública é mediada pelo princípio do discurso, descrito da seguinte forma:

São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. (HABERMAS, 1997a, p. 142).

O referido princípio é responsável pela garantia da fundamentação imparcial das normas que regulam as expectativas de comportamento, ao torná-las aceitáveis a todos os participantes do discurso, de modo que “as decisões daí resultantes possam ser consideradas razoáveis e justas” (HABERMAS, 1997a, p. 157) e passíveis de universalização<sup>21</sup>. Ao ser institucionalizado juridicamente, “o

---

subjetivos e políticos têm a mesma estrutura: eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares” (HABERMAS, 2002, p. 272-273).

<sup>18</sup> No processo republicano, a autonomia pública é o centro das preocupações. “A política constitui o *medium* em que os integrantes de comunidades solidárias, surgidas de forma natural, se conscientizam de sua interdependência mútua, e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-se, de forma voluntária e consciente, em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. O status, de acordo com a concepção republicana, não é determinado segundo a concepção de liberdade negativa. Os direitos de cidadania, de participação e comunicação política são, em primeira linha, direitos positivos.” (HABERMAS, 2002, p. 272).

<sup>19</sup> A autonomia pública e a autonomia privada são cooriginárias, ou seja, ambas têm origem no mesmo lugar, ou seja, “nos procedimentos discursivos de formação da opinião e da vontade pública.” (HABERMAS, 2002, p. 252).

<sup>20</sup> “O nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade.” (HABERMAS, 1997a, p. 128).

<sup>21</sup> O princípio da universalização “exige que toda pretensão levantada seja passível de ser aceita por todos os afetados a qualquer tempo e em qualquer contexto espacial.” (REPOLÊS, 2003, p. 99). Ele influencia diretamente o princípio do discurso e permite que os seus participantes se vejam simultaneamente como co-autores e destinatários da normatividade jurídica a partir de uma perspectiva de alteridade. Daí a sua importância para a atribuição recíproca de direitos e deveres nos discursos de fundamentação e aplicação.

princípio do discurso se transforma em princípio democrático” (HABERMAS, 1997a, p. 157) e passa a exigir um procedimento de formação legítima do direito em que se possa contar com o assentimento de todos os afetados. O fundamento subjacente a esta preocupação é o de zelar para que “os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade permaneçam intactos, já que eles é que viabilizam que uma comunidade jurídica democrática se auto-organize.” (HABERMAS, 1997a, p. 327).

Diferentemente do procedimentalismo defendido por Ely (2001) - que visa a resguardar a participação das minorias no processo político para que seus interesses prevaleçam - este não é o ponto central da teoria democrático-procedimental, capitaneada por Habermas (1997a, 1997b). Essa teoria está centrada na qualidade do processo discursivo de formação da opinião e da vontade na esfera pública política a que devem ser submetidos os interesses dos potenciais participantes do discurso:

A qualidade racional do processo de produção legislativa não só depende de como trabalham no Parlamento as maiorias eleitas e as minorias eleitas. Depende também do nível de participação e do nível de formação dos participantes, do grau de informação e da clareza e nitidez com que no seio da opinião pública se quedam articuladas as questões de que se trate, em uma palavra: do caráter discursivo da formação não institucionalizada da opinião no espaço público político. (HABERMAS, 1997a, p. 561).

Mas não é apenas a qualidade racional do processo de produção legislativa que importa para a teoria democrático-procedimental, mas também a do processo de aplicação das normas produzidas no discurso de justificação ou fundamentação. A interpretação da normatividade jurídica (regras e princípios), a partir do princípio democrático exige a conjugação de uma teoria da argumentação jurídica<sup>22</sup> e de uma leitura coerente do código binário do direito (lícito/ilícito), de forma que o resultado deste processo democrático-discursivo

---

<sup>22</sup> Habermas reconstrói a teoria construtivista de Dworkin, ao incorporar a ela o princípio do discurso, e formula uma teoria da argumentação jurídica, baseada numa interpretação intersubjetiva e dialética das normas jurídicas, na qual prevalece o melhor argumento: ‘quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições, em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros membros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração.’ (HABERMAS, 1997a, p. 285). Assim, retira-se do modelo de juiz Hércules proposto por Dworkin a responsabilidade de interpretar de forma solipsista as normas jurídicas.

deva equilibrar a segurança jurídica e a pretensão de se alcançar respostas corretas.

Por isso, na obra *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*, o autor afirma que o papel do Direito é o de articular a tensão entre a faticidade e a validade garantindo. Por um lado, que as expectativas de comportamento sejam estabilizadas coercitivamente (segurança jurídica) e, por outro, que os processos racionais de legislação e aplicação permitam que as decisões deles resultantes decorram do assentimento racional dos afetados pela norma (legitimidade). Assim, as normas devem ser obedecidas em razão de sua coerção e de seu caráter de legitimidade:

Minha versão do significado performativo implícito na prática de legislação constitucional é a seguinte: o povo funda uma associação voluntária de cidadãos livres e iguais, e continua a exercer o auto-governo, por intermédio da atribuição mútua e acordada de certos direitos e garantias fundamentais, os quais regulam sua vida em comum com os meios do direito positivo e coercitivo, de um modo legítimo. (HABERMAS<sup>23</sup>, 2003, p. 187, tradução livre).

O processo democrático-discursivo é que propicia ao Direito condições de cumprir a sua missão de integração social, ao comportar as mais diversas e plurais concepções de formas de vida que informam as sociedades pós-convencionais<sup>24</sup>.

Conforme já visto anteriormente, Habermas formula a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação e afirma que o Tribunal Constitucional não pode se utilizar do discurso de justificação para substituir o legislador político especialmente no controle abstrato de constitucionalidade das leis, em que a decisão tem eficácia vinculante e *erga omnes*. Habermas defende uma atuação pró-ativa da Jurisdição Constitucional no exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas apenas em caráter excepcional, e por uma questão

<sup>23</sup> No original: “My version of the performative meaning implicit in the practice of framing a constitution is the following: people found a voluntary association of free and equal citizens, and continue to exercise selfgovernment, by mutually according one another certain basic rights, thus regulating their life-in-common by means of positive and coercive law in a legitimate way.” (HABERMAS, 2003, p. 187)

<sup>24</sup> “Em uma sociedade moderna, não só as ações, mas principalmente as normas de conduta, precisam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencional).” (CRUZ, 2008, p. 82). “No nível pós-convencional ou no nível regulado por princípios, são distinguidos os estágios 5 (contrato social ou utilidade e direitos individuais) e 6 (princípios éticos universais). Neste nível, há o esforço visível de definir valores e princípios morais que tenham validade independentemente da autoridade de grupos ou pessoas que os sustentem e independentemente da identificação do sujeito com as pessoas do grupo.” (FREITAG, 1992, p. 203).

pragmática já que se faz necessário resolver as questões que lhe são postas à apreciação. Todavia, os Tribunais Constitucionais não podem diretamente definir o conteúdo das normas constitucionais, legislando implicitamente diante da ausência do discurso de justificação, apropriado para tal finalidade, pois, dessa forma, haveria uma concorrência indevida com o legislador político.

Embora a atividade parlamentar esteja sujeita a desvios decorrentes da utilização da razão estratégica, como, por exemplo, a prática de *lobbies*, deve-se zelar para que ela não se autonomize e sempre esteja engajada com o debate público<sup>25</sup>. Somente assim o devido processo legislativo poderá resguardar a soberania popular, já que ela “só se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais.” (HABERMAS, 2002, p. 158).

Portanto, admite-se o controle de constitucionalidade abstrato das normas, mas com ressalvas. A atuação dos Tribunais Constitucionais, em tais hipóteses, visa a garantir a gênese democrática do processo deliberativo de criação das leis, mas isso não significa que os Tribunais Constitucionais não possam construir a norma mais adequada à resolução do caso concreto, no caso de afastamento de uma norma inconstitucional. E, para legitimar as decisões judiciais tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, Habermas propõe que elas se abram à fiscalização ampla e irrestrita da esfera pública, constituída pelos potenciais sujeitos que serão afetados por tais decisões<sup>26</sup>. É esta abertura à crítica de pretensões de validade que lhes permitirá influir na interpretação da

---

<sup>25</sup> A esfera pública ou espaço público é uma rede de comunicação que canaliza os fluxos comunicativos surgidos na sociedade civil (“movimentos sociais, organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (HABERMAS, 1997b, p. 99), ao permitir a troca de opiniões submetidas à crítica, na formação racional da opinião e da vontade de maneira discursiva e dialógica, na aplicação da teoria do discurso. Daí se extraem sua aceitabilidade racional e sua legitimidade. Somente assim, a esfera pública poderá proporcionar a formação de um espaço comunicativo-dialógico para viabilizar que os problemas tematizados no mundo da vida pela sociedade civil alcancem as instâncias estatais responsáveis pela tomada de decisão. Trata-se de uma nova proposta de circulação do poder político, reformulada por Habermas na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1997), a partir do modelo de eclusas, mais ofensivo do que o modelo anterior de sitiamiento, já que permite promover de forma radical o modelo de democracia deliberativa.

<sup>26</sup> Habermas resgata a noção de Peter Häberle acerca dos intérpretes do texto constitucional, para se referir à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como um método de interpretação constitucional que prevê a compreensão de “todas as potências públicas, grupos sociais e cidadãos envolvidos ou que, de forma direta ou indireta, influenciem, no labor interpretativo dos agentes formalmente legitimados para produzir a norma em abstrato e em concreto.” (HÄRBELE, 1997, p. 12-13).



normatividade jurídica para que se possa obter uma decisão racional e legítima a partir da busca melhor argumento:

[...] a participação ou a representação, nos processos ordinários cíveis, penais e nos processos especiais de garantia de direitos constitucionais e de controle jurisdicional de constitucionalidade, dos possíveis afetados por cada decisão, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2002, p. 155).

Na hipótese de as normas infraconstitucionais demandarem uma interpretação criativa por parte do Tribunal Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, seja pela existência de lacunas normativas ou pela necessidade de interpretação de cláusulas constitucionais abertas, tais decisões devem ser submetidas à crítica pela esfera pública. Por essa razão, o discurso de aplicação deve ser complementado pelo discurso de fundamentação. Ou seja, deverá ser submetido à esfera pública, formada por cidadãos livres e iguais (HABERMAS, 1997b, p. 149), na qual argumentos e contra-argumentos deverão ser levantados e levados em consideração pelo julgador, para que se obtenha uma decisão legítima e apta a revisar os atos legislativos emanados das instâncias de representação política.

É a imparcialidade do princípio do discurso que impede que o diálogo no exercício da função judicante ocorra apenas entre um “círculo fechado de especialistas.” (OLIVEIRA, 2004, p. 205). Tal garantia afasta o risco de os julgadores pretenderem impor o seu privilégio cognitivo sobre o ponto de vista dos demais participantes do discurso, sem considerar os argumentos e contra-argumentos por eles levantados na busca da resposta correta para a solução de uma questão jurídica.

Apesar de Habermas (1997a, 1997b) reconhecer que, na teoria proposta por Dworkin (1999), as decisões judiciais são legítimas, porque o princípio da integridade lhes confere uma racionalidade tal que as torna aceitáveis perante a comunidade, a atividade interpretativa se concentra exclusivamente nos Tribunais Constitucionais: “como se o juiz, sozinho, pudesse chegar a uma decisão capaz de ser reconhecida por todos os outros como a única decisão correta.” (HABERMAS, 1997a, p. 256). Dworkin desconhece que “a interpretação construtiva é um empreendimento comum (e não solipsista), que é sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.” (HABERMAS, 1997a, p. 277).

Desta forma, ainda que o controle de constitucionalidade dos atos legislativos implique a “restrição do princípio majoritário, continua-se defendendo a soberania popular” (SOUZA NETO, 2002, p. 323), pois a intervenção do Tribunal Constitucional por meio da revisão dos atos legislativos se torna legítima na medida em que são garantidas as condições procedimentais da democracia deliberativa, o que viabiliza a comunidade interpretativa verifique se uma determinada norma infraconstitucional viola ou não o princípio da supremacia da Constituição. Sob este prisma, a definição do sentido da Constituição, nas decisões do controle abstrato de constitucionalidade das leis, deve decorrer de uma interpretação, no mínimo, dialógica, que viabiliza que todas as argumentações expostas pelos participantes do discurso sejam levadas em consideração para a construção do provimento final.

Contudo, o autor manifesta a sua preocupação com a prática de um ativismo judicial nefasto, caracterizado pela sobreposição do discurso de aplicação pelo discurso de justificação. Essa sobreposição confere ao Tribunal Constitucional a possibilidade de adotar uma postura paternalista, ao equiparar normas jurídicas a valores, que, por serem dotados de caráter ético-axiológico, conferem aos juízes a interpretação da normatividade jurídica (regras e princípios) a partir de uma prática decisionista:

A corte não pode assumir o papel de um regente que assume o lugar de um sucessor menor ao trono. Sob um olhar crítico de uma robusta esfera pública legal - uma cidadania que tem crescido para tornar-se uma comunidade de intérpretes constitucionais - uma corte constitucional pode, na melhor das hipóteses, exercer o papel de tutor. (HABERMAS, 1997a, p. 346-347).

Habermas pretende evitar que os Tribunais imponham aos cidadãos uma pauta concreta de valores supostamente extraídos da Constituição na medida em que os julgadores se supõem autorizados “[...] a questionar opções éticas, políticas, morais e pragmáticas na escolha de meios e fins definidos nos discursos de fundamentação, [...] o que os transforma em verdadeiros legisladores anômalos.” (CRUZ, 2007, p. 212).

Embora a teoria procedimental da democracia capitaneada pelo autor prime pela cooriginariedade entre direitos e garantias fundamentais e soberania popular, prevalece a democracia, já que atribui “uma função mais instrumental para os direitos e garantias fundamentais, concebidos como condições constitutivas de uma prática de formação discursiva de opinião e vontade a serviço do

procedimento democrático.” (BUNCHRAFT, 2007, p. 180). Por isso, enumera um catálogo de direitos e garantias fundamentais considerados pré-condições para a democracia e para a concretização do processo deliberativo:

- (1) Direitos e garantias fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- (2) Direitos e garantias fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos e garantias fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção judicial. [...]
- (4) Direitos e garantias fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. [...]
- (5) Direitos e garantias fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, 1997a, p. 159-160)

O autor enfatiza que a legitimidade da lei decorre do processo democrático de discussão pública, e o Legislativo desempenha um papel fundamental na representação da soberania popular, por ser considerado “o mais poroso dos poderes para resguardar os discursos de formação de vontade, oriundos da esfera pública política informal.” (HABERMAS, 1997a, p. 354-355). Daí resulta a importância do processo de justificação política das normas como o mais adequado para tratar de questões complexas que exigem a manifestação dos cidadãos na esfera pública (formal e informal).

Portanto, os valores sociais não podem ser extraídos de forma direta pelos Tribunais Constitucionais, em prejuízo do debate público e ao direito de autodeterminação dos cidadãos. A obtenção de consenso<sup>27</sup> sobre questões complexas em sociedades pós-convencionais é ainda mais difícil e exige uma legitimidade democrática conectada com a esfera pública, que não pode ser ofertada pela jurisdição constitucional a partir da atividade interpretativo-criativa dos Tribunais, especialmente em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

<sup>27</sup> Habermas se refere à possibilidade de obtenção de consenso entre os participantes do discurso como uma forma de aceitação dos resultados das decisões que foram submetidas ao processo democrático-discursivo ainda que deles discordem.

Em razão disso, Habermas somente admite a prática de um ativismo judicial capaz de assegurar a gênese democrática do processo político.

A atuação dos Tribunais Constitucionais pode até assumir uma

[...] função antimajoritária [e não elitista], mas é preciso que ela se restrinja a um papel subsidiário em relação à deliberação pública e apenas concretize as precondições da deliberação em lugar das maiorias parlamentares. (SOUZA NETO, 2006, p. 178).

Portanto, em duas situações o autor admite uma atuação ativista dos Tribunais Constitucionais na exclusão das minorias do debate público e para evitar a discricionariedade judicial no exercício da atividade hermenêutica interpretativo-criativa. Isso ocorre, sobretudo, nas situações de controle abstrato de constitucionalidade, em que o discurso de aplicação pode se travestir de discurso de fundamentação.

