



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUSTAVO DA SILVA SANTOS FONTES

DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
CRÍTICAS E ALTERNATIVAS

SÃO CRISTÓVÃO

2026

GUSTAVO DA SILVA SANTOS FONTES

**DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CRÍTICAS E AL-
TERNATIVAS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Sergipe como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

SÃO CRISTÓVÃO

2026

GUSTAVO DA SILVA SANTOS FONTES

DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Sergipe como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto (Orientador)

Universidade Federal de Sergipe

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado (Coorientador)

Universidade Federal de Sergipe

Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira

Universidade Federal de Sergipe

Prof. Dr. Augusto César Leite de Resende

Universidade Tiradentes

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não é apenas um resultado pessoal. Ela só foi possível porque, ao longo do caminho, estive cercado por pessoas maravilhosas. Orgulha-me perceber que, da última vez que escrevi alguns agradecimentos, o fiz basicamente com as mesmas pessoas. Isso significa que elas são *realmente* importantes em minha vida. Fico muito feliz que continuem sendo.

Agradeço, primeiramente, a minha mãe, que é e sempre será minha maior inspiração. Ela é minha maior incentivadora, mesmo quando meus planos não coincidem exatamente com os dela. Talvez ela esconda isso; não sei. Mas eu a adoro por isso também. Sua força, coragem e afeto formaram quem eu sou. Muito obrigado por tudo!

Ao meu irmão, Rafael, parceirinho de vida. Provavelmente foi a pessoa que mais reclamos que eu estava passando o dia inteiro no computador. Espero que ele não tenha ficado chateado depois de eu tanto ter recusado jogar tênis de mesa com ele. Pela paciência – e por às vezes ter conseguido me convencer – também agradeço. Sua companhia sempre me faz muito feliz.

A Giovanna, que está comigo desde o início da faculdade. Depois de um dia inteiro lendo as provocações um filósofo neozelandês, nada é melhor do que estar ao seu lado, assistindo a um episódio das nossas séries favoritas. Sua companhia, cuidado e paciência tornaram este percurso muito mais leve e suportável. Obrigado por me acompanhar em cada etapa.

A Gustavo, amigo incansável, que leu versões e mais versões deste texto, sempre com muita atenção. A ele também devo a escuta de inúmeros áudios – às vezes seguidos e intermináveis – sobre os assuntos mais enfadonhos possíveis. Espero que me perdoe um dia. Com ele compartilho, além do nome, um entusiasmo por uma linguagem acadêmica mais simples e didática. Se este texto melhorou, em boa parte foi por causa dele; no que ainda ficou ruim ou obscuro, essa parte é minha.

Ao professor Ubirajara, meu orientador, agradeço por nunca ter colocado obstáculos às minhas pesquisas um tanto fora de rota, e por sempre ter demonstrado interesse em qualquer ideia que eu lhe trouxesse. Sua abertura foi essencial para que eu me sentisse à vontade. Além disso, suas correções foram sempre bem-vindas e importantes para o amadurecimento do texto.

Ao professor Carlos Augusto, meu coorientador, agradeço com uma admiração que vem de longa data. Sua influência teve início já no período da graduação, quando suas aulas despertaram em mim o entusiasmo pelo direito constitucional. Tê-lo como coorientador foi, portanto, especialmente gratificante. Agradeço pelo cuidado com cada linha do meu texto, a paciência em nossas conversas e o compromisso com o debate acadêmico. Suas observações fizeram

enorme diferença no resultado final. Espero que, mesmo que acabe por discordar completamente do que escrevi, o senhor tenha algum orgulho deste trabalho.

Aos professores Jadson e Augusto César, meu agradecimento por terem aceitado o convite para participar das bancas de qualificação e de defesa. Seus comentários e observações foram fundamentais para o amadurecimento do texto e ajudaram a aprimorar a pesquisa.

Aos amigos do mestrado, meu muito obrigado pelo incentivo constante, pelas boas conversas de corredor e pela troca de experiências. Compartilhar esse percurso com vocês tornou tudo mais leve – e possível.

Quero também registrar um agradecimento especial aos(as) servidores(as) das bibliotecas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Minhas pesquisas certamente não teriam sido as mesmas sem a paciência e a atenção com que sempre atenderam aos meus frequentes *e-mails*.

Registro, ainda, meu agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), cuja bolsa de estudos foi fundamental e possibilitou os dois anos de dedicação integral a esta pesquisa.

“[L]a strada non ha fine. Più noi sappiamo, più sappiamo di non sapere. Qualsiasi scienziato ti dirà che più sa e più scopre di non sapere. Credevano di sapere di più gli antichi, che non sapevano niente al confronto di quello che sappiamo noi. Abbiamo allargato enormemente lo spazio della nostra conoscenza, ma più lo allarghiamo più ci rendiamo conto che questo spazio è grande.”

- Norberto Bobbio

“The truth may be puzzling. It may take some work to grapple with. It may be counterintuitive. It may contradict deeply held prejudices. It may not be consonant with what we desperately want to be true. But our preferences do not determine what's true.”

- Carl Sagan

RESUMO

Esta dissertação investiga o fatigado tema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Parte da tensão entre dois fundamentos do constitucionalismo contemporâneo: a autoridade das maiorias democráticas e o poder contramajoritário de juízes não eleitos. Divide-se a dissertação em duas partes. A primeira é descritiva: em vez de tratar a revisão judicial como um pressuposto necessário, o trabalho propõe examiná-la como uma escolha institucional que requer justificativas e está sujeita a alternativas legítimas. As críticas de Jeremy Waldron orientam a análise dos riscos de se concentrar decisões políticas e morais em uma minoria judicial afastada da deliberação pública. Com esse pano de fundo, o trabalho examina propostas que procuram equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com o princípio democrático. Analisa-se, como alternativa, a teoria “responsiva” de Rosalind Dixon, que propõe calibrar o papel das cortes conforme sua capacidade real de realização democrática. A segunda parte da dissertação é propositiva: discute como essas reflexões podem ser adaptadas ao contexto brasileiro, considerando as especificidades institucionais e os desafios do nosso sistema constitucional. Defende-se, por fim, que a jurisdição constitucional deve ser pensada como instrumento de fortalecimento da democracia, e não como substituto da deliberação majoritária.

PALAVRAS-CHAVE: legitimidade democrática; dificuldade contramajoritária; desacordos morais; diálogos constitucionais; responsividade política.

ABSTRACT

This dissertation explores the long-debated question of the democratic legitimacy of judicial review. It begins by addressing the tension between two foundational principles of contemporary constitutionalism: the authority of democratic majorities and the counter-majoritarian power exercised by unelected judges. The dissertation is divided into two parts. The first is descriptive: rather than treating judicial review as a necessary premise, the work proposes to examine it as an institutional choice that requires justification and is subject to legitimate alternatives. Jeremy Waldron's critiques guide the analysis of the risks involved in concentrating moral decisions in a hermetic minority, removed from public deliberation. Against this backdrop, the study examines proposals that seek to balance the protection of fundamental rights with the democratic principle. It analyzes Rosalind Dixon's "responsive" theory as an alternative, which suggests calibrating the role of courts according to their actual capacity to promote democratic outcomes. The second part of the dissertation is propositive: it discusses how these reflections can be adapted to the Brazilian context, taking into account institutional specificities and the challenges of our constitutional system. Ultimately, it argues that constitutional jurisdiction should be conceived as a tool to bolster democracy, not as a substitute for majoritarian deliberation.

KEYWORDS: democratic legitimacy; countermajoritarian difficulty; moral disagreements; constitutional dialogues; political responsiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O NASCIMENTO DE UMA OBSESSÃO ACADÊMICA.....	22
2.1 O PROBLEMA CONTRAMAJORITÁRIO.....	29
2.2 O PROBLEMA INTERPRETATIVO.....	42
2.3 O PROBLEMA DA SUPREMACIA JUDICIAL.....	71
3 AS CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON.....	84
3.1 O VALOR DO DESACORDO.....	87
3.1.1 As circunstâncias da política e a importância do procedimento.....	93
3.1.2 A irrelevância da objetividade moral.....	101
3.1.3 Maiorias judiciais e o problema da contagem de cabeças.....	111
3.2 QUEM VAI DECIDIR O FUTURO DE ULISSES?.....	121
3.2.1 O argumento dos pré-compromissos constitucionais.....	122
3.2.2 A teoria da autoridade democrática.....	128
3.3 POR UMA DIGNIDADE LEGISLATIVA.....	133
3.3.1 O direito dos direitos: participação e representatividade.....	136
3.3.2 Transparência na criação do direito.....	145
3.3.3 Recuperando a dignidade das decisões majoritárias.....	157
3.4 A CRISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	169
4 AS ALTERNATIVAS DE ROSALIND DIXON.....	179
4.1 O LEGADO E O FANTASMA DE JOHN HART ELY.....	185
4.2 DÉFICITS DEMOCRÁTICOS.....	196
4.2.1 Controle autoritário do sistema político.....	197
4.2.2 Pontos cegos institucionais.....	204
4.2.3 Ônus da inércia.....	211
4.3 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS.....	217
4.3.1 Os controles judiciais de tipo “forte” e “fraco”.....	217
4.3.2 Direitos fortes, remédios fracos.....	232
4.3.3 Autoria, tom e respeito.....	240
5 TRANSPOSIÇÕES PARA O BRASIL.....	244
5.1 UM PASSO (MUITO) ATRÁS: ESSE DEBATE É REALMENTE ÚTIL?.....	245
5.1.1 Os ensinamentos e os impasses do Ministro Jeremy Waldron.....	252
5.1.2 As promessas de um controle renovado.....	265

5.2 ALGUMAS PROPOSTAS DEMOCRATIZANTES.....	273
5.2.1 Levando a presunção de constitucionalidade a sério.....	274
5.2.2 Supermaiorias judiciais.....	281
5.2.3 O controle semiprocedimental de constitucionalidade.....	286
5.2.4 Um velho conhecido: o caso do mandado de injunção.....	296
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	307
REFERÊNCIAS.....	317

1 INTRODUÇÃO

“A alegação do filósofo [...] é que ele conhece ‘o modelo traçado nos céus’. Ele sabe o que deveria ser feito. No entanto, não pode fazê-lo por conta própria, e por isso precisa encontrar um instrumento político. [...] Mas claramente o povo apresenta as maiores dificuldades. Se não é um monstro de muitas cabeças, ainda é um corpo de muitas cabeças, difícil de educar e propenso a discordar entre si. Tampouco o instrumento filosófico pode ser uma maioria entre o povo, pois maiorias em qualquer democracia genuína são temporárias, instáveis, voláteis. A verdade é uma só, mas o povo tem muitas opiniões; a verdade é eterna, mas o povo muda constantemente de ideia. Eis, em sua forma mais simples, a tensão entre filosofia e democracia.”

- Michael Walzer¹

Os dois fundamentos do pensamento político moderno são o constitucionalismo e a democracia. Historicamente, ambos surgem como respostas a tentativas de dominação política. As experiências autoritárias do século XX evidenciaram que um depende do outro: a democracia dificilmente se sustenta sem uma constituição que a proteja, e uma constituição que não se baseia em decisões democráticas tomadas regularmente não tem nenhuma legitimidade.

Paradoxalmente, entretanto, democracia e constitucionalismo parecem viver em tensão. Costumam ser classificados como antípodas teóricos: as constituições resguardam valores e direitos das oscilações sociais, ao passo que a democracia favorece as decisões populares e tenta, na medida do possível, fazer valer a ideia de que todo poder emana do povo. Enquanto um defende estabilidade e limites, o outro promove mudança e participação.

Segundo o filósofo Michael Walzer, esse paradoxo é melhor interpretado como uma tensão entre democracia e filosofia². O constitucionalismo, tal qual o conhecemos, é um herdeiro das revoluções liberais e iluministas do século XVIII. Como projeto *filosófico*, nasceu com pretensões ambiciosas: assegurar liberdade, igualdade e propriedade – direitos de matriz liberal, conhecidos como de primeira dimensão. Com o tempo, outras matrizes foram sendo incorporadas ao projeto constitucional. Nasceram os direitos sociais, associados à segunda dimensão, e os direitos vinculados à ideia de fraternidade, classificados como de terceira dimensão ou posteriores. Esses valores não nasceram do acaso: foram concebidos como construções

¹ Tradução livre. No original: “The claim of the philosopher [...] is that he knows ‘the pattern set up in the heavens.’ He knows what ought to be done. He cannot just do it himself, however, and so he must look for a political instrument. [...] But clearly, the people raise the greatest difficulties. If they are not a many-headed monster, they are at least many-headed, difficult to educate and likely to disagree among themselves. Nor can the philosophical instrument be a majority among the people, for majorities in any genuine democracy are temporary, shifting, unstable. Truth is one, but the people have many opinions; truth is eternal, but the people continually change their minds. Here in its simplest form is the tension between philosophy and democracy”. WALZER, Michael. *Philosophy and Democracy. Political Theory*, v. 9, n. 3, ago. 1981, p. 383.

² *Ibidem*, p. 382-385.

filosóficas elaboradas por pensadores que buscavam reorganizar a ordem social a partir de princípios considerados mais racionais e duradouros.

O problema identificado por Walzer é que o atrito talvez nasça dessa origem³. Um sistema filosófico busca coerência interna e respostas definitivas. A filosofia, por natureza, orienta-se pela *verdade*. A democracia, em contraste, não persegue esse objetivo; funciona em meio a contradições e escolhas imperfeitas. Enquanto a filosofia lida com cenários idealizados, depurados das contingências humanas, a democracia é obrigada a lidar com o mundo tal como ele se apresenta. O discurso democrático nasce do confronto entre opiniões divergentes no interior de uma comunidade concreta. O discurso filosófico, ao contrário, exige distanciamento. O filósofo se coloca fora das lealdades e vínculos que estruturam a vida comum. Retira-se, de modo especulativo, para pensar *desde fora*, sem se integrar à multidão. As conclusões que produz não resultam de uma decisão partilhada entre interlocutores iguais, com todos os seus problemas conhecidos, mas da elaboração solitária de princípios concebidos em abstrato. Por isso diferem das conclusões políticas, que são frutos de conflitos sociais e acomodações negociadas. O filósofo projeta mundos possíveis; a democracia, inevitavelmente, enfrenta os ruídos do mundo real.

Como é evidente, a filosofia, enquanto corpo de ideias, tem dificuldade para ingressar no mundo da política, sobretudo nos espaços ocupados pelo Executivo e pelo Legislativo. O ambiente impõe obstáculos ao seu enraizamento. Decisões políticas são tomadas sob pressão, em meio a disputas partidárias e cálculos eleitorais. A linguagem que prevalece nesses contextos é estratégica, muitas vezes ambígua, e orientada mais pela viabilidade do que pela coerência argumentativa.

A história recente, no entanto, revela outra via de acesso, que se mostrou mais promissora e tem ganhado espaço no Brasil e em outros países. Foram os tribunais que ofereceram abrigo à filosofia e ao seu herdeiro político: o constitucionalismo. Nos sistemas constitucionais, cortes oferecem um ambiente mais estável e “filosoficamente orientado”, em que argumentos consistentes circulam com maior liberdade. Juízes não estão sujeitos às pressões do eleitorado, nem precisam decidir em tempo real diante de crises políticas. Suas decisões seguem outro ritmo e se apoiam em textos que evocam valores como dignidade, justiça, liberdade e igualdade – valores que compõem, em grande medida, o terreno familiar da filosofia. Essa abertura favorece a incorporação de categorias morais e filosóficas nas decisões constitucionais. O próprio modelo de deliberação judicial, mais controlado e formal, tende a acolher ideias vistas como

³ *Ibidem*, p. 387-390.

mais “sólidas”. Nesse espaço, muitos identificam a chance de aplicar princípios que, por sua complexidade ou por sua impopularidade, dificilmente teriam lugar no processo legislativo.

Esse pano de fundo ajuda a compreender por que os tribunais vêm ganhando centralidade política em tantos países. Por oferecerem, em tese, um ambiente mais receptivo à linguagem filosófica dos direitos, transformaram-se em espaços privilegiados para a tradução de compromissos constitucionais, sobretudo aqueles que encontram maior resistência na arena legislativa. Essa dinâmica se expressa, de modo predominante, no exercício do controle de constitucionalidade, mecanismo que autoriza os tribunais a revisar, limitar ou anular decisões tomadas por representantes eleitos. A relevância do fenômeno se amplia pelo fato de ocorrer em contextos políticos bastante distintos, atravessando diferentes tradições constitucionais.

Um dado quantitativo ilustra a magnitude dessa transformação. Segundo levantamento realizado por Ginsburg e Versteeg, em 1951, apenas cerca de 38% dos países do mundo contavam com algum mecanismo de controle judicial de constitucionalidade⁴. Esse percentual já indicava uma tendência de valorização da jurisdição constitucional. No entanto, foi especialmente a partir do final do século XX que o modelo se difundiu de forma acelerada: em 2011, segundo os autores, o número saltou para 83%⁵. Ou seja, mais de quatro quintos das constituições vigentes no mundo passaram a prever formas de revisão judicial das leis, consolidando os tribunais como atores centrais – e muitas vezes decisivos – nas democracias contemporâneas.

É claro que há diferenças relevantes entre os contextos. No Brasil, por exemplo, a transição democrática ocorreu sob os marcos de uma constituição extensa e detalhada, enquanto em outros países ela se deu por meio de reformas constitucionais mais pontuais ou negociadas. Mas, apesar das variações, o que se observa é uma tendência comum: o fortalecimento dos tribunais como mediadores de conflitos políticos, morais e sociais. Esse fortalecimento traz consigo um problema recorrente: a dificuldade de justificar, em termos democráticos, por que decisões aprovadas por representantes eleitos podem ser revistas por um pequeno grupo de magistrados.

A tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia não deve ser reduzida a uma curiosidade acadêmica ou a um detalhe institucional. Ela toca o núcleo do ideal de autogoverno. Quando juízes invalidam leis promulgadas por representantes eleitos, não estão apenas resolvendo um conflito entre textos normativos. Estão, na verdade, disputando o próprio fun-

⁴ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, n. 3, ago. 2014, p. 587.

⁵ *Ibidem*.

damento da autoridade política: de um lado, a deliberação majoritária expressa pela via representativa; de outro, a interpretação “especializada” – muitas vezes impregnada de considerações filosóficas – exercida por magistrados investidos de uma prerrogativa contramajoritária e definitiva.

Além disso, é fundamental destacar que o controle judicial de constitucionalidade não é neutro, nem opera em um vazio político. Ele redistribui poder, redefine os termos do debate público e converte certos argumentos em verdades jurídicas imunes à revisão legislativa. Questões que antes eram objeto de disputa democrática são encerradas por decisões judiciais blindadas pela linguagem dos direitos. Levar a sério a objeção democrática exige reconhecer que a legitimidade de um sistema constitucional não pode se sustentar apenas na qualidade substantiva das decisões judiciais; importa também o modo como essas decisões são produzidas. A autoridade das cortes, ainda que bem-intencionada, precisa se justificar diante da promessa adiada da igualdade política. No fundo, trata-se de uma pergunta fundamental: quem tem o direito de decidir os rumos de uma comunidade?

Portanto, esta dissertação parte de dois problemas de pesquisa intimamente relacionados. O primeiro *(i)* diz respeito ao fatigado tema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, isto é, da dificuldade de justificar por que um grupo restrito de magistrados, sem legitimidade popular, pode reescrever ou invalidar normas produzidas por representantes democraticamente eleitos. Trata-se da tensão entre autoridade judicial e deliberação majoritária exposta acima, com todos os seus contornos filosóficos, que coloca em xeque a promessa do autogoverno em regimes constitucionais. O segundo problema *(ii)* decorre desse diagnóstico e propõe uma reavaliação das formas institucionais por meio das quais se protegem os compromissos constitucionais. Seu objetivo é investigar se existem modelos alternativos ao modelo dominante que preservem a força normativa da constituição sem deslegitimar as decisões tomadas por maiorias populares, nem esvaziar o valor da igualdade política que sustenta o ideal democrático.

Com base nesses dois problemas, o objetivo geral da dissertação é analisar criticamente o modelo de controle judicial de constitucionalidade predominante nas democracias contemporâneas, com atenção especial à sua compatibilidade com os princípios da legitimidade democrática. Para isso, propõem-se três objetivos específicos: *(i)* reconstruir os principais argumentos que questionam a centralidade do Judiciário na interpretação constitucional; *(ii)* examinar propostas alternativas que preservem a força vinculante dos direitos constitucionais sem comprometer a autoridade das maiorias democráticas; e *(iii)* avaliar a aplicabilidade e as limitações dessas propostas ao modelo brasileiro.

Para estruturar a dissertação entre “críticas” e “alternativas”, optou-se por selecionar autores de cada lado. Essa estratégia tem o propósito de se esquivar do recurso a “escolas de pensamento” ou a “teses compartilhadas”, e evita o erro de atribuir a um grupo heterogêneo de autores uma única tese que, no fundo, ninguém realmente sustenta. Como adverte Raz, ainda que em outro contexto, a ideia de que haveria posições coletivas, passíveis de serem atribuídas a grupos de autores, tende a produzir certas caricaturas teóricas. Esse método leva a que “se construa um alvo a partir da seleção de características de uma variedade de autores, de modo que o quadro resultante não corresponda, de fato, à visão de ninguém, e todos os citados como aderindo a ela discordariam dessa visão”⁶.

A escolha de autores é um recurso que evita esse problema. Permite apresentar argumentos a partir de construções específicas, em vez de recorrer a generalizações que distorcem o debate; assegura maior clareza conceitual e reduz o risco de interpretações forçadas.

Por outro lado, há um custo alto. Cada autor traz tensões internas, evoluções ao longo da obra e singularidades que não podem ser esgotadas em uma dissertação. Escolher implica delimitar: não se pretende oferecer um panorama exaustivo de toda a produção relevante sobre o tema, nem esgotar as múltiplas variações que atravessam o debate contemporâneo. O objetivo é mais modesto: reconstruir, a partir de dois pensadores representativos, uma linha argumentativa sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Esse procedimento organiza um campo vasto e ainda em curso, marcado por matizes e controvérsias. A proposta busca as inevitáveis renúncias e oferecer uma linha de argumentação transparente o suficiente para que o leitor saiba onde pisa, sem fingir que o terreno é plano.

Pela razão exposta, esta dissertação se apoia nos trabalhos de Jeremy Waldron e Rosalind Dixon. É evidente, as escolhas não são aleatórias. Waldron é, provavelmente, o crítico mais articulado e influente do modelo forte de revisão judicial. Sua defesa da autoridade legislativa em contextos de desacordo moral é um ponto de partida para questionar a suposição, ainda muito difundida, de que os tribunais seriam os intérpretes mais legítimos ou mais confiáveis dos direitos constitucionais. Já Dixon retoma um antigo esforço de proteção da própria democracia, por meio de uma teoria *responsiva* da jurisdição constitucional, sensível a déficits democráticos e disposta a calibrar o papel dos tribunais com base em sua efetiva capacidade de ouvir e respeitar a deliberação democrática. Em vez de escolher entre cortes todo-poderosas ou

⁶ Tradução livre. No original: “[...] one constructs one’s target by selecting features from a variety of authors so that the combined picture is in fact no one’s view, and all those cited as adhering to it would disagree with it”. RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 373.

democracias soberanas, sugere um meio-termo: um sistema que preserva a função dos tribunais, mas reequilibra seu peso com mecanismos de resposta legislativa. Em comum, ambos os autores rejeitam soluções fáceis e oferecem abordagens úteis para repensar o papel dos tribunais. Juntos, ajudam a deslocar o debate da zona de conforto das fórmulas tradicionais e enfrentar, com alguma coragem, escolhas políticas difíceis que a democracia exige.

A estrutura da dissertação foi organizada em cinco capítulos, que acompanham o percurso entre as críticas ao modelo dominante de revisão judicial e a análise de alternativas que buscam conciliar constitucionalismo e democracia. O capítulo 2 estabelece o pano de fundo teórico da pesquisa, identificando três problemas interligados que moldaram o protagonismo do Judiciário nos regimes constitucionais. Primeiramente, reconstitui-se o problema contramajoritário a partir de sua formulação canônica, oriunda do debate norte-americano. Em seguida, explora-se o problema interpretativo, evidenciando a persistente indeterminação do texto constitucional e os problemas filosóficos – sobretudo metaéticos – que ele suscita. Por fim, discute-se o problema da supremacia judicial, isto é, a consolidação de um modelo em que o Judiciário atua como intérprete definitivo da constituição, com prerrogativas superiores às dos demais poderes.

O capítulo 3 é dedicado às críticas de Jeremy Waldron. Ao longo do texto, a objeção democrática ao controle judicial é reconstruída com base em quatro eixos: (i) o reconhecimento do desacordo moral como traço constitutivo de sociedades pluralistas; (ii) a defesa de uma concepção procedimental de legitimidade, em contraste com abordagens centradas nos resultados; (iii) a crítica à autoridade epistêmica atribuída às cortes em temas morais; e (iv) a reabilitação da dignidade das majorias legislativas, com ênfase na transparência, representatividade e responsabilidade política do processo legislativo.

O capítulo 4 apresenta o modelo reponsivo desenvolvido por Rosalind Dixon, em resposta às críticas dos capítulos anteriores. O texto reconstrói a proposta de Dixon de remédios calibrados, combinada com mecanismos legislativos de resposta e controle, e detalha os elementos centrais da teoria responsiva, que propõe ajustar a atuação judicial conforme os déficits democráticos e a capacidade das cortes de incentivar a inclusão deliberativa.

Por fim, o capítulo 5 examina como o debate pode contribuir para aprimorar a experiência constitucional brasileira. A análise se organiza em duas frentes. A primeira sugere que, mesmo nos marcos de um modelo forte, é possível qualificar a prática constitucional com base nas lições extraídas das críticas discutidas, moldando remédios, justificativas e concepções mais sensíveis aos dilemas democráticos envolvidos no controle de constitucionalidade. A segunda

identifica propostas voltadas à democratização da jurisdição constitucional, por meio da valorização da presunção de constitucionalidade, da adoção de técnicas decisórias mais deliberativas e da reconstrução de institutos já existentes.

O pressuposto teórico que orienta esta dissertação é que o controle judicial de constitucionalidade, tal como praticado sob o modelo forte, não representa uma exigência inevitável do constitucionalismo contemporâneo. Em democracias estáveis, marcadas por pluralismo moral e representação política, há boas razões para reavaliar a centralidade atribuída aos tribunais na proteção dos direitos fundamentais. Embora o papel das cortes não deva ser descartado, é possível que sua atuação seja redesenhada de forma mais compatível com os princípios da igualdade política e da responsabilidade democrática.

A hipótese de pesquisa é que existem alternativas viáveis ao modelo forte – como a revisão judicial fraca ou responsiva – que permitem preservar a força normativa da constituição sem transformar a autoridade judicial em instância final e exclusiva de decisões fundamentais. O interesse recai menos sobre a configuração dos modelos alternativos e mais sobre os princípios que os orientam. Trata-se, portanto, de repensar o controle de constitucionalidade brasileiro como uma escolha passível de crítica e reconstrução.

Para construir o trabalho, algumas opções metodológicas foram feitas. Os autores escolhidos escrevem a partir de sistemas jurídicos muito distintos do brasileiro. Isso significa que os modelos constitucionais e os casos discutidos podem soar, à primeira vista, muito distantes do nosso repertório. Por isso, qualquer comparação entre diferentes formas de controle de constitucionalidade exige uma advertência inicial.

Discutir sobre o *judicial review* implica lidar, desde o início, com a variedade de formas que esse controle pode assumir. O modelo difuso, típico da tradição norte-americana, permite que qualquer juiz ou tribunal afaste a aplicação de uma norma considerada inconstitucional. O modelo concentrado, predominante na Europa continental, reserva essa competência a uma corte constitucional. Há ainda a distinção entre o controle abstrato, em que se avalia a validade de uma norma em tese, e o controle concreto, que ocorre no âmbito de um caso concreto. O Brasil adotou uma arquitetura híbrida, combinando mecanismos de controle concreto e abstrato, o que torna seu sistema particularmente difícil de encaixar na tipologia comum. Não há dúvida de que essa diversidade influencia o modo como a objeção democrática é formulada e enfrentada em diferentes contextos nacionais.

Mas, apesar das diferenças, um ponto permanece comum. Em qualquer sistema que atribua algum poder ao Judiciário para revisar as leis, subsiste a mesma questão de fundo: por que

juízes não eleitos podem invalidar escolhas feitas por representantes democraticamente escolhidos? É esse traço comum que justifica o tratamento unificado dos termos ao longo do trabalho. Essa constatação permite tratar o tema sem desrespeitar as diferenças institucionais entre os modelos analisados. A análise adota uma leitura que privilegia os dilemas *políticos* envolvidos na revisão judicial. O foco recai sobre a estrutura do problema, e não sobre os detalhes de cada sistema. É por esse motivo que expressões como “controle de constitucionalidade”, “*judicial review*”, “*constitutional review*” e “revisão judicial” serão empregadas de forma intercambiável. O objetivo não é ignorar as diferenças processuais entre os sistemas, mas concentrar a análise na tensão entre legitimidade democrática e revisão judicial. As especificidades de cada modelo, embora relevantes, estão fora do escopo desta dissertação.