### 3.1.3

#### **O majoritarismo participativo e o resgate da dignidade da legislação em Jeremy Waldron**

A proposta substancialista, bem como a procedimentalista, admitem a revisão judicial das decisões emanadas das instâncias majoritárias de decisão, quer pela função contramajoritária da jurisdição na tutela de direitos individuais, quer pela defesa dos procedimentos deliberativos, desde que se preserve a gênese democrática do direito. Ambas demonstram cautela em relação a posturas ativistas, mas admitem em certas hipóteses uma atuação preferencialmente pró-ativa da jurisdição constitucional em questões de natureza política e também o *judicial review*, como um instituto jurídico hábil para invalidar os atos legislativos que estejam em desconformidade com a Constituição. Ressalvadas as peculiaridades teóricas de cada uma das referidas teorias, ambas pressupõem que naquelas hipóteses há uma elevação do nível do debate público, o que contribui para o reforço do princípio democrático.

Waldron (2003), ao contrário, discorda de que os Tribunais Constitucionais devam atuar de forma ativista<sup>28</sup> para decidir questões fundamentais da

<sup>28</sup> Conforme já asseverado no subitem 2.2.2., considera-se que o ativismo judicial é caracterizado por um comportamento próprio dos juízes, no sentido de atuar de forma mais incisiva na interpretação de cláusulas constitucionais abertas ou até mesmo em preencher lacunas normativas. Isso exige que se imiscuam na esfera de atuação política, não para promover de forma direta a

comunidade a partir de juízos de moralidade política, como propõe Dworkin, a partir da leitura moral da Constituição. De fato, um dos fundamentos para a consolidação do ativismo judicial como um modelo exemplar para a Resolução de questões políticas pela jurisdição constitucional se deve à instituição do *judicial review* e à equiparação dos juízes ao tipo ideal de Hércules, criado por Dworkin. Ambos se destacam pela capacidade de escolha da melhor interpretação possível da Constituição para a comunidade política. Em oposição a esse retrato idealizado da função judicante, foi erigida uma imagem de desconfiança e de indignidade em torno das legislaturas<sup>29</sup>, o que acabou por incentivar o deslocamento das decisões sobre questões de direito e de princípios dos fóruns públicos para os Tribunais Constitucionais:

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. (WALDRON, 2003, p.5).

Na verdade, como denuncia Waldron (2003), o *judicial review* alcançou tamanha legitimidade nos Estados Democráticos de Direito, porque busca resolver a tensão entre constitucionalismo e democracia, com preponderância do constitucionalismo, já que prima pela garantia dos direitos individuais plasmados na Constituição, numa atuação pró-ativa e contramajoritária da jurisdição constitucional. Some-se a isso o fato de que o princípio majoritário de tomada de decisão é arbitrário (WALDRON, 2003, p. 156), pois conduz inevitavelmente à tirania da maioria que ignora o direito de igual consideração e respeito com que a minoria deve ser tratada no processo de deliberação política. Contudo, para o autor, a expressão “tirania da maioria” foi interpretada de modo equivocado por Dworkin (1999), com base na desconfiança “de que as maiorias legislativas estejam constantemente em perigo de ultrapassar os limites fixados pelos direitos

---

tutela de direitos individuais, mas para obter de forma indireta o alargamento de sua competência institucional, promovendo um verdadeiro julgamento das escolhas políticas realizadas pelos representantes eleitos pelo povo, ao permitir que o Judiciário assumira o papel de autoridade última de um regime democrático.

<sup>29</sup> A partir deste posicionamento de Waldron pode-se afirmar que a sua teoria também é adepta do institucionalismo assimétrico, tal como a teria procedimentalista de Ely, mas, ao invés de ser cético em relação à capacidade institucional do Parlamento, ele o é em relação a do Judiciário.

individuais ou pelas minorias políticas.” (WALDRON<sup>30</sup>, 2005, p. 18-19, tradução livre). Waldron (2005) argumenta que o método majoritário de deliberação é o único capaz de resguardar a ideia de igual respeito e consideração. Evita que a opinião de alguém ou de uma minoria seja menos considerada do que a dos demais indivíduos em uma questão que afeta a todos de igual maneira. O próprio conceito de democracia formulado pelo autor exige que, “quando existir um desacordo<sup>31</sup> sobre uma questão a respeito da qual uma decisão comum é necessária, todos da sociedade têm o direito de participar em termos equitativos para a Resolução de tal desacordo.” (WALDRON, 2009a, p. 252). Ao contrário das teorias da democracia deliberativa, que põem o diálogo e o consenso como objetivos centrais, Waldron enfatiza que o principal objeto de sua análise deveria ser o dissenso, porque ele é ínsito a toda circunstância da política. (WALDRON, 2005, p. 111):

[...] o consenso é visto como uma lógica interna do próprio processo deliberativo e quando não é possível obtê-lo, a superveniência do dissenso ou do desacordo significa que houve uma falha da racionalidade que informa o processo deliberativo. (WALDRON<sup>32</sup>, 2005, p. 111-112, tradução livre).

O autor enfatiza que, para tais teorias, o dissenso representa “um sinal do caráter politicamente insatisfatório da deliberação e significa que algo deve estar funcionando mal na deliberação política” (WALDRON<sup>33</sup>, 2005, p. 111-112,

---

<sup>30</sup> No original: “La preocupación más común relativa a la legislación es que los procedimientos legislativos pueden servir de vehículo de expresión de la tiranía da mayoría y que las mayorías legislativas están constantemente em peligro de traspasar los limites fijados por los derechos individuales o de las minorias.” (WALDRON, 2005, p. 18-19).

<sup>31</sup> O autor destaca que o traço mais distintivo da política - e que a diferencia da justiça - é que o seu ponto de partida é o eixo dos desacordos. Diante de uma sociedade pluralista, não há a menor perspectiva de compartilhar uma visão sobre justiça, direitos ou moralidade política. As pessoas discordam sobre a própria concepção do que seja o Direito, dos próprios direitos que têm, e, mesmo havendo um acordo sobre um catálogo de direitos, há desacordo sobre como devem ser interpretados diante de um caso concreto. Por isso, se deve lançar mão de procedimentos que respeitem a existência dos desacordos, por meio de um método que permita a todos os concidadãos participarem da decisão comum para a Resolução de tais desacordos. (Cf. WALDRON, 2005, p. XV-XVIII).

<sup>32</sup> No original “Sin embargo, aceptar el consenso como la lógica interna de la deliberación no es lo mismo que estipularlo como el resultado político corecto. Es aqui donde a menudo se equivocan los teóricos deliberativos. Supponen que el dissenso o los desacuerdos son signos de La incompletitud o del carácter políticamente insatisfactorio de la deliberación.” (WALDRON, 2005, p. 111).

<sup>33</sup> No original: “Su enfoque implica que algo debe estar mal em la política de la deliberación si la razón fracasa, se el consenso se nos escapa y si no nos queda outra cosa que contar manos alzadas.” (WALDRON, 2005, p. 111-112).

tradução livre), já que se deixou escapar a possibilidade obtenção de consenso ou da formação de unanimidade em relação a uma determinada questão controvertida, mas numa teoria não idealizada da democracia deliberativa. Vale dizer, no mundo real:

Mesmo após a deliberação, as pessoas de uma comunidade política continuarão discordando de boa fé sobre o bem comum e sobre questões de políticas concretas, de princípios de justiça e correção, questões sobre as quais esperamos que um parlamento decida. (WALDRON<sup>34</sup>, 2005, p. 113, tradução livre).

Isso significa que os indivíduos, ao deliberarem politicamente, agem de boa fé e expressam uma opinião individual acerca de uma questão de interesse comum e não uma opinião voltada para a defesa de seus próprios interesses, em prejuízo dos interesses dos demais concidadãos. Sob essa ótica, não se pode afirmar que o fato de a opinião de uma minoria restar vencida não significa necessariamente que ela não tenha sido adequadamente considerada, ou que houve um diagnóstico incorreto do que seria o bem comum para a toda a comunidade:

Se a opinião reconhecida em uma lei leva devidamente em consideração meus interesses, juntamente com os dos demais membros da comunidade a que pertencço, o fato de minha opinião não prevalecer não representa em si mesmo uma ameaça para minha liberdade ou para o meu bem estar. [...] Se todas as partes envolvidas na decisão estão comprometidas com o bem público, as questões sobre as quais discordam não necessariamente refletirão diversos níveis de preocupação por seus próprios e respectivos auto-interesses. [...] Tudo isto parte do pressuposto de que as pessoas, quando se pronunciam sobre questões controvertidas de justiça e direitos, frequentemente votam segundo suas opiniões reflexivas e imparciais. (WALDRON<sup>35</sup>, 2005, p. 21-22, tradução livre).

---

<sup>34</sup> No original: “Una buena teoría puede partir de presupuestos idealistas sobre las motivaciones de la gente, pero se lo hace debe ser consciente de que en el mundo real, incluso después de la deliberación, la gente seguirá discrepando de buena fe sobre el bien común y sobre cuestiones de políticas concretas, de principios, de justicia y corrección, cuestiones sobre las que esperamos que un Parlamento delibere.” (WALDRON, 2005, p. 113).

<sup>35</sup> No original: “Si lá opinión recogida em una ley toma debidamente en consideración mis intereses, junto con los de los demás, el hecho de que no sea mi opinión que prevalece no supone en sí mismo una amenaza para mi libertad o mi bienestar. [...] Si todas las partes acuden a la decisión comprometidas con el bien público, las cuestiones sobre las que discrepan no necesariamente reflejarán diversos niveles de preocupación por sus propios y respectivos auto-intereses. [...] Todo esto parte del supuesto de que la gente, cuando se pronuncia sobre cuestiones controvertidas de justicia y derechos, a menudo vota según sus opiniones reflexivas e imparciales. (WALDRON, 2005, p. 21-22).

Por isso, a tirania da maioria “é uma expressão retórica por meio da qual aqueles que perdem na arena legislativa mascaram nada mais do que um desacordo sobre direitos.” (WALDRON, 2010, p. 145-146). Em qualquer desacordo sobre direitos existirá uma minoria vencida, a quem tenham sido denegados direitos e que sempre considerará que a decisão da maioria foi tirânica. Na verdade, esta acepção de tirania que pressupõe a existência de desacordos quanto a direitos individuais é inerente a todo processo institucional de tomada de decisões. É praticamente inevitável que os próprios Tribunais também não estejam sujeitos a este risco. Não é o método majoritário que impinge às decisões políticas um maior ou menor grau de tirania, mesmo porque os próprios Tribunais adotam tal critério de tomada de decisões, de modo que não faz sentido considerar que a tirania de uma decisão política seja mais grave do que a tirania de uma decisão jurisdicional. (WALDRON, 2010).

Para combater esta visão retórica, Waldron (2005) criou um modelo ideal de legislação, que confere primazia aos direitos e garantias fundamentais de participação política, condições essenciais para que uma decisão majoritária seja considerada legítima. Um determinado método decisório deve resguardar de forma equitativa a participação livre e igual de todos os cidadãos no espaço público, independentemente de se constituírem sob facções minoritárias ou majoritárias:

O método de decisão majoritária implica o compromisso de dar igual peso ao ponto de vista de cada pessoa no processo pelo qual se selecionará um destes pontos de vista como sendo o do próprio grupo. Intenta-se dar ao ponto de vista de cada indivíduo o máximo peso possível em um processo compatível com um peso igual para o ponto de vista dos demais. A decisão majoritária assegura a ação em conjunto nas circunstâncias da política [...] por meio de uma votação ordenada, em que a minoria atua de acordo com a opinião da maioria como se houvesse sido a sua própria, revelando uma certa concepção de respeito, uma certa concepção de equidade. (WALDRON<sup>36</sup>, 2005, p. 137-139).

---

<sup>36</sup> No original: “El método de la decisión mayoritaria, por el contrario, implica el compromiso de dar igual peso al punto de vista de cada persona en el proceso por el cual se seleccionará uno de estos puntos de vista como el propio del grupo. De hecho, intenta dar al punto de vista de cada individuo el máximo peso posible en el proceso compatible con el peso igual para el punto de vista de los demás. [...] La decisión mayoritaria asegura la acción en conjunto. [...] En las circunstancias de la política a través de una votación por orden en la minoría actúe de conformidad con la opinión de la mayoría como si fuera el suyo, que revela una cierta concepción de respeto, una cierta concepción de la equidad. (WALDRON, 2005, p. 137-139).



Tais direitos de participação política são constitutivos da democracia procedimental, porque viabilizam uma participação igualitária no processo político, através da regra da maioria. Essa regra representa a única técnica equitativa de garantia de que todos os membros sejam ouvidos, ainda que seja por intermédio de seus representantes eleitos, e possam influir no processo deliberativo de forma livre e igual, para deliberar sobre as questões controversas que serão vinculantes para toda a comunidade.

Ainda que “as pessoas discordem de que a democracia seja mais do que um ideal procedimental, tais direitos de participação política são os requisitos mínimos para que ela própria não seja comprometida.” (WALDRON, 2009a, p. 252). Diante de tais argumentos não há como se afirmar, como pretende Dworkin, que necessariamente existe uma correlação entre a decisão majoritária e a tirania da maioria. (WALDRON, 2005).

Segundo Waldron (2010), há quatro pressuposições para o *judicial review* ser claramente considerado impróprio para sociedades livres e democráticas:

- (1) Uma sociedade que possua instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal;
- (2) Um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer das ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito;
- (3) Um comprometimento da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias<sup>37</sup>;
- (4) Discordância persistente, substancial de boa fé quanto a direitos (WALDRON, 2010, p. 106).

Vistos tais pressupostos, podem ser apontadas as principais objeções ao modelo forte de *judicial review*, que visa a “deixar de aplicar uma lei em um processo ainda que ela seja claramente aplicável ou para modificar os efeitos de uma lei para adequá-la aos direitos individuais tidos por violados.” (WALDRON, 2010, p. 10). As objeções são relativas ao caráter antidemocrático e à falta de legitimidade do *judicial review* por, respectivamente, reduzirem a possibilidade de autogoverno dos cidadãos em relação a questões fundamentais para a comunidade

<sup>37</sup> “Existe um compromisso forte por parte da maioria dos membros da sociedade com a ideia de direitos individuais e minorias. Embora eles acreditem no governo da maioria como um princípio geral básico para a política, aceitam que indivíduos têm certos interesses e que têm direito a certas liberdades que não deveriam ser-lhes negadas simplesmente porque isso seria mais conveniente para a maioria.” (WALDRON, 2010, p. 110-111).

política e a ilegitimidade dos Tribunais Constitucionais, cujos membros não são eleitos pelo povo, para decidir no lugar de seus representantes. Quando tais decisões ficam a cargo de órgãos não representativos e sem credenciais democráticas, os Tribunais passam a ter a palavra final sobre as decisões tomadas pelos órgãos de representação política. Nessas hipóteses, a definição de direitos individuais pelos Tribunais demanda a interpretação das cláusulas constitucionais abertas em que há o risco de os argumentos judiciais preponderarem sobre os argumentos do povo, ainda que a sua vontade seja expressa por meio da representação política.

Não se trata de um simples “problema interpretativo estritamente legalista” (WALDRON, 2010, p. 113), ao qual subjaz a pretensão de se investigar a melhor interpretação possível para aos direitos individuais, levando-se em consideração a Constituição. Conforme pondera Waldron (2005), em crítica a este viés interpretativista da teoria dworkiniana, a questão é bem mais complexa. Envolve a existência de um desacordo sobre direitos existente no seio da comunidade política. O fato de a Constituição prever direitos individuais, nos quais se fundamentam o *judicial review* para invalidar os atos legislativos, não significa que ela tenha levado a sério a existência de desacordos sobre tais direitos no processo constituinte. Isto ocorre porque ela pode ter sido promulgada apenas com o intuito de habilidosamente pôr fim à discordância existente naquele momento da decisão política. (WALDRON, 2010, p. 115-116).