Por outro lado, também é importante ressaltar que o uso de casos concretos, especialmente quando extraídos do direito comparado, exige cuidado redobrado a fim de evitar o *cherry-picking*. Essa prática consiste na escolha intencional de exemplos que sustentam uma tese, enquanto se ignora tudo aquilo que a contradiga. Nos casos judiciais, esse tipo de seleção pode dar a falsa impressão de que uma decisão ilustra um padrão estável, quando, na verdade, ela pode ser só um ponto fora da curva, ou um recorte conveniente. Para evitar esse risco, o importante é deixar claro que os casos citados cumprem um papel meramente *ilustrativo*. Não servem como prova empírica, nem sustentam diagnósticos mais amplos sobre sistemas inteiros. Em geral, foram escolhidos por figurarem em *casebooks* reconhecidos e por ajudarem a ancorar o debate no terreno comum da literatura escolhida. Assume-se, desde o início, que toda comparação tem limites, e que nenhum exemplo isolado pode oferecer mais do que lhe cabe.

Esse alerta também serve para esclarecer mais um tipo de recorte metodológico. Discutir sistemas constitucionais estrangeiros e seus casos dá a impressão de um exercício comparativo abrangente, quase universal. Mas, na prática, essa comparação gira em torno de um eixo bem delimitado: Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido, Espanha, Portugal e Itália ocupam o centro da discussão. Com menor frequência, aparecem ainda Colômbia, México, Argentina, Canadá ou Austrália. Basta ver de onde falam os autores escolhidos para análise mais minuciosa nesta dissertação. Mas há uma série de países que seguem fora do radar, mesmo quando suas experiências constitucionais oferecem inovações interessantes ou enfrentam dilemas similares aos dos chamados “países centrais”. Poucos trabalhos exploram seriamente o constitucionalismo da Nigéria, do Egito, da Argélia, da Tanzânia, do Paquistão ou de Bangladesh, para ficarmos nos países que têm populações numericamente expressivas. Esses contextos quase nunca integram a literatura de referência, como se o constitucionalismo e seus dilemas estivessem restrito a poucas capitais do mundo.

Essa ausência não decorre apenas de inércia; reflete um padrão na produção e circulação global do conhecimento acadêmico. Infelizmente, a literatura de referência continua centrada em publicações de língua inglesa produzidas em poucas universidades do hemisfério norte. Isso reduz o alcance da análise comparativa e reforça uma ideia implícita, bastante problemática, de que certos contextos seriam naturalmente mais relevantes. Esta dissertação, portanto, reconhece essa limitação e opera dentro do repertório disponível, concentrado nos debates desenvolvidos nos Estados Unidos e em parte da Europa ocidental. Incorporar experiências fora desse eixo exigiria uma mudança no desenho da pesquisa, com outro objeto, outra bibliografia e outro conjunto de decisões. É uma renúncia metodológica, feita com consciência de seus custos.

Outro detalhe que deve ser mencionado é que a produção acadêmica sobre a jurisdição constitucional brasileira é gigantesca. Nos últimos anos, tem-se assistido a uma proliferação de excelentes estudos sobre o funcionamento dos tribunais, o impacto de suas decisões e as controvérsias que elas suscitam. Isso indica uma renovação promissora da pesquisa jurídica, especialmente com o crescimento de abordagens empíricas e teóricas mais sérias. Ainda assim, conforme já repetido, o mérito de um trabalho acadêmico não está só no tema que ele aborda, mas na clareza com que define seus limites. É necessário definir um recorte para que a análise mantenha seu foco, mesmo que temas próximos ao núcleo da discussão fiquem fora do escopo. É por isso que, antes de avançar, este trecho esclarece quais assuntos, embora relacionados à jurisdição constitucional, *não* serão tratados. O objetivo é concentrar a análise em um problema específico, deixando de lado questões igualmente relevantes, mas que, por sua complexidade, demandariam um desenvolvimento próprio.

Em primeiro lugar, esta dissertação trata da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade sobre atos *legislativos*. Esse é um ponto que precisa ficar bastante claro. O trabalho não se ocupa da revisão judicial de atos administrativos, cuja natureza é diferente. Embora o controle da administração pública também envolva a preservação de princípios democráticos, ele se justifica melhor por outras razões, como a necessidade de conter abusos de autoridade, garantir o devido processo legal ou assegurar decisões tecnicamente fundamentadas, em razão da complexidade e da expertise envolvidas. O problema que se coloca em relação ao controle judicial de atos legislativos é distinto. Ele se refere à tensão entre o princípio democrático – segundo o qual as leis são expressão da vontade popular, mediada por representantes eleitos – e a possibilidade de um órgão contramajoritário invalidar essas leis com base em argumentos constitucionais.

Esta distinção não é somente um esclarecimento metodológico; também é um alerta contra possíveis rejeições precipitadas ao tema. Muitas vezes, críticas ao controle judicial são

lidas como defesa do populismo eleitoral ou como elogio disfarçado à tirania das maiorias. Essa leitura, no entanto, é equivocada. Numa visão histórica abrangente, necessariamente simplificada, é possível afirmar que, ao contrário do que parece crer a literatura constitucional, o grande desafio político do século XX não foi conter o Legislativo, mas o Executivo. As experiências autoritárias mais marcantes do período, no Brasil e fora dele, nasceram de lideranças centralizadoras, que minaram a separação de poderes, sufocaram o debate público e desmontaram as garantias liberais. Quase sempre, chegaram ao poder pela força, não pelo voto. E, uma vez instalados, os parlamentos costumavam ser os primeiros alvos, justamente porque poderiam impor limites aos excessos autoritários. Nesse sentido, o fortalecimento de mecanismos de controle sobre o Executivo, tanto por parte do Judiciário quanto do Legislativo, consolidou-se como um dos elementos mais importantes da arquitetura constitucional, talvez o mais fundamental de todos. Este trabalho, portanto, não questiona essa conquista.

Outros exemplos ajudam a ilustrar demais limites do recorte escolhido. Como se sabe, no Brasil, há uma crítica frequente ao acúmulo de competências no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da jurisdição constitucional nacional. O tribunal atua como instância penal para autoridades com foro por prerrogativa de função, exerce atribuições administrativas por meio do Conselho Nacional de Justiça e participa ativamente da jurisdição eleitoral por meio da composição do Tribunal Superior Eleitoral. Essas múltiplas frentes levantam discussões sobre concentração de poder, sobreposição de funções e impacto sobre a imparcialidade do controle de constitucionalidade. Em meio a contextos sensíveis, como disputas eleitorais ou ações penais contra autoridades nacionais, a legitimidade da atuação judicial por vezes se vê questionada pela percepção de que o tribunal não ocupa um lugar equidistante das partes. Isso enfraquece a confiança pública e reforça o argumento de que a revisão judicial, quando exercida por um órgão entrelaçado a outras esferas do poder, corre o risco de se tornar uma forma enviesada de exercício político, e não um verdadeiro mecanismo de proteção constitucional. A discussão é importante e merece atenção, mas envolve um diagnóstico de fôlego sobre o desenho do sistema brasileiro. Essa não é a tarefa deste trabalho.

Ainda sobre a dinâmica do Supremo, outro tema correlato que não será desenvolvido se refere ao protagonismo individual dos ministros. A literatura tem chamado atenção para a concessão monocrática de liminares, a utilização estratégica de pedidos de vista e o controle da pauta de julgamento exercido pelo Presidente do tribunal. Esse fenômeno, descrito por alguns autores como “ministrocracia”, levanta dúvidas sobre a natureza colegiada do órgão. Soma-se a isso um déficit deliberativo recentemente enfrentado, decorrente da prevalência de votos in-

dividuais longos, que dificultam a construção de decisões comprometidas com uma racionalidade colegiada. Contudo, ainda que essas questões impactem indiretamente a legitimidade das decisões, sua análise exigiria uma investigação focada no funcionamento interno do tribunal e na estrutura das decisões, o que ultrapassa os objetivos desta pesquisa. São questões relevantes, sem dúvida, sobretudo quando se pensa na estabilidade da jurisprudência constitucional. Ainda assim, não serão abordadas por esta dissertação.

No desenho dos tribunais de cúpula, dois aspectos merecem destaque: os métodos de indicação e o prazo de investidura dos magistrados. Ainda que de forma indireta, ambos influenciam a maneira como se formula a objeção democrática ao controle de constitucionalidade. No Brasil e nos Estados Unidos, a escolha dos membros da corte cabe ao Presidente da República, com participação do Senado. Esse arranjo levanta dúvidas sobre a partidarização das indicações, muitas vezes conduzidas por razões do momento político. Na Europa continental, para mitigar esse problema, costuma-se dividir a competência para indicação entre diferentes atores, como Presidente (ou Primeiro-Ministro), Câmara Baixa e Câmara Alta. Algo semelhante ocorre com o tempo de permanência no cargo. No Brasil, a investidura cessa apenas com a aposentadoria compulsória, aos 75 anos. Nos Estados Unidos, ela é realmente vitalícia. Já na tradição europeia, adota-se a limitação de mandatos, geralmente de 10 ou 15 anos, como forma de evitar tanto a personalização da função quanto o risco de uma maioria conjuntural cristalizar determinada interpretação constitucional por várias décadas. Mais uma vez, ainda que importantes, essas discussões não serão tratadas.

Esses são alguns exemplos de temas relevantes e que merecem atenção. No entanto, abordá-los exigiria deslocar o foco da investigação para problemas estruturais da corte e de seu funcionamento prático. A presente pesquisa parte de um ponto anterior: se o controle de constitucionalidade é, de fato, uma instituição compatível com os princípios democráticos. A pergunta que se impõe, portanto, não é como o controle deve funcionar, mas se ele deve mesmo existir.

A fim de padronizar a formatação, algumas opções tipográficas foram adotadas. Nas notas de rodapé, após a primeira citação integral da obra, manteve-se apenas o nome completo do autor, o título e o subtítulo, seguidos da expressão *op. cit.*, omitindo detalhes editoriais que já constam nas referências finais. Também a fim de uniformizar, no corpo do texto se utilizou apenas o último sobrenome do autor citado. Além disso, todas as traduções oriundas do italiano e do inglês são de autoria livre, e os textos originais estão reproduzidos ao final da página. Por conta da proximidade com o português, e para evitar a proliferação de notas de rodapé, optou-se por manter as versões originais em espanhol, sem tradução. Já no caso das decisões judiciais

estrangeiras, seguiu-se o costume original de cada sistema jurídico. Assim, por exemplo, nas decisões norte-americanas, seguiu-se o seguinte padrão: *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), em que o primeiro elemento corresponde ao nome das partes envolvidas no litígio (*Roe v. Wade*), o número (410) representa o volume da *United States Reports*, a sigla *U.S.* identifica essa coletânea oficial, o número subsequente (113) corresponde à página inicial e, entre parênteses (1973), o ano do julgamento.

Por fim, alguns esclarecimentos importantes quanto à natureza das observações feitas ao longo do trabalho. As análises eventualmente direcionadas ao Poder Judiciário, e em particular ao Supremo Tribunal Federal, têm caráter exclusivamente *acadêmico*. A abordagem busca evitar qualquer traço de crítica agressiva ou meramente opinativa, pois esse tipo de juízo não tem valor acadêmico sério e não acrescenta em nada à construção de uma verdadeira democracia. Este não é um texto contra o Judiciário, mas um esforço para compreender os limites democráticos do controle que ele exerce. Por essa razão, as decisões mencionadas ao longo do texto não devem ser interpretadas nem como críticas, nem como endossos. Elas são *exemplos*, e nada além disso; cumprem um papel exclusivamente didático, para tornar mais palpáveis as questões teóricas discutidas, que costumam ser abstratas.

É pelo mesmo motivo que se rejeita o uso de rótulos como “ativismo judicial”, “decisão ideológica”, “agenda oculta”, “militância”, expressões que costumam dizer mais sobre a frustração de quem as usa do que sobre as decisões propriamente ditas. A crítica acadêmica não necessita dessas palavras de efeito. Ninguém mais acredita em neutralidade total na academia, mas disso não se extrai uma licença para tomar partido em temas acalorados do dia a dia. O que permanece é o compromisso com uma objetividade possível, mais “deflacionada”: transparente quanto aos métodos e consciente de seus próprios limites.

2 O NASCIMENTO DE UMA OBSESSÃO ACADÊMICA

“Há décadas, estudiosos do direito têm se debruçado sobre a chamada ‘dificuldade contramajoritária’: o desafio de justificar o exercício da revisão judicial por juízes não eleitos e, em tese, desprovidos de responsabilidade direta perante o eleitorado, dentro de um sistema que, em geral, é considerado uma democracia política.”

- Barry Friedman⁷

O controle judicial de constitucionalidade compromete ou reforça a democracia? Poucos temas exercem tanta atração sobre a teoria constitucional⁸. No caso norte-americano, ao longo do século XX, a tensão entre tribunais e maiorias democráticas se tornou o eixo em torno do qual um debate gravitou. Qualquer constitucionalista que desejasse participar do mundo acadêmico precisava, antes, enfrentar esse dilema⁹. Afinal, de que adiantaria construir uma teoria sobre, por exemplo, o direito constitucional à privacidade, se paira sobre ela uma objeção incômoda: por que os tribunais têm poder para proteger esse direito contra a vontade democrática?

Como observa Mendes, o debate é tão enraizado que alcançou um “estágio de exaustão argumentativa”: a cada década, aparecem novas tentativas de reposicionar o problema, quase sempre por meio de variações mais sofisticadas de justificativas já conhecidas¹⁰. No centro dessa recorrência está uma pergunta que insiste em retornar: como sustentar, em termos democráticos, o poder de um pequeno grupo de magistrados, não eleitos e pouco sujeitos à responsabilização pública, para anular decisões legítimas tomadas pela própria população?

Na visão de Friedman, essa “obsessão” tem explicação histórica¹¹. No início do século

⁷ Tradução livre. No original: “For decades, legal academics have struggled with the ‘countermajoritarian difficulty’: the problem of justifying the exercise of judicial review by unelected and ostensibly unaccountable judges in what we otherwise deem to be a political democracy”. FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession*. *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, nov. 2002, p. 155.

⁸ “A pesar de la ‘explosión a escala mundial’ que ha experimentado el control judicial de la ley durante las últimas décadas, la justificación de esta institución continúa resultando bastante ‘misteriosa’. Cuestiones de moralidad política que son de la máxima importancia para la vida de los ciudadanos y de las comunidades de las que forman parte, caen potencialmente bajo el ámbito definitorio de órganos integrados por una elite profesional que no resulta más capaz que los ciudadanos ordinarios ni que sus representantes para deliberar sobre estas complejas cuestiones de moralidad política”. ALCALÁ, Diego Moreno Rodríguez. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica*. Orientador: Augusto Martín de la Vega. 493 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, p. 19.

⁹ “Raramente um ano passa sem que algum professor especializado anuncie ter descoberto a solução definitiva para a dificuldade contramajoritária ou, de forma ainda mais sombria, que a dificuldade contramajoritária é insolúvel”. Tradução livre. No original: “Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble”. ACKERMAN, Bruce. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, maio 1984, p. 1016.

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. Book Review: *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review* (by Christopher F. Zurn). *The Cambridge Law Journal*, v. 67, n. 1, mar. 2008, p. 217.

¹¹ FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession... op. cit.*, p. 222.

XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos tinha uma composição majoritariamente conservadora. Por força das nomeações anteriores e da vitaliciedade, o novo século – marcado por profundas transformações sociais, econômicas e tecnológicas – foi freado por um tribunal ainda ancorado no passado. Um exemplo clássico desse desalinhamento é o caso *Lochner v. New York*¹², considerado o ponto de partida da chamada *Era Lochner*. O episódio teve origem em uma lei estadual de Nova York, aprovada em 1895, que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 10 horas por dia e 60 horas por semana¹³. A norma integrava um pacote de reformas impulsionadas por sindicatos e movimentos progressistas, que buscavam proteger a saúde dos trabalhadores de pequenos estabelecimentos urbanos. O setor de panificação, marcado por turnos exaustivos e condições insalubres, tornou-se um dos símbolos da luta sindical pela regulação do trabalho.

Joseph Lochner, proprietário de uma padaria na cidade de Utica, foi multado por permitir que um funcionário ultrapassasse o limite da jornada de trabalho. Contestando a penalidade, levou o caso até a Suprema Corte. Por cinco votos a quatro, a corte decidiu a seu favor. O voto da maioria, redigido pelo *Justice* Rufus Peckham, considerou que a lei de Nova York violava a liberdade contratual garantida pela cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda¹⁴. Segundo esse entendimento, a Constituição norte-americana protegeria, implicitamente, o direito de empregadores e empregados firmarem contratos de trabalho sem a interferência do Estado, ainda que o objetivo da legislação fosse proteger a saúde e o bem-estar destes.

Essa decisão consolidou o uso da cláusula do “*due process of law*” como ferramenta para bloquear políticas públicas regulatórias, inaugurando uma longa fase de jurisprudência hostil à intervenção estatal na economia. Durante as três décadas seguintes, a Suprema corte invalidou diversas leis trabalhistas, salariais e previdenciárias com base no mesmo raciocínio¹⁵.

¹² 198 U.S. 45 (1905).

¹³ Para uma explicação didática e contextualizada do caso, cf. AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York*, 1905. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 8, p. 185-204.

¹⁴ Constituição dos Estados Unidos, Décima Quarta Emenda, Seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à jurisdição do país, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado poderá criar ou aplicar leis que restrinjam os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis”. Tradução livre. No original: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 29 abr. 2025.

¹⁵ Em *Adair v. United States* [208 U.S. 161 (1908)], a corte declarou inconstitucional um dispositivo que proibia empresas ferroviárias de demitirem empregados com base em sua filiação a sindicatos, entendendo que a norma

Foi nesse contexto que começaram a aparecer as primeiras críticas sistemáticas ao *constitutional review*. Nas palavras de Friedman, “[d]urante aquela época, acadêmicos progressistas criticavam os tribunais por anularem leis destinadas a aliviar as dificuldades econômicas provocadas pela industrialização e a assegurar um mínimo de bem-estar social para os que foram marginalizados pelas mudanças na economia.”¹⁶.

Essa primeira “onda” de descrença partiu do campo liberal. A academia jurídica, majoritariamente composta por juristas com perfil progressista e reformador, passou a identificar uma série de distorções associadas ao controle de constitucionalidade. Como principal crítica, crescia a percepção de que a Suprema Corte, notadamente conservadora, havia se tornado um obstáculo recorrente ao avanço de políticas sociais. Se as decisões do século XIX – especialmente no campo dos direitos civis e raciais¹⁷ – já indicavam essa tendência, foi nos casos envolvendo regulação econômica que essa função de obstrução ficou incontestável. A corte aparecia, cada vez mais, como uma instância que protegia certos interesses e inviabilizava reformas aprovadas por canais democráticos legítimos¹⁸.

interferia indevidamente na liberdade de contratar protegida pela Quinta Emenda. Em *Adkins v. Children's Hospital* [261 U.S. 525 (1923)], a Suprema Corte invalidou uma lei federal que instituía salário mínimo para mulheres no Distrito de Columbia, sob o argumento de que o Estado não podia impor os termos econômicos de contratos celebrados entre adultos juridicamente capazes. Essa doutrina foi levada ainda mais longe em *Ribnik v. McBride* [277 U.S. 350 (1928)], quando a corte anulou uma lei de Nova Jersey que limitava as comissões cobradas por agências de emprego. A maioria entendeu que tais agências não exerciam atividade “afetada pelo interesse público” e, por isso, não estavam sujeitas à regulação estatal de preços – reforçando a premissa de que, fora de setores públicos ou essenciais, qualquer intervenção legislativa nas relações contratuais violaria a garantia constitucional de liberdade econômica. Essas decisões exemplificam a resistência judicial à legislação social no início do século XX, com base em uma concepção rígida do direito de contratar (e demitir).

¹⁶ Tradução livre. No original: “During that era, progressive academics attacked the courts for invalidating legislation enacted to ameliorate the economic pains of industrialization and assure a certain amount of social welfare to those displaced by the changing economy”. FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession...* *op. cit.*, p. 217.

¹⁷ Quatro decisões ilustram o papel da Suprema Corte como *obstáculo* ao avanço dos direitos civis. Em *Prigg v. Pennsylvania* [41 U.S. 539 (1842)], a Corte invalidou uma lei estadual da Pensilvânia que proibia a captura de pessoas escravizadas sem ordem judicial. No caso *Dred Scott v. Sandford* [60 U.S. 393 (1857)], considerado uma das grandes manchas da jurisprudência norte-americana, a Corte decidiu que pessoas negras, livres ou escravizadas, não poderiam ser consideradas cidadãos dos Estados Unidos, vedando-lhes o acesso à jurisdição federal. Além disso, declarou inconstitucional o *Missouri Compromise*, que proibia a escravidão em determinados territórios, aprofundando as tensões que levariam à Guerra Civil. Nos *Civil Rights Cases* [109 U.S. 3 (1883)], a Corte invalidou partes do *Civil Rights Act* de 1875, afirmando que o Congresso não tinha competência para proibir a discriminação racial praticada por particulares em hotéis, teatros e transportes públicos, restringindo severamente o alcance da Décima Quarta Emenda. Por sua vez, *Plessy v. Ferguson* [163 U.S. 537 (1896)] legitimou a doutrina do “*separate but equal*” [“separados mas iguais”], permitindo a segregação racial em espaços públicos desde que as instalações fossem “equivalentes” – decisão que consolidou juridicamente o regime de *apartheid* informal conhecido como “*Jim Crow Laws*” no sul dos Estados Unidos, permanecendo válida por mais de meio século, até ser revertida em *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)]. Para uma análise esclarecedora sobre os casos, cf. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁸ Conforme explica Choudhry, a decisão em *Lochner* assumiu um papel de “anti-modelo” dentro dos estudos constitucionais comparativos. É por essa razão que ela continua a ser discutida: como advertência sobre os riscos do “ativismo judicial”, da imposição de preferências políticas sob o disfarce da interpretação constitucional e do

O problema da composição da Suprema Corte foi contornado durante o governo de Franklin Delano Roosevelt¹⁹. No entanto, as objeções acadêmicas ao poder das cortes já estavam lançadas. Mesmo que, nas décadas seguintes – especialmente durante a chamada *Era Warren*²⁰ –, a Suprema Corte passasse a proferir decisões consideradas positivas, a discussão não perdeu força. As críticas anteriores haviam consolidado um entendimento relativamente coeso na academia: o exercício de um poder tão amplo por parte dos tribunais exigia uma justificativa consistente. A experiência histórica havia deixado claro que esse poder não era residual nem marginal; podia interferir decisivamente na formulação de políticas públicas, inclusive em áreas sociais e econômicas sensíveis.

Esse foi o dilema que os juristas liberais, formados naquela primeira onda de crítica, passaram a enfrentar a partir da década de 1950. A *Era Warren*, sob a liderança do *Chief Justice* Earl Warren, nomeado pelo Presidente Republicano Dwight Eisenhower, iniciou um ciclo de decisões progressistas que transformaram os Estados Unidos. A corte passou a atuar como protagonista de mudanças estruturais, assumindo um papel ativo no pós-guerra, sobretudo em atenção ao princípio da igualdade. Sua jurisprudência passou a reconhecer direitos civis, expandir garantias processuais e fortalecer o controle judicial sobre políticas discriminatórias, como nos

bloqueio judicial a reformas democráticas. Cf. CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, jan. 2004, p. 6-11.

¹⁹ O presidente Roosevelt também enfrentou forte resistência da Suprema Corte às suas propostas de reforma econômica durante os primeiros anos do *New Deal* – conjunto de medidas adotadas para combater os efeitos da Grande Depressão de 1929. Entre 1933 e 1936, a Corte, ainda composta majoritariamente por ministros nomeados antes da Crise de 29, invalidou várias dessas iniciativas, alegando que violavam princípios constitucionais, especialmente relativos à liberdade contratual e aos limites da atuação federal. Diante desse bloqueio sistemático, Roosevelt propôs em 1937 o chamado “*court-packing plan*” [“*plano de empacotamento da corte*”], que previa a nomeação de até seis novos *Justices* para a Suprema Corte, sob o argumento de aliviar a carga de trabalho dos magistrados mais velhos. A proposta gerou forte controvérsia e acabou rejeitada pelo Congresso. No entanto, pouco depois, a corte passou a adotar uma postura mais favorável ao programa de reformas, num movimento interpretado como resposta à ameaça de reconfiguração do tribunal. Esse episódio ficou conhecido como “*the switch in time that saved nine*”, aludindo à mudança de posicionamento do *Justice* Owen Roberts, que passou a votar com a ala mais progressista, garantindo maioria à constitucionalidade das leis do *New Deal* e evitando o evento traumático da ampliação do número de magistrados. Nos anos seguintes, com aposentadorias e falecimentos, Roosevelt conseguiu gradualmente indicar novos membros à Corte, alterando sua composição e encerrando a resistência judicial ao seu pacote de mudanças econômicas. Para um excelente panorama histórico sobre esse momento, cf. FRIEDMAN, Barry. The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, n. 4, abr. 2000, p. 988 *et seq.*

²⁰ Ao contrário do Brasil, onde a presidência do Supremo Tribunal Federal tem duração determinada, nos Estados Unidos os *Chief Justices* são nomeados pelo Presidente para um mandato vitalício, sem previsão expressa de término. Em razão de longos mandatos à frente da *Scotus*, a literatura costuma fazer referência a determinado período da corte segundo seu *Chief Justice*. Para maiores informações, cf. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 50-54.

casos *Brown v. Board of Education*²¹, *Miranda v. Arizona*²² e *Loving v. Virginia*²³. Essas decisões foram celebradas como marcos civilizatórios para um país que, em plena Guerra Fria, precisava enfrentar contradições internas que comprometiam sua imagem internacional. A persistência da segregação racial, das desigualdades sociais e da repressão estatal contrastavam abertamente com o discurso de liberdade e democracia que os Estados Unidos promoviam como modelo frente ao bloco soviético.

Contudo, apesar do entusiasmo com os resultados, a questão de fundo persistia. Mesmo quando a corte decide bem, ela tem legitimidade democrática para fazê-lo? E todas aquelas objeções que haviam se dirigido às decisões da *Era Lochner*. Foi nesse contexto que nasceu uma prolífica literatura de objeções à revisão judicial forte, com tentativas sucessivas de enquadrar seu exercício dentro de parâmetros mais aceitáveis. A partir da década de 1960, esse esforço se intensificou e passou a dominar o debate constitucional. É a esse cenário que a afirmação de Friedman se refere: a academia norte-americana foi tomada por uma verdadeira *obsessão* com o problema do controle de constitucionalidade. A questão deixou de ser episódica e se transformou numa moldura teórica a partir da qual todo o papel do Judiciário passou a ser pensado. Como ele afirma,

[...] esses acadêmicos estavam, na verdade, expressando sua ansiedade diante de um conjunto de circunstâncias um tanto singulares de sua época. Eram estudiosos que, embora aprovassem os resultados de uma Suprema Corte de orientação liberal, sentiam-se desconfortáveis ao fazê-lo, dado o histórico de oposição liberal à revisão judicial proativa. À luz dos acontecimentos recentes, esses acadêmicos também temiam pela segurança de uma Suprema Corte ativista. Eles expressavam essa ansiedade nos termos que utilizaram, não porque tais termos fossem particularmente precisos do ponto de vista descritivo, mas porque herdaram uma retórica vinda de professores que, nas primeiras quatro décadas do século, haviam tentado disciplinar (e não justificar) a revisão judicial.²⁴

²¹ 347 U.S. 483 (1954). Decisão que afirmou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, por violação à cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda. O tribunal rejeitou a doutrina da equivalência formal entre estabelecimentos separados, sustentando que a separação racial no ensino produz desigualdades material e simbólica. O precedente sinalizou uma inflexão no constitucionalismo norte-americano, por colocar a igualdade e a integração raciais como direitos constitucionais, e pavimentou o caminho para a mobilização política do movimento por direitos civis.

²² 384 U.S. 436 (1966). Decisão que estabeleceu que suspeitos sob custódia policial devem ser informados de seus direitos constitucionais antes do interrogatório, incluindo o direito ao silêncio e à assistência jurídica, sob pena de invalidação das provas obtidas, com base na Quinta e na Sexta Emendas.

²³ 388 U.S. 1 (1967). Decisão que declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que criminalizavam o casamento interracial, por entender que tais normas violavam o devido processo legal e a cláusula da “igual proteção das leis” previstos na Décima Quarta Emenda. A Corte reconheceu o casamento como expressão de liberdade individual e dignidade pessoal, qualificando-o como direito constitucional cuja restrição exige “escrutínio rigoroso”. A decisão reafirmou que classificações raciais legalmente previstas são presumivelmente inconstitucionais, salvo em hipóteses excepcionais.

²⁴ Tradução livre. No original: “[...] these academics simply were displaying anxiety about a set of circumstances somewhat unique to their times. They were a group of scholars who claimed approval of the results of a liberal Court, but felt uncomfortable doing so given longstanding liberal opposition to active judicial review. Given recent history, those academics also feared for the safety of an activist Supreme Court. Academics expressed their anxiety

Mas, bem, onde entra o Brasil em toda essa história? Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário raramente desempenhou um papel de destaque no cenário nacional²⁵. Fora episódios pontuais, ao longo do século XX sua atuação não alcançou o mesmo grau de visibilidade nem o mesmo protagonismo observado na Suprema Corte norte-americana. Em 1968, por exemplo, um Ministro do próprio Supremo Tribunal Federal chegou a afirmar que, dentro da separação de poderes brasileira, o tribunal era um “outro desconhecido”²⁶.

Além disso, o perfil das decisões do Supremo durante o século passado não autoriza uma leitura de sua atuação como conservadora ou sistematicamente contrária a avanços democráticos. Como dizem Souza Neto e Sarmento, esse “tema – central na teoria constitucional norte-americana – não despertava maior interesse no Brasil até pouco tempo atrás. A razão do desinteresse era compreensível: nosso Poder Judiciário quase não se valia da jurisdição constitucional, pecando nesta área muito mais por omissão do que por excesso”²⁷. Os avanços e tropeços da política brasileira se deram em outros campos; infelizmente, a maior parte deles, a cargo de um fortíssimo Poder Executivo. A comparação com a experiência dos Estados Unidos, nesse sentido, não se sustenta por semelhança empírica.

No entanto, a relevância da experiência norte-americana está na arquitetura conceitual que ela produziu. Foi nos Estados Unidos que o problema ganhou forma como questão teórica. Lá se consolidou a tensão entre a autoridade judicial e a soberania democrática como um dilema do constitucionalismo, e foi também lá que se desenvolveu o vocabulário mais sofisticado para enfrentá-lo. A literatura contemporânea, em boa medida, ainda gira em torno das categorias que esse debate estruturou. Esse repertório permanece útil, mesmo – ou *sobretudo*, na verdade – para contextos que não compartilham o mesmo percurso político²⁸. No Brasil o Supremo Tribunal Federal só assumiu protagonismo político nas últimas décadas. Mas esse é justamente o momento em que os riscos do controle judicial se tornam mais agudos; quanto mais decisiva é

in the terms they did, not because those terms made sound descriptive sense, but because the rhetoric was inherited from a set of teachers who in fact had tried to discipline (not justify) judicial review during the first forty years of the century”. FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession...* *op. cit.*, p. 216-217.

²⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 24-31.

²⁶ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 23.

²⁸ Sobre a relevância da literatura norte-americana, cf. ALCALÁ, Diego Moreno Rodríguez. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica...* *op. cit.*, p. 29-30.

a atuação da Corte, mais urgente se torna a pergunta por sua legitimidade²⁹.

Veja-se como o debate pode mudar os pontos de partida da discussão brasileira. Três características da jurisdição constitucional costumam ser apresentadas, na nossa doutrina constitucional, como virtudes autoevidentes. Seu caráter contramajoritário, sua função interpretativa e sua autoridade final sobre a constituição são tratados como aspectos positivos, quase decorências naturais, do modelo de constitucionalismo que o país adotou. Esses elementos seriam consequências óbvias da escolha por uma constituição escrita e rígida, o que dispensaria qualquer problematização. Sem enfrenta-las, a investigação parece até perder parte de seu sentido: por que discutir o controle de constitucionalidade se ele é corolário de um sistema constitucional que o Brasil decidiu seguir?

Este capítulo propõe inverter essa perspectiva. A partir da discussão inaugurada nos Estados Unidos, o objetivo é mostrar que essas características não são pressupostos naturais do constitucionalismo, mas construções que concentram poder e, por isso mesmo, precisam ser analisadas com cautela. São essas três características que fizeram nascer a obsessão a que Friedman fez referência em seus famosos artigos.

A partir desse deslocamento, será possível reavaliar o próprio papel do controle de constitucionalidade. A conclusão a que se pretende chegar é que o *judicial review* pode ser objeto de críticas (capítulo 3) ou defesas (capítulo 4), mas tais posições só fazem sentido quando fundamentadas em critérios *pragmáticos*. O que está em jogo é a capacidade de demonstrar, de modo concreto, se a presença – ou ausência – desse mecanismo contribui para o fortalecimento da democracia. Essa avaliação exige mais do que apelos genéricos à ideia de Estado de Direito, à supremacia da constituição ou à proteção das minorias. Esses elementos justificam a importância de levar a constituição a sério, mas não esclarecem por que sua interpretação final caberia a um grupo de juízes. Nada disso, por si só, resolve o problema de sua legitimidade democrática. A resposta depende do impacto real que o controle de constitucionalidade produz nas práticas e instituições democráticas.

Mais importante ainda: para que essa defesa seja válida, ela precisa se abrir à discussão

²⁹ “Acompanhar a política brasileira, hoje, é falar do Supremo e de seus ministros, que atuam nesse cenário de maneira surpreendente até para os mais atentos e criativos especialistas em Direito. Pense por alguns instantes em uma lista das autoridades públicas mais importantes do país, por qualquer critério, à sua escolha [...]. Um ‘Quem é Quem’ da política brasileira. Sua lista certamente incluirá o presidente da República. Provavelmente alguns deputados e senadores mais influentes, como os presidentes das casas do Congresso. No entanto, a não ser que você tenha passado a última década sem ligar a TV, sem acessar internet, sem ler notícias ou discutir com os amigos, também lhe virão à mente alguns ministros do Supremo Tribunal Federal”. ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política... op. cit.*, p. 21.

franca; precisa assumir que o *judicial review* não é o único modelo possível e que sua legitimidade deve advir de um confronto honesto com alternativas, e não da suposição de que se trata de uma decorrência inevitável do constitucionalismo. É nesse ponto que o debate norte-americano se torna útil: ao levar esse problema a sério, revelou o quanto a revisão judicial está sujeita a objeções profundas, que não desaparecem só porque os resultados das decisões são desejáveis em alguns casos.

2.1 O PROBLEMA CONTRAMAJORITÁRIO

A natureza contramajoritária é, provavelmente, o traço mais celebrado do controle de constitucionalidade na literatura brasileira. Em geral, é apresentada como um elemento indispensável à proteção dos direitos fundamentais diante de abusos das maiorias parlamentares. Essa visão encontra em Barroso um de seus defensores mais influentes e elegantes³⁰. Em seu ensaio sobre o papel das cortes nas democracias constitucionais, Barroso parte da premissa de que o controle judicial das leis funciona, por definição, como um mecanismo de contenção do poder político: “[a] maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”³¹.

Seu argumento é que o controle de constitucionalidade, embora interfira pontualmente na vontade da maioria, não rompe com o ideal democrático, apenas o reforça³². A razão é que, numa democracia, nem toda decisão tomada pelo voto pode ser considerada *correta* em termos constitucionais. Os limites previamente estabelecidos pela constituição – sobretudo os relativos a direitos fundamentais – funcionam como barreiras “que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária”³³. Para ele, a função contramajoritária do Judiciário não seria uma *anomia* a ser explicada, mas uma característica essencial do modelo constitucional que nós escolhemos. Juízes assumiriam o papel de “guardiões da constituição” – expressão que a própria Constituição brasileira adota³⁴ –, incumbidos de proteger o ordenamento constitucional

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.

³¹ *Ibidem*, p. 2198.

³² *Ibidem*, p. 2199.

³³ *Ibidem*, p. 2198.

³⁴ Constituição Federal, art. 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda* da Constituição, cabendo-lhe: [...]” (*grifo nosso*).

contra retrocessos políticos aprovados por maiorias ocasionais.

Entre as tentativas de justificar o papel contramajoritário do Judiciário, poucas alcançaram o refinamento da teoria dos “direitos como trunfos”. Para Dworkin, direitos são condições de legitimidade de um regime democrático. Como ele próprio diz, “[d]ireitos são melhor compreendidos como *limites* que se impõem a certas justificativas políticas baseadas em objetivos coletivos da comunidade”³⁵ (*grifo nosso*). Ou seja, segundo o autor, uma decisão política só tem legitimidade se for compatível com princípios que reconhecem todos os membros da comunidade como iguais em dignidade e valor.

Um regime democrático que ignore esse fundamento não seria simplesmente imperfeito; seria incoerente com a própria ideia de autogoverno que pretende realizar³⁶. Para Dworkin, a justiça distributiva, o bem-estar social, a eficiência administrativa ou quaisquer outros objetivos coletivos não podem se sobrepor aos princípios que reconhecem a integridade moral dos cidadãos. Em vez de um conflito entre indivíduos e maioria, ele propõe uma tensão entre dois modos de justificação: um baseado na maximização de resultados sociais e outro fundado na coerência moral das decisões públicas³⁷.

O papel dos tribunais, nessa equação, é o de proteger esse espaço moral em que a política pode ser considerada legítima. Portando, segundo Dworkin, sua teoria se ancora na exigência de que todo exercício de poder – inclusive o majoritário – esteja vinculado a razões que respeitem os direitos de cada cidadão como parceiros morais no projeto coletivo³⁸. Quando os tribunais atuam sob essa lógica, eles dão forma às condições que tornam a democracia possível.

Esses são argumentos clássicos, adotados por muitos outros³⁹. Mas, como dito, quando

³⁵ Tradução livre. No original: “Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole”. DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. Cap. VII, p. 153.

³⁶ *Ibidem*, p. 154.

³⁷ *Ibidem*, p. 155.

³⁸ *Ibidem*, p. 158.

³⁹ “A maioria não pode dispor de toda a «legalidade», ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário). [...] a garantia das minorias políticos e do estatuto da oposição é também uma garantia da própria constituição”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 329-330; “La libertad y los derechos fundamentales intentan definir un límite al poder, por de pronto, y en este sentido consagran un verdadero *ius resistendi*. Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de poder, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 190.

analisados com cautela, podem ser tratados como um problema democrático. Vejamos como, a partir da tradição norte-americana, marcada pelo debate em torno da “dificuldade contramajoritária”, é possível inverter os termos da discussão.

Um ponto inicial, de natureza semântica, pode ser logo observado: falar em “problema contramajoritário” parte da premissa de que há valor em seguir a vontade da maioria. Se fosse correto o velho ditado de que “leis são como salsichas; é melhor não saber como realmente são feitas”, não haveria muito motivo para preocupação. Não seria, de fato, um *problema*. Essa discussão só tem sentido porque se presume que a democracia é algo desejável e que, por isso, um arranjo que contrarie suas decisões pode representar um risco. Além disso, como Christiano diz, apenas “[u]ma apreciação dos fundamentos normativos da democracia e da base de sua autoridade pode nos ajudar a compreender o papel adequado das instituições de revisão judicial da legislação democrática em uma democracia”⁴⁰.

O princípio democrático encontra sua raiz na ideia de igualdade política⁴¹. Em uma democracia, cada cidadão deve ter igual consideração na formação da vontade coletiva. Na prática, essa política se traduz em mecanismos como sufrágio universal. Christiano argumenta que a democracia é um meio de “publicizar” da igualdade, ou seja, um modelo em que a igual consideração de interesses é tornada *efetiva*⁴². Da mesma forma, Sartori, um dos grandes teóricos da democracia, destaca que o princípio majoritário, embora deva conviver com certas ressalvas, é o mecanismo fundamental pelo qual se realiza a soberania popular. O italiano lembra que falar em “governo do povo” pressupõe procedimentos que convertam as preferências populares em decisões, e historicamente nenhum procedimento foi considerado mais apto a isso do que a simples decisão pela maioria⁴³. Portanto, a regra da maioria é uma decorrência do princípio da igualdade política: se todos os cidadãos são politicamente iguais, então a vontade de mais cidadãos deve prevalecer sobre a de menos cidadãos.

O problema é que a democracia, conforme explica Wollheim, aparenta ser um paradoxo: ela exige que os cidadãos aceitem como *legítima* uma decisão mesmo quando esta contraria suas próprias convicções⁴⁴. Em um primeiro olhar, pode parecer que a democracia favorece

⁴⁰ Tradução livre. No original: “An appreciation for the normative grounds of democracy and for the basis of its authority can help us grasp the proper role of institutions of judicial review of democratic legislation in a democracy”. CHRISTIANO, Thomas. *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

⁴² *Ibidem*, p. 75-76.

⁴³ SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited – Part One: The Contemporary Debate*. Morris: Chatham House Publishers, 1987, p. 136-140.

⁴⁴ “[P]or que alguém que inseriu sua própria escolha na máquina [democrática] e depois se depara com uma escolha diferente da sua deveria sentir-se obrigado a aceitá-la?”. Tradução livre. No original: “[...] why should someone

apenas as maiorias. Quando alguém pertence ao grupo majoritário, a adesão ao procedimento democrático parece natural. Nesse caso, há uma coincidência entre o juízo individual (“A deve ser feito”) e o resultado do processo decisório (“A foi escolhido e deve ser obedecido”). A aceitação do resultado não exige nenhum esforço adicional.

A dificuldade aparece quando o cidadão se encontra na posição minoritária. Nesse caso, ele continua convencido de que a decisão correta seria outra (“B deve ser feito”), mas a democracia impõe que seja seguido o curso oposto. Nesse contexto, parece faltar um fundamento que justifique a adesão ao resultado. Não basta dizer que “A venceu”; é necessário explicar por que, mesmo discordando de A, deve-se aceitar que ele seja realizado. Esse mesmo cidadão, para manter sua adesão ao ideal democrático, deve aceitar também que “A deve ser feito”. O paradoxo está aí: a democracia exige que o cidadão reconheça a legitimidade de um resultado que ele avaliou como errado⁴⁵.

Isso acontece porque o cidadão, ao votar, não está simplesmente expressando uma preferência subjetiva – como quem escolhe entre sabores de sorvete –, mas formulando um juízo sobre o que considera correto⁴⁶. Ele não apenas *quer* que B seja feito; ele *acredita* que B é o que deve ser feito. Quando o voto expressa uma convicção política ou moral, aceitar um resultado contrário implica reconhecer como obrigatória a implementação de uma decisão que se julga equivocada. É isso que parece tornar a obediência democrática difícil: ela exige o reconhecimento da legitimidade do resultado, mesmo quando se discorda, em termos de conteúdo, do curso de ação adotado.

Para enfrentar esse dilema, Wollheim sugere imaginar a democracia como uma máquina de decisões coletivas⁴⁷. Cada cidadão insere nela sua escolha política, que expressa um juízo

who has fed his choice into the [democratic] machine and then is confronted by the machine with a choice non-identical with his own, feel any obligation to accept it?”. WOLLHEIM, Richard. A Paradox in the Theory of Democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, Walter Garrison (orgs.). *Philosophy, Politics and Society*: Second Series. Oxford: Basil Blackwell, 1964. Cap. 4. p. 76.

⁴⁵ “Se um homem expressa uma escolha por A e a máquina [democrática] expressa uma escolha por B, então ele, para ser um verdadeiro democrata, parece estar comprometido tanto com a crença de que A deveria acontecer quanto com a crença de que B deveria acontecer”. Tradução livre. No original: “If a man expresses a choice for A and the [democratic] machine expresses a choice for B, then the man, if he is to be a sound democrat, seems to be committed to the belief that A ought to be the case and to the belief that B ought to be the case”. *Ibidem*, p. 78-79.

⁴⁶ “Nessa concepção, quando o cidadão escolhe uma determinada política ou prefere uma política a outra, ele não está expressando um desejo, mas uma avaliação. Ele escolhe A ou prefere A a B porque acredita que A é a melhor política, a que deve ser adotada, ou, alternativamente, que A é uma política melhor do que B ou que deve ser adotada em lugar de B – não porque queira mais A do que B ou precise mais de A do que de B”. Tradução livre. No original: “On this view when the citizen chooses a certain policy or prefers one policy to another, he is expressing not a want but an evaluation. He chooses A or prefers A to B, because he thinks that A is the best policy, is the policy that ought to be enacted, or, alternatively, that A is a better policy than B or ought to be enacted in preference to B-not because he wants A more or needs it more than B”. *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 76.

sobre o que deveria ser feito. A máquina, então, processa todas as entradas com base em uma regra previamente acordada e emite uma decisão final. Essa imagem ajuda a esclarecer a distinção fundamental entre dois tipos de juízo⁴⁸. O primeiro, que Wollheim chama de “juízo direto”, corresponde à avaliação individual do cidadão sobre qual seria a ação correta – por exemplo, “A deve ser feito”. O segundo, chamado de “juízo oblíquo”, refere-se à aceitação da decisão produzida pela máquina – “B deve ser feito, porque foi o resultado do processo democrático”⁴⁹.

A distinção entre esses dois juízos permite compreender como alguém pode, sem contradição lógica, sustentar convicções pessoais ao mesmo tempo em que reconhece a legitimidade de uma decisão política divergente. O cidadão mantém sua crença de que A seria a escolha mais justa, mas, por aceitar as regras do processo democrático, reconhece que B deve ser implementado. A legitimidade da democracia não depende da sobreposição entre vontade individual e resultado coletivo, mas do compromisso com o *procedimento*. Wollheim deixa claro que esse compromisso exige mais do que concordância com os resultados: exige a disposição de subordinar juízos pessoais a um “princípio institucional” aceito por todos⁵⁰. Em linguagem técnica, Christiano diz que a democracia fornece razões “independentes de conteúdo” para agir, uma vez que “se deve aceitar uma decisão democrática como obrigatória mesmo quando se discorda dela”. Além disso, fazendo alusão a Raz, afirma que “essas diretrizes fornecem razões preemptivas, pois provêm de uma fonte cuja função é substituir e excluir as razões que se aplicariam diretamente à situação em questão”⁵¹.

Esse caráter obrigatório das decisões democráticas só se justifica porque a democracia traduz a igualdade em regras concretas e acessíveis a todos. Trata-se de uma institucionalização da igualdade: cada cidadão tem as mesmas condições para disputar cargos públicos e oportunidades equivalentes de participar das discussões que antecedem as decisões coletivas. Essas regras conferem legitimidade ao processo e tornam a obediência aos seus resultados moralmente exigível, mesmo quando há discordância quanto ao conteúdo da decisão final. Essa forma de igualdade, historicamente, tem sido uma das expressões mais importantes do princípio segundo o qual não há pessoas mais importantes do que outras; todos têm, ao mesmo tempo, a mesma “quantidade” de dignidade moral. Por garantir que todos tenham voz nas decisões comuns, a

⁴⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁵¹ Tradução livre. No original: “[...] one must accept a democratic decision as binding even when one disagrees with it. And the directives give pre-emptive reasons since they derive from a source that is meant to replace and exclude the reasons that apply directly to the situation at hand”. CHRISTIANO, Thomas. *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits...* op. cit., p. 252.

democracia torna visível o reconhecimento mútuo dessa propriedade. É por isso que quando alguém é excluído desse processo, não apenas perde a chance de influenciar os rumos da sociedade, como também vê negado, de forma pública, o respeito ao seu juízo e à sua condição de *igual*.

Quando o juízo moral de um cidadão é sistematicamente ignorado, ele deixa de ser reconhecido como alguém plenamente capaz de participar da vida coletiva. É tratado, na prática, como alguém cuja opinião não importa – como uma criança ou uma pessoa incapaz de discernimento. Se levarmos a sério a dignidade moral de cada pessoa e sua necessidade de pertencer a uma comunidade que a trate com respeito, torna-se claro que negar a alguém a possibilidade de se perceber como igual equivale a afirmar que seus interesses valem menos. Essa exclusão, além de produzir uma desigualdade evidente, comunica um rebaixamento de seu *status* moral. Por isso, o direito de participar das decisões públicas – e de ver esse reconhecimento refletido institucionalmente – é mais do que uma aspiração política; é uma exigência de justiça.

Christiano deixa esse ponto explícito: respeitar a capacidade de julgamento de cada cidadão não se limita a permitir que ele participe de debates públicos⁵². Respeitar, nesse caso, significa reconhecer o direito de cada pessoa a formar seus próprios juízos sobre as opiniões alheias, decidindo, de forma autônoma, em quem confiar, com quem se aliar e quais argumentos considerar válidos. Esse exercício só se realiza plenamente quando todos têm igual acesso às estruturas que definem os rumos da deliberação coletiva.

A defesa da democracia também parte do reconhecimento de que nossos julgamentos morais são inevitavelmente falíveis, mesmo quando orientados por princípios de moralidade coletiva. Ponderar os interesses de pessoas com trajetórias, valores e posições sociais distintas das nossas envolve um grau elevado de esforço e, em especial, incerteza. Muitas vezes, nem sequer sabemos o que é bom para nós mesmos, quanto mais para os outros⁵³. Além disso, tendemos a projetar nossos próprios interesses como medida dos interesses alheios, supondo, de forma equivocada, que todos valorizam o que nós valorizamos. Essa tendência à assimilação distorce nossa visão, ainda que de forma involuntária, inclinando-a em nosso favor. Também somos mais sensíveis aos danos que nos atingem diretamente do que aos que recaem sobre os outros, sobretudo quando não conseguimos compreendê-los. Em sociedades complexas e desiguais, esses vieses favorecem a marginalização de interesses distintos. Também por isso, assegurar a todos igual poder na deliberação pública não é somente uma necessidade procedimental:

⁵² *Ibidem*, p. 201-202.

⁵³ *Ibidem*, p. 57-59.

é uma resposta à nossa *limitação* moral.

Diversos teóricos da democracia enfatizaram a centralidade do princípio majoritário. Mayo, por exemplo, alerta que certas formas de governo autodenominadas democráticas – como a chamada “democracia soviética” – incorrem no equívoco de presumir que a vontade popular pode ser acessada por meios intuitivos ou tecnocráticos, supostamente disponíveis apenas a uma elite dominante⁵⁴. Ao dispensar a deliberação aberta e o voto igualitário, esse modelo substitui a expressão direta da cidadania por uma mediação autoritária. A crítica de Mayo é que, em uma democracia genuína, não há *atalhos*, aristocráticos ou de qualquer natureza, para descobrir o que o povo quer. A única forma de chegar a decisões coletivas legítimas é permitir que ele próprio se manifeste: discutindo, votando e decidindo em igualdade de condições. Qualquer modelo que desloca esse processo para decisões tomadas por uma elite “mais sábia” romperia com o núcleo da democracia e ameaça transformá-la em mera aparência.

Portanto, para os fins deste trabalho, o chamado “problema contramajoritário” nasce da tensão entre o controle de constitucionalidade e o *standard* democrático segundo o qual decisões coletivas devem refletir a vontade da maioria, expressa por cidadãos ou representantes em condições de igualdade. Quando decisões centrais para a vida pública dependem da palavra final de um pequeno grupo de juízes, essa igualdade se suspende temporariamente. As razões da maioria da população deixam de ter peso, substituídas pela visão de um órgão sem representatividade eleitoral nem obrigação de refletir o pensamento da sociedade. Concentrar tanto poder em poucas vozes rompe com o princípio básico da democracia segundo o qual cada pessoa deve contar apenas como uma, com o mesmo peso final na formação das decisões públicas.

A expressão original – “dificuldade contramajoritária” – foi cunhada por Bickel, que em 1962 publicou *The Least Dangerous Branch* [“O ramo menos perigoso”]⁵⁵, sua obra mais famosa. Em suas palavras, por mais sofisticadas que sejam as teorias que legitimam o juízo de

⁵⁴ “A posição alternativa que se poderia adotar seria a de redefinir a democracia: recusar-se a admitir que a igualdade política entre as pessoas é um princípio da democracia. Poderíamos, então, chamar de democrático um tipo de sistema com voto deliberadamente ponderado, por exemplo, com câmaras altas eleitas segundo um princípio diferente do da igualdade de voto. Mas fazer isso seria certamente um mau uso da linguagem e uma distorção teórica, à semelhança da redefinição de democracia típica da União Soviética, onde a ‘verdadeira democracia autêntica’ é definida não por princípios procedimentais, mas pela avaliação de se as políticas estariam ‘nos interesses do povo’ – sendo os próprios líderes do partido único os responsáveis por tomar essa temível decisão de que seu governo corresponde aos ‘verdadeiros’ interesses do povo”. Tradução livre. No original: “The alternative position one could take would be to redefine democracy: to refuse to admit that political equality of persons is a principle of democracy. We could then call democratic a type of system with deliberately weighted voting, e.g. with upper houses elected on a different principle from that of equal voting. To do so is surely to abuse language and confuse theory, after the style of re-definition of democracy typical of the Soviet Union, where ‘true genuine democracy is defined not by procedural principles but by whether the policies are ‘in the interests of the people’ – with the single-party leaders making the fearsome decision that their rule is in the ‘real’ interests of the people”. MAYO, Henry Bertram. *An Introduction to Democratic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1960, p. 160.

⁵⁵ O título *The Least Dangerous Branch* faz referência ao *Federalist Paper* nº 78, escrito por Hamilton. Nesse

constitucionalidade – ele tinha em mente a argumentação de Marshall, no caso *Marbury v. Madison*⁵⁶ –, “nada disso altera a realidade essencial de que a revisão judicial é uma instituição desviante dentro da democracia americana”⁵⁷. Esse termo forte – “*deviant institution*” – sublinha o quão excepcional é, do ponto de vista democrático, permitir que atores nomeados, e não eleitos diretamente pelo povo, tenham a palavra final sobre o conteúdo e a validade das leis. Ele chega a dizer que qualquer teoria que negue que o *judicial review* “frustra a vontade dos representantes do povo real, aqui e agora” é pura “conotação mística”⁵⁸.

Vale destacar que Bickel não era um opositor do controle de constitucionalidade. Seu objetivo era apenas tornar as coisas mais *transparentes*. A partir dessas premissas, construiu sua própria maneira de lidar com o problema; em vez de negar o fato de que o *judicial review* seria por natureza antidemocrático, deveríamos imaginar formas de torná-lo menos agressivo com a democracia, mais fácil de ser defendido. Para ele, por exemplo, isso deveria ser feito por meio das chamadas “virtudes passivas”, um conjunto de práticas judiciais que recomendam moderação e autolimitação⁵⁹.

Essa dimensão também orienta sua crítica à atuação precipitada dos tribunais em contextos de instabilidade política. Para Bickel, o erro não está em contrariar a maioria, mas em fazê-lo sem oferecer razões capazes de produzir aceitação ao longo do tempo⁶⁰. Ele argumenta que a corte deve agir com “senso histórico”, cuidando para que suas decisões não rompam com o ritmo da vida democrática. Essa prudência não é simples cálculo político: segundo ele, trata-

ensaio, Hamilton defende que o Poder Judiciário seria “o menos perigoso” dos três poderes, pois não controlaria “nem a espada nem a bolsa”, ou seja, não teria autoridade sobre o exército (Executivo) nem sobre os recursos públicos (Legislativo). Essa concepção pretendia justificar a independência judicial e limitar temores sobre sua atuação. Bickel retoma ironicamente essa imagem para destacar a tensão entre o ideal *hamiltoniano* e o forte papel político que a Suprema Corte passou a exercer; se o Judiciário é o “ramo menos perigoso”, como então explicar que ele exerça um poder tão extraordinário de vetar as decisões da maioria? Cf. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986; HAMILTON, Alexander. Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In: MADISON, James; ALEXANDER, Hamilton; JAY, John. *Os Artigos Federais: 1787-1788*. Trad. de Maria Luiza de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. Cap. LXXVIII, p. 478-485.

⁵⁶ No célebre caso *Marbury v. Madison* [5 U.S. 137 (1803)], o *Chief Justice* John Marshall sustentou que o papel do Judiciário é aplicar a constituição como expressão direta da soberania popular. Segundo ele, quando uma lei entra em conflito com a constituição, o juiz deve seguir esta última, pois ela traduz a “vontade superior” do povo, enquanto a lei reflete meramente a vontade contingente de seus agentes (o Legislativo). A argumentação de Marshall a favor da *supremacia judicial* será melhor examinada mais à frente, cf. tópico 2.3.

⁵⁷ Tradução livre. No original: “[...] nothing in these complexities can alter the essential reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy”. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics... op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ Tradução livre. No original: “[...] the will of representatives of the actual people of the here and now; [...]. That, without mystic overtones, is what actually happens”. *Ibidem*, p. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 111 et seq.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 238.

se de reconhecer que o poder judicial depende, no limite, de um tipo de consenso que se constrói fora dos tribunais. Juízes que ignoram isso transformam a corte em um polo de atrito e, ao fazê-lo, comprometem sua própria autoridade. Por isso, Bickel sugere que o sucesso do *judicial review* não se mede pela frequência com que impõe limites ao Legislativo, mas pela sua capacidade de moldar o imaginário político em favor dos valores constitucionais, sem capturá-lo⁶¹.

Bickel vê o problema contramajoritário de um ponto de vista *descritivo*: a revisão judicial transige temporariamente com a vontade da maioria, de modo que existe uma tensão entre elas. Trata-se de assinalar que ele representa uma exceção à regra geral da maioria; é um problema teórico no desenho político que demanda justificação. No fundo, Bickel não pretende *resolver* o problema contramajoritário, mas reconhecê-lo e administrá-lo.

Ocorre que, na esteira das denúncias que Bickel e outros liberais fizeram, o problema contramajoritário também passou a ser visto de um ponto de vista *simbólico*⁶². Essa abordagem diz respeito à atitude política que normalmente subjaz ao controle de constitucionalidade. Refere-se especialmente à forma como o direito constitucional enxerga a democracia. Além de uma transigência no desenho dos poderes, o problema seria um sinal de desconfiança mais enraizado em relação à deliberação majoritária. Essa crítica, mais incisiva, foi desenvolvida por autores como Parker, que chamam atenção para os pressupostos simbólicos e afetivos que sustentam o discurso constitucional⁶³. O problema não estaria somente no que o controle de constitucionalidade efetivamente faz, mas no que ele presume sobre o verdadeiro papel do povo numa democracia.

⁶¹ *Ibidem*, p. 240-241.

⁶² Souza Neto e Sarmiento também aludem a duas possíveis leituras sobre o problema contramajoritário: “A concepção ‘eufórica’ da jurisdição constitucional [...] gera consequências negativas tanto no plano descritivo quanto na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, enfatizando-se apenas a ação de um dentre os vários agentes importantes da concretização constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho... op. cit.*, p. 26.