“O *judicial review* mascara esta realidade e desencoraja que os cidadãos tratem destas discordâncias diretamente”, já que apresenta a imagem de que elas devem ser tratadas apenas como questões interpretativas acerca dos direitos insertos nas Cartas Políticas. (WALDRON, 2010, p. 116). Por isso, o autor questiona se esta é a opção desejável para tratar questões de moralidade política, que envolvem uma sociedade pluralista nitidamente marcada pelo desacordo, na qual o endosso ao *judicial review* pode gerar *déficits* democráticos e de legitimidade, cujos riscos devem ser devidamente sopesados.

Na medida em que tais decisões sobre direitos são deslocadas do fórum legislativo de debate para os Tribunais, constata-se um problema grave de ilegitimidade, pois elas são impostas por uma elite de membros que sequer foram eleitos para representar o povo na prática das decisões judiciais:

O *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. [...] Na teoria política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular e ideais democráticos estão fadados a manter uma relação incômoda com qualquer prática que diga que os parlamentos eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos. (WALDRON, 2010, p. 94).

Ao se legitimar a transferência de decisões políticas essenciais para os Tribunais Constitucionais - as quais na verdade deveriam ser decididas por todos os membros da comunidade política, ainda que por intermédio de seus representantes eleitos – reduz-se a possibilidade de autogoverno dos cidadãos. Portanto, ainda que o método majoritário de tomada de decisões políticas possa conter imperfeições, o modelo ideal de legislação erigido por Waldron (2003) pode ser considerado democrático e legítimo, porque trata com igual consideração e respeito os argumentos levantados por todos os membros da comunidade política, gerando um resultado imparcial. Já no *judicial review*, se a minoria cujos interesses restaram vencidos no processo político “decide levar a questão a juízo, o ponto de vista que prevalecerá em última instância será aquele dos juízes.” (WALDRON, 2010, p. 95).

Preocupados em justificar a legitimidade de suas decisões sobre tais questões perante a comunidade política, os juízes acabam se perdendo em meio a precedentes, doutrinas e interpretações. Isso aumenta o risco de suas convicções pessoais contaminarem a decisão acerca das questões controversas sobre a moralidade política. Além disso, há uma preocupação excessiva com a fundamentação das decisões judiciais, mormente no exercício do controle de constitucionalidade do tipo forte sobre os atos legislativos. Assim, a Resolução da controvérsia sobre questões de moralidade política acaba sendo relegada para segundo plano. E, se o debate sobre tais questões envolve, em última instância, interpretar se as normas infraconstitucionais afrontam a Supremacia da Constituição, esta decisão não pode ser tomada apenas sob o ponto de vista dos juízes como os únicos agentes morais legitimados a interpretá-la.

Por isso, há um evidente desrespeito ao que foi decidido pelo Parlamento, órgão legítimo para resolver “questões controvertidas e profundas de moralidade política” (WALDRON, 2010, p. 95), já que seus representantes foram eleitos pelo povo para deliberar acerca de questões complexas que envolvem amplos desacordos existentes na sociedade. “A simples aceitação por parte do povo e de

seus representantes eleitos dos pronunciamentos de uma maioria de juízes, cujas reflexões sobre essas grandes questões não são tão espetaculares,” (WALDRON, 2010, p. 95) implica a substituição do “ideal de autogoverno associado a uma concepção majoritária da política” (WALDRON, 2005, p. 20) pelos “interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar a sua influência política” (HIRSCHL, 2004, p. 49). Isso viabiliza a formação de uma verdadeira juristocracia<sup>38</sup>.

Embora o autor não desenvolva expressamente este argumento, pode-se concluir que o objetivo principal dos Tribunais é o de alargar a sua competência institucional, com o intuito de promover um verdadeiro julgamento das escolhas legislativas e assumir o papel de decidir, por último, sobre questões de moralidade política, as quais envolvem o interesse de todos os membros da comunidade política. Indiretamente isso representa a possibilidade de uma invalidação do texto constitucional, como se o Tribunal Constitucional representasse um poder constituinte permanente<sup>39</sup>, sem a participação da maioria dos membros da comunidade política.

Waldron (2009b) atenta para o fato de que Dworkin (2005) se posiciona favoravelmente ao *judicial review*, porque defende que a leitura moral da Constituição deve ser feita pelos Tribunais, já que seus membros apresentam melhores condições de avaliar questões de moralidade política, pois

[...] evidentemente eles seriam melhores do que legisladores no uso do raciocínio moral, especialmente na Resolução dos casos difíceis em que este tipo de raciocínio é importante, o que representa uma boa razão para lhes conferir a palavra final. (WALDRON<sup>40</sup>, 2009b, p. 4, tradução livre).

<sup>38</sup> “A expansão da área de atuação dos Tribunais, para determinar os resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos e/ou da população, não só se tornou mundialmente mais difundida do que nunca, mas também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se vai além, criando um padrão de juízes que interferem em decisões políticas, através de decisões sobre direitos constitucionais e decisões judiciais que redefinem as fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência de atacado para os Tribunais de algumas das questões políticas mais controversas e polêmicas que o governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente denominado de ativismo judicial tem evoluído para além das convenções existentes na literatura da teoria normativa constitucional. A nova ordem política – juristocracia – se estabeleceu rapidamente em todo o mundo.” (HIRSCHL, 2004, p. 222).

<sup>39</sup> Ver nota de rodapé n. 20.

<sup>40</sup> No original: “Judges are evidently better at moral reasoning than legislators are, and so – in cases where moral reasoning is important – there is good reason for giving judges, not legislators, the final word.” (WALDRON, 2009b, p. 4).

Nesse sentido, os principais pontos positivos do *judicial review* se referem ao ganho democrático e ao resultado de justiça que ele proporciona, na medida em que viabiliza que uma norma inconstitucional resultante de uma decisão majoritária seja expurgada do ordenamento jurídico, tornando a sociedade mais justa do que seria se aquela norma fosse mantida. Trata-se de conferir aos Tribunais

[...] a faculdade de ditar a decisão final nestas questões controvertidas (sobre a justiça do resultado do processo majoritário) baseando-se em que a dita prática é antidemocrática porque a objeção pressupõe que as leis em questão respeitem as condições democráticas, e esta é a questão que está em discussão. (DWORKIN, 2004, p. 117-118).

De acordo com essa acepção, o *judicial review* “contribuiria para o aprimoramento do caráter democrático da deliberação política” (WALDRON, 2009a, p. 249), com o pressuposto de que o Poder Judiciário apresenta melhores condições do que as instituições políticas de avaliar se o princípio de igual respeito e consideração à todos os indivíduos foi violado.

Buscando rebater tais argumentos, Waldron (2009b) apresenta dois questionamentos fundamentais:

- (1) Como a responsabilidade dos juízes em aplicar a lei afeta a sua habilidade para engajar-se num raciocínio moral responsável e de alto nível?
- (2) Há uma diferença importante entre raciocinar moralmente como um indivíduo faz por conta própria e de forma responsável e raciocinar moralmente em nome de toda a sociedade? (WALDRON<sup>41</sup>, 2009b, p. 5).

Dworkin (2005) enfatiza que os juízes, no exercício da função judicante, não devem apenas interpretar e aplicar a lei para a resolução do caso concreto, mas também empreender raciocínios morais já que a leitura moral da Constituição assim o exige. Segundo Waldron (2009b), a fusão dos raciocínios moral e legal impede que os juízes apliquem um raciocínio moral puro, pois devem ter uma atitude de deferência em relação aos precedentes, às doutrinas e aos textos legais, como requisito de fundamentação e validade das decisões judiciais que devem se basear num romance em cadeia, para utilizar uma expressão dworkiana:

---

<sup>41</sup> No original: “How does the judge’s responsibility to apply the Law affect his ability to engage in responsible and high-level moral reasoning? Is there an important difference between reasoning morally on one’s own account as a responsible individual and reasoning morally in the name of a whole society?.” (WALDRON, 2009, p. 5)

Pode parecer que o raciocínio moral misto / legal descrita no final está sendo feito em nome da razão moral, quando um juiz procede a partir de um dado texto ao invés de um dos axiomas fundamentais moral, ou quando ele veste-se de uma doutrina jurídica na garra de princípio moral, ou quando ele pára um argumento perfeitamente bem moral neste faixas com alguns precedentes contrário, OU quando ele desvia a força de uma consideração moral por algum movimento que faça sentido na lei, mas pouco sentido na ética. Isso pode parecer comprometer a integridade do argumento moral (WALDRON<sup>42</sup>, 2009b, p. 18).

Waldron (2009b) explica que esse raciocínio híbrido não é exigido dos legisladores, ainda que eles tenham que sopesar o ordenamento jurídico vigente para justificar as suas decisões políticas, em nome de toda a sociedade, questões complexas que afetarão os seus membros (WALDRON, 2009b, p. 12). Desse modo, conclui que os legisladores têm melhores condições do que os juízes de empreender raciocínios morais em nome de toda a comunidade, o que confere maior legitimidade às suas decisões porque, ao se adotar “procedimentos legislativos que respeitam igualitariamente as vozes das pessoas, os direitos que estão em jogo nessas discordâncias serão enfrentados de modo mais responsável e deliberativo.” (WALDRON, 2010, p. 157)

Sendo assim, o autor defende que, em “sociedades livres e democráticas, cujo principal problema não é o fato de suas instituições legislativas serem disfuncionais, seja adotado um modelo fraco de controle de constitucionalidade” (WALDRON, 2010, p. 157), permitindo que

[...] em situações patológicas peculiares (instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico) sejam revisados por Tribunais, mas apenas em situações, nas quais este custo de ofuscação e cerceamento valham a pena ser suportados por certo tempo. (WALDRON, 2010, p. 157).

Essa foi a maneira encontrada por Waldron para promover o resgate da dignidade da legislação, a partir da constatação de que a “legislatura está a exigir uma teoria filosófica voltada para o desenvolvimento de concepções adequadas de autoridade legislativa e interpretação legislativa, visando a consagrar a legislação

---

<sup>42</sup> No original: “It might seem that the mixed moral/legal reasoning described at the end is being done in the name of moral reason when a judge proceeds from a given text rather than a from fundamental moral axioms, or when he dresses up a legal doctrine in the grab of moral principle, or when he stops a perfectly good moral argument in this tracks with some contrary precedent, ou when he deflects the force of a moral consideration by some move that makes sense in law but little sense in ethics. That may seem to compromise the integrity of moral argument.” (WALDRON, 2009b, p. 18).

como uma fonte dignificada do direito.” (WALDRON, 2003, p. 157). O autor critica com veemência a defesa de uma juristocracia, em circunstâncias de normalidade democrática, pois cabe “ao Poder Legislativo, na qualidade de representante legítimo da sociedade [...], a tarefa de resolver o desacordo envolvendo direitos.” (BERMAN, 2011, p. 113). Assim, permite-se que os representantes eleitos pelo povo, respeitando-se o ideal de igualdade entre os indivíduos e de igual capacidade de autogoverno, possam solucioná-lo, levando em conta “razões baseadas em procedimentos (*process-related*).<sup>43</sup>” (BERMAN, 2011, p. 113).

### 3.1.4

#### A teoria da auto-restrição judicial em Cass Sunstein

A proposta minimalista de Sunstein representa uma verdadeira ruptura com modelos ativistas de tomada decisões judiciais, mormente o *judicial review* norte-americano, que concedeu à Suprema Corte o monopólio da interpretação do texto constitucional. Na obra *One Case at a Time* (1999), o autor apresenta a noção do minimalismo judicial, ao afirmar que os Tribunais devem adotar uma atitude de moderação judicial em relação às decisões que exijam juízos de ordem moral e política em temas controversos, e que são fundamentais para a comunidade, em deferência às decisões tomadas pelos demais ramos de governo:

Primeiro procedimento: Um tribunal minimalista resolve o caso antes que o tribunal, mas deixa muitas coisas pendentes. É alertado para a existência de desacordo razoável em uma sociedade heterogênea. Ele sabe que há muita coisa que ele não sabe, é muito consciente de suas próprias limitações. Destina-se a decidir os casos com base estreita. Evita regras claras e resoluções finais. Alerta para o problema de consequências inesperadas, ele se vê como parte do sistema de deliberação democrática, faz tentativas de promover os ideais democráticos de participação, deliberação e resposta. Ele permite que o espaço para a reflexão democrática do Congresso e dos estados continue. Quer acomodar novos julgamentos sobre os fatos e valores. (SUNSTEIN<sup>44</sup>, 1999, p. IX-X, tradução livre).

<sup>43</sup> Conforme aponta BERMAN (2001, p. 113-117): “As razões procedimentais claramente indicam a supremacia do legislador, (...) embora se reconheça um importante papel para o Judiciário na proteção de direitos fundamentais, a sua supremacia interpretativa é colocada em xeque. (...) Os juízes não seriam, de acordo com o seu ponto de vista [Waldron]. A decisão fundamental, então, será qual procedimento decisório (*decision-procedure*) deverá ser adotado para resolver as discussões sobre direitos. (...). Ainda que os sistemas representativos e eleitorais sejam imperfeitos, caso funcionem razoavelmente bem serão mais representativos do que qualquer judiciário, ainda quando seus membros sejam indicados por um dos poderes políticos (como acontece na Suprema Corte, nos EUA, e no STF, aqui no Brasil).

<sup>44</sup> No original: “Procedure first: A minimalist court settles the case before it, but it leaves many things undecided. It is alert to the existence of reasonable disagreement in a heterogeneous

Uma decisão minimalista deve primar pela superficialidade e pela restrição, ao permitir um pronunciamento judicial estritamente vinculado à questão posta sob apreciação, com fito de impedir que “a Corte realize uma tentativa de estabelecer regras para aplicação de outros casos” (SUNSTEIN<sup>45</sup>, 1999, p. 10), colocando-se um ponto final, inclusive, sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada lei. Esta é a vertente de cunho procedimental do minimalismo, voltada para o direcionamento interpretativo estrito das decisões - oposta à vertente de cunho substancial, relacionada à promoção de um núcleo de compromissos, incompleto e abstrato e cuja definição depende do momento histórico em que uma determinada sociedade se encontra.

A teoria minimalista pretende combater essencialmente as teorias perfeccionistas, como a defendida pela teoria construtivista do direito em Dworkin (2007), pois:

Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível. (SUNSTEIN<sup>46</sup>, 2005, p. 32, tradução livre).

Sunstein entende que Dworkin defende um papel muito ambicioso para os Tribunais na criação de direitos. A proposta do *judicial review* é atrativa porque enseja a utilização de argumentos jurídicos racionais para garantir a solidez da fundamentação das decisões judiciais, que, conseqüentemente, servem de justificação para que os Tribunais sejam reconhecidos como a instituição que tem melhor capacidade para interpretar corretamente a Constituição, a fim de obter uma resposta correta. Porém, os juízes se esquecem de que as suas decisões estão

---

society. It knows that there is much that it does not know; it is intensely aware of its own limitations. It seeks to decide cases on narrow grounds. It avoids clear rules and final resolutions. Alert to the problem of unanticipated consequences, it sees itself as part of system of democratic deliberation; it attempts to promote the democratic ideals of participation, deliberation, and responsiveness. It allows continued space for democratic reflection from Congress and the states. It wants to accommodate new judgments about facts and values.” (SUNSTEIN, 1999, p. IX-X)

<sup>45</sup>No original: “[...] the Court held an attempt to establish rules for application to other cases”. (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

<sup>46</sup>No original: “Perfectionists agree with the statement that the constitution is binding, it is, after accounts, exactly what they want to improve. But they believe that the litigation applicant to make the document as best it could be through the interpretation of its rules abstract in a way that captures their ideals in the best possible light.” (SUNSTEIN, 2005, p. 32).



sujeitas a erro, tanto quanto as dos demais poderes, e que uma interpretação perfeccionista, tal como a defendida por Dworkin através do endosso à *judicial review*, poderia colocar em risco o ideal da democracia deliberativa, que visa promover uma cidadania ativa, impedindo que os canais democráticos de deliberação sejam obstruídos, conforme adverte Sunstein (2009):

Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para as busca de mudanças. [...] Poderia distrair as energias e recursos da política e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário freqüentemente compromete esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos. (SUNSTEIN, 2009, p. 186, tradução livre).

A teoria de Sunstein apresenta uma similaridade com a tese procedimentalista de Ely no que tange à definição do papel da teoria constitucional, ou seja, o de

[...] se ocupar dos mecanismos processuais que asseguram as pré-condições para a manifestação e o exercício da democracia, de maneira a ampliá-las e aperfeiçoá-las, reforçando o republicanismo<sup>47</sup> como forma de resgatar o cidadão da inércia privatista em que se encontra com vistas a garantir o bom funcionamento da democracia. (SAMPAIO, 2009, p. X).

Sob esse viés, o processo de representação política assume uma perspectiva deliberativa que fomenta a participação igualitária de todos os membros da comunidade política, visando a assegurar que “vozes novas ou submersas, ou novos retratos de onde se situam os interesses e quais são eles de fato, possam ser ouvidas e entendidas.” (SUNSTEIN, 2009, p. 182-183). Por isto, é crucial que o sistema constitucional democrático se lastreie num modelo de democracia deliberativa que permita que o dissenso, marcante em sociedades heterogêneas,

<sup>47</sup> O republicanismo tem como principais objetivos permitir um controle maior dos cidadãos sobre os destinos da comunidade, reforçar a influência da cidadania na política, valorizar a importância da igualdade cívica, a necessidade de redução dos riscos de comportamentos corruptos. Sunstein inscreve-se em uma tradição republicana apontando para o fato de que a política não pode partir de uma agregação de preferências ou da imposição da vontade majoritária, pois ela exige que as deliberações sejam tomadas de forma racional e com fito de promover o interesse público. O constitucionalismo republicano defendido pelo autor coloca a comunidade, não como sendo o povo, mas como o Congresso que é a instituição central na qual se garante a realização do princípio de que todo poder emana do povo.

aflore num debate amplo marcado pela racionalidade e sem que haja constrangimentos no espaço público. Por tal razão é necessária a criação de mecanismos para impedir que o exercício do poder público seja desvirtuado pela imposição da vontade da maioria, levando à radicalização de pontos de vista nem sempre favoráveis.

Nesse sentido, outro aspecto importante da proposta minimalista é que uma democracia deliberativa não pode se pautar num sistema político de viés majoritarista ou que reproduza a agregação de preferências particulares dos representantes políticos. Deve se reger por um sistema de *accountability* que garanta o efetivo controle popular sobre as decisões políticas. (SUNSTEIN, 1999). Afinal de contas,

[...] um compromisso com a democracia deliberativa não é uma questão meramente estatística. [...]. Ele incorpora o ideal de promover a igualdade política que exige uma concepção liberal de legitimidade da política que encarna um ideal de reciprocidade, em que os cidadãos se mostram conscientes e sensíveis aos interesses uns dos outros. (SUNSTEIN, 1999, p. 24).

Para o autor, o Congresso norte-americano é o elemento central para a implantação da democracia deliberativa, pois, “[...] nas democracias constitucionais em bom funcionamento, o verdadeiro fórum de discussão de princípios elevados não é o Judiciário, mas sim a política.” (SUNSTEIN, 1998, p. 7). Portanto, o Congresso é substancial e democraticamente melhor do que a Suprema Corte para decidir sobre questões complexas que digam respeito a princípios e aos direitos e garantias fundamentais. Por isso, tal debate deve ser realizado fora dos Tribunais, retomando o seu lugar de direito num Estado Democrático, quer dizer, o Parlamento onde os legisladores eleitos promovem o bem público. Assim, os juízes devem ser vistos apenas como “participantes de um sistema elaborado de deliberação democrática” (SUNSTEIN, 2001, p. 263), motivo pelo qual devem reconhecer que “decisões fundamentais são mais bem tomadas, de modo democrático, e não judicialmente.” (SUNSTEIN, 1998, p. 8).

Nesse sentido, é crucial que os juízes adotem um modelo minimalista de interpretação judicial que perpassa pela interferência mínima na resolução de casos concretos por meio de acordos parcialmente teorizados<sup>48</sup>, pois o judiciário

<sup>48</sup> Acordos parcialmente teorizados pressupõem que “é possível concordar quando o acordo é necessário e é desnecessário concordar quando o acordo é impossível.” (SUNSTEIN, 2006, p. 30).

não é o poder institucionalmente autorizado a ser o primeiro, o permanente e o principal *locus* para decidir questões fundamentais que envolvem os interesses da comunidade.

Como o “o significado da Constituição não é idêntico às interpretações da Suprema Corte, elas devem ser vistas como uma simples parte de um longo e complexo diálogo.” (SUNSTEIN, 1993, p. 350). A atuação da Corte por meio de uma ação prudente e minimalista traz ganhos democráticos, eis que permite e promove o diálogo institucional de forma simétrica entre os poderes Judiciário e Legislativo, sob o fundamento de que este é o fórum mais adequado para promover os valores substantivos estampados no texto constitucional:

O argumento minimalista encontra suas fundações na aspiração à democracia deliberativa, com a insistência de que seu principal veículo é a legislatura, não o Judiciário. O Judiciário deve exercer apenas um papel catalítico e suplementar. (SUNSTEIN, 1999, p. 267).

### 3.1.5

#### **As teorias do diálogo institucional e a proposta de flexibilização da supremacia judicial consagrada pelo *judicial review***

O cooperativismo constitucional entre os poderes estatais perpassa pela análise das teorias dialógicas, que visam promover um diálogo entre os poderes estatais como forma de flexibilizar os modelos fortes de *judicial review*, para que o Legislativo e o Judiciário possam dar suas contribuições interpretativas do texto constitucional, sem necessidade de optar pelos modelos extremos de supremacia Judicial ou Legislativa.

Trata-se de buscar um caminho intermediário entre estes dois modelos de forma que todos os poderes estatais possam contribuir na determinação do alcance e do sentido do texto constitucional, sem que a última palavra seja atribuída exclusivamente ao Judiciário, permitindo-se conciliar, mais adequadamente, a tensão entre constitucionalismo e democracia.

As primeiras teorias do diálogo institucional surgiram no Canadá e em Israel; posteriormente, foram adotadas em outros países. No Canadá teve como “marco inicial a cláusula do não obstante (*notwithstanding clause* ou *override*),

---

Assim, evita-se, na medida do possível, que os Tribunais decidam sobre questões mais profundas e controversas para a comunidade, de forma que elas sejam debatidas pelos canais de formação da vontade democrática, com fito de incentivar o debate contínuo com os demais atores institucionais ou não, que compõem a estrutura constitucional democrática.

prevista na Seção 33 da Carta de Direitos de 1982<sup>49</sup>” (VIEIRA, et al., 2010, p. 58), que autoriza o Legislativo a imunizar uma determinada Lei do controle de constitucionalidade exercido pela Corte, pelo prazo de cinco anos. Embora tenha sido rara a utilização desta cláusula, ela consagrou a possibilidade de reconfiguração das relações institucionais entre o Legislativo e o Judiciário. Há ainda a Seção 1, prevista na Carta de Direitos canadense de 1982, que confere ao legislador a prerrogativa de restringir direitos, desde que a sua justificativa seja razoável.

A importância de tais cláusulas foi a de, primeiramente, incentivar o debate público entre o Legislativo e o Judiciário sobre temas constitucionais, especialmente após a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei. Em segundo lugar, a de sinalizar ao Legislativo sobre a necessidade de serem realizadas alterações legislativas, mesmo que determinada lei não fosse declarada inconstitucional. Nesse sentido, cada poder exerce a sua função, não numa perspectiva adversarial, mas cooperativa. O debate público se inicia com a revisão judicial, cuja finalidade é incentivar uma reação legislativa, seja no sentido de endossar o posicionamento da Corte ou de impugná-lo, insistindo na manutenção da legislação censurada, inclusive pela utilização da cláusula prevista na Seção 33 da referida Carta de Direitos. A experiência pioneira do Canadá despertou o interesse de outros países em adotar a teoria do diálogo institucional baseada em um sistema de controle fraco de constitucionalidade.

Em Israel, “o parlamento começou a se preocupar com um ativismo Judiciário na interpretação dessas provisões [duas declarações de direito aprovadas em 1992 – Basic Law: Human Dignity and Liberty e Basic Law: Freedom of Occupation].” (SILVA, et al., 2010, p. 58). Temendo a supremacia judicial, marcada pela prática de um intenso ativismo judicial no país, o

---

<sup>49</sup> No Brasil, dispositivo semelhante foi inserto no parágrafo único do art. 96 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, para assegurar o controle das decisões judiciais pelo parlamento, a saber: “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

Parlamento promulgou uma lei que lhe dava plenos poderes para aprovar quaisquer leis contrárias às referidas declarações de direitos, desde que se obtivesse a aprovação da maioria absoluta de seus membros. Contudo, o mecanismo da *legislative overrinding* foi utilizado apenas no ano de 1994, para a “aprovação da lei que tratava da proibição de importação de carne não *kosher*.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 75). Isso facilitou o diálogo institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário, foi a “[...] inexistência de uma constituição escrita e rígida, permitindo que maiorias parlamentares simples façam prevalecer sobre a Suprema Corte, sem a necessidade de assumir o custo político da aplicação da cláusula de *override*.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 75). Estes são apenas alguns exemplos<sup>50</sup> de como a cláusula do não obstante foi utilizada de forma distinta nos países que inicialmente a adotaram, já que o Canadá possui uma Constituição escrita e rígida, enquanto Israel tem apenas as *basics laws*, não havendo para este país tantos ônus políticos a serem suportados pelo legislativo em relação a sua aplicação quanto no Canadá.

Embora existam vários tipos de teorias dialógicas, e sua aplicação também dependa do desenho institucional dado pela Constituição em relação à interação entre os poderes Legislativo e Judiciário, é possível identificar quatro vetores para os quais elas estão focadas:

- a) restabelecer o reequilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática;
- b) articular a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial;
- c) assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente a favor de seguimentos minoritários. (SILVA, *et al.*, 2010, p. 91-92).

As teorias dialógicas enfatizam a contribuição que o Judiciário pode dar ao Legislativo visando combater a sua inércia no sentido de

[...] ajudar a superar os elementos de bloqueio que se tenham verificado no processo político, que possam contaminar a fruição de direitos individuais, ou diagnosticar os pontos cegos, em relação aos quais não restam claro os imperativos de sua ação regulamentadora. (SILVA, *et al.*, 2010, p. 104-105).

<sup>50</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a experiência da teoria do diálogo institucional, em outros países, de autoria de juristas brasileiros, verificar: SILVA, C. A.; MOURA, F., BERMAN, J. G., VIEIRA, J. R., VALLE, V. R. L., **Diálogos Institucionais e Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61-90.

As teorias dialógicas foram classificadas por BATEUP (2006, p. 16-70) em teorias dialógicas, quanto ao método judicial, subdivididas em teorias de aconselhamento judicial e em teorias centradas no processo; e, em teorias estruturais de diálogo, subdivididas em teorias da construção coordenada, teorias dos princípios jurídicos, teorias de equilíbrio e teorias de parceria.

As teorias enfocadas no método judicial têm por característica distintiva “a defesa do uso consciente de certas técnicas judiciais para permitir que os juízes estimulem e incentivem o debate mais amplo com e entre os demais ramos do governo sobre significado constitucional.” (BATEUP, 2006, p. 16). Elas têm um caráter endógeno, já que sua aplicação depende da iniciativa judicial.

As teorias de aconselhamento judicial buscam promover o diálogo por meio de uma atuação proativa da Corte, que dá aconselhamentos e envia recados ao legislador político, indicando os caminhos que deve tomar para melhor interpretar a Constituição. Os juízes utilizam-se da técnica decisória *obter dictum*, aconselhamentos não vinculantes que informam as interpretações da Constituição aceitas pelos Tribunais nas decisões que se pronunciam sobre a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo. Essa técnica seria mais vantajosa do que o minimalismo judicial, exatamente porque antecipa ao legislador político os caminhos que devem ser tomados em relação às controvérsias constitucionais e recupera a “tradição de cooperação e sinergia entre poderes, que rompe com o modelo adversarial da separação de poderes.” (MENDES, 2009, p. 119-120).

Contudo, foram tecidas severas críticas em sentido contrário. A principal delas é a de que esta técnica “[...] não assume que os juízes ou possuem uma capacidade especial ou, podem ser mais confiáveis, para determinar as questões de significado constitucional e para avaliar a importância de determinados valores constitucionais.” (BATEUP<sup>51</sup>, 2006, p. 19-20). É como se o Legislativo não pudesse prescindir da intervenção do Judiciário como um tutor para auxiliá-lo a enunciar e proteger os valores constitucionais para evitar desvios como a prática corriqueira do auto-interesse, que “muitas vezes obriga-o a priorizar as questões

---

<sup>51</sup> No original: “[...]this account assumes that judges either possess a special capacity, or can be better trusted, to determine questions of constitutional meaning and to evaluate the importance of specific constitutional values.” (BATEUP, 2006, p. 19-20).

de incumbência e a maximização das preferências majoritárias.” (BATEUP<sup>52</sup>, 2006, p. 20-21). Ocorre que este comportamento judicial, “ao longo do tempo poderá conduzir a substituição das considerações relevantes do legislativo pelas perspectivas legais.” (BATEUP<sup>53</sup>, 2006, p. 20). Assim, a teoria do diálogo institucional baseada em aconselhamentos “pode ser essencialmente descrita como uma teoria que encoraja juízes ativistas a dizer às ramificações políticas de governo como a Constituição deve ser interpretada.” (BATEUP<sup>54</sup>, 2006, p. 22).

Já as teorias do diálogo centradas no processo “levam em conta como o Legislativo considera temas como direitos e garantias fundamentais – oferecendo a cada matéria, a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 93). Assim, o Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, avalia se determinada questão constitucional foi deliberada de forma correta pelo legislativo. Em caso negativo, incentiva que o Legislativo promova uma nova interpretação para corrigir os equívocos de sua decisão anterior.

Na perspectiva de Bickel (1986), o Judiciário deve pautar a sua conduta por uma virtude passiva e, em regra, deixar as questões sem resposta, por meio de um isolamento em relação às questões políticas, sem que faça juízos que afetem valores constitucionais substantivos, já que esta tarefa é essencialmente do Legislativo. Mas, como adverte Mendes (2008), há vantagens na adoção desta técnica, apenas se sua utilização é devidamente sopesada pelo julgador:

A regra é deixar não decidido, a corte somente deve decidir quando esgotados os mecanismos do diálogo e quando tenha expertise especial no assunto, quando há informação e conhecimento confiável e o seu senso político diz que é necessário. [...] Assim, a participação da corte é mais sutil, [...] ela criativamente lidera a agenda pública sobre temas amortecidos e dormentes, aponta horizontes e provoca

<sup>52</sup>No original: “[...]over time this approach is likely to lead to the gradual replacement of relevant legislative considerations with legal perspectives” (BATEUP, 2006, p. 20). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

<sup>53</sup>No original: “Furthermore, given the privileging of the judicial voice in institutional exchanges, over time this approach is likely to lead to the gradual replacement of relevant legislative considerations with legal perspectives” (BATEUP, 2006, p. 20). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

<sup>54</sup>No original: “[...] judicial advice-giving can essentially be redescribed as a theory which encourages activist judges to tell the political branches of government how to interpret the Constitution” (BATEUP, 2006, p. 20). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

reações. [...] O desafio é saber lidar com esta técnica, [...] quando utilizada de maneira dissimulada, impede o debate, o controle e a crítica e permanece no conforto das escolhas subterrâneas. (MENDES, 2008, p. 106-109).

Os defensores da versão de Bickel (1986) vislumbram uma efetiva realização do diálogo interinstitucional, através da reação do Legislativo às decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, já que ambos os poderes colaboram no aprimoramento da interpretação do texto constitucional. Entretanto, há o risco de o Legislativo não ter condições de dar uma resposta efetiva, no sentido de que ele terá dificuldades de corrigir as suas decisões anteriormente editadas, pois “o problema pode não ter suficiente saliência política, nem ser considerado suficientemente importante para justificar a assumir mais calendário legislativo.” (BATEUP<sup>55</sup>, 2006, p. 26). Além disso, “o equilíbrio político que existia na época da promulgação de uma lei pode ter mudado, tornando mais difícil para a legislatura atingir um consenso sobre o assunto em questão.” (BATEUP<sup>56</sup>, 2006, p. 26).