⁶³ Para tratar de uma questão tão difusa e escorregadia quanto a “sensibilidade constitucional”, Parker propõe uma abordagem pouco convencional: recorrer à literatura. Em “*Here, the People Rule*”, ele inicia sua crítica com uma análise do conto *Mario e o Mágico*, de Thomas Mann, usando a história como um “espelho” da cultura jurídica. A escolha não é aleatória: o conto explora o fascínio coletivo por figuras de autoridade e o apagamento simbólico da vontade individual, evocando o medo difuso da energia popular desorganizada. Parker convida o leitor a examinar como essa sensibilidade – marcada por desconfiança em relação à energia caótica do povo – estrutura o discurso constitucional contemporâneo. Mais do que provar uma tese, ele busca provocar um desconforto interpretativo: por que imaginamos o povo como ameaça e não como sujeito da constituição? Sua proposta é inverter essa lógica simbólica e retomar o valor político das maiorias. Cf. PARKER, Richard D. “*Here, The People Rule*”: A Constitutional Populist Manifesto. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 9-14.

Do ponto de vista simbólico, Parker argumenta que esse padrão argumentativo imagina o povo como fonte de constante risco, e não como sujeito político autônomo⁶⁴. Para essa visão, os cidadãos constituem uma massa volúvel, movida por impulsos, suscetível à manipulação ideológica e propensa ao erro. As instituições judiciais, por contraste, assumem a posição de “guardiões” da racionalidade, da ordem e da contenção. Essa imagem se projeta em especial sobre a forma como se concebe o papel dos tribunais. No discurso comum, eles aparecem como instâncias que protegem indivíduos e minorias contra a “força bruta” das majorias. A ideia de controle judicial se consolida quase como expressão de um gesto civilizatório. Esse gesto parte da ideia de que as paixões coletivas precisam ser domadas e que a política precisa de filtros e de vigilância:

Quando justificamos a autoridade dos juízes para cumprir a missão imaginada do direito constitucional – e, nesse processo, anular decisões de agentes políticos –, recorremos à ideia da suposta superioridade da deliberação judicial. E, mais uma vez, essa justificativa normalmente se apoia no vocabulário antipopular. Seja por formação ou aculturação, por estabilidade no cargo ou pela maneira como o processo judicial molda as questões, dizemos que os juízes estão protegidos das pressões da política ordinária. Eles seriam capazes de transcender a política comum. Por sua qualidade intelectual e temperamento, poderiam se colocar em oposição direta a ela. Quando os atores políticos são movidos pela emoção, os juízes seriam razoáveis; quando os políticos agem por interesse próprio, os juízes seriam guiados pelo interesse público. Seriam capazes de expressar o “juízo ponderado”, a “reflexão madura”. Representariam o nosso “eu melhor”. Justamente por serem tão superiores aos atores políticos, afirmamos que os juízes estão particularmente bem posicionados para conter ou domar a tendência vulgar e ameaçadora da energia política comum, por meio da interpretação e aplicação da Constituição.⁶⁵

Parker observa que esse imaginário não decorre tão só de argumentos racionais; deriva em especial de atitudes afetivas e hábitos de pensamento enraizados na cultura jurídica. A oposição simbólica entre povo e razão, maioria e justiça, política e direito se apresenta como uma narrativa que orienta a interpretação constitucional. Na visão de Parker, trata-se de uma sensibilidade inevitavelmente preconceituosa: o povo aparece como força que ameaça os valores

⁶⁴ “[As] restrições constitucionais ao poder público em uma democracia têm como objetivo conter ou domar a energia política popular, em vez de cultivá-la, estimulá-la e canalizá-la”. Tradução livre. No original: “[The] constitutional constraints on public power in a democracy are meant to contain or tame the exertion of popular political energy rather than to nurture, galvanize, and release it”. *Ibidem*, p. 3.

⁶⁵ Tradução livre. No original: “When we justify the authority of judges to pursue the imagined mission of constitutional law-and, in the process, to overturn decisions by political actors-we talk in terms of the supposedly superior quality of judicial decisionmaking. And, again, those terms typically are drawn from the Anti Populist lexicon. Whether because of training or acculturation, tenure in office or a shaping of issues by the judicial process, judges, we say, are insulated from the pressures of ordinary politics. They can transcend ordinary politics. By dint of their quality of mind and temperament, they can oppose it diametrically. When political actors are emotional, they can be reasonable; when political actors are self-regarding, they can be public-spirited. They can speak the ‘sober second thought.’ They can represent our ‘better’ selves. Because judges can be so very superior to political actors, they are well suited, we profess, to contain or tame the lowly, threatening tendency of ordinary political energy through interpretation and application of the Constitution”. *Ibidem*, p. 71-72.

constitucionais, enquanto o direito é tratado como o instrumento que assegura sua preservação.

Essa construção simbólica se manifesta visivelmente na própria linguagem constitucional. As metáforas de contenção e de defesa são recorrentes; o direito constitucional se apresenta como uma *muralha* que impede abusos⁶⁶. Ao mesmo tempo, a participação popular se associa à ideia de instabilidade. Essa sensibilidade define quem se considera capaz de falar em nome da constituição, quem merece confiança política e quem deve ser vigiado. Para Parker, portanto, o núcleo simbólico do problema contramajoritário está na recusa em imaginar o povo como fonte legítima de autoridade constitucional⁶⁷. Essa recusa estrutura uma gramática que privilegia a abstração, a tecnicidade e o distanciamento.

Em expressão já clássica, Unger chama esse fenômeno de “pequeno segredo sujo” (“*dirty little secret*”) do direito⁶⁸. Segundo ele, há um padrão recorrente na cultura jurídica que tende a desconfiar das escolhas feitas pela democracia. Essa desconfiança se manifesta de diversas formas: juízes e juristas vêem como sua principal função impor limites à vontade da maioria, e não ao poder de *minorias* influentes. Cresce a valorização de mecanismos que restringem a atuação democrática. Propostas que ampliam a participação popular são tratadas como ameaças a direitos fundamentais, e se espera que o Judiciário promova avanços que a política tradicional, sozinha, não consegue produzir. Esse quadro sugere mais do que uma escolha política. Indica, na verdade, uma postura simbólica: a defesa de arquiteturas contramajoritárias reflete uma visão paternalista, que atribui aos juristas o papel de proteger a sociedade contra os riscos que ela própria se aflige.

Essa crítica se assemelha à percepção de Nino, quando argumenta que o constitucionalismo pressupõe “un elitismo epistémico inaceptable, pues presuponen que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas”. O argentino afirma ainda que esse modelo exclui os juízes do “proceso de discusión pública con todos los interesados y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública”⁶⁹. É isso que leva Sandalow a dizer que a desconfiança da política pressuposta pelo direito constitucional “não se baseia em deficiências do processo político [...] mas sim em um desacordo com os resultados substantivos que o processo político produz”⁷⁰.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 88-89.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso, 1996, p. 72-73.

⁶⁹ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013, p. 685.

⁷⁰ Tradução livre. No original: “[...] rests not on deficiencies in the political process [...] but rather on a disagreement with the substantive results that the political process yields”. SANDALOW, Terrance. The Distrust of Politics. *University of Michigan Law School*, v. 56, jan. 1981, p. 446.

No limite, o controle de constitucionalidade é legitimado pela crença de que o Judiciário está mais bem posicionado para corrigir e direcionar os rumos da deliberação democrática.

De todo modo, a despeito do que já foi exposto até aqui, é necessário reconhecer um ponto de mitigação da crítica: mesmo em regimes democráticos, a vontade majoritária não é o *único* fundamento para o exercício da autoridade política. Essa afirmação conta com um caráter tanto empírico quanto normativo. Na vida prática, decisões de grande relevância para a coletividade são tomadas por autoridades que não têm respaldo da maioria. Mais do que isso, em muitos casos, essa ausência de vinculação democrática não é apenas uma “realidade inoportuna” que deveria ser corrigida; é algo democraticamente desejável.

Holst e Molander justificam essa “delegação epistêmica” pela necessidade da expertise em sociedades complexas, o que torna legítima a delegação de autoridade a especialistas: “o governo dos muitos deve ter qualidades que contribuam para a melhoria das decisões (isto é, para tornar os resultados melhores segundo alguns critérios independentes dos procedimentos)”⁷¹. Decisões públicas também exigem uma dimensão de qualidade, e isso depende do conhecimento especializado dos seus responsáveis. No mundo real, o processo de escolhas públicas demanda competências que a maioria da população não detém. Como dizem os autores, “é razoável supor que especialistas, quando utilizam métodos científicos bem estabelecidos e seguem as regras do raciocínio científico, estejam menos propensos a cometer erros do que pessoas leigas”⁷².

Se o diagnóstico é correto, então a objeção democrática ao controle de constitucionalidade parece perder força. Nem tudo está sujeito ao controle imediato das maiorias, e nem por isso se adota um tom cético em relação a essas instituições. O fato de que uma decisão não decorre diretamente do voto popular pode torná-la suspeita; mas, como a democracia também depende de especialistas, isso pode ser contornado por uma justificativa de igual peso, fundada na necessidade de conhecimentos técnicos para a realização de escolhas públicas adequadas.

Um bom exemplo são os bancos centrais. Em diversas democracias, a gestão da política monetária é atribuída a instituições cujos dirigentes não são eleitos pelo voto popular, e cujas decisões frequentemente contrariam preferências da maioria. Questões difíceis como elevação

⁷¹ Tradução livre. No original: “[...] the rule of the many must have qualities that contribute to improving decisions (i.e. making outcomes better according to some procedure-independent criteria)”. HOLST, Cathrine; MOLANDER, Anders. Epistemic democracy and the role of experts. *Contemporary Political Theory*, v. 18 n. 4, jan. 2019, p. 542.

⁷² Tradução livre. No original: “[...] it is reasonable to assume that experts, when they are using well-established scientific methods and follow the rules of scientific reasoning, are less prone to making errors than laypeople”. *Ibidem*, p. 553.

da taxa juros ou ajustes nas metas de inflação são impopulares por afetarem diretamente o emprego, o crédito e o consumo no curto prazo. Por esse motivo, seria inadequado submeter tais medidas à constante aprovação da população. Em certos momentos, decisões impopulares são necessárias porque a estabilidade econômica requer intervenções desconfortáveis. Se a política monetária estivesse totalmente vinculada à vontade popular, poderia se tornar refém de pressões eleitorais ou interesses circunstanciais, gerando graves prejuízos econômicos no médio e longo prazo. A autonomia desses órgãos é justificada por sua função técnica e *epistêmica*: tomam decisões baseadas em critérios razoavelmente objetivos, protegendo a economia contra oscilações e garantindo condições estáveis para o desenvolvimento.

Fenômeno semelhante ocorre nas agências reguladoras e nos órgãos administrativos. Tais instituições lidam com temas que exigem conhecimento técnico, como segurança sanitária e regulação ambiental. O nível de complexidade dessas áreas ultrapassa a capacidade de avaliação do cidadão médio e até mesmo dos representantes eleitos. Além disso, muitas decisões necessárias envolvem medidas que, embora essenciais, podem ser impopulares, como restrições ambientais ou regras sanitárias mais rigorosas. Vincular essas decisões à vontade da população ou ao calendário eleitoral poderia prejudicar a eficácia dessas políticas e expor a sociedade a riscos desnecessários. Por isso, delega-se a gestão dessas áreas a órgãos que operam com relativa independência do ciclo político. Esses órgãos são autorizados a elaborar normas, aplicar sanções e definir políticas específicas sem vínculo popular, desde que atuem dentro dos limites de sua expertise⁷³.

Além disso, institutos constitucionais como o bicameralismo, o federalismo e os quóruns qualificados costumam ser apresentados como desenhos para limitar os riscos associados à vontade majoritária. O Senado é um exemplo recorrente, pois nele cada estado-membro possui o mesmo número de representantes, independentemente de sua população. Embora esse tipo de representação contrarie a regra democrática básica de que cada voto deveria ter valor igual, prevalece a visão de que promove equilíbrio e moderação.

Para o que é mais importante para a investigação, percebe-se que o próprio Poder Judiciário é em grande medida um órgão técnico. Sua estrutura é funcionalmente voltada à *aplicação* do direito, e não à reprodução de preferências populares. Quer dizer, sua legitimidade decorre da promessa de decidir com base em normas jurídicas previamente existentes, e não de

⁷³ Um exemplo dessa dinâmica ocorreu durante a pandemia de *Covid-19*. Em diversos países, autoridades sanitárias adotaram medidas impopulares, como *lockdowns*, exigência do uso de máscaras e protocolos rigorosos de vacinação. Essas decisões frequentemente contrariaram parcelas significativas da opinião pública, mas foram justificadas pela necessidade de conter o avanço do vírus. Ficou evidente que a expertise, mesmo quando distante das preferências populares, foi fundamental para proteger a saúde pública e efetivamente salvar vidas.

atender ao “clamor popular”. Isso é evidente em áreas como o direito penal e o direito civil, nas quais a aplicação imparcial das normas é exatamente o que caracteriza um bom funcionamento institucional. Nesses campos, a vontade da maioria não é um bom critério para resolver conflitos jurídicos. Um réu não deve ser condenado porque a população deseja sua punição, mas porque há provas suficientes segundo os padrões jurídicos. Por outro lado, quando um juiz decide pela absolvição, mesmo sob intensa pressão social, ele está cumprindo fielmente sua função, independentemente do desejo popular. Esse tipo de atuação contramajoritária não representa qualquer anomalia; trata-se de uma garantia essencial de qualquer Estado de Direito.

O problema é quando se passa ao campo do direito constitucional. Se o *judicial review* pudesse ser compreendido como uma atividade técnica, a crítica contramajoritária perderia boa parte de sua força. Ainda que se argumentasse que tal atuação pode contrariar decisões tomadas democraticamente, seria possível replicar que isso é um preço desconfortável que se paga por uma autoridade pública que, como muitas outras, decide com base em sua expertise. Contudo, o problema interpretativo abordado adiante revela o contrário: a operacionalização do controle de constitucionalidade é muito mais controversa do que a imagem simples e idealizada de especialistas aplicando conhecimentos técnicos. Em muitos casos, envolve a mesma dimensão política e moral que predomina no processo democrático.

2.2 O PROBLEMA INTERPRETATIVO

“[J]uízes não são escolhidos por sua habilidade em construir grandes teorias, embora alguns deles sejam, de fato, muito habilidosos nisso. Quanto mais abstrato se torna o raciocínio, mais fácil é se afastar de premissas amplamente compartilhadas, sem reconhecer isso ou sequer perceber. [...] A história do pensamento moral e político está repleta de filósofos genuinamente brilhantes cujos grandes sistemas, construídos, segundo acreditavam, com base na descoberta de princípios verdadeiros, produziram respostas para questões mundanas da vida em sociedade que são irrealistas, repulsivas ou ambas as coisas.”

- Kent Greenawalt⁷⁴

Se a discussão sobre o problema contramajoritário tem uma bibliografia rica, cenário pior ronda o tema da interpretação constitucional. Embora bibliotecas inteiras já tenham sido

⁷⁴ Tradução livre. No original: “[...] judges are not selected for their adeptness at building grand theories, though some of them are very adept. The more abstract one becomes in one’s reasoning the easier it is to depart from commonly shared premises without acknowledging or even realizing it. [...]. The history of moral and political thought is full of genuinely great philosophers whose grand systems, built, they believed, on the discovery of true principles, yielded answers to mundane issues of social life that are unrealistic, abhorrent, or both”. GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest For the Fetters That Bind Judges. *Columbia Law Review*, v. 75, n. 2, mar. 1975, p. 397.

dedicadas aos princípios que orientam a interpretação jurídica, a controvérsia não diminui. No domínio constitucional, a impressão é que ela apenas se intensifica. Isso se deve, em geral, ao fato de que “o texto constitucional, para expressar os direitos, quase sempre é obrigado a se servir de conceitos indeterminados ou de expressões linguísticas incapazes de precisar os seus conteúdos”⁷⁵. Ou seja, o vocabulário constitucional tende a operar com termos vagos, cláusulas abertas e conceitos cuja interpretação exige reconstrução à luz de valores sociais e políticos. Termos como “igualdade”, “liberdade”, “vida”, “privacidade”, “segurança”, “dignidade”, “propriedade”, “justiça”, “honra”, “autonomia”, e “bem-estar” não contêm, em si mesmos, parâmetros claros de decisão. São categorias que demandam interpretações *valorativas*, mediadas por concepções de moral pública, de justiça e ideias concorrentes sobre o papel do Estado⁷⁶.

Nesse terreno se instala o desafio da interpretação constitucional. A noção de que o *judicial review* opera como instrumento técnico se mostra frágil: “[a]lguém pode aceitar que existam critérios e procedimentos para identificar a expertise científica e técnica, mas rejeitar a ideia de que existam especialistas quando se trata de questões políticas. As decisões políticas envolvem questões sobre o que é certo e o que é bom, e, como não há especialistas morais, também não pode haver expertise política”⁷⁷. Embora existam normas constitucionais cujo conteúdo é relativamente claro – e cujo descumprimento pode ser identificado com base em critérios razoavelmente objetivos –, esses casos não refletem o “dia-a-dia” dos casos constitucionais. A maioria das controvérsias gira em torno de disposições redigidas em linguagem abstrata, cujos significados são disputados. Marmor, por exemplo, sintetiza o problema assim:

[q]ualquer observador razoavelmente bem informado sobre os casos constitucionais dos [Estados Unidos] teria de admitir que a maioria das decisões constitucionais importantes da Suprema Corte é tomada com base em fundamentos (assim chamados) ideológicos. As convicções morais, políticas e, às vezes, até religiosas dos juizes tendem a influenciar – para não dizer determinar – o resultado de suas decisões em questões constitucionais, ainda que, é claro, essas convicções raramente apareçam nas justificativas públicas apresentadas. As razões sempre são formuladas em termos jurídicos e expressas da maneira mais legalista possível. No entanto, quando ouvimos o

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 39.

⁷⁶ “O texto constitucional tem características que apenas raramente são encontradas na legislação em geral. A principal delas é o estilo conciso e a ausência de detalhes, já mencionados. Essas características estão presentes mesmo em constituições detalhistas, como é o caso da brasileira. Embora o detalhismo da Constituição de 1988 afete algumas partes do seu texto, no geral, contudo, boa parte de seus dispositivos é semelhante àqueles encontrados em constituições de outros países”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021, p. 55.

⁷⁷ Tradução livre. No original: “Someone may accept that there are criteria and procedures for identifying scientific and technical expertise but reject the idea that there are experts when it comes to political questions. Political decisions involve questions about what is right and what is good, and since there are no moral experts, there can be no political expertise”. HOLST, Cathrine; MOLANDER, Anders. *Epistemic democracy and the role of experts...* *op. cit.*, p. 549.

resultado dos casos constitucionais, raramente somos surpreendidos.⁷⁸

Não é o caso de desenvolver uma teoria inédita que pretendesse resolver o impasse interpretativo. Mesmo que isso fosse possível – o que já é, por si só, controverso –, extrapolaria os limites de uma dissertação. O que se busca é evidenciar que, de maneira geral, mesmo os defensores mais convictos do *judicial review* reconhecem que o direito constitucional é atravessado por um alto grau de indeterminação. Hoje, já não há espaço para ingenuidades. Ninguém sustenta seriamente que os casos constitucionais se resolvam pela simples leitura do texto constitucional.

Diante disso, autores como Dworkin elaboraram complexas teorias hermenêuticas, tentando oferecer justificativas para a complexidade inerente à aplicação dos preceitos constitucionais. Embora essas tentativas tenham inegável importância teórica, a própria necessidade de tais construções já revela a extensão do problema. Se o direito constitucional exige operações interpretativas tão difíceis, é legítimo, ao menos, adotar uma postura cética: e se não houver respostas razoavelmente objetivas, por que motivo aceitar o controle de constitucionalidade?

Segundo Friedman, ao longo do século XX, críticas à atuação judicial foram moldadas por duas mudanças na forma como se compreendia a interpretação constitucional⁷⁹. São as “sementes” do problema interpretativo. A primeira foi o reconhecimento, influenciado pelo período da *Era Lochner*, de que decisões judiciais refletem preferências *pessoais* dos juízes, e não interpretações *neutras* da constituição. Mesmo os críticos mais moderados apontavam que o texto constitucional era um disfarce para justificar escolhas individuais. A segunda mudança foi a percepção de que a constituição, na prática, é maleável o suficiente para acomodar essas preferências. Esse diagnóstico foi fundamental para a crítica antiformalista e serviu de base para o desenvolvimento do movimento realista no direito norte-americano. Dada sua importância na formulação do problema contramajoritário, vale a pena apresentar uma breve síntese das críticas formuladas por essa escola⁸⁰.

⁷⁸ Tradução livre. No original: “Any reasonably informed observer of U.S. constitutional cases would have to admit that most of the important constitutional decisions of the Supreme Court are reached on (so-called) ideological grounds. The justices’ moral, political, sometimes even religious, convictions tend to influence, not to say determine, the outcome of their decisions on constitutional matters, though, of course, rarely the public reasons given for them. The reasons are always cast in legal terms and phrased as legalistically as possible. But when we hear the outcome of constitutional cases, we are very rarely surprised”. MARMOR, Andrei. *Randomized Judicial Review*. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (orgs.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. New York: Springer: 2016. Cap. 2, p. 13-14.

⁷⁹ FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics...* *op. cit.*, p. 1011.

⁸⁰ “[E]l surgimiento del problema está igualmente ligado al peculiar desarrollo de la cultura jurídica norteamericana, en el que destaca sobre todo la aparición, durante la primera mitad del siglo XX, de la corriente de pensamiento a la que se denomina ‘realismo jurídico’, cuya devastadora influencia alejó para siempre la ilusión de la

Os realistas jurídicos norte-americanos foram rápidos ao denunciar as ilusões de neutralidade na aplicação do direito⁸¹. Na linha de decisões controversas como *Lochner*, alguns autores passaram a explorar as limitações da visão do direito como um sistema de normas fixas e objetivas⁸². Frank, por exemplo, argumenta que essa abordagem ignora a dimensão *humana* do processo de interpretação e aplicação do direito; por isso, oferece uma compreensão distorcida de como os tribunais *realmente* funcionam⁸³. Ele direciona seu ataque ao ensino jurídico, acusando-o de condicionar estudantes a imaginar que o direito se resume à mera aplicação de normas. Para ele, esse modelo pedagógico negligenciaria fatores essenciais para a prática jurídica, como a interpretação dos fatos, a intuição e os vieses pessoais dos julgadores⁸⁴. A consequência seria a formação de profissionais incapazes de lidar com a real complexidade das decisões, ainda presos à ideia ingênua de que basta encontrar a regra aplicável para resolver qualquer controvérsia. Como Leiter resume, “[o] que os juízes realmente fazem, segundo os realistas, é decidir os casos conforme a forma como os fatos lhes parecem, e não porque as regras jurídicas exijam determinados resultados; os juízes são, em grande parte, mais ‘sensíveis aos fatos’ do que ‘sensíveis às regras’ ao tomarem decisões”⁸⁵.

completa objetividad del derecho y de la total neutralidad e imparcialidad de los jueces encargados de aplicarlo”. ALCALÁ, Diego Moreno Rodríguez. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica... op. cit.*, p. 26.

⁸¹ O realismo jurídico é um campo heterogêneo, formado por diferentes correntes teóricas. Os principais exemplos são o realismo norte-americano do início do século XX (Oliver Wendell Holmes Jr., Karl Llewellyn, Jerome Frank, *etc.*), o realismo escandinavo (Alf Ross, Karl Olivecrona, Axel Hägerström, *etc.*), o realismo genovês (Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni, *etc.*) e, em certa medida, os *Critical Legal Studies* (Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Kelman, *etc.*) – embora, quanto a este último, alguns autores defendam que não haja tanta afinidade. Apesar das distinções metodológicas entre essas correntes, que podem ser grandes, todas compartilham uma orientação comum: o ceticismo em relação ao formalismo jurídico e à neutralidade da aplicação do direito. Para maiores informações, cf. TARELLO, Giovanni. *El realismo jurídico americano*. Trad. de Marcelo Troncoso. Lima: Palestra Editores, 2017; BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos*. Trad. de Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 231-242; 277-297; 324-325.

⁸² “Los realistas sostenían que el derecho se encuentra esencialmente indeterminado, tanto porque las razones jurídicas disponibles no justifican una decisión unívoca como porque las razones jurídicas no son suficientes para explicar, desde el punto de vista causal, por qué los jueces deciden de una determinada manera. Esta indeterminación del derecho se pondría de manifiesto especialmente en la existencia de cánones de interpretación, que podrían ofrecer resultados en conflicto pero ser igualmente legítimos, con lo que frente a una misma regla podría justificarse más de una interpretación diferente. Los tribunales, a partir de distintos cánones de interpretación, podrían extraer diferentes normas de un mismo texto o precedente, y todas ellas serían igualmente legítimas [...]. Pero además los realistas sostenían que el derecho sería indeterminado desde un punto de vista causal, porque los jueces en el momento de decidir se verían más influenciados por las circunstancias particulares del caso individual a resolver, por su propia psicología e idiosincrasia o por cuestiones de presión social o política, que por las normas aplicables al caso”. ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31.

⁸³ FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, n. 1, nov. 1931, p. 17-18.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Tradução livre. No original: “What judges really do, according to the realists, is decide cases according to how the facts of the cases strike them, and not because legal rules require particular results; judges are largely ‘fact-responsive’ rather than ‘rule-responsive’ in reaching decisions”. LEITER, Brian. American Legal Realism. In:

Em suas críticas, Frank examina os momentos em que a subjetividade permeia a atividade judicial⁸⁶. Primeiro, ressalta que as próprias normas jurídicas são ambíguas, ou até mesmo contraditórias, exigindo dos juízes um trabalho que ultrapassa qualquer concepção de “aplicação automática”. Segundo, observa que a determinação dos fatos nos processos judiciais raramente é uma operação neutra, pois envolve a avaliação de provas conflitantes e depende fortemente de crenças e expectativas do julgador⁸⁷. Terceiro, Frank sublinha que as decisões judiciais são influenciadas pelas experiências de vida, emoções e preconceitos pessoais dos juízes, o que torna ilusória a tentativa de separar a aplicação da lei da subjetividade individual.

A crítica de Frank vai além da denúncia de uma prática judicial “contaminada” por fatores extrajurídicos⁸⁸. Para ele, essa percepção simples daria a entender que esses elementos podem ser expurgados. Na verdade, desafia a própria crença de que as normas seriam os principais *determinantes* das decisões judiciais. Em sua visão, na maior parte dos casos as normas jurídicas funcionam como justificativas *ex post*, usadas para legitimar decisões já formadas sob influência de elementos como experiência social ou expectativas culturais.

Como Frank sugere, juízes raramente se sentem obrigados a aplicar uma lei da qual realmente discordam. Para ilustrar essa tese, apresenta exemplos de áreas tradicionalmente consideradas “técnicas” e “objetivas”, como o direito comercial. Ele mostra que, mesmo nesses campos, juízes moldam suas decisões com base em percepções subjetivas, e não apenas a partir da aplicação das normas jurídicas. Mesmo em disputas envolvendo notas promissórias ou registros de propriedade, por exemplo, Frank observa que questões de fato quase sempre são introduzidas e exigem do juiz uma avaliação da prova. Esse processo depende da forma como o magistrado compreende os depoimentos, interpreta os gestos, julga a credibilidade das partes

PATTERSON, Dennis (org.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010. Cap. 15, p. 249.

⁸⁶ FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings... *op. cit.*, p. 22.

⁸⁷ Como Marinoni deixa claro, a visão tradicional do controle de constitucionalidade é avessa à discussão fática. Mas há um bom tempo o processualista chama atenção ao fato de que isso pode resultar em uma compreensão míope do juízo de constitucionalidade: “Quando um feto tem vida? A pornografia causa violência? A marcha de nazistas em Skokie incitaria a violência? A ‘diversidade’ pode produzir melhores oportunidades educacionais? [...] A percepção de que os fatos têm relevância para o resultado-interpretação, devendo ser considerados no *iter* do raciocínio interpretativo, tem grande importância para a teoria do processo constitucional. Ajuda a identificar essa relevância a diferença entre os juízos constitucionais feitos diante de fatos de distinta natureza, como, por exemplo, dos fatos científicos – esclarecidos, ainda em discussão na comunidade científica e reconhecidos como inesclarecíveis em determinado momento histórico – e dos fatos relacionados a desacordos morais razoáveis. A especial natureza destes fatos favorece a percepção de que a Corte pode decidir precipitadamente ao não considerar a importância da discussão popular”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* *op. cit.*, p. 685-686.

⁸⁸ FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings... *op. cit.*, p. 22-23.

e até de seu estado físico e emocional no momento do julgamento⁸⁹. Ele menciona ainda episódios concretos em que, mesmo diante de provas idênticas, decisões divergentes foram tomadas por magistrados distintos. Com isso, demonstra que a ideia de uma aplicação automática das regras é insustentável até mesmo nos chamados ramos “técnicos” do direito. A subjetividade, segundo ele, é inevitável, e quanto mais se tenta escondê-la sob o verniz das doutrinas jurídicas, mais se obscurece o real funcionamento das instituições.

Essa formulação conduz Frank a propor inclusive mudanças no ensino jurídico. Como ele diz, “[o] que se diria de uma escola de engenharia onde os alunos aprendessem pouco ou nada sobre atrito ou pressão do vento? Tais obstáculos à engenharia podem ser indesejáveis do ponto de vista ideal – mas isso significa que devem ser considerados ‘patológicos’ e, portanto, ignorados?”. Mais, “[o] que pensar de um livro de engenharia que relegasse todos os fatos incômodos às notas de rodapé, sob o argumento de que seriam ‘anormais’?”⁹⁰. Portanto, em vez de formar juristas para buscar respostas seguras em compêndios legislativos, as faculdades de direito deveriam preparar seus alunos para enfrentar a incerteza e reconhecer a inevitabilidade da subjetividade judicial. Para ele, aceitar a natureza humana dos julgadores não é um sinal de ceticismo destrutivo, mas um requisito para a compreensão e a melhoria do sistema jurídico.