Outro representante da teoria do diálogo institucional centrada no processo é Sunstein. Embora ele não caracterize a teoria do minimalismo judicial como uma representante das teorias dialógicas, BATEUP (2006, p. 28) acentua que ela vem sendo reconhecida sob este viés por vários teóricos, na medida em que:

As técnicas do minimalismo judicial são uma forma de participação judicial passiva no diálogo institucional, que permite aos juízes promover uma abertura para o diálogo com outros ramos políticos do governo, encorajando a resolução política de questões constitucionais, que são objeto de desacordo. (BATEUP<sup>57</sup>, 2006, p. 28, tradução livre).

<sup>55</sup> No original: “The issue may no longer have sufficient political salience, nor be considered sufficiently important, to warrant taking up further legislative time.” (BATEUP, 2006, p. 26). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

<sup>56</sup> No original: “The political equilibrium that existed at the time of a statute’s enactment may have changed making it more difficult for the legislature to achieve consensus on the issue in question.” (BATEUP, 2006, p. 26). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

<sup>57</sup> No original: [...] “techniques of judicial minimalism are a form of passive judicial participation in constitutional dialogue as they enable judges to open a dialogue with the political branches of government which serves to encourage the political resolution of constitutional issues that are the subject of disagreement”. (BATEUP, 2006, p. 28). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.



Tal técnica também permite que os problemas da debilitação democrática e da distorção política sejam solucionados. O primeiro se resolve pelo “envio de mensagens ao Legislativo de que este não pode deixar que o Judiciário resolva casos constitucionais difíceis.” (BATEUP<sup>58</sup>, 2006, p. 28). O segundo é resolvido, ao se considerar que questões constitucionais difíceis e controversas devem ser decididas pelos canais democráticos de formação da opinião e da vontade, pois o Legislativo também deve contribuir para o aprimoramento do sentido do texto constitucional ao lidar com questões de direitos. Assim, permite-se que ele decida de forma racional e justificada, impedindo que a última palavra sobre a interpretação correta da Constituição pertença exclusivamente ao Judiciário.

Mas Bateup (2006) pondera que Sunstein (1999) recomenda o uso do minimalismo decisório “apenas sobre questões de alta complexidade que produzem discordância democrática” (BATEUP, 2006, p. 28). Dentre elas se destacam as de cunho político, filosófico, ético, social, cujos efeitos sistêmicos não podem ser previstos *a priori*. Isso acarretaria decisões judiciais equivocadas, que poderiam ser mais bem solucionadas pelo Legislativo, já que ele possui maior habilidade para dimensionar questões que envolvam o interesse coletivo. A crítica que se faz à teoria minimalista é que ela depende de uma iniciativa conscienciosa por parte do Judiciário, o que excepcionalmente ocorre, estando tal teoria fadada ao insucesso.

Já as teorias estruturais do diálogo consideram “as formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 96).

Já as teorias da construção coordenada “reconhecem a identificação do sentido do texto constitucional como uma tarefa compartilhada entre diversos braços de poder.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 95). Dentre elas devem ser enfatizadas as teorias dos princípios jurídicos, de parceria e da fusão dialógica, pois as teorias do equilíbrio pressupõem que “o Judiciário é uma das instâncias de discussão” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 98) sobre as questões constitucionais. Vários outros

<sup>58</sup> No original: “[...] democratic debilitation is also reduced as the use of minimalist techniques sends a message to legislatures that they cannot defer to judges to resolve difficult and contentious constitutional questions”. (BATEUP, 2006, p. 28). Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu\\_plltwp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

atores institucionais podem contribuir para o debate de tais questões, especialmente da sociedade, incentivando “a incorporação futura da cidadania no diálogo constitucional.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 98). O problema é que tais teorias fornecem um modelo apenas para o *judicial review* no contexto norte-americano, não sendo possível a sua utilização em outros sistemas constitucionais democráticos.

As teorias de princípio jurídico pressupõem “que o judiciário possui uma competência institucional voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos e que, na hipótese de erro na interpretação judicial, [...] haveria controle pelos poderes políticos.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 98). O problema é que o Legislativo poderá apresentar resistência à promoção do diálogo. No Canadá, conforme já apontado anteriormente, foi instituída a cláusula do não obstante, que permite ao Legislativo exercer um controle político sobre as decisões judiciais. Embora se reconheça, em determinadas circunstâncias, uma maior capacidade institucional do Legislativo para lidar com valores constitucionais em razão da sua proximidade com as pessoas, esta teoria privilegia a capacidade institucional do Judiciário para lidar com questões de princípio. E tal concepção apresenta uma contradição insuperável, ou seja, “a de identificar qual é a vantagem de se instituir o controle político dos atos judiciais.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 96).

Outra articulação que pode ser trabalhada dentro desta teoria dos princípios é a possibilidade do “Legislativo contribuir para um diálogo substantivo, graças a sua competência institucional para lidar com a elaboração de políticas públicas” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 96). Mas aqui também a teoria é falha, pois “o diálogo continua tendo esse ramo do poder [o Judiciário] como o eixo central, relegando o legislativo a um papel marginal, com uma atuação exclusivamente reativa.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 97).

Já a teoria da parceria pressupõe que a valorização da atuação institucional de cada instância decisória dentro da democracia constitucional possa tornar o diálogo mais efetivo, aprimorando-se o sentido do texto constitucional. Dessa forma:

[...] a combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada a estabelecer políticas públicas coletivas, e a judicial, destinada a interpretar o significado das disposições de direitos – seria o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos e garantias fundamentais. (SILVA, *et al.*, 2010, p. 97).

Embora os atores institucionais sejam tratados como participantes no mesmo patamar de igualdade, não há como se estabelecer de antemão a sua eficácia, pois isso depende do potencial de desempenho de cada ator institucional.

Esta seria a melhor teoria para “reconciliar as preocupações democráticas e o modelo de parceria” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 97), porque a facilitação do diálogo pelo Judiciário viabiliza uma maior integração do Legislativo com suas decisões e vice-versa, de tal forma que há maior possibilidade de se alcançar “um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 97).

Há, ainda, uma discussão sobre a necessidade de se implementar um diálogo efetivo, o que deu origem aos conceitos de diálogo formal e material. “Esta discussão iniciou-se no Canadá, em 2007, quando Hogg e Bushell fizeram uma análise empírica sobre a implantação do diálogo inter-institucional naquele sistema constitucional.” (HOGG, THORTON<sup>59</sup>, 1999, p. 19). Concluíram que o diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário é mais “conversacional, sem maiores cogitações quanto a argumentos e convencimentos dos interlocutores.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 68). Segundo tal interpretação não é necessário que o Legislativo adote uma reação de caráter impugnativo em relação às decisões tomadas judiciais. Exatamente por isso, o posicionamento de tais autores recebeu críticas de vários opositores, que afirmaram que a deferência legislativa às decisões judiciais representa uma resposta no sentido metafórico do termo. Quer dizer, não há “uma verdadeira interação deliberativa instalada entre as partes, mas sim um diálogo do tipo conversação.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 68).

Enfim, a opção por uma das espécies de teorias dialógicas deve considerar o desenho institucional que a Constituição de cada país configurou para os poderes Legislativo e Judiciário, bem como a possibilidade de se instituir um diálogo formal ou material entre ambos. Desde que se cumpra com o objetivo de reduzir a ideia de supremacia judicial, introduzindo a compreensão de um modelo fraco de controle de constitucionalidade que permita aos demais poderes, especialmente ao Legislativo, expressar a sua contribuição para o aprimoramento da interpretação constitucional.

---

<sup>59</sup> Disponível em: <<http://www.irpp.org/po/archive/apr99/hogg.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

### 3.1.6

#### **Análise do caso brasileiro em relação às teorias apresentadas**

A discussão sobre o ativismo judicial, nas sociedades contemporâneas que optaram pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, é reticente e envolve uma análise da jurisdição constitucional e do desenho institucional mais adequado ao referido paradigma. Até agora foram apresentadas as principais posições teóricas acerca da jurisdição constitucional para solucionar a tensão entre constitucionalismo e democracia. Cada qual enfatizou o desenho institucional mais adequado para alocar as funções legislativas e judiciais, o qual passa pela defesa do substancialismo liberal (Dworkin), do procedimentalismo (Ely e Habermas), do majoritarismo participativo (Waldron), da autorrestrrição judicial (Sunstein) e vai até a proposta da teoria do diálogo institucional. Porém, a apresentação de tais teorias não se justificaria se não fosse para analisar a realidade da jurisdição constitucional brasileira.

Conforme já elucidado, “o Estado Democrático (e Social) brasileiro optou por uma Constituição como um projeto social, integrado por um conjunto de valores compartilhados” (CITTADINO, 2009, p. 246). Daí a ideia de Constituição-dirigente, que evidencia claramente a adoção do modelo de constitucionalismo comunitarista<sup>60</sup> aliado à utilização de teorias da interpretação do texto constitucional como a força normativa da Constituição de Hesse e a da Constituição aberta de Habërle<sup>61</sup>, como novas propostas hermenêuticas voltadas para o desenvolvimento deste paradigma. Todo esse aparato teórico foi responsável pela implementação de uma prática intervencionista dos tribunais constitucionais, que vai além da judicialização da política. Permite a prática de

<sup>60</sup> Conforme assevera CITTADINO (2009, p. 10), “a dimensão comunitária do constitucionalismo brasileiro revela-se seja quando adota uma concepção de Constituição enquanto ordem concreta de valores, seja, [...] enfim, quando atribui um papel preponderantemente político ao Supremo Tribunal Federal, que deve recorrer a procedimentos interpretativos de legitimação e aspirações sociais e orientar a interpretação constitucional pelos valores éticos compartilhados.”

<sup>61</sup> Härbele fala sobre a necessidade de se proceder a abertura do processo de hermenêutica para que todos os prováveis intérpretes participem da interpretação da norma constitucional: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.” (HÄRBELE, 1997, p. 15). Mas os autores que se apropriaram de sua teoria, no Brasil, a interpretam a partir do processo de judicialização da política e como uma visão da comunitarista da Constituição, como uma ordem concreta de valores. (Cf. VIANA, *et al.*, 1999, p. 40-43).

um ativismo judicial de caráter nefasto, caracterizado pela sindicabilidade das omissões legislativas, a partir de um discurso voltado para a realização de direitos e garantias fundamentais, com ênfase para os direitos sociais prestacionais, a fim de realizar justiça e reduzir as mazelas socioeconômicas que afligem a sociedade brasileira. E, como arremata Melo (2004):

[...] a força normativa da Constituição é assegurada pela ação dos juízes de tribunais encarregados do controle de constitucionalidade, o exercício da jurisdição constitucional não pode ser objeto de técnicas ou métodos de autocontenção judicial. Nenhuma estratégia de modéstia é virtuosa, as virtudes são todas ativas. Na concepção do garantismo holístico da constituição, a doutrina do judicial *self-restraint* não tem assento. (MELO, 2004, p. 277).

Essa configuração da jurisdição constitucional brasileira se assemelha à visão dworkiana da leitura moral da Constituição, que confere aos juízes uma capacidade pessoal e competência técnica excepcionais, para definir quais seriam os valores morais mais adequados para a comunidade política. O modelo de jurisdição desenvolvido por Dworkin, conforme já apontado por Habermas, implica a aceitação do caráter monológico do Juiz Hércules, o que revela a abertura para a instituição de um nefasto ativismo judicial, com a possibilidade de o julgador impor o seu conhecimento privilegiado sobre as perspectivas dos participantes do discurso. Assim, o único ator relevante, na interpretação do texto constitucional, é o julgador que tem a função de fazer a melhor leitura moral possível da Constituição a partir do princípio da integridade. Nesse sentido, as decisões judiciais podem alcançar legitimidade e justiça, apenas quando promovem uma avaliação substantiva das decisões tomadas na esfera pública política.

Há uma idealização excessiva da capacidade institucional do Judiciário em comparação a uma visão de desconfiança da capacidade institucional do Legislativo. Uma das objeções à adoção da teoria dworkiana está exatamente na idealização excessiva do Judiciário, ao se conferir aos julgadores uma licença para atuar como verdadeiros legisladores morais. Isso impede a formação de uma cidadania ativa, já que eles tomam o lugar dos cidadãos na prática de autorregulação de seus direitos e deveres nos processos democráticos de formação da opinião e da vontade. Essa teoria foi concebida para as instituições norte-americanas, cujo regime democrático há muito já foi consolidado, o que lhes

garante “uma confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais.” (CITTADINO, 2000, p. 184). E a recente transição democrática do Brasil não confere condições para que se pressuponha tal confiança nas tradições e práticas constitucionais.

Em razão de tais obstáculos, a aplicação desta teoria ao Brasil implicará a aceitação de um ativismo judicial nefasto que pode mascarar arbitrariedades judiciais consubstanciadas na imposição do ponto de vista dos juízes sobre quais valores substantivos sejam mais adequados para que a comunidade política alcance a justiça e a igualdade social. Tal conduta, sem sombra de dúvida, promoverá o esvaziamento funcional da atividade parlamentar, em prejuízo da manifestação da vontade popular na tomada de decisões fundamentais para a sociedade através do debate público.

Já a teoria procedimentalista apresentada por Habermas tem inúmeras vantagens se comparada à teoria substancialista dworkiana. A primeira delas é possibilidade de evitar a sobrecarga decisória dos juízes nos discursos de aplicação através da abertura da interpretação das normatividade jurídica à esfera pública, o que trará legitimidade e racionalidade para as decisões judiciais, combatendo-se o ativismo judicial. Ainda que a teoria procedimentalista desenvolvida pelo autor permita a reconstrução da atuação da jurisdição constitucional, a partir da expressão da autonomia pública e privada dos cidadãos - por meio de procedimentos democráticos que retiram a sua legitimidade da discursividade inclusivo-democrática - a sua aplicação ao contexto brasileiro apresenta vários obstáculos teóricos e pragmáticos.

O obstáculo mais contundente, de acordo com Streck (2003), que impossibilita a importação da teoria procedimentalista de Habermas (1997a, 1997b) para o Brasil é a sua inadequação à função da Jurisdição Constitucional brasileira. Esta não pode ser vista apenas sob a ótica de tutela da gênese democrática dos procedimentos, diante do contexto de exclusão dos direitos sociais em países subdesenvolvidos:

A discussão acerca do papel do Direito e da justiça constitucional, a toda evidência, deve ser contextualizada, levando em conta as especificidades de países como o Brasil, onde –insisto- não houve a etapa do *Welfare State*, que Habermas considera superada (embora – justiça seja feita – Habermas, ao expor sua tese, jamais se referiu a países como o Brasil). Daí a pergunta: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão

colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? (STRECK, 2003, p. 262).

De acordo com o autor, a teoria habermasiana se afasta da concepção do Direito como instrumento de inclusão social, especialmente quando deixa de incorporar uma hermenêutica transformadora, a partir da ideia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição. Isso significa o seguinte:

Os Tribunais Constitucionais passaram a fazer parte da arena política [...] como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais. (STRECK, 2003, p. 262).

Segundo Streck (2003), tal carência só poderia ser suprida se fosse adotada, no Brasil, a teoria da Constituição Dirigente adequada a países de modernidade tardia, voltada para dar cumprimento aos direitos sociais e coletivos, condições indispensáveis para se pensar na formação de uma cidadania ativa. Sem tais requisitos, sequer, haveria como se implementar os requisitos da situação ideal de fala, na qual se constrói o discurso e que inviabilizaria a possibilidade de seus participantes chegarem a um consenso.

Já Nunes (2008) é favorável à implantação da teoria democrático-procedimental de Habermas no Brasil. O autor enfatiza que a sua aplicação exige a adoção de um modelo de processo jurisdicional democrático, que pressupõe a concretização do princípio do contraditório em bases dialógicas, pois,

[...] na alta modernidade, [o princípio do contraditório] constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e propiciando a criação de um direito legítimo. (NUNES, 2008, p. 237).