No direito constitucional, as inquietações realistas encontraram solo ainda mais fértil⁹¹. Em vez de considerar a prática constitucional como um limite ao poder estatal, como sugere a leitura tradicional, os realistas passaram a vê-la como arena onde se projetam disputas políticas, econômicas e ideológicas⁹². Como observa Belz, a pretensão de universalidade e imparciali-

⁸⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁰ Tradução livre. No original: “What would be said of an engineering school where the students learned little or nothing about friction or wind pressure? Such obstacles to engineering are deplorable from an ideal point of view. But are they called ‘pathological’ and therefore overlooked? What would be thought of an engineering text-book which shoved into the foot-notes all unpleasant facts on the ground that they were ‘abnormal’?”. *Ibidem*, p. 34.

⁹¹ LEITER, Brian. American Legal Realism... *op. cit.*, p. 260.

⁹² “Não há nada inerente à linguagem que aponte a um resultado particular. Em todo caso o juiz *poderia* proferir toda uma série de decisões que estariam corretas do ponto de vista formal, do cânone do raciocínio e da argumentação judicial. É claro, significados compartilhados, expectativas da comunidade, costumes profissionais e tudo o mais fazem com que uma decisão em particular pareça inevitável (embora isso ocorra com uma frequência menor do que as pessoas pensam). Mas, mesmo nesses casos, não é que as palavras na regra que formam a decisão, mas todo um conjunto de fatores cujo elemento mais importante é de que eles são qualquer coisa menos universais, racionais ou objetivos. Regras jurídicas são tidas não apenas como determinadas (afinal, decisões baseadas em preconceitos raciais são perfeitamente determinadas), mas como se produzissem a determinação por meio de um método interpretativo particular. Acontece que esse método de interpretação, por si só, já produz resultados indeterminados e não pode ser suficientemente melhorado a ponto de produzir resultados definitivos sem que se subverta suas supostas qualidades de objetividade e neutralidade moral e política”. BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos...* *op. cit.*, nota de rodapé 837.

dade, típica da tradição constitucional, revelou-se para os realistas um instrumento de manutenção da ordem social⁹³. Para eles, o direito constitucional não seria a expressão formal de princípios superiores, mas um processo político dinâmico que reflete com mais fidelidade a ação e a vontade de grupos dominantes. Belz destaca que, na visão realista, a constituição não nasce da adesão a ideias filosóficas, mas da necessidade de assegurar relações de propriedade e preservar a estrutura de poder⁹⁴. A constituição seria, em última análise, um arranjo político destinado a organizar o poder segundo critérios historicamente contingentes.

Veja-se mais uma vez o exemplo de *Lochner*. Pela ótica formalista, os juízes estariam apenas aplicando a doutrina da liberdade contratual a um caso concreto, como quem realiza uma simples subsunção. Mas, para os realistas, essa é uma leitura completamente ingênua. Primeiro, porque é controvertido que a Constituição norte-americana tenha incorporado a liberdade contratual da forma como exposta em *Lochner*. Segundo, porque, mesmo que o tenha feito, não há uma definição constitucional do que essa liberdade abrange, nem se ela deve ceder diante de valores igualmente relevantes – com a mesma precedência constitucional –, como igualdade ou segurança social. Terceiro, porque mesmo que todas essas premissas fossem verdadeiras, não existe uma ligação lógica *necessária* entre esse princípio abstrato e sua aplicação a uma situação específica. Ainda que tais princípios existam, entre um nível e outro, há sempre uma *escolha*, que é marcada por juízos de valor e visões sobre o papel do Estado. No caso de *Lochner*, prevaleceu a *laissez-faire*, mas essa claramente não era a única escolha possível.

Ao problematizarem a função do Judiciário, os realistas denunciaram a transformação do controle de constitucionalidade em mecanismo de *supressão* da vontade popular. A crítica ganhou força diante da constatação de que as cortes exerciam, de forma recorrente, um “poder legislativo de fato”, sobretudo por interpretar cláusulas vagas quase sempre conforme seus próprios critérios. A prática da supremacia judicial seria, para esses autores, uma forma de *despolitização* do conflito social, de modo a deslocar decisões substantivas do espaço democrático para a linguagem constitucional. Como registra Belz, os tribunais apareciam aos olhos dos críticos como uma instituição “toda-poderosa” e incontrolável, que respondia apenas aos imperativos da classe dominante⁹⁵. Numa passagem original, Frank deixa isso claro:

As togas e esse jargão de tribunal simbolizam a noção de que os tribunais devem sempre preservar os costumes antigos; de que o passado é sagrado e a mudança, im-

⁹³ BELZ, Herman. The Realist Critique of Constitutionalism in the Era of Reform. *The American Journal of Legal History*, v. 15, n. 4, out. 1971, p. 290.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 292.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 290.

piedosa. De acordo com essa ideia, aquilo que se fez até aqui deve estar certo; melhorias e experimentações são sempre imprudentes; o povo jamais deve profanar os costumes e instituições herdadas com tentativas de modificação. Enquanto essa visão predominava, os tribunais tendiam a reprovar o trabalho dos legisladores. Em inúmeras decisões, os juízes fizeram o possível para enfraquecer novas leis, encarando-as com um desprezo mal disfarçado, como algo estranho à *Common Law* e, presumivelmente, equivocado. Essa postura era antidemocrática. Nossos legisladores, eleitos por períodos relativamente curtos, refletem as opiniões populares. O legislativo é, por excelência, o instrumento da democracia. [...] Infelizmente, porém, ainda há juízes demais que resistem à legislação. O “toguismo” ainda está bastante presente entre nós.⁹⁶

Para o que realmente importa ao trabalho, basta dizer que o problema identificado pelos realistas era duplo. Primeiro, havia o diagnóstico de que a constituição, em sua origem e em sua aplicação, funcionava como instrumento de estabilização de hierarquias econômicas e políticas. Segundo, havia a constatação de que o Poder Judiciário, apropriando-se do papel de intérprete natural da constituição, minava a soberania popular e institucionalizava uma forma de governo não eleito e irresponsabilizável, e o faziam por meio da linguagem constitucional. Em vista disso, Frank ironiza que, provavelmente, John Marshall estaria aplicando uma constituição distinta daquela lida por Roger Taney, Morrison Waite ou Stephen Field⁹⁷. Mas, se forem o mesmo texto, como se espera que seja, a única explicação plausível é que “a concepção que um juiz tem dessas políticas reflete, em maior ou menor grau, sua visão social, econômica e política – a qual, por sua vez, geralmente deriva de sua formação, de suas relações sociais e do ambiente em que está inserido”⁹⁸. Essa combinação fazia com que o constitucionalismo, longe de ser uma garantia de liberdade, funcionasse como obstáculo à ação democrática⁹⁹.

A tradição cética ganhou novo impulso com o movimento dos *Critical Legal Studies*

⁹⁶ Tradução livre. No original: “Robes and such court-house verbiage symbolize the notion that courts must always preserve the ancient ways; that the past is sacred, and change impious. According to this notion, what has heretofore been done must be right; improvements, and experimentation in novelties are always unwise; the populace must never profanely seek to modify inherited customs and institutions. While this idea prevailed, the courts tended to frown upon the work of the legislatures. In innumerable decisions, the judges did what they could to whittle down new statutes, regarding them with ill-concealed contempt as alien to the Common Law and presumptively wrong. This attitude was anti-democratic. For our legislators, elected for relatively short terms, reflect popular views. The legislature is, par excellence, the democratic instrument. [...] Unfortunately, however, too many judges still resent legislation. Robe-ism is still too much with us”. FRANK, Jerome. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Jurisprudence*. Princeton: Princeton University Press, 1950, p. 254.

⁹⁷ A ironia de Frank está no fato de que esses *Justices*, no exercício do cargo, adotaram concepções bastante controversas sobre a Constituição norte-americana, cada qual a seu modo. Taney, por exemplo, foi o relator do caso *Dred Scott v. Sandford* (cf. nota de rodapé 12). Waite era o *Chief Justice* durante o julgamento dos *Civil Rights Cases* (cf. nota de rodapé 12). Já Field é considerado um dos pais da doutrina da liberdade contratual supostamente implícita na cláusula do “devido processo” da Décima Quarta Emenda, posição que serviu de base para decisões posteriores contrárias à legislação trabalhista e de proteção social, como *Lochner*. *Ibidem*, p. 147.

⁹⁸ Tradução livre. No original: “a judge’s conception of such policies responds more or less to his social, economic and political outlook, which usually derives from his education, his social affiliations, his social environment”. *Ibidem*, p. 148.

⁹⁹ BELZ, Herman. The Realist Critique of Constitutionalism in the Era of Reform... *op. cit.*, p. 302.

[“*Estudos jurídicos críticos*”]¹⁰⁰. Os teóricos do *CLS* – também chamados de *crits* – defenderam a ideia de que direito é uma prática social ideologicamente *engajada*; que, como tal, não paira acima das demais esferas da vida social como uma construção apartada. Tushnet, por exemplo, diz que “[d]e modo geral e no médio a longo prazo, os tribunais fazem parte da coalizão governante de uma sociedade. Compreender o trabalho dos tribunais, portanto, exige que o analisemos sob uma perspectiva política”¹⁰¹. Ou, como registra Kennedy, um dos principais nomes do movimento, sua “finalidade principal é desconstruir a ideia de que o argumento jurídico é autônomo em relação ao discurso moral, econômico e político em geral”¹⁰². A partir da intersecção com correntes críticas como o marxismo, a sociologia da Escola de Frankfurt e os primeiros debates sobre raça, gênero e colonialismo, os *crits* desenvolveram a tese da indeterminação *estrutural* do direito.

De acordo com Binder, o *CLS* defendia que “[a] aplicação judicial de um regime de direitos liberais envolve discricionariedade política; nunca poderá ser a mera formalidade exigida pelo ideal liberal do Estado de Direito. O significado e a validade dos direitos estarão sempre sujeitos a novas disputas políticas”¹⁰³. Segundo essa percepção, a abertura interpretativa não constituiria uma falha periférica do sistema jurídico, mas uma característica das sociedades liberais. O que é mais relevante, os *crits* destacaram que o direito oferece ao intérprete um repertório de fontes *contraditórias* entre si, permitindo que ele mobilize disposições jurídicas de modo a reiterar suas concepções ideológicas de fundo: “os elementos discricionários envolvidos na escolha da norma a ser imposta são obscurecidos pelo processo de justificação, que faz surgir uma regra como se tirada da cartola da política, do precedente, do texto constitucional ou de alguma outra fonte do direito”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Segundo Tushnet, o *Critical Legal Studies* é um movimento surgido no interior da academia jurídica, formado por um grupo de professores assumidamente alinhados à esquerda. Cf. TUSHNET, Mark V. *Critical Legal Studies: A Political History*. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 5, mar. 1991, p. 1516. É importante registrar, contudo, que essa identificação deve ser compreendida dentro da tradição política norte-americana, em que o espectro da “esquerda” costuma abarcar posições mais moderadas do que aquelas associadas ao termo em contextos como o brasileiro.

¹⁰¹ Tradução livre. No original: “In general and over the medium to long run, courts are part of a society’s governing coalition. Understanding the work of the courts therefore requires that we give it a political analysis”. TUSHNET, Mark V. *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. viii.

¹⁰² Tradução livre. No original: “The ultimate goal is to break down the sense that legal argument is autonomous from moral, economic, and political discourse in general”. KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, jun. 1976, p. 1724.

¹⁰³ Tradução livre. No original: “Judicial application of a liberal rights regime involves political discretion; it can never be the mere formality demanded by the liberal ideal of the rule of law. The meaning and validity of rights will always be subject to further political contestation”. BINDER, Guyora. *Critical Legal Studies*. In: PATTERSON, Dennis (org.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010. Cap. 16, p. 268.

¹⁰⁴ Tradução livre. No original: “[...] the discretionary elements in the choice of a norm to impose are obscured by

No campo constitucional, essa indeterminação é ainda mais evidente. Kennedy, por exemplo, diz que “[a]s pessoas parecem acreditar que faz sentido falar sobre, e se identificar com, um Povo mítico e transtemporal, de modo que sentem que o texto da Constituição é uma emanção de uma totalidade da qual participam de uma forma que, de alguma maneira, simultaneamente as obriga e as enobrece”¹⁰⁵. Textos constitucionais recorrem a categorias morais, formuladas em processos históricos de compromisso político e negociação. Por tabela, é evidente que a definição dos fatos relevantes, a seleção dos *standards* jurídicos aplicáveis e o balanceamento dos interesses em jogo envolvem escolhas que não decorrem apenas do texto. Se as coisas são assim, o que diferencia o direito constitucional da política em seu estado puro?

Portanto, o *CLS* concebe a indeterminação como um elemento *funcional* do direito: “o direito tem sido (como um fato histórico, e não como uma necessidade lógica) [...] uma tentativa de mistificar tanto os dominadores quanto os dominados, convencendo-os da ‘naturalidade’, da ‘liberdade’ e da ‘racionalidade’ de uma condição de servidão”¹⁰⁶. Essa estrutura permite ao sistema jurídico preservar a ordem social sem desestabilizar as bases políticas e econômicas da sociedade. A maleabilidade do discurso jurídico e a fluidez dos princípios constitucionais funcionariam como ferramentas para acomodar conflitos sem ruptura.

É a partir dessa visão que autores como Unger sustentam que o direito, em vez de promover transformações, como parece querer a linguagem constitucional, atua como mecanismo de *adaptação controlada*, absorvendo demandas dentro de limites seguros para a ordem política. Segundo ele, o raciocínio jurídico “se converte em uma terapia aversiva para os males das democracias industriais – esforçando-se por moderar a desvantagem e a exclusão, mas sendo impedida, por seu método e sua visão, de identificar ou enfrentar as origens desses males nas estruturas da sociedade”¹⁰⁷. Ou seja, decidir questões constitucionais significa intervir ativamente nas disputas políticas que configuram o espaço público – com o diferencial de se revestir

the process of justification that pops a rule out of the hat of policy, precedent, the text of the Constitution, or some other source of law”. KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication... *op. cit.*, p. 1708.

¹⁰⁵ Tradução livre. No original: “People seem to believe it is meaningful to talk about, and to identify with a trans-temporal mythic People, so that they feel that the text of the Constitution is an emanation of a totality in which they participate in a way that somehow simultaneously binds and ennoble them”. KENNEDY, Duncan. American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist. *Nova Law Review*, v. 19, n. 3, 1995, p. 916.

¹⁰⁶ Tradução livre. No original: “[...] it has been (as a matter of historical fact rather than of logical necessity) [...] an attempt to mystify both dominators and dominated by convincing them of the ‘naturalness,’ the ‘freedom’ and the ‘rationality’ of a condition of bondage”. KENNEDY, Duncan. The Structure of Blackstone’s Commentaries. *Buffalo Law Review*, v. 28, n. 2, abr. 1979, p. 210.

¹⁰⁷ Tradução livre. No original: “[...] becomes an aversive therapy for the ills of industrial democracies, striving to moderate disadvantage and exclusion, yet prevented by its method and vision from identifying or addressing the sources of these evils in the arrangements of society”. UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?...* *op. cit.*, p. 82.

de linguagem técnica, inacessível à maioria da população.

É por isso que o *judicial review* adquire, à luz de tal ceticismo, um perfil problemático. Delegar aos tribunais a autoridade final para definir o sentido da constituição equivaleria a transferir escolhas políticas para órgãos compostos por intérpretes cujas experiências e crenças influenciam o conteúdo das decisões. A ausência de respostas determináveis conferiria ampla margem aos julgadores, que exercem discricionariedade sob a forma da mera interpretação constitucional. O problema, como defende Tushnet, é que dentro de uma mesma orientação interpretativa há margem suficiente para justificar conclusões opostas: “os juízes parecem escolher as teorias que os levam para onde já querem ir, e abandonam uma teoria rapidamente se ela parece levá-los a conclusões inaceitáveis”¹⁰⁸. Desse modo, a crítica do *CLS* evidencia que a característica contramajoritária não se limita à anulação de atos legislativos; ela implica a atribuição de poder sobre temas fundamentais a instituições que, embora revestidas da linguagem da “legalidade” ou da “constitucionalidade”, produzem escolhas de natureza eminentemente política. Mais uma vez, nas palavras de Kennedy:

O constitucionalismo tem sido um elemento constitutivo de nossa cultura política, não como uma forma de autodeterminação coletiva, mas como um dos discursos através dos quais os atores buscam realizar seus projetos políticos e éticos. Esses projetos podem ser bons ou maus, dependendo de quem os conduz e dos objetivos que perseguem. Diferentes discursos, diferentes culturas – essa precisa ser a nossa máxima assim que perdemos a fé na possibilidade de uma linguagem transparente. De maneira bastante livre, poderíamos fazer uma analogia entre o constitucionalismo e a Dança do Sol dos Sioux, que é ao mesmo tempo um ritual e um espaço de discurso. A manipulação ingênua, nesse contexto, torna-se apenas mais uma entre as muitas formas culturalmente específicas pelas quais as pessoas agem de má-fé.¹⁰⁹

Schlag, em tom ainda mais crítico, diz:

Um erro comum é supor que a interpretação no direito constitucional seja algo subordinado a uma teoria. Essa suposição, por sua vez, se apoia em duas presunções possíveis. A primeira presunção é a de que o direito constitucional já seria, em si, uma atividade orientada por uma teoria e, portanto, a interpretação constitucional também o seria como parte desse empreendimento. De acordo com essa perspectiva, tudo o que seria necessário é “decifrar o código” e encontrar a teoria que governa o desenvolvimento do direito constitucional – ou seja, descobrir e revelar a *lei da lei*, a teoria

¹⁰⁸ Tradução livre. No original: “[...] the justices seem to pick the theories that lead them where they want to go anyway, and drop a theory pretty quickly if it seems to force them to unacceptable conclusions”. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 168.

¹⁰⁹ Tradução livre. No original: “Constitutionalism has been a constitutive element of our political culture, not as the form for our collective self-determination but by providing one of the discourses through which actors pursue their political and ethical projects. These projects can be good or bad, depending on who is pursuing them and what they are after. Different discourses, different cultures has got to be our maxim as soon as we lose faith in the possibility of transparent language. We might very loosely analogize constitutionalism to the Sun Dance of the Sioux, which is both a ritual and the site of a discourse as well. Naive manipulation then becomes just another of the utterly culturally specific ways in which people are in bad faith”. KENNEDY, Duncan. *American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist...* *op. cit.*, p. 921.

já em vigor. A segunda presunção, alternativa, é que, mesmo que o direito constitucional não seja atualmente um empreendimento governado por uma teoria, ainda assim poderia ser transformado em um. Nessa visão, o direito poderia ser orientado por preocupações superiores – como, por exemplo, a justiça.¹¹⁰

Em outro trecho, Schlag – um dos mais céticos da tradição – deixa claro que, em sua visão, não existe qualquer orientação sobre como selecionar ou empregar os múltiplos sentidos que a constituição pode comportar. Se algum significado é encontrado, isso se deve ao fato de que o intérprete o fornece, não o texto. O problema, portanto, não está exatamente na *incapacidade* de atribuir sentidos, mas na ausência de critérios para avaliar o que exatamente está sendo projetado sobre o texto constitucional e se esses significados são, de fato, persuasivos. Para Schlag, a proliferação de leituras diversas da constituição sugere que, desde sua origem, o texto oferece pouca resistência à imputação de novos significados¹¹¹.

O problema destacado pelos realistas e pelos *crits* pode ser resumido na astuta observação de Smith de que até o Diabo pode citar as Sagradas Escrituras para seus próprios fins¹¹². A referência, que ecoa uma passagem de Shakespeare em *O Mercador de Veneza*, explica que nenhum método, por mais elaborado que seja, é imune ao uso *dissimulado* por parte de intérpretes que buscam respaldar preferências morais ou ideológicas sob o verniz de neutralidade. A crítica recai sobre o pressuposto, muitas vezes implícito, de que os desvios interpretativos seriam problemas apenas de aplicação incorreta de *standards* interpretativos ou de incompetência individual, sem violação de seus próprios pressupostos.

Como Smith explica, teorias interpretativas, por sua própria estrutura, facilitam sua instrumentalização estratégica: operam com conceitos vagos, exigem juízos morais ou se apoiam em tradições históricas ambíguas. Para ele, o que de fato acontece não é uma *transgressão* da teoria, mas a exploração das margens de indeterminação que ela própria oferece. Essa constatação reforça o diagnóstico cético: a linguagem do direito, sobretudo em sua versão constitucional, oferece um repertório suficientemente elástico para justificar conclusões opostas com igual aparência de coerência.

Mas é claro que nem todo mundo aceita tudo isso com facilidade. No extremo oposto

¹¹⁰ Tradução livre. No original: “One mistake is to suppose that interpretation in constitutional law is subject to theory. This supposition, in turn, rests on either of two presumptions. One presumption is that constitutional law is itself already a theory-governed enterprise, and therefore, as part of this enterprise, so is constitutional interpretation. All that is necessary according to this view is to ‘crack the code’ and find the theory that governs the development of constitutional law. According to this view, we must find and reveal the law of law-the already-ruling theory. A second, alter native presumption is that even if constitutional law is not presently a theory-governed enterprise, it can nonetheless be made so. Law, in this view, can be made to answer to paramount concerns-such as justice”. SCHLAG, Pierre. Authorizing Interpretation. *Connecticut Law Review*, v. 30, 1998, p. 1068.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 1076.

¹¹² SMITH, Michael L. Disingenuous Interpretation. *Mississippi Law Journal*, v. 93, n. 2, 2023, p. 351.

da disputa, Dworkin sustenta que há, sim, interpretações *corretas*¹¹³. Ele admite que o direito pressupõe uma abordagem prática essencialmente interpretativa, na qual a busca pelo sentido constitucional exige engajamento moral e argumentativo com os valores de uma comunidade política. O que o distingue dos críticos é que, para ele, isso não seria um *problema*¹¹⁴. Dentro da filosofia *dworkiniana*, o diagnóstico de que não há regras claras e fáceis não implica necessariamente uma ausência de respostas corretas. Pelo contrário. Dworkin afirma que mesmo nos casos mais difíceis – justamente os que envolvem conflitos morais e ambiguidade textual – é possível, e mesmo necessário, buscar a *melhor* resposta jurídica, entendida como aquela que confere à prática jurídica sua justificação moral mais robusta. Dworkin recusa o ceticismo: esse tipo de resposta não é fruto de preferências pessoais nem de cálculos estratégicos; trata-se do resultado de um exercício interpretativo que combina coerência, princípios de justiça e respeito à tradição política da comunidade¹¹⁵.

Para esquematizar esse processo, Dworkin estrutura a interpretação em três estágios: o pré-interpretativo, o interpretativo e o pós-interpretativo¹¹⁶. No primeiro, o intérprete identifica quais materiais compõem a prática jurídica que está sendo considerada – quais são os textos, instituições, comportamentos e padrões de decisão que formam o “objeto” da interpretação. Esse estágio é descritivo, mas já pressupõe escolhas: por decidir o que faz parte da prática, o intérprete molda as possibilidades de sentido do que pode ser atribuído a ela¹¹⁷. No estágio interpretativo, ele propõe uma justificativa para essa prática, ou seja, uma explicação de por que ela deve ser mantida, em que termos e com quais valores.

Como é evidente, para Dworkin, a interpretação exige engajamento moral: não basta descrever como a prática funciona; é preciso explicar por que ela faz sentido ou merece ser

¹¹³ “[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 127.

¹¹⁴ “Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. Se estou certo a respeito disso e do que isso significa, são questões para a teoria jurídica e política, e são essas questões que devemos tentar responder. Devemos, não obstante, aceitar tudo isso com pesar? Devemos realmente ficar embaraçados porque, segundo nossa versão de democracia, um tribunal nomeado deve decidir para todos algumas questões de moralidade política?”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000, p. 101.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999, p.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 81-82.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 318.

preservada¹¹⁸. Por fim, no estágio pós-interpretativo, o intérprete ajusta a própria conduta à luz da justificativa que elaborou, buscando consistência entre o caso decidido e o que se afirma como justificação. Esse ciclo revela o caráter *reflexivo* da prática jurídica. Interpretar o direito não é apenas aplicar uma teoria a um texto neutro; é construir sentido em diálogo com o passado institucional e com os compromissos valorativos que se julgam corretos¹¹⁹.

Essa estrutura se ancora em uma distinção proposta por Dworkin: a diferença entre conceitos (“*concepts*”) e concepções (“*conceptions*”)¹²⁰. Conceitos como “igualdade”, “liberdade” ou “justiça” podem ser amplamente compartilhados por membros de uma comunidade. São as concepções sobre o que esses conceitos exigem em situações concretas que variam de maneira significativa. A discordância jurídica, portanto, não decorre apenas de confusões semânticas ou falhas técnicas na redação legislativa. Ela nasce do desacordo sobre a melhor forma de compreender e realizar os valores constitucionais. Para Dworkin, o papel do juiz é elaborar, justificar e aplicar essas concepções em cenários concretos.

A consequência mais desafiadora dessa teoria é a afirmação de que existe *uma* resposta correta para cada caso jurídico, mesmo nos mais controversos. Mas Dworkin alerta que é preciso cuidado: essa tese não significa que todas as pessoas chegarão à mesma conclusão, nem que exista um algoritmo capaz de gerar decisões automáticas¹²¹. O que Dworkin defende é que o direito, como prática moral, opera com critérios que permitem avaliar a correção de uma decisão. Para ele, o fato de haver desacordo não elimina a possibilidade de acerto. O que se exige do intérprete é a disposição de se empenhar em um processo de justificação racional, no qual se busca a decisão que, em meio às alternativas disponíveis, oferece a interpretação mais consistente com os princípios de justiça, equidade e coerência.

¹¹⁸ “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si. As questões de adequação também surgem nessa etapa da interpretação, pois mesmo quando uma interpretação sobrevive à exigência preliminar, qualquer inadequação irá voltar-se contra ela, como já assinalamos aqui, no equilíbrio geral das virtudes políticas”. *Ibidem*, p. 306.

¹¹⁹ “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. *Ibidem*, p. 272.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 86-88.

¹²¹ “Não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador”. *Ibidem*, p. 490-491.

Essa é a função do juiz idealizado a que Dworkin chama de Hércules: um juiz fictício, dotado de conhecimento pleno do direito e da moral pública, capaz de integrar todas as normas e decisões anteriores em um sistema coeso e justificável. O juiz Hércules é uma metáfora para o compromisso interpretativo com a integridade do direito, e não um modelo descritivo da prática judicial ordinária¹²².

O centro dessa proposta é a ideia de “direito como integridade”. Para Dworkin, as decisões devem ser justificadas como parte de uma narrativa coerente que dá sentido ao conjunto da prática jurídica – por isso, aposta em uma interlocução do direito com a literatura¹²³. Isso significa que as decisões não podem ser tomadas de forma isolada, como se fossem apenas respostas a demandas pontuais. Cada decisão deve ser tratada como um capítulo em uma história mais ampla, em que os princípios que justificam decisões passadas devem ser preservados ou, se necessário, reformulados com base em critérios de coerência e integridade. Essa exigência de consistência expressa um compromisso com a ideia de que o poder estatal só é legítimo quando exercido de modo justificável, com base em razões públicas que possam ser compartilhadas por todos os afetados¹²⁴.

Essa concepção também responde à objeção recorrente de que, diante da indeterminação do direito constitucional, não haveria possibilidade de decisões objetivamente corretas. Para Dworkin, essa objeção confunde a *dificuldade* da tarefa interpretativa, que é natural, com a *ausência* de critérios¹²⁵. O fato de que as respostas jurídicas exigem deliberação sobre princí-

¹²² “O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido”. *Ibidem*, p. 492.

¹²³ “A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio... op. cit.*, p. 238.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 246-249.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 263-266.

pios e juízos morais não eliminaria a possibilidade de acerto. Pelo contrário, só haveria propriamente erro ou acerto se se parte do pressuposto de que existe algo que pode ser feito da forma adequada. Interpretar, portanto, não é inventar o direito, mas oferecer a melhor justificativa possível para a sua aplicação em um caso concreto.

Em meio ao debate, Hart adota uma posição moderada¹²⁶. Ele organiza sua crítica em torno de duas imagens¹²⁷. A primeira é o “Pesadelo”, expressão com que se refere ao realismo jurídico e sua tese de que os juízes sempre criam o direito, e não apenas o aplicam¹²⁸. Hart reconhece que há, de fato, decisões judiciais que fogem à simples subsunção de fatos a normas preexistentes. Mas, segundo ele, isso não é uma descrição adequada de *todo* o fenômeno jurídico. Hart afirma que os realistas transformaram uma descrição parcial da atividade judicial, válida para alguns casos difíceis, numa caracterização do direito como um todo. Trata-se, segundo ele, de uma hipérbole. O juiz, para Hart, atua como legislador apenas nos “interstícios” do sistema, ou seja, quando as normas existentes são insuficientes para decidir o caso.

Hart reconhece que o “pesadelo realista” teve efeitos positivos¹²⁹. Em especial, serviu como antídoto contra mitos judiciais que ocultavam o papel criativo dos juízes. Mas insiste que esse diagnóstico, embora útil como crítica ao constitucionalismo americano – especialmente nas eras de notório ativismo judicial, coisa com que Hart concordava –, não pode ser generalizado a ponto de negar o próprio caráter normativo do direito. Fazendo isso, os realistas diluiriam a distinção entre aplicar e criar normas, comprometendo a inteligibilidade da prática jurídica. Por isso, Hart acusa os realistas mais radicais, como Frank, de recorrer até mesmo a teorias psicológicas para explicar a crença popular na objetividade do direito.