Conforme já asseverado em capítulo anterior, o atual modelo da jurisdição constitucional brasileira se caracteriza exatamente pelo sentido contrário, ou seja, dá-se uma ênfase à concretização de direitos e garantias fundamentais por meio de um protagonismo judiciarista, de viés comunitarista, em que o povo fica à espera de uma tutela jurídico-estatal paternalista. O problema é que tal paradigma não se coaduna com a aplicação da teoria habermasiana aos processos jurisdicionais.

Já a adoção de uma teoria democrática do processo perpassa pelo abandono da teoria instrumentalista do processo, que o concebe como instrumento da jurisdição predisposto à realização de escopos metajurídicos<sup>62</sup>. Dentre eles se destaca o social, com a noção de pacificação social com justiça “que é o que a legitima pelos membros da sociedade e no contexto das instituições políticas da nação.” (DINAMARCO, 2005, p. 185). Em razão desse escopo social que o instituto jurídico do processo deve perseguir, é que esta teoria ainda é considerada, no Brasil, como a mais adequada para “eliminar conflitos mediante critérios justos.” Levando em conta esse fundamento, enfatiza-se que a prestação da tutela jurisdicional ocorre exclusivamente pela imposição do livre convencimento do julgador a respeito da questão *sub judice*, desconsiderando a contribuição argumentativa das partes, que sofrerão os efeitos das decisões judiciais. Estes passam a ser obtidos a partir da interpretação voluntarista da normatividade jurídica (regras e princípios) pela ótica exclusiva do julgador, já que

[...] a sua fundamentação [da decisão judicial] passa a ser vislumbrada como mecanismo formal de um entendimento que este [o julgador] possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, sem buscar legitimidade na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes,

---

<sup>62</sup> O instituto jurídico do processo é conceituado como um instrumento a serviço da jurisdição que não pode estar desacompanhado dos objetivos a que se destina. Isso equivale a “revelar o seu grau de utilidade.” (DINAMARCO, 2005, p. 181). Daí advém a idéia de traçar escopos metajurídicos ao processo, que perpassam os planos social, educacional e político. O escopo social está votado para “a pacificação social com justiça em cada caso concreto, [...] a partir de uma extremada concentração de poderes na pessoa do juiz. Aos temores quanto a comportamento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o coloca, com razoável teor de segurança, a salvo de possíveis deslizos.” (DINAMARCO, 2005, p. 199-200). A legitimidade das decisões judiciais decorre da aceitação geral da imposição das decisões judiciais aos cidadãos, pois “o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados. [...] apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão, ainda que sejam desfavoráveis. [...] A segurança jurídica é, em si mesma, fator de pacificação.” (DINAMARCO, 2005, p. 195-196). Já o escopo voltado para a educação tem por finalidade “de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo” (DINAMARCO, 2005, p. 198), pois, na medida em que a população confia no poder Judiciário, estabelece-se “um clima de segurança social e insatisfações eliminadas.” (DINAMARCO, 2005, p. 198). E o escopo político se refere ao compromisso do sistema processual com a Política, que passa por três aspectos. “Primeiro afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente, sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam; segundo concretizar o culto ao valor da liberdade pública, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.” (DINAMARCO, 2005, p. 204-205). Dar efetividade a estes três valores é fundamental para assegurar a estabilidade das instituições no Estado democrático. Para um estudo pormenorizado do tema, conferir. (DINAMARCO, 2005, p. 180 *et. seq.*).



informando as razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público. (NUNES, 2008, p. 237-238).

Por isto, o autor enfatiza a importância da aplicação do princípio do contraditório, de forma antecipada (e não postecipada ou diferida<sup>63</sup>), aos processos judiciais. Isso garante a atuação isonômica dos sujeitos processuais (partes, juízes, promotores de justiça), de modo que somente argumentos extraídos do debate endoprocessual, a partir do mencionado princípio aliado às demais garantias constitucionais (do devido processo legal, da ampla defesa e da isonomia, do direito ao advogado), devam ser levados em consideração para garantir a construção de decisões judiciais racionais, legítimas e fundadas na prevalência do melhor argumento.

Ocorre que a concepção instrumentalista do processo não tem por escopo propiciar a ampla participação popular nos processos judiciais para legitimar os provimentos judiciais. Preocupa-se mais com a promoção de uma tutela jurisdicional efetiva, com o propósito de imprimir celeridade à tramitação dos procedimentos judiciais e efetividade na fruição do bem da vida, objeto da pretensão deduzida em juízo, em conformidade com os ditames do princípio da razoável duração do processo<sup>64</sup>. Dessa forma, constata-se o descomprometimento do Judiciário com o discurso de aplicação, que deveria estar voltado para a reconstrução do caso concreto, tendo em vista procedimentos discursivo-dialogicos, dotados de uma racionalidade e legitimidade tais que

<sup>63</sup>Fala-se em contraditório diferido ou postecipado, quando a oportunidade para o seu exercício é relegada para o momento posterior à prolação de uma determinada decisão judicial. Embora ela apresente ampla receptividade na legislação processual vigente, especialmente diante do princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB de 1988), ela impede que as partes contribuam para a construção da decisão judicial com a apresentação de seus argumentos e contra-argumentos, que exigem o devido sopesamento pelo julgador. Se o princípio do contraditório está sendo limitado, o instituto jurídico do processo como procedimento realizado em contraditório sequer existe, pois ele necessariamente o pressupõe. E as decisões judiciais dele decorrentes serão ilegítimas, o que inviabiliza a aplicação da teoria habermasiana aos processos judiciais.

<sup>64</sup>A Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB de 1988: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação na excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, Emenda Constitucional 45, de 30 dez. 2004. Altera dispositivos dos Arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os Arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. 2010). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)>. Acesso em: 10 de ago. 2010.

permitam a formação da opinião e da vontade, a partir da observância das garantias constitucionais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. Embora a duração razoável do processo seja igualmente uma garantia constitucional, ela não representa um fim em si mesmo, sendo obrigatório o seu cumprimento juntamente com as demais garantias constitucionais acima mencionadas.

Isto significa que o processo judicial não é tão democrático quanto se pretendia, já que a ideia da paridade de armas é ilusória e não pode ser garantida na prática. Assim, acaba por acarretar o predomínio dos argumentos apresentados pelo próprio julgador, em detrimento da argumentação expendida pelas partes no exercício da função judicante. E a justiça da decisão decorre exatamente da adequabilidade da decisão ao caso concreto<sup>65</sup>, que exige a reconstrução de fatos e normas à luz da questão posta em juízo de forma discursiva (e não monológica), o que garante a construção de um procedimento predisposto a viabilizar uma situação ideal de discurso, que permitirá o alcance da resposta correta.

Além disso, o resultado da interpretação de lides individuais poderá afetar outras pessoas que não participaram do processo judicial, deixando de apresentar argumentos capazes de influenciar na construção dos provimentos.

Esta limitação à participação efetiva dos cidadãos - que deveriam ter assegurado o direito de influir na tomada de decisões judiciais - agrava-se ainda mais se se pensar na inviabilidade de implementação do princípio do discurso aos processos judiciais, em razão da instituição da súmula vinculante, do acesso à jurisdição sem o direito de constituir um advogado, da instituição da repercussão geral nos recursos extraordinários, do sistema de controle concentrado de constitucionalidade adotado no Brasil, dentre outros institutos jurídicos existentes. Estes são apenas algumas obstáculos de cunho pragmático em relação à inaplicabilidade da teoria procedimentalista de Habermas para o direito brasileiro.

No que diz respeito à proposta de se adotar a teoria do diálogo institucional formal, a partir do endosso ao ativismo judicial, como mecanismo de incentivo ao

---

<sup>65</sup> Segundo OLIVEIRA (2004, p. 34) “[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.”

diálogo como o Poder Legislativo, deve-se atentar para a existência de vários obstáculos que dificultam sua implementação à jurisdição constitucional brasileira. Conforme amplamente já debatido, não se pode olvidar que o ativismo judicial

[...] tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideais acerca de interpretação. (WALDRON, 2010, p. 115-116)

Apesar de terem sido introduzidos novos mecanismos de participação processual, tais como o *amicus curiae* e as audiências públicas, visando conferir legitimação democrática ao exercício da função judicante pelo incremento da participação dos prováveis intérpretes da Constituição, eles jamais poderão atingir o mesmo nível de permeabilidade das decisões tomadas pelo Legislativo. Isto ocorre porque o Legislativo tem maior capacidade institucional para captar a opinião popular e promover a participação de grupos de interesse. E, como para a democracia é imprescindível assegurar o direito de participação em igualdade de condições nas decisões públicas, a prática do ativismo judicial não pode promover tal desiderato de forma plena. A toda evidência, permitir que ele se torne o principal instrumento de tomada de decisões públicas implica desconsiderar os ideais da própria democracia deliberativa, pautada na garantia de igualdade de participação dos cidadãos e da formação de uma cidadania ativa, tal como assevera Sunstein.

A mudança de foco da discussão pública do Legislativo para o Judiciário promove uma verdadeira extirpação da principal etapa do ciclo democrático: a de viabilizar o debate público das questões que compõem a agenda política, para que os diversos grupos sociais apresentem as soluções que repute mais adequadas. O resultado dessa prática é que “o debate político se dá, de forma exclusiva e irreversível, dentro do Supremo Tribunal Federal e não no Congresso Nacional.” (APPIO, 2009, p. 1).

Se o processo político tem a função de operacionalizar o acesso dos grupos políticos e dos indivíduos ao debate racional das decisões públicas, este é o ponto culminante para se resguardar, de forma plena, o princípio democrático. Embora o processo político democrático-representativo, no Brasil, esteja sujeito a desvios, e não corresponda ao modelo ideal de republicanismo defendido por Sunstein ou à

proposta de resgate da legislação em Waldron, isso não significa que tais projetos devam ser abandonados. Nem práticas ativistas incentivadas, com a suposição de que os Tribunais tenham maior capacidade institucional para promover a representação argumentativa dos cidadãos, especialmente em relação a temas constitucionais complexos que envolvem o interesse de toda a sociedade.

Na verdade, ambas as teorias trazem contribuições valiosas para que o Legislativo deixe de ser uma instituição estereotipada de forma negativa. E tenha condições de promover a democracia deliberativa, equilibrando adequadamente os interesses das maiorias e minorias, impedindo abusos de qualquer natureza e incentivando a formação de uma cidadania ativa nos moldes republicanos, conforme defende Sunstein, embora ele não se filie ao majoritarismo de Waldron.

O endosso a práticas ativistas, no Brasil, é influenciado pela visão míope do institucionalismo assimétrico, na medida em que a capacidade institucional do Judiciário é vista de forma idealizada, em oposição à do Legislativo considerada de forma realista. As instituições judiciais e legislativas devem ser analisadas de acordo com o desenho institucional delineado pela CRFB de 1988, devendo-se sopesar tanto as suas limitações quanto as suas qualidades. As qualidades institucionais do Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais, através do endosso ao ativismo judicial, já foram exaustivamente evidenciadas por vários juristas brasileiros. Cumpre trazer a lume as limitações acerca da capacidade institucional do Judiciário para adjudicar direitos e exercer o controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos. Os principais obstáculos podem ser sintetizados em quatro vetores: “(a) a imprevisibilidade do resultado de seus julgamentos; (b) a limitação cognoscitiva dos magistrados; (c) a limitação estrutural do Judiciário; (d) os obstáculos de acesso à jurisdição.” (MARINS, 2009, p. 99).

A primeira limitação está ligada à imprevisibilidade dos julgadores, em relação à repercussão de suas decisões sobre casos futuros idênticos ou casos difíceis, capazes de ensejar uma nova discussão sobre um determinado entendimento jurisprudencial já existente. A possibilidade de analisar as peculiaridades de cada caso concreto posto à apreciação judicial é cada vez mais remota diante da escassez de material humano e de recursos materiais. Apesar de os métodos de hermenêutica constitucional terem se sofisticado, no sentido de apresentar o melhor método de interpretação para se alcançar as respostas corretas

nos casos difíceis, a solução de questões jurídicas complexas exige a conjugação de conhecimento interdisciplinar e uma solução eficaz e rápida, traz maiores riscos de produção de resultados equivocados e até mesmo catastróficos, que causam prejuízos graves aos jurisdicionados.

Um dos fatores relevantes, que provoca a indeterminação dos resultados das decisões judiciais, é o sistema econômico. A fruição de direitos sociais prestacionais exige que o julgador realize um cotejamento mais atento do caso concreto em relação à escassez de recursos orçamentários. Constata-se que esta análise é relegada a segundo plano, especialmente na esfera da microjustiça, pois, em regra, as decisões judiciais são favoráveis à concessão de tais direitos e garantias fundamentais aos jurisdicionados. Na verdade, é praticamente impossível que juízes tenham capacidade de fazer uma análise inequívoca de fatores complexos (econômicos, fáticos, políticos, sociais, filosóficos, científicos e morais), no que tange à previsibilidade dos resultados das decisões judiciais, sobretudo diante de uma sociedade eminentemente pluralista. A excessiva judicialização da política somente contribui para o aumento do quadro de imprevisibilidade dos resultados das decisões judiciais, especialmente se as decisões judiciais se relacionarem às lides individuais ou coletivas e servirem como paradigma para o julgamento de outras decisões, inclusive, com efeito vinculante. Assim, a repercussão da falta de previsibilidade das decisões judiciais se dá em relação ao ordenamento jurídico e traz problemas de insegurança jurídica e de violação ao princípio da isonomia, já que casos idênticos podem ter julgamentos distintos. Diante desse quadro, o Legislativo apresenta melhores condições e maior legitimidade para realizar um balanço dos referidos fatores complexos, já que tecnicamente está mais capacitado para avaliar “a promoção do interesse público do que o Poder Judiciário.” (MARINS, 2009, p. 108-109).

Outra limitação considerável à capacidade institucional do Judiciário para tratar dos direitos e garantias fundamentais é a limitação cognitiva. Ela é preocupante, principalmente, em relação aos equívocos graves que vêm sendo constatados no exercício da função judicante. O magistrado pode ter uma percepção equivocada do debate travado entre as partes sobre a questão posta em juízo, o que pode gerar insegurança jurídica em relação ao alcance da resposta correta. Se as partes se utilizam de argumentos estratégicos em relação às questões de fato e o juiz não se apercebe disso, os fatos se tornam incontroversos. O

resultado é, pois, a prolação de uma sentença que não condiz com a realidade. Num contexto de desacordo, os juízes estão mais preocupados em dar uma resposta técnico-argumentativa para a questão de fundo, do que em cotejar de forma analítica se os argumentos levantados pelas partes podem contribuir para a resolução da questão posta em juízo. Eles sequer estão obrigados a apreciar cada um dos fundamentos apresentados pelas partes<sup>66</sup> e podem eleger algum e desprezar os demais, ou mesmo encontrar algum outro argumento que não tenha sido deduzido em juízo para justificar as suas decisões.

Embora os juízes estejam autorizados a adotar o princípio do livre convencimento motivado para fundamentar suas decisões, esse tipo de decisão traz um maior conformismo com a solução apresentada, com uma suposta pacificação do conflito. Isto ocorre porque, se o raciocínio lógico que o juiz desenvolveu para justificar a sua decisão não foi explicitado de forma clara na fundamentação da sentença, as partes não têm como impugná-la, deixando-a transitar livremente em julgado. Há consequências negativas não só para os litigantes em juízo, mas para toda a sociedade, cujos cidadãos são destinatários indiretos dos provimentos estatais e não têm acesso às opções ideológicas, políticas, morais e até mesmo jurídicas utilizadas pelos juízes para fundamentar as decisões judiciais, o que os impede de fiscalizar o seu conteúdo. Trata-se de um problema de falta transparência na fundamentação das decisões judiciais, cujas consequências são graves como a falta de legitimidade e de segurança jurídica.