Em contraponto ao pesadelo, Hart apresenta o “Sonho Nobre”: a crença de que sempre existe *uma* resposta jurídica correta para todo caso, por mais difícil que seja¹³⁰. Essa visão,

¹²⁶ Dworkin esboçou sua teoria em resposta ao positivismo metodológico de Hart, tal como formulado em *O conceito de direito*. Desse debate derivam questões fundamentais para a teoria do direito, muitas delas ainda em aberto. Para o que importa ao trabalho, Dworkin dirigiu críticas incisivas à tese da discricionariedade. Em sua grande obra, Hart sustentava que, diante de casos difíceis – em que as regras existentes não oferecem uma resposta clara –, os juízes decidem por meio de um exercício *autorizado* de escolha, preenchendo lacunas deixadas pela linguagem jurídica. A isso chamou de “textura aberta do direito”, que ele via como uma característica inevitável de qualquer sistema jurídico. Em relação à crítica de Dworkin, Hart respondeu de modo errático, em artigos esparsos e, mais adiante, no posfácio à segunda edição de sua principal obra, publicado postumamente a partir de manuscritos encontrados em seu escritório. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-176.

¹²⁷ HART, Herbert L. A. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, set. 1977, p. 971.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 973.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 975.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 978.

longe de desaparecer, sobrevive em várias formas – da fé na lógica jurídica, típica do formalismo, à confiança contemporânea em princípios morais implícitos ao sistema. Hart dedica atenção especial à versão mais sofisticada desse sonho, a teoria da “integridade interpretativa” de Dworkin, que defende que mesmo em casos difíceis, em que regras explícitas são insuficientes, há sempre um direito “pré-existente” a ser descoberto. Conforme já exposto, a tarefa do juiz, segundo Dworkin, é identificar a teoria moral que melhor justifica as decisões passadas do sistema e que oferece a solução mais coerente e íntegra para o caso concreto. O juiz ideal – batizado de Hercules – seria capaz de construir essa teoria única, com base na melhor leitura possível da história institucional e da moralidade política subjacente ao sistema jurídico.

Hart reconhece a sofisticação do argumento, mas formula algumas objeções¹³¹. Seu ponto não é negar que existam princípios implícitos que orientam a prática jurídica, nem rejeitar a ideia de que juízes devem buscar decisões coerentes. A crítica se dirige ao “dogma” de Dworkin: a tese de que sempre haveria *uma* resposta correta, mesmo quando não seja possível demonstrá-la. Para Hart, essa crença transforma um *ideal normativo* – a integridade judicial – em uma afirmação sem fundamento. A suposição de que o direito nunca apresenta lacunas, contradições ou zonas de indeterminação exige, segundo Hart, uma confiança quase metafísica no sistema jurídico. Mais ainda, exige acreditar que juízes têm acesso, ainda que falível, a uma resposta única, mesmo nos casos mais controversos.

Hart recusa essa tese por duas razões¹³². Primeiro, porque ela comprometeria a honestidade intelectual, característica de uma boa teoria. Uma proposta tão ambiciosa não despreveria da forma adequada como o raciocínio judicial funciona. A experiência mostra que, em diversos casos, juízes responsáveis e competentes, aplicando os mesmos princípios e respeitando as mesmas regras, chegam a conclusões opostas. Dizer que só um deles está certo, ainda que não saibamos qual, faz do debate jurídico uma espécie de teologia disfarçada: até há *uma* verdade, mas é inacessível a nós, humanos. Como ele diz, “não há propósito algum em insistir que, se um colega juiz chega a uma conclusão diferente após o mesmo processo consciencioso, existe uma única resposta correta que indicaria qual dos dois juízes, se algum, está certo – embora essa resposta esteja guardada no céu dos juristas e ninguém consiga demonstrar qual seja”¹³³.

Segundo, porque a insistência na tese da resposta correta ignoraria o papel inevitável do

¹³¹ *Ibidem*, p. 982.

¹³² *Ibidem*, p. 983.

¹³³ Tradução livre. No original: “[...] no purpose is served by insisting that if a brother judge arrives after the same conscientious process at a different conclusion there is a unique right answer which would show which of the two judges, if either, is right, though this answer is laid up in a jurist's heaven and no one can demonstrate what it is”. *Ibidem*, p. 985.

juízo individual e da deliberação moral nos casos limítrofes. O direito, como prática institucionalizada, confere ao juiz não apenas o dever de decidir, mas também a autoridade para o fazer dentro de uma margem autorizada de apreciação. Negar isso – ou redefinir toda escolha judicial como *descoberta* de direito preexistente – equivale, segundo Hart, a ocultar uma parte essencial do sistema jurídico¹³⁴. A verdade, diz Hart, é menos dramática: há casos em que os juízes aplicam normas já existentes e há casos em que precisam optar entre alternativas juridicamente admissíveis. Em todos eles, a distinção entre aplicar e criar direito continua relevante, ainda que imprecisa em certas situações. A tarefa da teoria do direito, então, não é escolher entre extremos, mas compreender com mais clareza quando e por que cada um deles se torna atraente – e, em especial, quais são seus custos sociais.

É provável que Hart tenha razão ao apontar um certo exagero nas críticas dos realistas. Como explica Martí, se os realistas jurídicos e os *crits* estiverem certos a respeito de *todo* o direito, então a própria ideia de democracia entra em colapso: “si el derecho es tal y como lo describen los realistas, es obvio en primer lugar, que las normas jurídicas no pueden ser generales, así como tampoco pueden ser preexistentes”¹³⁵. Quer dizer, se nenhuma norma detém sentido minimamente objetivo e tudo depende da leitura subjetiva de juízes, nem mesmo as leis aprovadas por representantes eleitos teriam força real. Toda deliberação democrática se converteria num exercício retórico, passível de substituição por construções judiciais alheias ao controle popular. O produto legislativo seria pouco mais que um rascunho para o que os tribunais decidirem, com sua prosa inventiva¹³⁶. Isso leva Martí a dizer que “existe una inconsistencia pragmática entre escepticismo jurídico y liberalismo, de manera que quien sostiene una teoría escéptica del derecho no puede a la vez pretender implementar una concepción liberal del estado, a riesgo de ser inconsistente”¹³⁷.

Do mesmo modo, não parece que a proposta de Dworkin ofereça uma resposta satisfatória. Primeiro, como aponta Latham, o problema está na ambição de sua teoria e na péssima imagem que tem sobre a democracia, que a vê meramente como um campo de batalha pelo

¹³⁴ *Ibidem*, p. 989.

¹³⁵ MARTÍ, José Luís. El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia? *Isonomía*, v. 17, out. 2002, p. 273.

¹³⁶ “Si se asume la tesis de la indeterminación radical en realidad la actividad legislativa no podría ir más allá de un acuerdo sobre ciertos textos, susceptibles luego de cualquier interpretación, desdibujándose así el carácter supremo que se les reserva en este modelo a las decisiones legislativas, pues ellas, al igual que la constitución, no podrían establecer límite alguno al aplicador. De manera que, aunque a primera vista es desde esta concepción de la interpretación que la objeción contramayoritaria cobraría su mayor fuerza de convicción, resulta en realidad que parece incoherente sostener la supremacía de la legislatura y la crítica al control judicial de constitucionalidad bajo este presupuesto hermenéutico”. ORUNESU, Claudina. *Positivism jurídico y sistemas constitucionales... op. cit.*, p. 196.

¹³⁷ MARTÍ, José Luís. El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?... *op. cit.*, p. 275.

poder ou um instrumento para agregar preferências majoritárias¹³⁸. Por insistir que sempre existe uma resposta correta para cada controvérsia constitucional, Dworkin tende a interpretar o desacordo como produto indesejável, e não como parte constitutiva da vida política. Essa postura transforma a integridade – que para Dworkin, note-se, dificilmente seria encontrada em decisões políticas¹³⁹ – em justificativa para afirmar convicções pessoais do juiz sob a roupagem da *inevitabilidade*.

Além disso, Greenawalt explica que a admissão de que há espaço legítimo para escolhas juridicamente aceitáveis não implica puro relativismo ou a completa fuga da razão¹⁴⁰. Ela apenas reconhece que os critérios jurídicos nem sempre oferecem um único resultado, e que juízes diferentes, igualmente competentes, podem chegar a conclusões divergentes sem que isso signifique má-fé. Essa margem de julgamento não é um defeito do direito, mas um reflexo da complexidade dos valores jurídicos. O próprio Hart reconhece isso, com sua elegância habitual:

[...] o Pesadelo e o Sonho Nobre: a visão de que os juízes sempre criam e nunca descobrem o direito que impõem aos litigantes, e a visão oposta, de que nunca o criam. Como qualquer outro pesadelo e qualquer outro sonho, essas duas visões são, a meu ver, ilusões – embora tenham muito a ensinar ao jurista em suas horas de vigília. A verdade, talvez pouco empolgante, é que às vezes os juízes fazem uma coisa, às vezes a outra. Não se trata, é claro, de uma questão irrelevante, mas de grande importância: o que eles fazem, quando fazem e como fazem.¹⁴¹

O que importa destacar é que, no direito constitucional, mesmo Hart reconhece que essa indeterminação é *estrutural*. Nos demais ramos do direito, essa característica aparece de forma mais limitada, como exceção dentro de um quadro mais estável¹⁴². Mas o direito constitucional

¹³⁸ LATHAM, Alexander. Dworkin's Incomplete Interpretation of Democracy. *Washington University Jurisprudence Review*, v. 10, n. 2, 2018, p. 159-162.

¹³⁹ Em uma crítica muito interessante, Latham acusa Dworkin de uma falha na construção de seus argumentos. Ao longo de suas obras, Dworkin exige que façamos uma “interpretação construtiva” das práticas sociais – isto é, vê-las em sua “melhor luz” –, mas ele próprio só aplica essa leitura aos tribunais. Quando Dworkin olha para os juízes, ele os vê como um “fórum de princípios”, um espaço idealizado em que a integridade pode florescer naturalmente. Entretanto, quando trata do Legislativo, Dworkin abandona seu próprio método. Em vez de buscar a “melhor luz” da prática legislativa, a reduz a uma caricatura pessimista, a imagem mais tacanha de um campo de batalha ou de oscilações perigosas da opinião pública. *Ibidem*, p. 174-178.

¹⁴⁰ GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges... *op. cit.*, p. 369.

¹⁴¹ Tradução livre. No original: “[...] the Nightmare and the Noble Dream: the view that judges always make and never find the law they impose on litigants, and the opposed view that they never make it. Like any other nightmare and any other dream, these two are, in my view, illusions, though they have much of value to teach the jurist in his waking hours. The truth, perhaps unexciting, is that sometimes judges do one and sometimes the other. It is not of course a matter of indifference but of very great importance which they do and when and how they do it”. HART, Herbert L. A. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream...* *op. cit.*, p. 989.

¹⁴² “[L]a teoría de la indeterminación parcial parece sin duda la más prometedora. Por un lado, el optar por el indeterminismo radical conduce a la imposibilidad de dar cuenta del seguimiento de reglas o de la propia existencia de normas. Por el otro, ni la semántica realista ni la elaborada teoría de Dworkin son capaces de garantizar la

não funciona assim. A interpretação *valorativa* se estende por quase toda a estrutura das constituições, com especial incidência nos dispositivos sobre direitos fundamentais. É essa diferença de grau que ajuda a compreender por que os conflitos interpretativos se apresentam com maior frequência nesse domínio. Eles resultam diretamente do modo como as constituições foram concebidas: para acolher compromissos políticos distintos, com vocação de permanência e capacidade de adaptação a contextos históricos diversos, não para os eliminar.

Um ponto da discussão merece destaque. O que esse passeio sobre o problema da interpretação deixa claro é que muitos dos debates constitucionais não se resumem a problemas *semânticos*. O problema interpretativo não está, como se poderia pensar, apenas na polissemia das palavras ou em sua gramática. A dificuldade real, que compromete a pretensão de neutralidade do controle de constitucionalidade, está no plano da metaética. A interpretação de cláusulas constitucionais quase sempre exige que se adote uma posição implícita ou explícita sobre a natureza dos valores morais e, no limite, sobre a possibilidade de *verdade* no terreno moral. Quando um tribunal se pronuncia sobre o conteúdo da igualdade ou sobre os limites legítimos da liberdade, ele não está apenas interpretando um texto; está tomando posição dentro de um campo de disputas filosóficas¹⁴³.

Essa constatação traz algumas implicações. Julgar que uma política pública viola a igualdade ou compromete a dignidade humana exige mais do que ler e “aplicar” um conceito jurídico. Exige escolher entre ideias concorrentes daquilo que esses valores morais significam. No caso da igualdade, por exemplo, pode-se privilegiar uma visão formal, centrada na proibição de discriminações, ou uma leitura material, comprometida com a correção de desigualdades substantivas. O problema é que ambas reivindicam a mesma *precedência* constitucional. Ou seja, a divergência não decorre de uma possível falha do constituinte, mas da disputa entre teorias morais que sustentam cada interpretação da cláusula. Esse nível de incerteza não é um defeito que poderia ser sanado com maior qualidade redacional ou com o aprimoramento de métodos hermenêuticos. Ela é estrutural e deriva da própria natureza do direito constitucional.

Como é evidente, isso coloca em cena um problema epistemológico. Trata-se de saber

obtención de una única interpretación correcta. La teoría de la indeterminación parcial tiene la virtud de la sobriedad: no incurre en el exceso de hacer ininteligibles nuestras prácticas lingüísticas y de seguir reglas ni pretende garantizarnos certezas allí donde no puede haberlas. No convierte a los jueces en meros árbitros o en garantes de la ideología dominante ni tampoco les exige poderes hercúleos. Presenta ciertas dificultades teóricas pero ninguna de ellas parece insuperable o descalificadora”. ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales... op. cit.*, p. 55.

¹⁴³ “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério... op. cit.*, p. 285.

se, em matéria moral, é possível falar em *verdades* objetivas, ou se os juízos morais operam em um plano distinto daquele das proposições descritivas, e por isso não são suscetíveis de serem verdadeiros ou falsos. Essa é a questão central da metaética¹⁴⁴. De um lado, estão os objetivistas morais – também chamados de realistas morais¹⁴⁵ ou *cognitivistas* –, que sustentam a existência de verdades morais independentes das preferências humanas. Para esses autores, é possível justificar racionalmente certos juízos morais, o que permitiria afirmar, por exemplo, que uma política discriminatória viola a igualdade não apenas porque se convencionou acreditar nisso, mas porque existe um critério objetivo que sustenta essa conclusão.

Segundo o realismo moral, quando alguém diz que “a tortura é moralmente errada” não está apenas expressando repulsa ou manifestando uma *preferência* pessoal. Está fazendo uma afirmação que, se correta, o é por razões que não dependem da aprovação de um grupo, da tradição de uma cultura ou da emoção de quem julga. Como Enoch diz, quando nos engajamos em disputas morais sérias, estamos agindo como se houvesse algo a ser *descoberto*, e não apenas *inventado*¹⁴⁶.

Certos julgamentos não reivindicam validade além da experiência individual, como gostar ou não de espinafre. Se alguém diz “espinafre é horrível”, é razoável responder com um simples “para você”. O gosto por espinafre é subjetivo, depende da preferência pessoal. Mas se alguém diz “a escravidão foi uma prática moralmente aceitável”, ninguém razoável responderia “para você”. A reação espontânea é de repúdio, e mais do que isso: queremos mostrar por que essa afirmação não é só desagradável; ela está *errada*. Estamos, em outras palavras, nos comportando como se a moralidade fosse objetiva¹⁴⁷. Enoch afirma que, ao tentar convencer alguém

¹⁴⁴ A metaética investiga a natureza do discurso moral e dos juízos éticos, perguntando-se as afirmações morais descrevem fatos objetivos ou se apenas expressam preferências subjetivas. Em termos mais precisos, o debate metaético se concentra em duas questões centrais: (i) as proposições morais são semanticamente aptas a serem verdadeiras ou falsas?; (ii) se sim, existem proposições morais verdadeiras? Para uma interessante abordagem que articula essas questões com o problema da aplicação de preceitos constitucionais, cf. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹⁴⁵ É importante não confundir o realismo *moral* com o realismo *jurídico*. Apesar da semelhança nos nomes, tratam de ideias completamente diferentes. O realismo moral afirma que existem verdades objetivas sobre o que é certo e errado, independentemente das opiniões humanas. Para os realistas morais, princípios como justiça, dignidade ou liberdade não dependem de gostos pessoais ou consensos sociais; eles possuem validade própria, que pode ser conhecida racionalmente. Já o realismo jurídico nega que o direito seja um sistema de normas aplicadas objetivamente. Para esses juristas, o direito é, sobretudo, o que os juízes decidem nos tribunais, influenciados por seus valores, contextos sociais e circunstâncias práticas. Assim, do ponto de vista da objetividade normativa, o realismo moral e o realismo jurídico ocupam posições opostas: o primeiro acredita na existência de verdades independentes; o segundo vê o direito como uma construção humana contingente e variável.

¹⁴⁶ ENOCH, David. Why I Am an Objectivist about Ethics (And Why You Are Too). In: SHAFER-LANDAU, Russ (org.). *The Ethical Life: Fundamental Readings in Ethics and Moral Problems*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. Cap. 18, p. 211-212.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 210-211.

de que o racismo é errado ou de que a corrupção deve ser condenada, nós não estamos dizendo apenas “eu penso assim”, mas que há boas razões para todos aceitarem esse julgamento. Se, no fundo, não acreditássemos em nenhuma forma de verdade moral, não haveria sentido em debates públicos sobre justiça, direitos ou igualdade. Bastaria dizer: “eu penso diferente”¹⁴⁸.

De acordo com o verbete “*Moral Realism*” da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, para os cognitivistas, a discordância sobre a aplicação de postulados morais, por si só, não refutaria a sua existência; apenas exigiria que se investigue com mais cuidado qual dessas proposições, se alguma delas, corresponde à verdade¹⁴⁹. Mas, no final das contas, não há como escapar; há certas verdades morais que não podem ser rejeitadas. Esse ponto é fundamental para compreender o lugar do realismo moral na justificação do *judicial review*: permite sustentar que decisões judiciais que invocam princípios constitucionais podem ser avaliadas por padrões morais, e que esses padrões são mais do que projeções de preferências pessoais. Contrariando o realismo jurídico, essa posição afirma que mesmo diante de discussões morais é possível distinguir uma interpretação correta de uma leitura equivocada.

Como é natural, há divergências dentro da corrente. Alguns autores sustentam que os fatos morais são independentes de qualquer atitude humana, vistos como propriedades naturais do mundo, enquanto outros os associam a estados mentais ideais. Mas, em todos os casos, permanece a defesa de que juízos morais possuem um predicado de *verdade*, e que, portanto, é possível avaliar racionalmente o conteúdo das decisões judiciais que se fundamentam em princípios constitucionais.

Do outro lado, estão os autores que rejeitam essa possibilidade. Os *não-cognitivistas* afirmam que os juízos morais não são descritivos, mas *expressivos*: não relatam fatos do mundo, mas exprimem atitudes, preferências, sentimentos ou compromissos¹⁵⁰. Eles negam que exista um “fato moral” que possa ser descoberto da mesma maneira que se descobre um fato científico. Segundo essa visão, dizer que uma política é injusta é uma maneira de manifestar desaprovação ou rejeição, e não de *descrever* um elemento da realidade. Alguns autores, com mais radicalidade, consideram que qualquer tentativa de encontrar “fundamentos últimos” para a moralidade

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 217-218.

¹⁴⁹ SAYRE-MCCORD, Geoff. Moral Realism. In: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (orgs.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2024. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/moral-realism/>. Acesso em: 30 abr. 2025.

¹⁵⁰ “[O] não-cognitivismo rejeita sempre em alguma medida a existência de um fundamento último para os juízos morais, notadamente o fundamento racional que é invocado por teorias éticas como o kantismo e o utilitarismo. A moral social apareceria como uma construção, baseada muitas vezes em necessidades humanas naturais, mas que contém algo de convencional e contingente, senão de arbitrário, resvalando para o campo das preferências – sociais ou individuais”. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia...* op. cit., p. 28.

não passa de resquício teológico. Em geral, também entendem que valores morais entram em conflito sem que haja um critério universal e neutro para resolvê-los. A consequência teórica dessa abordagem é que, se não há uma dimensão externa e objetiva para arbitrar entre concepções morais rivais, então qualquer pretensão de decidir com base na “melhor resposta moral” será inevitavelmente controversa e dependente de pressupostos filosóficos específicos, sem falar na própria “carga moral” que acompanha o sujeito.

Por vezes, a posição cética é denunciada como niilista. Mas isso é recusado pela tradição. Mesmo sem recorrer à descrição de fatos morais, seria possível, por exemplo, condenar veementemente a tortura, o racismo ou a corrupção. Esses juízos não precisam ser tratados como meras preferências privadas ou reações quase fisiológicas, como no exemplo do espinafre. O erro da acusação realista estaria em projetar sobre o cético uma caricatura de indiferença ou leviandade. Mas não haveria nada de inconsistente em sustentar, com convicção, que o racismo deve ser combatido, ainda que se negue a existência de um “fato” que torne essa afirmação verdadeira. A autoridade de um juízo moral não dependeria de seu “substrato ontológico”, situado no plano da metafísica¹⁵¹. Decorreria do compromisso de tratá-lo como uma exigência que se dirige a todos os que compartilham uma vida em comum. Expressaria a convicção de que certas posições morais são mais coerentes com os modos de relação e convivência que reconhecemos como legítimos em nossas interações sociais.

Segundo o verbete “*Moral Skepticism*” da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ainda que as pessoas de fato se comportem como se juízos morais fossem passíveis de justificação racional, os céticos insistem que essa aparência é enganosa: ou porque não há verdades morais, ou porque, se houver, não podemos conhecê-las¹⁵². Essa posição reforça a ideia de que os desacordos não são apenas factuais, mas enraizados em visões de mundo inconciliáveis, sem um critério que permita superá-los. Do ponto de vista político, isso implica que a tentativa de decidir questões constitucionais com base na moralidade carrega consigo uma pretensão epistemológica ingênua. Para essa linha, a aplicação de cláusulas constitucionais ocorre sem o respaldo

¹⁵¹ Além disso, segundo algumas versões do não-cognitivismo, nem todo conteúdo emocional é *frívolo*. Pense-se, por exemplo, no amor de uma mãe por seu filho. Mesmo tendo evidente origem emocional, ninguém questiona seu peso moral e sua profundidade. Esse tipo de afeto é tão persistente que, em muitos casos, prevalece sobre comandos éticos tidos como objetivos. Não se exige que ele seja *objetivo* para que seja autêntico. Pelo contrário, parte de sua força está justamente no fato de ser uma atitude intensamente vivida. O mesmo raciocínio pode ser dito de alguns juízos morais. Quando alguém afirma que a tortura é inadmissível ou que o racismo é intolerável, essa afirmação pode não relatar um “fato do mundo”. Ainda assim, pode refletir um compromisso sincero que molda certas reivindicações públicas. O que se recusa, para o não-cognitivismo, é um enquadramento descritivo que não corresponde à forma como esses compromissos operam no mundo real.

¹⁵² SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Moral Skepticism. In: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (orgs.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2024. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/skepticism-moral/>. Acesso em: 30 abr. 2025.

de critérios objetivos e reflete compromissos morais contingentes, que não podem ser justificados de forma universal. A autoridade do intérprete não dependeria da identificação de verdades morais – ou da qualidade de seu raciocínio moral –, mas da sua posição política. A dificuldade não estaria na quantidade de esforço exigido pela tarefa, e sim no fato de que ela pressupõe um fundamento filosófico que simplesmente não existe.

O impacto dessa controvérsia sobre o controle de constitucionalidade é evidente. Quando um tribunal afirma que determinada política é incompatível com a dignidade humana, não está apenas aplicando um preceito jurídico; está fazendo uma *escolha* moral. E essa escolha, para ser justificada, precisa recorrer a uma teoria que forneça os critérios para dizer por que uma concepção da dignidade é preferível a outra. Isso também vale para julgamentos sobre liberdade de expressão, privacidade, igualdade de gênero, entre muitos outros. Cada decisão desse tipo exige um engajamento com pressupostos morais disputáveis, cuja legitimidade não é consensual sequer entre filósofos¹⁵³.

A despeito das controvérsias, qualquer que seja a posição adotada, parece seguro afirmar que juízos morais não se aplicam com facilidade. É provável que, ao menos nesse ponto, haja algum consenso¹⁵⁴. Tushnet, por exemplo, chama atenção de como o raciocínio moral pode ser *escorregadio* para casos constitucionais¹⁵⁵. De acordo com ele, a teoria moral defende que é possível construir sistemas morais coerentes a partir de princípios gerais, aplicando-os a casos concretos. No entanto, experiências práticas revelam que decisões morais são *contextuais*.

O exemplo de Tushnet é o do aborto, pois diante de questões dessa natureza, julgamentos morais raramente seguem teorias abstratas¹⁵⁶. Em vez disso, consideram-se aspectos da vida

¹⁵³ “[O]s direitos fundamentais em muitos casos estão formulados ou são compreendidos de maneira muito próxima aos valores, o que lhes confere uma natureza de indeterminação, sobretudo em caso de colisão entre eles, não existindo sempre uma medida correta de sopesamento e solução das controvérsias. O mesmo se diga em relação a questões políticas, eminentemente valorativas, que também não encontrariam uma solução racional e indisputável”. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia...* *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁴ Mesmo entre defensores do realismo moral, há quem reconheça que alguns juízos são difíceis de justificar. Kramer, por exemplo, admite que não há uma resposta claramente correta em muitos casos. Seu exemplo é intencionalmente trivial: quanto tempo é razoável esperar pelo resultado de uma prova? Três dias parece razoável; seis meses, não. Mas onde exatamente está a linha divisória? Quatro semanas e meio segundo? Cinco dias e um décimo de segundo? Não há um ponto preciso em que o “razoável” se torna “irrazoável”. Para Kramer, nenhum princípio moral conseguiria fixar essa fronteira de forma não arbitrária. Esse tipo de dificuldade – conhecida como “*Paradoxo de Sorites*” – é resultado da vagueza dos conceitos morais e torna inevitável que alguns juízos escapem a critérios objetivos. Isso mostra que o problema da indeterminação não é exagero cético, tampouco um gesto de niilismo moral, mas uma dificuldade reconhecida até mesmo por realistas comprometidos com a objetividade da moral. Se isso é verdade para exemplos banais, por maior razão o é para dilemas morais controversos. Cf. KRAMER, Matthew H. When Is There Not One Right Answer? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 53, n. 1, jun. 2008, p. 51-56.

¹⁵⁵ TUSHNET, Mark V. *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law...* *op. cit.*, p. 106-146.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 112.

da mulher, sua história, convicções, relações, medos e esperanças. Em geral, os argumentos se dão na forma “*todas-as-coisas-consideradas*”, algo que o raciocínio judicial não consegue atingir – muito provavelmente porque o direito funciona segundo o código lícito/ilícito, sem levar em conta todos os detalhes relevantes para um juízo moral complexo. Como ele diz, “[a]ntes de decidir se a escolha da mulher de interromper a gravidez ou levar a gestação até o fim é a decisão correta, a maioria de nós gostaria de conhecer em detalhes suas circunstâncias pessoais: sua idade, a relação com o pai da criança, as condições em que a gravidez aconteceu, [...], entre muitos outros aspectos”¹⁵⁷. Juízes, ao contrário, são forçados a tratar casos como problemas a serem resolvidos por subsunção a normas gerais. Na visão de Tushnet, isso na verdade *empobrece* a análise moral.

Além disso, Tushnet também se pergunta se o raciocínio moral, mesmo quando bem estruturado, seria capaz de gerar respostas *neutras* para casos judiciais. Veja-se mais um exemplo simples. Teorias morais assumem que certos princípios abstratos podem chegar, por dedução, à solução de controvérsias práticas. No caso dos direitos parentais, por exemplo, algumas teorias afirmam que pais biológicos têm uma preferência moral de criar seus filhos. Disso derivaria a prioridade moral aos pais biológicos em disputas sobre guarda ou criação de filhos, como se essa preferência decorresse naturalmente dos princípios invocados. O problema é que esse argumento já parte, sem justificativa explícita, da ideia de que o vínculo biológico tem valor moral prioritário, como se fosse evidente que ele deve prevalecer sobre outros vínculos.

Contudo, Tushnet mostra que essa suposição não é *neutra*. Ela já expressa uma *escolha* entre diferentes concepções de família, favorecendo laços sanguíneos em detrimento de relações baseadas na convivência e no afeto. Como ele diz, “sempre que analisamos alegações de que um determinado conjunto de verdades morais implica que certas formas de organização social são moralmente exigidas, permitidas ou proibidas, percebemos que as conexões entre essas verdades gerais e os resultados específicos são extremamente arbitrárias”¹⁵⁸. Isso é particularmente problemático no contexto judicial, em que se espera que juízes apliquem tais teorias com neutralidade. Mas, se o ponto de partida já está contaminado por escolhas valorativas controversas, não há como falar em imparcialidade. O juiz, ao decidir com base em uma teoria que pressupõe, por exemplo, que o vínculo genético deve prevalecer, já está adotando uma visão

¹⁵⁷ Tradução livre. No original: “Before deciding whether the woman’s decision to have the abortion or bear the child is the right thing to do,16 most of us would want to know a lot about her individual circumstances: her age, her relation to the father, the conditions under which the pregnancy occurred [...], and on almost indefinitely”. *Ibidem*, p. 113.

¹⁵⁸ Tradução livre. No original: “whenever we look at claims that some set of moral truths implies that certain social arrangements are morally required, permissible, or prohibited, we find that the connections between the general truths and the particular results are incredibly ad hoc”. *Ibidem*, p. 114.

específica de mundo. Como ele deixa claro:

[...] essas discussões apresentam uma característica marcante: parecem controvérsias não sobre premissas, mas sobre aquilo que se esperaria serem meras deduções. Nos debates sobre o aborto, por exemplo, há um consenso de que os ideais kantianos de respeito pelas pessoas devem orientar as conclusões [...]. O que gera divergência é a definição das características que tornam alguém uma pessoa e, portanto, apta a ser incluída no ideal kantiano; quais entidades possuem essas características acordadas; e o que, exatamente, constitui o respeito exigido em relação a essas entidades. De modo semelhante, no campo da justiça distributiva, tanto John Rawls quanto Robert Nozick partem da ideia de que a sociedade justa é, de alguma forma, resultado das decisões de indivíduos autônomos e autodeterminados. Nesse sentido, ambos compartilham uma inspiração kantiana. No entanto, suas concepções de uma sociedade justa não poderiam ser mais distintas.¹⁵⁹

É por isso que Fontes defende que o constitucionalismo pressupõe um “não-cognitivismo moderado”¹⁶⁰. Em certos casos, a constituição estabelece comandos que, quando convertidos em linguagem jurídica, podem ser interpretados com relativa clareza. Nessas situações, o texto fornece critérios suficientes para orientar a decisão, e o trabalho do intérprete se aproxima de uma “aplicação técnica”. Mas isso não acontece na maioria dos casos. Quando a constituição recorre a valores como “liberdade”, “igualdade” ou “dignidade”, ela não entrega ao intérprete uma fórmula pronta para ser aplicada. Nessas passagens, a linguagem é *propositalmente* vaga. Isso não é um defeito do texto; em geral, o constituinte delega à democracia a tarefa de decidir como esses valores devem ser traduzidos juridicamente. Para Fontes, reconhecer tal fato não é ceder ao ceticismo, mas aceitar a natureza *política* do constitucionalismo. A constituição abre espaço para que diferentes visões convivam, se enfrentem e, quando necessário, sejam escolhidas por mecanismos que respeitem as diferentes concepções sociais. O “não-cognitivismo moderado” parte dessa ideia: há momentos em que o direito não oferece uma resposta objetiva, e nessas horas, a decisão não deve ser apropriada por juízes em nome de uma suposta verdade moral, mas devolvida à arena democrática, onde pode ser contestada, defendida e, acima de tudo, compartilhada.

Como a discussão soa bastante abstrata, um exemplo clássico pode ajudar a ilustrar esse contraste. Ninguém duvidaria, por exemplo, da inconstitucionalidade de uma norma penal que

¹⁵⁹ Tradução livre. No original: “[...] the discussions have one striking characteristic. They appear to be controversies not over premises but over what one would have thought were deductions. In the discussions of abortion, for example, everyone agrees that Kantian ideals of respect for persons ought to control the results [...]. Disagreement rages over what the characteristics of a person are so as to bring the Kantian ideal into play, over what entities have the agreed-upon characteristics, and over what constitutes the required respect for those entities. Similarly, concerning distributive justice, both John Rawls and Robert Nozick begin with the premise that the just society is in some way the product of decisions by self-directed and autonomous individuals. In that sense they too are both Kantians. Yet their descriptions of the just society differ about as much as can be imagined”. *Ibidem*, p. 112, nota de rodapé 11.

¹⁶⁰ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia...* op. cit., p. 102-110.

reintroduzisse a pena de morte no Brasil em tempos de paz, dada a proibição expressa contida no art. 5º, inc. XLVII, alínea a), da nossa Constituição Federal¹⁶¹. Trata-se de um caso em que a comparação poderia ser feita por simples leitura da norma infraconstitucional hipotética e do preceito constitucional correspondente, com resultado evidente para todos os efeitos práticos. Essa é uma decisão simples, e talvez seja por isso mesmo que o legislador brasileiro nunca tenha levado a sério uma proposta dessa natureza. No entanto, são raras as situações em que o controle de constitucionalidade se depara com conflitos tão simples.

O paralelo mais didático é a interpretação da Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que proíbe a imposição de “penas cruéis e incomuns”¹⁶². Ao contrário do exemplo brasileiro, o texto norte-americano não fornece uma resposta simples. Além disso, à primeira vista, seria de se supor que a execução capital estaria excluída, já que a supressão deliberada da vida pode ser intuída como a forma mais extrema de crueldade. No entanto, há quem sustente há bastante tempo que, se a pena capital é aplicada mediante procedimentos legais padronizados e socialmente aceitos, sua compatibilidade com a Constituição pode ser admitida.

A ausência de um critério preciso abre espaço para interpretações divergentes, baseadas em valores morais e percepções culturais. O problema se torna ainda mais claro quando se observa que, no momento da adoção da Oitava Emenda, a execução capital era prática comum e socialmente aceita. Logo, uma interpretação intencionalista sugeriria que, se os próprios redatores da norma não tinham esse objetivo, a pena de morte não seria “cruel” ou “incomum”. Por outro lado, uma possível leitura evolutiva, que levasse em conta a transformação dos costumes da sociedade, poderia sustentar que práticas antes aceitas se tornaram, ao longo do tempo, incompatíveis com os princípios constitucionais como hoje interpretados.

Na contramão do exemplo brasileiro, é justamente esse tipo de controvérsia que chega à Suprema Corte dos Estados Unidos. Em *Furman v. Georgia*¹⁶³, a corte decidiu que o método de aplicação das penas então em vigor violava a Oitava Emenda, por produzir condenações imprevisíveis e desiguais. A decisão teve como base o caráter arbitrário com que a pena era imposta, sem critérios consistentes entre casos semelhantes. O tribunal não declarou a pena de

¹⁶¹ Constituição Federal, art. 5º, inc. XLVII, alínea a): “[...] não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

¹⁶² Constituição dos Estados Unidos, Oitava Emenda: “Não se exigirá fiança excessiva, nem se imporão multas desproporcionais, nem se infligirão penas cruéis e incomuns”. Tradução livre. No original: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 15 maio 2025.

¹⁶³ 408 U.S. 238 (1972).

morte inconstitucional, mas reconheceu que sua aplicação, da forma como ocorria, era incompatível com padrões mínimos de racionalidade exigidos pela Constituição. O efeito imediato foi a suspensão da pena de morte em todo o país.

Poucos anos depois, a corte retomou o tema em *Gregg v. Georgia*¹⁶⁴ e validou leis estaduais reformuladas, que buscavam tornar a pena mais previsível e proporcional. A decisão afirmou que a pena capital não é, por natureza, cruel ou incomum, desde que seu uso seja disciplinado por garantias processuais adequadas, como fases distintas para julgamento e sentença, análise individualizada do réu e definição clara de circunstâncias agravantes.

Ao longo das décadas seguintes, novas restrições foram sendo fixadas com base na noção de que a Constituição deve ser interpretada à luz de padrões morais evolutivos. Em *Atkins v. Virginia*¹⁶⁵, a corte proibiu a execução de pessoas com deficiência intelectual, por considerar que tal prática se tornara socialmente inaceitável. Em *Roper v. Simmons*¹⁶⁶, vedou a pena de morte para crimes cometidos por menores de 18 anos. Em *Kennedy v. Louisiana*¹⁶⁷, reafirmou que a pena de morte deve ser reservada aos crimes mais graves e àqueles que envolvem a supressão da vida. Mais recentemente, em *Glossip v. Gross*¹⁶⁸, a corte manteve a validade da injeção letal com certos fármacos, mesmo diante de riscos conhecidos de sofrimento, reafirmando o padrão jurídico de que a Constituição não exige a eliminação da dor, mas apenas a proibição de métodos desnecessariamente brutais.

O conjunto dessas decisões mostra que, embora a linguagem constitucional permaneça idêntica desde a origem, sua aplicação depende de escolhas morais controvertidas. O que caracteriza uma pena como “cruel”? Em que sentido uma pena pode ser considerada “incomum”? Quais formas de punição são compatíveis com a dignidade humana, e quais não o são? Essas respostas devem refletir os costumes do passado ou os valores do presente? Quem decide quando uma prática socialmente aceita deixa de ser moralmente admissível? É papel dos juízes acompanhar essa transformação ou resistir a ela?

Todas essas questões ilustram como o direito penal permanece atravessado por contradições morais sobre sofrimento e castigo. Diversos outros exemplos poderiam ser trazidos à tona para mostrar que é esse grau de abertura que reforça o caráter controverso do controle judicial de constitucionalidade. Como diz Fontes, “certo grau de indeterminação é não apenas

¹⁶⁴ 428 U.S. 153 (1976).

¹⁶⁵ 536 U.S. 304 (2002).

¹⁶⁶ 543 U.S. 551 (2005).

¹⁶⁷ 554 U.S. 407 (2008).

¹⁶⁸ 576 U.S. 863 (2015).

comum, como incontornável nas questões morais – bem como naquelas envolvendo os direitos fundamentais [...]. Se concordamos que há coisas que ‘não podemos não saber’, há evidentemente coisas que podemos não saber e coisas que não podemos saber”¹⁶⁹.

Portanto, ao contrário de outras áreas do direito, em que decisões podem ser justificadas com base em técnica ou expertise profissional, a interpretação constitucional transita por campos nos quais há incerteza sobre valores e princípios. Nesses casos, a alegação de neutralidade, que poderia mitigar o problema investigado no trabalho, não tem tanta força. O juiz constitucional não atua apenas como aplicador de textos, mas como intérprete de cláusulas que condensam dilemas morais e políticos não resolvidos. Isso compromete a pretensão de objetividade e evidencia o conteúdo *político* das decisões judiciais em matéria constitucional. Por isso, Sandalow diz que

[a] premissa não articulada e talvez nem reconhecida desses argumentos é que as questões que os juízes são chamados a decidir ao atribuir significado à Constituição são técnicas, no sentido de que suas respostas podem ser determinadas pela aplicação das técnicas corretas. Na ausência dessa premissa, é difícil entender como as qualidades atribuídas aos juízes poderiam ser consideradas suficientes para justificar o papel que desempenham ao decidir essas questões. A noção de que questões constitucionais são técnicas, e de que aqueles que têm a formação e a expertise adequadas no direito estão especialmente qualificados para respondê-las, é familiar e teve um papel importante em nossa história constitucional. Ela ainda é aceita, até hoje, por alguns estudiosos do direito constitucional. No entanto, há pelo menos meio século, tornou-se consenso entre a maioria desses estudiosos que a escolha e a ordenação de valores são elementos da decisão constitucional. Permanecem divergências quanto à extensão da discricionariedade e à natureza dos limites que a restringem, mas o reconhecimento de sua existência é amplamente aceito, ainda que não de forma unânime.¹⁷⁰

O que se pode extrair do passeio é que, diante da inevitabilidade da disputa sobre os significados constitucionais, a pergunta decisiva não é apenas *como* se interpreta, mas sobretudo *quem* interpreta. Em outras palavras, a “questão hermenêutica” – que revela o papel inevitável dos valores e contextos dos intérpretes – desloca o problema do *método* para o problema

¹⁶⁹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia... *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁰ Tradução livre. No original: “The unarticulated and perhaps unrecognized premise of these arguments is that the questions judges are called upon to decide in giving meaning to the Constitution are technical ones, technical in the sense that answers to them can be ascertained by employing the correct techniques. In the absence of such a premise, it is difficult to understand how the qualities with which judges are credited can be thought to be sufficient to justify the role that they play in deciding those questions. The notion that constitutional questions are technical, and that those who have the requisite training and expertise in the law are especially qualified to answer them, is familiar and has played an important part in our constitutional history. It is accepted, even today, by some students of constitutional law that the choice and ordering of values is an element of constitutional decision. Differences persist about the range of discretion and the nature of the limits by which choice is confined, but its existence is commonly if not universally accepted”. SANDALOW, Terrance. The Distrust of Politics... *op. cit.*, p. 458.

da *autoridade*¹⁷¹. Isso não implica afirmar que todo o direito constitucional seja indeterminado, nem que qualquer interpretação seja igualmente válida. Ainda assim, mesmo nos casos em que há margem significativa de liberdade para interpretar, decisões precisam ser tomadas. E, como diz Hutt, se a interpretação constitucional depende de razões que não são propriamente jurídicas, e se a autoridade dos juízes se sustenta na aplicação critérios políticos ou morais, então é inevitável se perguntar por que outros atores não podem também exercer, de forma definitiva, a função de interpretar a constituição¹⁷². Essa é a verdadeira implicação do problema interpretativo: por mostrar que a interpretação constitucional esbarra em disputas filosóficas e não se sustenta em técnicas neutras, obriga-nos a enfrentar, em termos políticos, a pergunta fundamental que dá título ao texto de Brest: quando a hermenêutica “falha” e não há como sustentar nenhuma interpretação autoevidente, *who decides*¹⁷³?

2.3 O PROBLEMA DA SUPREMACIA JUDICIAL

“[S]e uma maioria parlamentar totalmente livre para agir é algo perigoso, é preciso um grande e equivocado salto para que dessa premissa se possa chegar à conclusão de que uma Constituição afirmada por autoridades não eleitas é a melhor resposta para a democracia.”

- Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁴

Por fim, há o problema da supremacia judicial. Defensores tradicionais do *judicial review* sustentam que, embora haja tensão com o princípio majoritário e embora a interpretação constitucional seja controvertida, não haveria alternativa. Ou a constituição detém supremacia sobre as demais normas jurídicas e, por isso, exige um mecanismo que exerça sua vigilância, ou ela perde seu caráter normativo e se reduz a um documento que estabelece meros compromissos. As dificuldades apresentadas até aqui seriam incômodas, sim, mas inevitáveis. Para o

¹⁷¹ “Saber quem deve decidir, portanto, não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional – boas técnicas de interpretação constitucional não resolvem qualquer objeção democrática a qualquer instituição, não indicam quem deve decidir”. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Orientador: Álvaro de Vita. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 6.

¹⁷² HUTT, Donald Bello. Against judicial supremacy in constitutional interpretation, *Revus*, v. 31, 2017, p. 6.

¹⁷³ Brest desenvolve o que ele chama de “*insight* hermenêutico”: a constatação de que é impossível separar completamente a interpretação constitucional das experiências, valores e interesses do intérprete. Diferentes intérpretes, ao proporem métodos interpretativos diversos, acabam inevitavelmente projetando seus próprios compromissos morais e políticos sobre o texto constitucional. Portanto, a disputa não pode ser resolvida apenas por critérios internos à linguagem jurídica – ela exige escolhas que *extrapolam* o direito positivo. Essa premissa exposta por Brest desloca a ênfase da pergunta tradicional – “qual é a melhor interpretação?” – para uma questão institucional: “quem tem autoridade para decidir entre interpretações concorrentes?”. A “questão hermenêutica” revela que os desacordos constitucionais não são apenas problemas de técnica jurídica, mas disputas políticas sobre quem deve dizer o direito em nome da coletividade. Cf. BREST, Paul. Who decides? *Southern California Law Review*, v. 58, n. 1, p. 661-672, jan. 1985.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia... op. cit.*, p. 41.

bem ou para o mal, resultariam da importância do texto constitucional no sistema jurídico. Como se tornou comum dizer na literatura constitucional brasileira, ao Judiciário caberia o “direito de errar por último”, pois sua palavra é final¹⁷⁵. Esse argumento parte do pressuposto de que a supremacia constitucional é equivalente à supremacia judicial. Via de regra, aparece esboçado de forma implícita, em passagens que afirmam a superação do Estado Legislativo pelo Estado Constitucional, como é o caso de Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.¹⁷⁶

Enterría también compartilha de visão semelhante, quando diz que “por encima de sofisticaciones teóricas, la mayor parte de las objeciones contra la justicia constitucional decaen por sí solas. [...] La creación del Tribunal Constitucional es rigurosamente coherente con esa opción básica, es su consecuencia obligada”¹⁷⁷. Em outro trecho, afirma que “[u]na Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”¹⁷⁸ e que “[l]o que la experiencia de la justicia constitucional ha revelado es, justamente, la aparición de un reino nuevo donde extender el imperio del Derecho, un reino hasta entonces dejado al capricho y al arbitrio de los políticos”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ O próprio Supremo Tribunal Federal já defendeu essa ideia explicitamente: “O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3345*. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 28 de agosto de 2008. DJe, 20 de agosto de 2010.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 228.

¹⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 177-178.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 186.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 187.

Em geral, a doutrina da supremacia judicial se baseia em três premissas principais¹⁸⁰: (i) a ideia de que uma suprema corte detém autoridade final para interpretar o sentido da constituição; (ii) a expectativa de que suas decisões constitucionais sejam obrigatórias para todos os demais poderes, incluindo o Congresso e o Presidente; e (iii) a concepção de que somente por meio de emenda constitucional o eleitorado pode modificar as interpretações fornecidas pela corte. No Brasil, o debate assumiu contornos singulares e consolidou uma tese ainda mais forte, de que o controle de constitucionalidade também alcança as emendas constitucionais. Mesmo sem previsão expressa, entendeu-se que essa possibilidade decorre *logicamente* da estrutura do sistema, em especial das chamadas “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, da Constituição Federal¹⁸¹. O resultado é a consagração de um modelo ainda mais forte de supremacia, que não se limita a frear o legislador ordinário e impõe limites também ao poder constituinte reformador.

Essa é uma argumentação conhecida¹⁸² e ficou consagrada no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803. John Marshall a utilizou como base para construir o que se tornaria o modelo clássico do controle judicial de constitucionalidade. Embora hoje já não se atribua a origem histórica do instituto a esse caso – experiências anteriores no constitucionalismo europeu¹⁸³ e em constituições estaduais norte-americanas já haviam recorrido a lógicas semelhantes¹⁸⁴ – o prestígio do julgamento permanece. Por isso, vale examinar com atenção o argumento de Marshall.

¹⁸⁰ CHANG, David. A Critique of Judicial Supremacy. *Villanova Law Review*, v. 16, n. 2, abr. 1991, p. 283-284.

¹⁸¹ Constituição Federal, art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁸² “O reconhecimento do acesso directo dos juizes à constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das leis é um outro momento relevantíssimo para a génese da justiça constitucional. Considerando-se que a interpretação das leis era uma tarefa específica dos juizes e que dentre essas leis se incluía a lei constitucional como «lei superior» (Corwin), estava aberto o caminho para a ideia de *judicial review*. Em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior (= lei constitucional) e rejeitar, desaplicando-a, a lei inferior”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* op. cit., p. 893.

¹⁸³ Costuma-se referir que no início do século XVII, Sir Edward Coke, jurista de destaque e defensor do *common law*, sustentou que havia princípios jurídicos superiores ao próprio Parlamento. No famoso *Dr. Bonham's Case*, decidido em 1610, Coke afirmou que quando um ato do Parlamento é contra a razão ou o direito comum, ou é impossível de ser executado, o *common law* o controlaria e o anularia. Essa tese atribuía ao Judiciário o poder de invalidar leis parlamentares em nome de uma razão jurídica superior. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 27-32.

¹⁸⁴ Muito antes de *Marbury*, a prática do controle judicial da constitucionalidade já era conhecida nos estados norte-americanos. Segundo Treanor, durante o período revolucionário e nos primeiros anos da nova República, cortes estaduais exerceram o poder de invalidar leis que consideravam incompatíveis com as constituições estaduais. Decisões como *Commonwealth v. Caton* (Virgínia, 1782), *Holmes v. Walton* (Nova Jersey, 1780) e *Trevett v. Weeden* (Rhode Island, 1786) são exemplos dessa prática. Em *Commonwealth v. Caton*, por exemplo, o Tribunal de Apelações da Virgínia afirmou explicitamente que tinha o poder de *desconsiderar* leis inconstitucionais. Cf. TREANOR, William Michael. Judicial Review Before *Marbury*. *Stanford Law Review*, v. 58, n. 2, abr. 2010, p. 474-489.

O contexto político do caso é fundamental para compreendê-lo¹⁸⁵. Em 1800, o Presidente John Adams, membro do Partido Federalista, foi derrotado por Thomas Jefferson, líder do Partido Republicano-Democrata. Nos dias finais de seu mandato, em março de 1801, Adams decidiu nomear uma série de aliados políticos para cargos judiciais, em uma manobra conhecida como “*midnight appointments*”¹⁸⁶. Entre os indicados estava William Marbury, um banqueiro designado para o Distrito de Columbia. A nomeação foi aprovada pelo Senado e assinada por Adams, tendo sido selada pelo então Secretário de Estado, John Marshall – que no momento cumulava o cargo com a função de *Chief Justice* da Suprema Corte. Contudo, por questões logísticas, os documentos não chegaram a ser entregues antes do término do mandato de Adams.

Com a posse de Jefferson, James Madison assumiu o cargo de Secretário de Estado. Atendendo a orientações do novo presidente, recusou-se dar posse a Marbury. Diante da recusa, Marbury impetrou um pedido junto à Suprema Corte, pleiteando a emissão de um *writ of mandamus* – uma ordem judicial, que para fins didáticos se aproximaria do mandado de segurança brasileiro, para que Madison fosse compelido a lhe dar posse. O fundamento legal do pedido era o *Judiciary Act* de 1789, que autorizava a Suprema Corte a emitir ordens dessa natureza.

A questão jurídica, à primeira vista, parecia simples. Havia uma nomeação válida, um direito subjetivo adquirido e uma norma que autorizava a concessão da medida judicial pleiteada. No entanto, Marshall identificou um impasse. Naquele momento, a Suprema Corte norte-americana ainda dava seus primeiros passos e dispunha de pouco capital político. Caso emitisse a ordem judicial, era bastante provável que o presidente Jefferson simplesmente a ignorasse – e não havia, então, qualquer meio legítimo de compelir o chefe do Executivo a cumpri-la. Para uma corte recém-estabelecida, uma derrota dessa magnitude representaria um início desastroso. Por outro lado, como figura politicamente alinhada a Adams, Marshall tampouco poderia simplesmente se esquivar do julgamento, ou alegar que se absteria de decidir porque sua decisão não seria respeitada. Vale lembrar que ele próprio havia assinado a indicação, enquanto exercia

¹⁸⁵ Cf. GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 43-55.

¹⁸⁶ “John Adams (federalista), presidente dos Estados Unidos, teve seu candidato, Aaron Burr, derrotado nas eleições presidenciais pelo republicano Thomas Jefferson. Entretanto, algumas semanas antes da posse de Jefferson, o Congresso, de maioria federalista, aprovou o *Judiciary Act* de 1801. Esse ato criou dezesseis Cortes federais com a justificativa de que, assim, os juizes da Suprema Corte não mais precisariam se deslocar – o que lhes causava bastante cansaço –, pois a eles cabia atuar nas apelações em casos federais ocorridas nos estados-membros. A nomeação dos juizes para essas novas Cortes federais caberia a John Adams fazer, o que de fato ocorreu, entretanto, o fez no apagar das luzes do seu governo. Não por acaso, tais juizes passaram a ser referidos como *midnight judges*. Além destes cargos para juizes vitalícios se aprovou a criação de quarenta e dois cargos de juizes de paz para o Distrito de Columbia. John Adams agiu, também, no sentido de reforçar o poder do judiciário diante dos demais poderes, bem como, para garantir pessoas da sua confiança para o provimento destes cargos. Tanto é que seu ex-secretário de Estado, John Marshall, foi nomeado para presidente da Suprema Corte”. *Ibidem*, p. 46-47.

o cargo de Secretário de Estado.

A solução encontrada por Marshall foi engenhosa; com o tempo, tornar-se-ia um marco na história constitucional. Em primeiro lugar, reconheceu que Marbury, de fato, possuía o direito que estava reivindicando. Uma vez concluída a nomeação, não caberia ao novo Presidente lhe negar a posse. Com isso, Marshall não deixou de afirmar que Marbury tinha razão em sua pretensão. Contudo, argumentou que aquele não era o meio processual adequado para buscar o reconhecimento de seu direito. Em vez de decidir diretamente sobre o mérito da demanda, Marshall deslocou o foco para uma questão de competência: indagou se a Suprema Corte, à luz da Constituição norte-americana, teria competência *originária* para apreciar uma ação como aquela. Recorrendo ao Artigo III, Seção 2¹⁸⁷, Marshall destacou que a jurisdição da Suprema Corte estava restrita a hipóteses específicas, como ações envolvendo embaixadores, outros secretários e cônsules, ou aquelas em que um Estado figurasse como parte. Nos demais casos, a competência da corte seria exclusivamente *recursal*.

O problema, segundo Marshall, residia no fato de que o *Judiciary Act* de 1789, por prever que a Suprema Corte poderia emitir *writs* em sede originária, ampliava de forma indevida a competência da Corte. Essa ampliação colidia diretamente com os limites estabelecidos pela própria Constituição. Então, Marshall enuncia o argumento que o tornaria célebre: uma lei que contrarie a Constituição é *nula (void)*, e essa nulidade decorre do próprio princípio da supremacia constitucional. A Constituição, sendo norma fundamental, está acima das leis ordinárias. Se ambas entrarem em conflito, cabe ao Poder Judiciário aplicar a Constituição, não a lei. Ou seja, quando dois textos legais colidem, e um deles é a Constituição, o juiz deve seguir aquele que expressa a “vontade superior” do povo. O argumento tem forma silogística: (i) a Constituição é superior às leis ordinárias; (ii) o *Judiciary Act* entra em conflito com a Constituição ao ampliar a competência da Corte; (iii) logo, esse trecho do *Judiciary Act* é inválido. Para os propósitos desta análise, o que importa destacar é que se trata de uma construção apresentada como *logicamente dedutiva*. Marshall aproveitou o caso para ainda afirmar que o Judiciário não apenas aplica a Constituição, como é também o intérprete legítimo de seus limites. Essa doutrina, fun-

¹⁸⁷ Constituição dos Estados Unidos, Artigo III, Seção 2: “Em todos os casos que envolvam Embaixadores, outros Ministros Públicos e Cônsules, bem como naqueles em que um Estado for parte, a Suprema Corte terá jurisdição originária. Nos demais casos acima mencionados, a Suprema Corte exercerá jurisdição em grau de apelação, tanto quanto ao Direito quanto aos Fatos, com as exceções e sob as regulamentações que o Congresso estabelecer”. Tradução livre. No original: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make”. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em: 26 abr. 2025.

dada no argumento da supremacia constitucional, transformou a Suprema Corte em uma instituição central do sistema constitucional norte-americano. Em suas próprias palavras:

É uma proposição clara demais para ser contestada: a de que a constituição prevalece sobre qualquer ato legislativo que lhe seja contrário; ou, alternativamente, de que o legislativo pode modificar a constituição por meio de um ato ordinário. Entre essas duas possibilidades, não há meio-termo. A constituição ou é uma lei superior e suprema, insuscetível de alteração por meios ordinários, ou está no mesmo nível das leis legislativas comuns e, como essas, pode ser modificada sempre que o legislador assim o desejar. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à constituição não é uma lei; se a segunda for correta, então as constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder que, por sua própria natureza, seria ilimitável.¹⁸⁸

A partir desse raciocínio, Marshall consolidou a tese de que é “enfaticamente competência e dever do ramo Judiciário dizer o que é o direito”¹⁸⁹. Essa passagem é importante porque consolida duas ideias sobre o *judicial review*. Primeiro, que interpretar e aplicar a constituição não é uma faculdade acessória do juiz, mas uma decorrência inevitável de sua função de “dizer o que é o direito”. Segundo, que a autoridade para resolver conflitos normativos pertence ao Judiciário de maneira *lógica*, e não como uma atribuição extraordinária ou derivada. Daí decorre a concepção de que a supremacia constitucional exige, como consequência prática, a revisão judicial dos atos legislativos. Mais do que isso, confere ao Poder Judiciário o papel de intérprete final da ordem constitucional.

Como dito acima, se o argumento de Marshall fosse correto e o controle de constitucionalidade fosse mera decorrência lógica, então não haveria muito o que discutir, porque todo o resto seriam consequências com as quais infelizmente teremos de conviver. No entanto, como demonstra Nino¹⁹⁰, o raciocínio de Marshall está longe de constituir um argumento *logicamente necessário*. Com isso, evidencia que o controle judicial da constitucionalidade pode ser, sim, uma escolha política – como fizeram o Brasil e diversos outros países –, mas não se trata de uma imposição *lógica* derivada da ideia de supremacia constitucional¹⁹¹.

¹⁸⁸ Tradução livre. No original: “It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable”. 5 U.S. 137 (1803).

¹⁸⁹ Tradução livre. No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. 5 U.S. 137 (1803).

¹⁹⁰ NINO, Carlos Santiago. A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. *Cardozo Law Review*, v. 14, n. 3/4, 1993, p. 801-803.

¹⁹¹ “[A]tualmente é quase natural a ideia de que deixar as controvérsias constitucionais serem decididas pelo povo desestabilizaria o ordenamento jurídico e a própria constituição. Tal assertiva, no entanto, é mera pressuposição e, portanto, uma questão empírica e não teórica. Isso não significa que se deva ignorar os períodos difíceis e de

O primeiro ponto a ser esclarecido é que a inconstitucionalidade de uma norma não implica, por si só, sua exclusão do ordenamento. Como Nino ressalta, uma norma pode contrariar a constituição sob o ponto de vista formal ou material e, ainda assim, continuar a ser aplicada e a produzir efeitos jurídicos concretos enquanto não for declarada inválida por um órgão competente – e, em certos sistemas, mesmo após tal declaração, dependendo das regras sobre os efeitos das decisões judiciais¹⁹². Em outras palavras, o simples fato de uma norma ser inconstitucional não significa que ela deixará de ser aplicada ou de se considerar *obrigatória*. Ela pode permanecer em vigência como qualquer outra norma, até que um mecanismo específico a reconheça como inválida. Isso demonstra que a nulidade da norma, na prática, não decorre de sua contrariedade à constituição, mas de um ato que a declare como tal¹⁹³.