Logo, antes de se idealizar a capacidade dos juízes, tal como a figura mítica do juiz Hércules - dotado de uma sagacidade e capacidade sobre-humanas - criada por Dworkin, todas as limitações aqui apontadas devem, necessariamente, ser levadas em consideração, pois dificultam a resolução de questões complexas, conforme acentua Sarmiento (2009):

Vejo um problema grave na idealização do Judiciário, quando ele leva à adoção de teorias que demandem algo que um juiz mediano não tenha como realizar [...] que podem comprometer a capacidade dos juízes para a adoção de uma interpretação

---

<sup>66</sup> Ementa: “Quanto à apreciação de violação de princípio constitucional, cumpre asseverar que é cediço, neste Tribunal, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.” STJ, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 980.079/SP, Rel. Min. Humberto Martins, publicado no Diário do Judiciário em 27/05/2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 7 jul. 2010.

ótima da Constituição em determinados contextos, e que deveriam ser levados em conta em qualquer teoria prescritiva sobre a hermenêutica constitucional: a sobrecarga de trabalho pelo número excessivo de processos, a falta de conhecimentos técnicos fora do terreno do Direito e a lógica inerente ao processo judicial. [...] Se os juízes têm de julgar uma infinidade de processos por dia, como no Brasil, evidentemente que não sobrarão o tempo e a energia indispensáveis para que cada um se engaje em procedimentos extremamente complexos para a Resolução de cada caso. Daí a necessidade de teorias que possam funcionar bem no contexto da jurisdição de massa. Teorias da argumentação extremamente exigentes e sofisticadas, por exemplo, não têm, neste contexto, como ser empregadas no dia-a-dia dos Tribunais. Teorias jurídicas muito particularistas, que demandem sempre um exame atento e exaustivo das singularidades de cada hipótese, em busca da justiça ideal para o concreto, também não. Sempre haverá alguns *hard cases*, mas é essencial, nestes sistemas, que a maioria das situações seja resolvida de forma mais mecânica através da subsunção a regras e não da ponderação entre princípios. [...] De um modo geral, os juízes brasileiros estão bem aparelhados para o enfrentamento de questões jurídicas, mas quase nada sabem sobre outros campos do saber. (SARMENTO, 2009, p. 318-319).

As limitações estruturais dos processos judiciais estão relacionadas à avaliação das condições destes de encampar discussões de “temas complexos de ordem social, política e economia, ou da definição de prioridades de interesse público.” (MARINS, 2009, p. 119). Embora várias medidas de democratização do debate nos processos judiciais já tenham sido promovidas, permitindo uma maior integração da sociedade às decisões judiciais, o Judiciário brasileiro, especialmente os Tribunais Superiores, está sobrecarregado com processos pendentes de julgamento. Trata-se de assuntos complexos que exigem a formulação de juízos de valor sobre questões filosóficas, econômicas, políticas, e devem ser solucionados de forma eficaz e rápida. O que ocorre é que tais decisões demandam que todos os afetados por elas tenham a oportunidade de apresentar argumentos e contra-argumentos em relação aos direitos discutidos em juízo, principalmente os de índole constitucional. Como o processo judicial somente viabiliza a participação das partes diretamente afetadas pelas decisões, ele não deve ser o principal e tampouco o único instrumento (caso a judicialização da política se torne o único meio de promoção dos direitos e garantias fundamentais em substituição aos demais ramos estatais) de realização do diálogo público.

Por mais que se tomem medidas para aprofundar o debate de questões complexas do Judiciário com a sociedade civil, por meio da criação de canais institucionalizados de diálogo, os provimentos judiciais

[...] demandam uma deliberação cuja complexidade não é abarcável em um processo judicial, do qual participam apenas as partes formalmente legitimadas. O

problema não se repetiria nos demais ramos do Estado, que são capazes de dialogar com um espectro mais amplo da sociedade e de considerar informações mais complexas e variadas. (SOUZA NETO, 2008, p. 530-531).

A judicialização excessiva de temas constitucionais complexos, ao deixar de ensinar a participação de todos os afetados - que trariam um leque de informações, dados e aspectos controvertidos sobre as questões discutidas em juízo - , acaba transferindo ao julgador a responsabilidade pela formulação de um juízo de valor, em nome da coletividade, para solucionar os casos submetidos a sua apreciação. Esta incumbência pressupõe

[...] a capacidade [do julgador] de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito do processo judicial, [...] que tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros. (SARMENTO, 2009, p. 581-582).

Questiona, pois, se não seria mais adequado adotar uma prática de autocontenção judicial em relação a tais questões. Isso evitaria decisões judiciais elitistas e ilegítimas, que impedem a promoção de um debate amplo nas esferas majoritárias, o *locus* da representação verdadeiramente democrática.

Outra limitação à capacidade judicial ocorre em relação aos obstáculos que impedem o acesso à jurisdição. Muito se tem discutido sobre a universalização do acesso à jurisdição a parcelas cada vez maiores da sociedade, especialmente dos hipossuficientes. Essa universalização deve se pautar pela gratuidade de acesso à jurisdição, com a isenção do pagamento das taxas e custas processuais, pela desnecessidade de representação por advogado<sup>67</sup>, com a promessa de fruição de direitos e garantias fundamentais, minimizando a litigiosidade contida<sup>68</sup> a partir da celeridade de tramitação dos procedimentos processuais.

---

<sup>67</sup> As leis que regulamentam os juizados especiais cíveis e criminais, estaduais e federais propiciaram a dedução de novas pretensões jurídicas de direito material, que provocaram o acesso à jurisdição em larga escala de demandas judiciais até então não cogitadas na nossa realidade. Porém, ao se permitir o *jus postulandi*, dispensa-se o direito ao advogado, essencial para defender os interesses das partes e garantir a aplicação do princípio do devido processo. Além disso, tais leis limitaram o acesso das partes a vários recursos, impedindo a impugnação de várias decisões judiciais, em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

<sup>68</sup> A expressão litigiosidade contida designa os conflitos que permanecem completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado.



O aumento de órgãos judiciários especializados - aliado a iniciativas de política processual, realizadas sob o enfoque da teoria da efetividade do processo - introduziu novos tipos de ações. Ampliou a legitimação para a tutela de interesses individuais e coletivos, mas terminou por acarretar uma excessiva judicialização dos fatos sociais, contribuindo para o reforço de um ativismo judicial sem limites. Assim, o Judiciário se tornou o único órgão estatal digno de confiança pelos jurisdicionados para garantir a fruição de direitos e garantias fundamentais.

Mas não é pela avidez de se obter a Resolução equitativa de conflitos por meio de práticas ativistas que se garantirá o acesso à jurisdição. Este pode encobrir que a adjudicação de direitos ocorra apenas levando em conta o fetiche da efetividade na fruição de direitos e garantias fundamentais e da celeridade de tramitação dos procedimentos. Não há garantia do amplo acesso aos grupos hipossuficientes e de que a construção dos provimentos estatais seja realizada em consonância com os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Exatamente por isso, não é possível falar em garantia de acesso à jurisdição, sem que se garanta ao jurisdicionado o direito de resposta por parte do Estado. A garantia da efetividade na fruição de direitos e garantias fundamentais e da celeridade de tramitação dos procedimentos judiciais depende da implementação das referidas garantias constitucionais. Mas, se o judiciário está em crise exatamente em razão das quatro limitações acima apresentadas, entre outras, questiona-se se realmente tais garantias, apesar de constarem expressamente do texto constitucional, serão implementadas. São estas garantias que possibilitam o controle das decisões judiciais pelas partes, evitando-se que os julgadores incorram em discricionariedade no exercício da função jurisdicional. Esse quadro de crise se agrava ainda mais se os hipossuficientes se utilizam do *jus postulandi* dificuldade de contratar advogados públicos ou particulares, cuja atuação é indispensável para garantir a aplicação de tais princípios constitucionais.

Acrescente-se, ainda, uma quinta objeção: dificuldade de implementação de uma teoria democrática do processo jurisdicional, que visa operacionalizar o princípio do discurso, tal como exigido pela teoria habermasiana diante da predominância no cenário nacional da teoria instrumentalista do processo. Conforme já ressaltado acima, esta teoria inviabiliza que os próprios jurisdicionados exerçam o controle sobre as decisões judiciais, através da efetiva participação em contraditório, isonomia e ampla defesa durante todo *iter*

procedimental, na construção dos provimentos judiciais, na condição de coautores do discurso de aplicação. No plano teórico, essa nova proposta apresenta plenas condições de combater o ativismo judicial, porém há grande dificuldade de implementá-la de forma a garantir os pressupostos rígidos da teoria do discurso.

As quatro limitações apontadas, apesar de terem sido abordadas de forma sintética, são suficientes para demonstrar que o Judiciário apresenta graves falhas tal como ocorre com o Legislativo. Isso não significa uma apologia contra o Judiciário, na medida em que ele desempenha uma função primordial na jurisdição constitucional brasileira, a de guardião da Constituição. No entanto, a cada que vez que se recorre a práticas ativistas na tentativa de resolver todas lides apresentadas, visando especialmente syndicar as omissões legislativas relativas à fruição de direitos e garantias fundamentais, reduz-se acentuadamente “o campo de conformação política das esferas representativas pois retira do jogo democrático a desensificação das normas constitucionais.” (MARINS, 2009, p. 131).

Após a análise realista da capacidade institucional do Poder Judiciário e das consequências negativas da prática do ativismo judicial no cenário brasileiro, pode-se analisar, com mais clareza, a proposta apresentada por alguns juristas brasileiros de que o ativismo judicial, mesmo numa perspectiva formal, incentiva a promoção do diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo:

[...] o traço mais significativo na relação teorias dialógicas vs. ativismo parece residir não na possibilidade de reação, mas na explicitação dela. [...] a adoção de um modelo dialógico, que prescindia da supremacia do Judiciário evidencia a parcela de responsabilidade de cada poder na sua ação e inércia. Isto transforma o ativismo não numa prática nefasta de um poder revestido de supremacia, mas numa trilha institucional que, uma vez eleita pelo Judiciário, pura e simplesmente não recebeu o Legislativo a reação que lhe era explicitamente autorizado a formular. (SILVA *et al.*, 2010. p. 111).

Pela análise do trecho acima, constata-se a defesa do ativismo judicial para o Brasil. O pressuposto é que ele tem o papel de incentivar uma reação posterior do Legislativo, capaz de compreender tanto uma atitude passiva de silêncio quanto uma atitude de acatamento das decisões judiciais proferidas em sede de controle de constitucionalidade através da proposta de novos projetos de Lei ou emendas à Constituição. Segundo os referidos autores, esta proposta de diálogo, mesmo formal, aperfeiçoaria o sistema brasileiro de jurisdição constitucional, sobretudo diante do perfil ativista característico dos Tribunais Superiores, em especial o do

STF, que se caracteriza por adotar um modelo forte de controle de constitucionalidade para dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Ela contribuiria para que o Legislativo e o Judiciário interpretem em conjunto o texto constitucional, ensejando a formação de um desenho institucional marcado pela cooperação e pela interlocução entre tais poderes estatais. (SILVA, *et al.*, 2010, p. 137). Afirmam, ainda, que a teoria do diálogo fornece uma dupla contribuição para o combate ao ativismo excessivo, pelo seguinte motivo:

De um lado, desnudando que o Legislativo sempre poderá reagir à decisão judicial questionada – se ele não o faz é por sua própria escolha, e não por força de uma cláusula de barreira decorrente da supremacia no sentido mais tradicional-; de outro, há sempre um elemento mínimo de constrictão a um excesso de ativismo quando a corte tem por claro que sua deliberação pode ser revertida pelo Parlamento, como repúdio aos excessos de criação judicial. (SILVA, *et al.*, 2010, p. 136).

Entretanto, percebe-se que o ativismo judicial no Brasil se dá com fito de sindicatizar as omissões dos demais poderes estatais, “objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional.” (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 9). Diante da inércia característica da função legislativa, uma resposta silente em relação às decisões judiciais tomadas no exercício da função jurisdicional não permite aferir qual é o seu ponto de vista sobre determinada questão constitucional, principalmente sobre aquelas que apresentam um grau profundo de dissenso.

Num contexto de normalidade democrática, os poderes estatais - no exercício de sua função orgânico-estatal, que decorre da aplicação do princípio da separação de poderes - se desincumbem racionalmente e, na medida do possível, das funções que lhes foram atribuídas constitucionalmente. Há possibilidade de promoção de um diálogo institucional efetivo entre os poderes estatais. Em casos patológicos, como o brasileiro em que se observa a predominância da inércia legislativa e a prática do ativismo judicial como regra, essas instituições não tem condições de travar um diálogo efetivo. Assim, o endosso ao ativismo judicial, como mecanismo de promoção do diálogo institucional, é retórico. Os Tribunais não se vêem constrangidos por qualquer reação por parte do Legislativo no sentido de reverter as suas decisões. Além disso, o incentivo a práticas ativistas não contribui para o fortalecimento da atuação do Legislativo; ao contrário, neutraliza cada vez mais a possibilidade de sua efetiva reação.

Na verdade, a possibilidade de se promover um diálogo material<sup>69</sup> entre o Legislativo e o Judiciário, no Brasil, em razão da nítida atuação judicialista dos Tribunais, especialmente dos superiores, é mínima. Ao invés de incentivar a atuação do Legislativo, de modo que ele seja considerado um parceiro na interpretação do sentido do texto constitucional, os Tribunais suprem as suas omissões. Se o diálogo deve perpassar por “uma atuação permanente de provocações recíprocas a aprimorar o sentido e a efetividade da Constituição” (SILVA *et al.*, 2010, p. 106), a adoção de uma teoria dialógica no sentido formal, que se satisfaz com o silêncio ou com o acatamento das decisões judiciais pelo Legislativo, representa uma forma de ocultação da supremacia judicial para se decidir acerca dos significados dos direitos:

[...] a idéia de um diálogo parece inadequada quando os juízes têm a oportunidade de insistir com êxito em suas próprias decisões, a medida em que o Congresso insista em uma solução oposta. A idéia de diálogo, finalmente, vem exigir algo diferente do que costumamos encontrar na prática. Com efeito, a idéia de diálogo remete a um igualitarismo que aqui parece estar ausente. Em um diálogo normal os argumentos de uma das partes têm igual oportunidade de prevalecer enquanto ambas as partes apresentam bons argumentos. Na prática institucional que conhecemos, o diálogo aparece desequilibrado para o lado incorreto: na vida diária, não é o povo, mas o poder judiciário – o poder menos democrático do governo – que tem a mais alta autoridade constitucional. (GARGARELLA, 2009, p. 225).

Em tais hipóteses, o diálogo formal mais se assemelha a um monólogo em que o Judiciário expressa a sua opinião, o Legislativo, por sua vez, acata suas decisões<sup>70</sup>, sem qualquer ganho democrático para o constitucionalismo, conforme diagnostica HUSCROFT (2007):

Sou totalmente a favor de um diálogo entre a Corte Suprema e os outros ramos do governo no Canadá sobre o significado da Carta de direitos, no qual o Tribunal deve respeitar e ser influenciado pela interpretação do legislador da Carta. Mas este não é o tipo de diálogo que os teóricos têm em mente. Eles especificamente rejeitam a idéia de uma interpretação coordenada, pressagiando uma anarquia interpretativa, a tirania da maioria, e uma série de outras catástrofes, se o legislador está autorizado a discordar da interpretação judicial da Carta (...). O diálogo que eles têm em mente é aquele em que o tribunal é livre para interpretar a Carta como ele, mas com o legislador sendo obrigado a adotar a interpretação do Tribunal e agir dentro de parâmetros tais como ele [o Tribunal de Justiça] permite. Este não é um diálogo. É um constitucionalismo de cima para baixo, e é uma maneira pobre de

<sup>69</sup> No diálogo material “a questão central de direitos é enfrentada, com a externalização dos pontos de vista de cada estrutura de poder.” (SILVA *et al.*, 2010, p. 109).

<sup>70</sup> “O diálogo pode envolver uma dimensão formal – quando somente a potencialidade de oferta de uma reação institucional a pronuncia judicial.” (SILVA, *et al.*, p. 107-108).

promover uma democracia constitucional. (HUSCROFT<sup>71</sup>, 2007, p. 65, tradução livre).

Embora se deva reconhecer que o diálogo exige uma “relação entre iguais, passa-se, de forma acrítica, por cima das implicações desta exigência e incorpora-se uma interpretação judicial da Constituição numa nova lei, deixando-se de desafiar o monopólio da interpretação judicial da Corte.” (MANFREDI, KELLY<sup>72</sup>, 1999, p. 524, tradução livre). Dessa forma:

A alocação equivocada da responsabilidade constitucional de forma exclusiva para os Tribunais debilita a democracia, mesmo que as legislaturas possam absorver as normas constitucionais judicialmente criadas e as incorpore em novas Leis constitucionais. Um diálogo genuíno somente existe se as legislaturas são reconhecidas como intérpretes legítimos da Constituição e tenham meios eficazes para fazer valer as suas interpretações. (MANFREDI, KELLY<sup>73</sup>, 1999, p. 524, tradução livre).

Destaca-se, ainda, que quase todas as decisões tomadas, no Brasil, pelos Tribunais Superiores, especialmente o STF, são acatadas pelo Legislativo, que então propõe novos projetos de lei ou emendas constitucionais. Isso revela que não há a mínima possibilidade de reação contrária às decisões judiciais por parte do Legislativo, principalmente se forem restritivas de direito. Embora as teorias do diálogo institucional (formal e material) tentem flexibilizar o modelo forte do *judicial review*, ainda pressupõem que o Judiciário possui uma capacidade

---

<sup>71</sup>No original: “I am all in favour of a dialogue between the Supreme Court and the other branches of government in Canada about the meaning of the Charter, in which the Court would respect and be influenced by the legislature’s interpretation of the Charter. But this is not the sort of dialogue that dialogue theorists have in mind. They specifically reject the idea of coordinate interpretation, portending interpretive anarchy, tyranny of the majority, and a host of other disasters if the legislature is permitted to disagree with judicial interpretation of the Charter. The ‘dialogue’ they have in mind is one in which the Court is free to interpret the Charter as it will, with the legislature required to adopt the Court’s interpretation and act within such parameters as the Court allows. This is not a dialogue. It is top-down constitutionalism, and it is a poor way in which to run a constitutional democracy.” (HURSCROFT, 2007, p. 65. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1083685](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083685)>. Acesso em: 7. set.2010).

<sup>72</sup>No original: “[...] misplaced allocation of sole constitutional responsibility to the courts debilitates democracy, even if legislatures can absorb judicially created constitutional norms into new statutes. Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have an *effective* means to assert that interpretation.” (MANFREDI, KELLY, 1999, p. 524).

<sup>73</sup>No original: “[...] the misplaced allocation of sole constitutional responsibility to the courts” debilitates democracy, even if legislatures can absorb judicially created constitutional norms into new statutes. Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have an *effective* means to assert that interpretation.” (MANFREDI, KELLY, 1999, p. 524). Disponível em: <[http://www.ohlj.ca/archive/articles/37\\_3\\_manfredi\\_kelly.pdf](http://www.ohlj.ca/archive/articles/37_3_manfredi_kelly.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2010.

institucional bastante superior à do Legislativo para decidir sobre direitos e princípios<sup>74</sup>, desconsiderando as suas próprias limitações institucionais e até mesmo o seu menor grau de legitimidade democrática.

Além disso, a teoria do diálogo formal, ao deixar de exigir uma resposta efetiva por parte do Legislativo, comete um forte equívoco: a possibilidade de uma revisão judicial encobrir o desacordo existente na comunidade política acerca de questões fundamentais, que poderia ser resolvido de modo eficaz pelo prévio debate na esfera pública política. Na prática, a adoção de uma teoria dialógica formal no contexto brasileiro seria simplesmente retórica, pois aqui o ativismo judicial não pode ser equilibrado ou mesmo combatido com um ativismo legislativo.

O modelo ideal para o desenho institucional brasileiro seria a teoria dialógica material. Ela pressupõe que o Legislativo seja vislumbrado como um ator institucional capaz de levar os direitos a sério. Ou seja, dotado de uma capacidade racional para densificar os valores substantivos e fins sociais em nome dos cidadãos que representa. Isso lhe permitiria atuar como um verdadeiro parceiro do Judiciário na extração do melhor sentido e alcance do texto constitucional. Apenas assim estaria assegurada a possibilidade de cada poder trazer à tona as ineficiências recíprocas através de um diálogo permanente. Trata-se de visualizar de forma mais otimista a capacidade institucional do Poder Legislativo, sem descurar de suas deficiências. O mesmo se daria com o Poder Judiciário, ressaltando não apenas suas qualidades institucionais, mas também suas deficiências.

Porém, o que se constata, na realidade da jurisdição constitucional brasileira, é que ainda predomina um modelo de supremacia judicial, em razão do institucionalismo assimétrico (visão otimista de endeuamento da função judicante e uma visão cética de corrupção da função legislativa). Além disso, há uma leitura substantiva da Constituição, que reforça o ativismo judicial e confere

---

<sup>74</sup> Conforme pondera HUSCROFT (2007), “as teorias do diálogo institucional ainda estão vinculadas a uma forte prática do *judicial review*, que revela a supremacia da decisão judicial: sempre que a tarefa interpretativa ocorre no contexto de uma decisão judicial em causa, o Legislativo e o Executivo não podem deliberar sobre a interpretação da Carta que conflita com uma interpretação dada pelos tribunais. Por quê? Porque, em fazendo isso, eles estariam fazendo (ou deixando de fazer) algo que os tribunais disseram que injustificadamente violaria a Carta e, em nosso sistema de democracia constitucional, isto é inadmissível.” (HUSCROFT, 2007, p. 65, tradução livre).

ao STF a prerrogativa da última palavra em relação à definição do sentido e alcance do texto constitucional. Diante desse contexto e de todos os obstáculos aqui apontados, não há como ser implementada uma teoria dialógica capaz de viabilizar uma efetiva cooperação institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário.

Sugere-se, então, para o contexto da jurisdição constitucional brasileira, a adoção da teoria minimalista de Sunstein, que permitirá um diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário, com base num modelo decisional de autocontenção judicial, pautado pelos ideais da democracia deliberativa, que incentiva a formação de uma cidadania ativa e permite resgatar a dignidade do Legislativo. Assim, a teoria minimalista

[...] em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do Judiciário à resposta Legislativa, trilha o sentido oposto e preconiza que o julgador limite a sua intervenção, de forma a deixar mais espaço para o parlamento desenvolver a função que, na repartição constitucional de poder, lhe é própria. (SILVA *et al.*, 2010, p. 93).

Trata-se de uma teoria centrada no processo, que permite um controle fraco de constitucionalidade pelos Tribunais, apenas para garantir “o bom funcionamento do processo democrático, que tem por pressupostos a virtude cívica e a garantia de igualdade política aos seus participantes.” (SAMPAIO, 2009, p. xiv). Assim, questões complexas que ensejam fortes divergências de natureza política ou moral, que podem afetar os valores constitucionais substantivos expressos na Constituição, devem ser deixadas a cargo do parlamento. O uso construtivo do silêncio, através de uma atitude menos ambiciosa por parte dos Tribunais, tem a vantagem de deixar que os desacordos sejam solucionados pelo sistema político. Trata-se de enfatizar o principal objetivo da democracia deliberativa, o incentivo à atividade parlamentar pela formação de um diálogo racional entre cidadãos livres e iguais, sem conferir a qualquer instituição a última palavra na definição do sentido e do alcance do texto constitucional, especialmente diante de casos controversos. Assim, encoraja-se indefinidamente “o exercício de um diálogo institucional complexo entre os poderes estatais, a sociedade civil e os demais intérpretes autorizados do texto constitucional, institucionalizando-se um modelo de constitucionalismo cooperativo.” (VIEIRA, *et al.*, 2010, p. 85), a saber:

Esta ótica decorre da formulação de Cass Sunstein de que a interpretação da Constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o qual, em muitos casos, pode conduzir a uma postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas. Esse posicionamento, minimalista e menos ambicioso, não necessariamente implica uma afirmação em termos de estabelecer quem detém a última palavra, mas de propugnar a realização de um processo dialógico complexo, construído em universos deliberativos a partir dos vários influxos provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos representantes democraticamente eleitos. (VIEIRA, *et al.*, 2010, p. 85).

Se os juízes aderissem à prática da autocontenção judicial, haveria uma redução do institucionalismo assimétrico, permitindo-se uma análise mais realista do Judiciário e não estigmatizada do Legislativo, vislumbrando-se as qualidades e limitações de ambos os poderes. Embora a CRFB de 1988 tenha atribuído ao STF a prerrogativa de exercer a guarda da Constituição, autorizando-o a preencher o significado das cláusulas constitucionais abertas, ele não pode interpretar de forma exclusiva o texto constitucional em detrimento da contribuição dos demais poderes estatais, especialmente diante do pluralismo que caracteriza a sociedade brasileira. Nesse sentido, o ativismo judicial sempre representará uma redução da autonomia dos cidadãos, por intermédio da representação política, no processo de tomada de decisões sobre o significado dos direitos constitucionais. Desse modo, não se pode olvidar que, tal como os adeptos do realismo jurídico, os juízes ao interpretam a Constituição exprimem o seu posicionamento político-ideológico acerca da questão *sub judice* e, posteriormente, apresentam os fundamentos que justificam sua decisão, pois

[...] não são agentes imunes ao conflito ideológico e que podem garantir repostas certas na proteção de direitos. [...] A corte não está fora da política e não é o agente neutro que às vezes se supõe. Especialmente quando se trata de interpretar a Constituição as posições são controversas e a decisão judicial não soluciona o desacordo. Apenas adiciona uma solução possível, mas com um custo para a democracia: essa opinião vem enfeitada com adornos de uma linguagem técnica, que esconde a manifestação de vontade e a afirmação de agendas ideológicas. Essa visão açucarada das cortes cria uma conveniente imunidade de suas opiniões à contestação pública. (MENDES, 2009, p. 86-87).

É claro que predomina uma visão cética em relação à possibilidade de uma adesão em massa por parte dos juízes à teoria da autocontenção judicial, especialmente diante da necessidade de sindicar as omissões legislativas, preenchendo o significado das cláusulas constitucionais abertas. Todavia, já se constata que, em alguns casos concretos julgados pelos Tribunais Superiores



brasileiros, há uma adesão à referida teoria, ainda que ela se expresse por meio de posicionamentos minoritários<sup>75</sup> dos ministros em casos que envolvem decisões constitucionais complexas. Conforme destaca Appio (2008), até mesmo em relação aos direitos das minorias, os quais geralmente versam sobre questões complexas e afetam toda a sociedade, é recomendável que o Judiciário brasileiro adote uma postura minimalista:

[...] a partir da qual os juízes possam decidir um caso de cada vez, renunciando a uma ampla regulação judicial das grandes questões estruturais da comunidade. Os juízes estão estrategicamente preservando um poder político que lhes permite decidir (ou rediscutir) grandes questões acerca da moralidade pública no futuro. Mais que um Direito flexível, um Judiciário flexível, que sem prejuízo de preservar a coerência e a consistência de suas decisões, saiba identificar os limites históricos de sua jurisdição. [...] No caso brasileiro, sustentei que o STF deve resistir à tentação ativista de regular, de forma ampla e prospectiva, os direitos ao casamento gay e ao aborto. Se o ativismo se justifica e leva o Supremo Tribunal a aceitar decidir esses dois delicados temas que são a parte mais importante de sua missão, em nome da tutela das minorias, o minimalismo parece ser a solução mais correta na hora da decisão. (APPIO, 2008, p. 383-384).

<sup>75</sup> No julgamento da medida cautelar na ADIN n. 3.300/DF, da relatoria do Min. Celso de Mello, publicada no Diário do Judiciário em 09/02/2006, p.06, destaca-se o trecho do voto do mencionado relator: “[...] a ação foi rejeitada sob o fundamento de que o STF não poderia fiscalizar a constitucionalidade do Art. 226 da CRFB de 1988, pois não é possível admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição, [...] revisando as opções do poder constituinte originário, muito embora considere a união entre pessoas do mesmo sexo relevantíssima questão constitucional.” Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

A Resolução 22.256/DF do TSE, que se originou da Consulta 1.398/07, de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, publicada no Diário da Justiça em 08/05/2007, p. 143, destaca-se o posicionamento do Min. Marcelo Ribeiro, ao afirmar que: “[...] não há norma na Constituição, nem lei infraconstitucional que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. [...] Quanto à questão da perda de mandato por parte de parlamentar, registro que há precedente específico do STF, o Mandado de Segurança 20.927/89. [...] No citado precedente, o Min. Moreira Alves asseverou que “[...] apesar de a Carta Magna ter dar acentuado valor à representação partidária, não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda jurídica do mandato para reduzir a representação do partido no parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas da perda de mandato a que alude o artigo 55.” Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

Ainda no caso da fidelidade partidária, sobre o questionamento da inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 do TSE, destaca-se o posicionamento minimalista exarado do trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau no julgamento do MS n. 26.602/DF, publicado no Diário do Judiciário n. 162, publicado em 22/08/2007: “[...] Não me parece correta a afirmação de que esta Corte irá definir, neste julgamento, se os mandatos de que se cuida pertencem ao partido político ou ao deputado. Nem estaremos a tomar decisão a respeito do que cabe ou excede o conteúdo da fidelidade partidária. Aqui, hoje, definiremos somente se o impetrante há direito à declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS, que o deixaram, e à convocação dos suplentes para que tomem posse. Nada mais decidiremos, apenas isso, sem avançar qualquer passo no sentido de enunciar ou anunciar reforma eleitoral alguma, matéria de competência do Poder Constituinte derivado”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

Não só as questões que envolvem um amplo espectro de considerações morais, como é o caso de vários direitos das minorias, mas também aquelas que envolvem a formulação de intrincados juízos de ordem política, que ultrapassam a capacidade técnico-interpretativa dos juízes e lhes exige uma capacidade cognitiva multidisciplinar. Mesmo que ela esteja aliada a um bom método de hermenêutica constitucional, isso não garante que os juízes possam chegar a respostas corretas<sup>76</sup> sobre questões abrangentes e complexas.

Portanto, não cabe ao Judiciário oferecer respostas em caráter definitivo, em evidente prejuízo ao debate público e à promoção da democracia deliberativa, conforme ressaltado por Sunstein. Nesse sentido, a adoção de uma postura minimalista por parte dos juízes provocará um fortalecimento das instituições democráticas de formação da opinião e da vontade, sobretudo do Legislativo. Tal medida contribuirá para que ele seja visto como uma instituição também dotada de racionalidade e que goza, inclusive, de um maior grau de legitimidade do que o Judiciário para definir o conteúdo e o alcance das normas constitucionais. Desse modo, deve-se adotar o modelo de autocontenção judicial, para viabilizar a instituição de um modelo fraco de controle de constitucionalidade e permitir a deferência ao Legislativo, que tem capacidade institucional e legitimidade democrática para decidir sobre questões constitucionais complexas, objeto de desacordo em toda a sociedade. Em razão disso, não se pode olvidar o seguinte:

[...] num constitucionalismo que aspira ao equilíbrio entre direitos, democracia e jurisdição, a idéia de uma liberdade de conformação legislativa não pode deixar de ser uma técnica de autocontenção do Poder Judiciário em face da esfera legítima competência funcional do legislador. (MELLO, 2004, p. 246).

Por conseguinte, a adoção da teoria minimalista permite que se imponham limites à jurisdição constitucional, conciliando de modo mais adequado a tensão entre constitucionalismo e democracia.

---

<sup>76</sup> Conforme destaca Conrado Hubner Mendes: “Fosse a hermenêutica constitucional suficiente para garantir uma boa decisão judicial não teríamos a menor preocupação. Seria fácil verificar se o juiz respeitou ou não as prescrições abstratas da Constituição. Esse desejo, contudo, não é factível. Os métodos interpretativos mais sofisticados não comportam as opções valorativas que o juiz toma ininterruptamente. O campo é sutil. E merece enfrentamento pela teoria política. Tratá-lo pelo prisma exclusivo das técnicas de interpretação jurídica encobriria as outras perspectivas que devem estar contempladas numa abordagem competente do tema.” (MENDES, 2009, p. 13).