Na realidade cotidiana, juízes frequentemente aplicam normas inconstitucionais sem questionar sua validade. Logo, o argumento de Marshall inverte a ordem dos fatores: ao afirmar que leis inconstitucionais são “nulas” desde o início, ele ignora que, em diversos contextos, essas normas continuam sendo tratadas como válidas e eficazes até que uma autoridade com legitimidade as invalide formalmente¹⁹⁴. A declaração judicial de nulidade, portanto, não decorre de uma exigência *lógica*, mas de uma decisão política. É uma consequência prática da atuação judicial, não uma verdade autoevidente¹⁹⁵.

Essa visão mais transparente também contribui para enfrentar, com maior lucidez, um

violações de direitos que a história aponta”. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Orientadora: Vera Karam de Chueiri. 266 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 56.

¹⁹² NINO, Carlos Santiago. *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review...* *op. cit.*, p. 810.

¹⁹³ A situação descrita, em que uma norma considerada inconstitucional continua a produzir efeitos até ser formalmente invalidada, remete ao antigo debate sobre a natureza declaratória ou constitutiva das decisões constitucionais. A dúvida consiste em saber se o Judiciário apenas reconhece uma nulidade que já existia desde a origem da norma – como sustentava Marshall – ou se é a decisão judicial que gera a invalidação da norma a partir daquele momento – como defendia Kelsen. Embora esse debate seja relevante do ponto de vista dogmático, o problema aqui discutido segue em outra direção. Do ponto de vista da legitimidade, mais importante do que classificar a natureza jurídica da decisão é compreender seu peso político e institucional. Em última análise, trata-se de saber quem tem autoridade, dentro de um arranjo democrático, para negar a validade de normas jurídicas.

¹⁹⁴ Como observou Nino, o próprio Kelsen já havia identificado esse problema quando apresentou sua própria visão sobre a jurisdição constitucional, em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*. Para lidar com essa divergência entre teoria e prática, Kelsen propôs a figura da “cláusula alternativa tácita”, uma construção teórica segundo a qual normas superiores conteriam *implicitamente* permissões excepcionais que explicariam a validade temporária de normas inconstitucionais. Haveria, por assim dizer, uma permissão residual prevista no próprio sistema. A ideia reforça a tese de que o controle judicial da constitucionalidade é uma escolha política e institucional, não uma dedução inevitável do princípio da supremacia constitucional. Nino reconhece o valor da construção de Kelsen, mas critica essa proposta de “salvação do argumento” como artificial e conceitualmente desnecessária. NINO, Carlos Santiago. *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review...* *op. cit.*, p. 806.

¹⁹⁵ “[A] preservação da supremacia constitucional requer *algum controle* de compatibilidade das leis com a constituição, mas a escolha de quem será o agente (ou os agentes) desse controle é uma decisão política. Juristas muitas vezes têm dificuldade em aceitar esse fato e costumam encarar como natural (ou, ainda pior, uma questão de lógica) a existência de um controle de constitucionalidade exercido por tribunais” (*grifo no original*). SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro...* *op. cit.*, p. 565.

dos aspectos mais desconfortáveis da argumentação de Marshall, e que já foi discutida no tópico anterior. Se todas as normas constitucionais fossem objetivas e de fácil interpretação, a teoria de Marshall poderia ser mais defensável. Nesse cenário idealizado, em que a constituição expressasse normas inequívocas e suas violações fossem prontamente identificáveis, talvez o controle judicial funcionasse, de fato, como uma simples operação lógica.

No entanto, essa não é, nem de longe, a realidade que se apresenta. O texto constitucional contém uma série de ambiguidades que exigem interpretações controvertidas, que variam ao longo do tempo e entre diferentes posições políticas e morais. A experiência histórica demonstra que a interpretação da constituição é objeto de disputas contínuas, e não raro se modifica em razão de transformações culturais e da composição dos tribunais. Diante disso, é insustentável a ideia de que uma norma somente declarada inconstitucional décadas após sua edição já seria “nula” desde a origem, como se contivesse um vício latente, aguardando apenas que o Judiciário o revelasse.

Essa concepção da validade obscurece o papel interpretativo do Judiciário e dissimula a complexidade da decisão constitucional. Afirmar que uma norma era inválida desde sempre pressupõe que o conteúdo da constituição seja facilmente acessível e que qualquer contradição possa ser reconhecida de forma objetiva e neutra. Ora, se a identificação da inconstitucionalidade depende, em grande medida, da interpretação judicial e do contexto em que essa interpretação se dá, então não faz sentido sustentar que a norma já era nula em um momento anterior, quando sequer havia consenso – ou mesmo consciência – sobre o suposto conflito. O controle de constitucionalidade, nesses casos, não se limita a aplicar um silogismo preexistente; ele participa da construção do próprio significado da constituição. Isso se torna mais evidente quando adicionamos o componente meteático implícito ao direito constitucional.

Uma segunda fragilidade no argumento de Marshall diz respeito à conclusão de que os juízes seriam os encarregados *naturais* de declarar a inconstitucionalidade das leis¹⁹⁶. Mais uma vez, trata-se de uma inferência que, examinada com cuidado, revela-se apenas uma escolha *possível*, não uma imposição lógica. O que Marshall faz, nesse ponto, é assumir que, se uma norma viola a constituição, e se a constituição deve prevalecer, então deve ser o Judiciário quem exerce esse juízo de compatibilidade. Mas, como demonstra Godoy, esse salto argumentativo carece de qualquer fundamento *lógico*: “[a]firmar que a Constituição é hierarquicamente superior às demais leis, que goza de normatividade, imperatividade e autoaplicação não significa que a única forma correta de interpretá-la e aplicá-la sejam aquelas estabelecidas pelo Poder

¹⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. A Philosophical Reconstruction of Judicial Review... *op. cit.*, p. 809.

Judiciário”¹⁹⁷.

Em alguns ramos do direito, é comum que autoridades administrativas se deparem com a necessidade de avaliar a compatibilidade de atos normativos inferiores, como regulamentos e portarias, com leis ordinárias. No entanto, disso não se segue que essas autoridades dispõem de competência para declarar a nulidade do ato¹⁹⁸. Muitas vezes, mesmo diante de um ato cuja validade pareça duvidosa, a autoridade administrativa deve continuar a aplicá-lo enquanto não houver decisão de suspensão ou revogação pela instância competente, seja uma autoridade administrativa ou um juiz. Isso mostra que o desenho sobre quem pode declarar a nulidade de uma norma é uma decisão *política*, e não uma dedução da estrutura hierárquica do sistema.

Se um sistema jurídico atribui aos juízes a função de invalidar leis inconstitucionais, essa é uma *escolha* – que pode ser mais ou menos acertada, mais ou menos legítima –, mas que não decorre automaticamente da ideia de supremacia constitucional. Um sistema jurídico pode, legitimamente, reservar a declaração de inconstitucionalidade a um órgão político, como uma assembleia, ou mesmo prever que normas inconstitucionais só sejam declaradas inválidas por meio de referendo popular.

Em qualquer desses casos, do ponto de vista teórico, a supremacia constitucional continuaria sendo respeitada. O que de fato varia é o mecanismo escolhido para assegurar essa supremacia. A decisão de confiar essa função ao Poder Judiciário, a órgãos políticos ou ao próprio corpo eleitoral reflete escolhas históricas e pragmáticas sobre qual instância se considera mais apta a exercer esse controle em determinada sociedade. Não existe, portanto, uma resposta necessária e universal a esse problema; há apenas diferentes desenhos que procuram equilibrar o ideal de autogoverno democrático e a efetividade constitucional.

Ademais, a estrutura supostamente lógica do argumento de Marshall conduz a uma conclusão estranha: a de que apenas os sistemas que adotam o *judicial review* seriam compatíveis com o verdadeiro espírito do constitucionalismo. Partindo dessa premissa, excluem-se modelos constitucionais que, embora contem com uma constituição escrita, optaram por outros mecanismos de controle ou por uma limitação do papel judicial. Tal visão implica considerar esses sistemas como falhos ou incoerentes – uma conclusão desconfortável diante da trajetória constitucional de países como Reino Unido, Holanda ou a França anterior à criação do Conselho Constitucional¹⁹⁹.

¹⁹⁷ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais...* *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review...* *op. cit.*, p. 804-805.

¹⁹⁹ “Essa naturalização do controle *judicial* de constitucionalidade é incapaz de explicar como sempre existiram e ainda existem países nos quais, apesar de haver supremacia constitucional, tribunais não têm poder para controlar

No Reino Unido, até o final do século passado, o Poder Judiciário não detinha nenhum poder de controle das leis, em respeito ao princípio da soberania parlamentar. Mas isso significa dizer que não há constitucionalismo neste país, ou que este seja deficiente? A experiência britânica indica o contrário. Embora não esteja reunida em um único texto, a constituição britânica conforma uma ordem estruturada, com hierarquia de fontes, formas de limitação do poder e instrumentos de proteção de direitos²⁰⁰. O controle judicial de constitucionalidade nunca foi parte dessa tradição, mas isso não impediu o desenvolvimento de um constitucionalismo respeitável. A ausência apenas reflete uma concepção política distinta sobre a alocação institucional da autoridade final.

O caso holandês deixa o problema ainda mais claro²⁰¹. Neste país, há uma constituição codificada e soberana, formalmente promulgada em 1815, com reformas significativas em 1848 e 1983. Mas não há controle de constitucionalidade, por disposição expressa do artigo 120 da Constituição, que impede os tribunais de revisar as leis aprovadas pelo parlamento. Isso demonstra que um sistema pode reconhecer juridicamente a superioridade da Constituição sem conferir ao Judiciário a função de controlá-la.

A França é outro exemplo didático de como esse argumento é falho²⁰². Durante boa parte da história republicana francesa, prevaleceu o princípio da “soberania da lei”, herdado da tradição revolucionária, que vedava ao Judiciário qualquer forma de controle de constitucionalidade. Somente com a Constituição de 1958, que instituiu a Quinta República, nasceu o *Conseil Constitutionnel*, inicialmente concebido como um órgão de controle prévio e limitado, voltado a conter abusos legislativos entre os Poderes. Foi apenas com as reformas de 1971 e, mais decisivamente, com a abertura do controle por via de “questão prioritária de constitucionalidade”, a partir de 2008, que o controle constitucional ganhou relevância. Ainda hoje, no entanto, o

a constitucionalidade das leis. E, mesmo nas democracias constitucionais nas quais tribunais exercem esse controle – hoje em dia a maioria –, a enorme variação institucional em relação a que órgãos podem exercer o controle, e em que momento, é o fator mais ilustrativo de que se trata de decisão baseada em considerações de conveniência e oportunidade, não de decorrência supostamente lógica da rigidez e da supremacia constitucional” (*grifo no original*). SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro... op. cit.*, p. 565.

²⁰⁰ Costuma-se classificar o Reino Unido como um exemplo de constituição *não escrita*, mas essa expressão é tecnicamente imprecisa. O mais correto é dizer que o Reino Unido possui uma constituição *não codificada*, isto é, que não está reunida em um único documento formal. Ainda assim, o país conta com uma ordem constitucional complexa, composta por diversos atos constitucionais – como o *Bill of Rights* de 1689, o *Act of Settlement* de 1701, os *Parliament Acts* de 1911 e 1949, e o *Human Rights Act* de 1998 – além de costumes e princípios constitucionais e decisões judiciais. O caso do Reino Unido será melhor detalhado no tópico 4.1.1.

²⁰¹ Cf. KATE, Jan Ten; KOPPEN, Peter J. Van. The Netherlands: Toward a Form of Judicial Review. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. Cap. 20, p. 376-378.

²⁰² Cf. ROUSSEAU, Dominique. *Justiça constitucional francesa*. Trad. de Thomas Passos Martins. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 64-95.

modelo francês mantém um perfil distinto: o Conselho Constitucional é composto por membros indicados politicamente, opera fora da estrutura judicial tradicional e sua atuação é processualmente bastante restrita.

Além disso, existem diversos mecanismos políticos e sociais de proteção da supremacia constitucional que não envolvem o Judiciário, como o veto presidencial por inconstitucionalidade, o debate parlamentar sobre constitucionalidade de projetos, a pressão da opinião pública, *etc*²⁰³. Ou seja, ao menos em tese, a supremacia constitucional pode ser preservada mesmo que o Judiciário não seja o único nem o último intérprete. Para Nino, a questão de *quem decide* deve ser respondida à luz da teoria democrática: a menos que haja um claro ganho para a democracia em empoderar os juízes, as decisões públicas devem emanar, em princípio, dos órgãos democraticamente eleitos. Em síntese, o que fica claro é que “apesar da ampla aceitação política e popular da última palavra da Suprema Corte na interpretação constitucional, tal conclusão não é lógica, não decorre do caso *Marbury v. Madison*”²⁰⁴.

Segundo Hutt, essa ideia se assenta sobre uma tendência implícita de que (i) não há problema constitucional que não possa ser resolvido pelos tribunais e (ii) nenhum problema constitucional está *realmente* resolvido até que seja resolvido por um tribunal²⁰⁵. Para essa ideia, nenhuma interpretação concorrente possui validade constitucional *autônoma*. Portanto, o que se vê é uma estrutura hipertrofiada que confere ao Judiciário não apenas a função de aplicar a constituição em casos concretos, mas a prerrogativa de determinar, com autoridade final e vinculante, o significado das cláusulas constitucionais – inclusive de forma impositiva para os demais poderes e para a própria sociedade. Nas palavras de Hutt, tais premissas

[s]ão o resultado de uma longa tradição na teoria do direito que direciona a atenção para compreender e prescrever a forma como os juízes desempenham suas funções. Uma explicação para essa tendência, ao que parece, reside na adoção de um ponto de vista não reflexivo, que parte do pressuposto de que a interpretação tem caráter puramente judicial. Em outros casos, há uma preferência explícita pelo tribunal como o

²⁰³ Silva identifica quatro momentos em que o processo legislativo brasileiro contempla uma avaliação de compatibilidade entre a proposta legislativa e o texto constitucional. São eles: (i) no momento da apresentação do projeto de lei à Câmara dos Deputados, quando o Regimento Interno, em seu art. 137, § 1º, II, b, autoriza o Presidente da Casa a devolver a proposição caso ela trate de matéria flagrantemente inconstitucional; (ii) na análise de mérito realizada pela Comissão de Constituição e Justiça, comissão permanente que pode rejeitar propostas sob fundamento de inconstitucionalidade; (iii) no exercício do poder de veto pelo Presidente da República, que pode vetar a norma sob alegação de ofensa à Constituição; e (iv) na deliberação do Congresso Nacional sobre o veto presidencial, hipótese em que os parlamentares também analisam, de forma explícita ou implícita, o juízo de inconstitucionalidade que embasou a decisão do Presidente. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro... op. cit.*, p. 569-570.

²⁰⁴ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais... op. cit.*, p. 70.

²⁰⁵ Enterria, por exemplo, diz que “los conflictos constitucionales son conflictos políticos, pero se deciden jurídicamente”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 175.

fórum ideal para interpretações da constituição, o que leva à rejeição de outros agentes, especialmente aqueles que se enquadram amplamente na categoria das maiorias.²⁰⁶

Essa crítica também destaca que a autoridade interpretativa do Judiciário se apoia, em boa parte, na exclusividade dos chamados “métodos jurídicos” de interpretação – como a interpretação textual, histórica, sistemática, doutrinária ou moral. Interpretações produzidas em outras esferas – como a legislativa, administrativa ou cidadã – são desqualificadas por não se apresentarem nesses mesmos termos ou por adotarem formas distintas de argumentação. Mas o resultado disso é um argumento circular: os tribunais são considerados os intérpretes legítimos da constituição porque aplicam métodos *jurídicos*; e os métodos jurídicos são reconhecidos como únicos admitidos porque são aplicados pelos *tribunais*²⁰⁷. Por excluir outras formas de interpretação – deliberativas, políticas, populares – essa autorreferência elimina o pluralismo hermenêutico que deveria caracterizar um sistema constitucional democrático. A consequência é a consolidação de uma concepção do direito que concentra autoridade em um único foro e deslegitima alternativas interpretativas. Tal preocupação também é destacada por Chang:

Se, do ponto de vista de uma maioria nacional, as justificativas da supremacia constitucional dependem das justificativas da supremacia judicial – e não o inverso –, então os processos de decisão judicial devem ser considerados o bem principal, enquanto os processos pelos quais as disposições constitucionais são criadas passam a ser, na melhor das hipóteses, um meio imperfeito de oferecer aos juízes uma orientação vaga; e, na pior, um apêndice governamental em declínio. Um modelo de constitucionalismo assim implicaria não apenas que o eleitorado desconfia profundamente de sua própria capacidade a ponto de desejar guardiões platônicos, mas também que, ao longo de dois séculos de prática, as relações normativas e práticas entre os textos constitucionais e a revisão judicial foram invertidas.²⁰⁸

Por isso, Hutt explica que não há correlação necessária entre *judicial review* e supremacia judicial²⁰⁹. A mera existência de uma constituição escrita não exige que sua interpretação

²⁰⁶ Tradução livre. No original: “They are the result of a long tradition in jurisprudence of directing attention to understanding and prescribing the way that judges perform their duties. An explanation for this trend, it seems, lies in the adoption of a non-reflexive point of view which assumes that interpretation is purely judicial in character. In other cases, there is an explicit preference for the courtroom as the ideal forum for interpretations of the constitution which so rejects other agents, particularly those who broadly fall under the category of majorities”. HUTT, Donald Bello. Against judicial supremacy in constitutional interpretation... *op. cit.*, p. 2.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 4.

²⁰⁸ Tradução livre. No original: “If, from the perspective of a national majority, justifications for constitutional supremacy depend on justifications for judicial supremacy, rather than the other way around, then the processes of judicial decisionmaking must be viewed as the primary good and the processes by which constitutional provisions are created are at best merely an imperfect way to provide judges with the vaguest sort of guidance; at worst, they are a withering governmental appendage. Such a version of constitutionalism not only would suggest that the electorate distrusts itself so much that it seeks Platonic guardians, but also that through two centuries of practice, the practical and normative relationships between constitutional texts and judicial review have been reversed”. CHANG, David. A Critique of Judicial Supremacy... *op. cit.*, p. 399, nota de rodapé 366.

²⁰⁹ HUTT, Donald Bello. Against judicial supremacy in constitutional interpretation... *op. cit.*, p. 13-15

final pertença ao Judiciário. O que ela exige é a construção de mecanismos comprometidos com sua força normativa e com sua função de limitar o poder. Como diz Godoy, “[a] instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis trata-se também de uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, que deve ser feita tomando-se em conta os riscos e as vantagens envolvidos na adoção desse tipo de instrumento”²¹⁰. Essa distinção torna o debate mais transparente e abre espaço para a introdução, a seguir, do pensamento de um autor que oferece críticas sérias ao *judicial review* e, sobretudo, à ideia de supremacia judicial. Partindo de dentro da tradição liberal, sustenta que, se é verdade que a revisão judicial impõe obstáculos à democracia, enfrenta percalços interpretativos contundentes e não decorre logicamente da ideia de supremacia constitucional, então há razões suficientes para colocar em xeque esse modelo, e possivelmente recusá-lo.

²¹⁰ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais...* op. cit., p. 71.

3 AS CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON

“Pode até haver uma única verdade objetiva [...], mas enquanto ela não se revelar de forma inequívoca vinda dos céus, nossas respostas aqui na Terra continuarão sendo diferentes. E isso importa para o direito. Porque, ao entrar em um tribunal, ninguém sabe ao certo de que concepção moral estará à mercê. Dizemos que somos uma nação de leis, não de homens; mas são os homens e mulheres na magistratura que precisam responder ao complexo conjunto de questões que [...] compõem o raciocínio jurídico. E essas respostas variam de pessoa para pessoa, não de acordo com o direito.”

- Jeremy Waldron²¹¹

Até aqui, delineou-se a anatomia de um desconforto teórico. Em resposta aos “problemas” discutidos no capítulo anterior, a “obsessão acadêmica” com o problema contramajoritário deu origem a uma sucessão de tentativas conciliatórias. A literatura refinou os argumentos de justificação do *judicial review*, destinados a domesticar a tensão apontada. Mas preservou, quase sem exceções, o mesmo ponto de partida: o controle judicial das leis continuou a ser tratado como um *pressuposto* do constitucionalismo; uma estrutura que se subentende como necessária, ainda que demande ajustes.

Paralelo a isso, alguns autores se fizeram um questionamento mais sério. Há quem não queira apenas moderar o poder de anular as leis; há quem pergunte se os tribunais deveriam mesmo tê-lo. Trata-se de um passo anterior à engenharia constitucional ou à forma como os juízes deveriam moldar seu raciocínio. É uma recusa em aceitar aquilo que pode ser apenas uma contingência histórica, ou um vício antidemocrático. Para esses autores, o controle judicial das leis não é algo a ser *justificado*. Será que ele é mesmo necessário? E, caso seja, por que deveria assumir a forma robusta que hoje ocupa em tantas democracias constitucionais – especialmente aquela consolidada nos Estados Unidos e replicada em países como o Brasil?

Um autor em particular respondeu a essas perguntas com notável franqueza. Ele parte do diagnóstico de que há, no núcleo do controle judicial forte, uma disputa com os princípios fundamentais do autogoverno. O problema, diz, não é a má utilização, mas a própria atribuição do poder. Para ele, em uma democracia digna desse nome, os direitos precisam ser construídos

²¹¹ Tradução livre. No original: “There may be just one objective truth [...], but as long as it does not disclose itself unambiguously from the skies, our answers here on earth are bound to remain legion. And this matters in law. For there is no telling whose moral views one will be at the mercy of when one comes into a courtroom. We say we are a nation of laws, not men; but it is the men and women on the bench who have to answer the complex array of questions that [...] are posed in legal reasoning. And the answers will differ depending on the person, not depending on the law”. WALDRON, Jeremy. How Judges Should Judge. *The New York Review of Books*, New York, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2006/08/10/how-judges-should-judge/>. Acesso em: 21 maio 2025.

no interior da própria política, e não garantidos de fora, por uma elite judicial blindada da disputa pública.

Jeremy Waldron, teórico do direito nascido na Nova Zelândia, é um nome importantíssimo nesse debate. Sua obra ganhou destaque internacional pela crítica sistemática ao controle judicial de constitucionalidade e pela defesa do papel do Legislativo na proteção de direitos fundamentais. Nas palavras de Goldsworthy, Waldron é “um dos mais brilhantes filósofos políticos e jurídicos que escrevem em inglês atualmente, [...] amplamente conhecido por suas críticas eloquentes e contundentes aos direitos constitucionais garantidos por via judicial”²¹². O diagnóstico é semelhante ao de Whittington, para quem “Waldron levantou um desafio importante e contundente aos defensores do *judicial review* e àqueles que minimizam a importância da tomada de decisão democrática”²¹³. Diante da relevância de suas teses e de sua recepção no Brasil²¹⁴ e no mundo²¹⁵, este trabalho toma seu pensamento como principal referência para investigar as objeções democráticas ao *judicial review*.

Um dos pontos mais interessantes da crítica de Waldron é que ela não pode ser descrita como “cética” sobre o papel dos direitos fundamentais. Por vezes, críticas ao protagonismo judicial costumam refletir desconfiança quanto à realização dos ambiciosos ideais constitucionais ou até desilusão com episódios do mundo real²¹⁶. Mas nada disso pode ser imputado a Waldron. Sua crítica não se baseia em frustração com certas decisões ou composições judiciais;

²¹² Tradução livre. No original: “[...] one of the most brilliant political and legal philosophers writing in English today, [...] well known for his eloquent and powerful criticisms of judicially enforceable constitutional rights”. GOLDSWORTHY, Jeffrey. Book Review: Legislation, Interpretation, and Judicial Review. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 1, 2001, p. 75.

²¹³ Tradução livre. No original: “[...] Waldron has raised an important and compelling challenge to advocates of judicial review and those who minimize the importance of democratic decision making”. WHITTINGTON, Keith E. In Defense of Legislatures. *Political Theory*, v. 28, n. 5, out. 2000, p. 696.

²¹⁴ Cf., especialmente, MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81-110; PAULINO, Lucas Azevedo. *Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58-97.

²¹⁵ “Sin duda ha sido Waldron quien ha ofrecido la versión más articulada y también extrema de las objeciones contramayoritarias respecto de una carta de derechos atrincherada y a favor de un modelo irrestricto de regla de la mayoría, ya que suma a la objeción de la desigualdad un nuevo y poderoso argumento: el de los desacuerdos”. ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales... op. cit.*, p. 162.

²¹⁶ Ao contrário de Waldron, algumas abordagens adotam uma perspectiva centrada na real efetividade das decisões constitucionais. É o caso de Rosenberg, cuja obra *The Hollow Hope* representa talvez a investigação mais sistemática sobre os limites dos tribunais como agentes de transformação social. Sua tese é que, na ausência de apoio político dos demais Poderes e de mobilização popular consistente, as decisões da Suprema Corte tendem a ser inócuas ou irrelevantes. Segundo ele, por exemplo, *Brown v. Board of Education*, apesar de seu valor simbólico, produziu pouca mudança efetiva e só passou a gerar efeitos práticos quando o Executivo e o Congresso, pressionados por atores políticos organizados, assumiram o protagonismo da agenda de direitos civis. Isso se deu especialmente por meio de sanções financeiras, traduzidos em cortes de repasses às escolas que insistiam em desobedecer ao precedente de *Brown*. Outro fator importante foi o apoio do Presidente Eisenhower à decisão, cuja posição favorável conferiu respaldo político para sua implementação. Cf. ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 42-71.

parte, ao contrário, de um ponto de vista *liberal*, no qual os direitos constitucionais ocupam um papel central. Basta ver que um dos seus artigos mais famosos tem o curioso título “*A Right-Based Critique of Constitutional Rights*” [“*Uma crítica aos direitos constitucionais baseada em direitos*”²¹⁷].

Para Waldron, trata-se de uma crítica *em nome* dos direitos, não contra eles. O que ele realmente contesta é a ideia de que instituições não eleitas devam ser as principais responsáveis por sua proteção. O que está em jogo não é apenas o conteúdo dos direitos, mas o sistema institucional que reivindica autoridade para interpretá-los de forma definitiva. Esse aspecto leva Friedman a afirmar que Waldron tem uma crítica *filosófica*, pois se dirige ao próprio modelo *standard* do constitucionalismo, e não a seus eventuais problemas de funcionamento²¹⁸.

No debate sobre a revisão judicial de leis, Waldron ocupa uma posição singular. Em contraste com autores como Rawls e Dworkin, que buscam justificar a existência de tribunais como guardiões da justiça e da moralidade, Waldron argumenta que o respeito pelos indivíduos é mais bem realizado por instituições democráticas representativas. A seu ver, atribuir a um grupo restrito de juízes a tarefa de decidir sobre os direitos mais importantes da sociedade subverte o ideal democrático. Waldron rejeita a suposição de que esses juízes sejam intérpretes mais legítimos ou mais capacitados do que os representantes populares para deliberar sobre questões constitucionais. Em resposta, propõe um projeto constitucional centrado no Legislativo: uma visão na qual o processo deliberativo é dotado de dignidade política e autoridade para decidir questões controversas e delicadas sobre direitos fundamentais.

Duas ideias estruturam sua crítica. A primeira, mais importante, diz respeito à extensão e à profundidade dos desacordos políticos e morais em uma sociedade pluralista. Ao contrário da teoria constitucional dominante, Waldron não vê nessa característica uma patologia a ser superada; trata-a, na verdade, como uma condição normal da vida coletiva. Esses desacordos são tão disseminados que levam Waldron a desconfiar de teorias que buscam soluções consensuais ou fundadas em verdades morais superiores. A segunda ideia, que deriva da anterior, refere-se à dignidade política que reveste as decisões tomadas por meio de procedimentos democráticos. Para Waldron, quando bem compreendida, a democracia não é apenas a “pior forma de governo, à exceção de todas as outras”, como sugere a famosa frase atribuída a Winston Churchill. Ele busca demonstrar que, em sua melhor luz, a democracia é o método mais justo e

²¹⁷ WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 18-51, maio 1993.

²¹⁸ FRIEDMAN, Barry. *The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession...* *op. cit.*, p. 164, nota 32.

igualitário que se consegue imaginar.

O que ele quer dizer é que, se há problemas com a democracia – e ele reconhece que há –, devemos tentar aperfeiçoá-la da forma mais adequada, e não simplesmente descartá-la em favor de um método antidemocrático. Em vez de ignorar as decisões populares a fim de supostamente melhor proteger direitos, é preciso aprimorar seus mecanismos internos e corrigir suas falhas. Esse argumento reforça a tese de que, diante de desacordos legítimos e persistentes, a imposição de uma decisão por parte de instituições não representativas é sempre problemática. Como ele explica,

[...] o argumento das imperfeições da democracia [...] também não constitui um argumento a favor do poder judicial. A imperfeição de uma instituição, segundo critérios democráticos, não serve para justificar a imperfeição de outra. Não se pode, por exemplo, legitimar o poder da monarquia ou da câmara alta não eleita apontando para as imperfeições democráticas da Câmara dos Comuns (por mais gritantes que sejam); pois os Lordes e a monarquia são ainda piores do ponto de vista democrático. Conceder poder a essas instituições significa agravar, e não mitigar, as imperfeições da democracia britânica. O mesmo raciocínio se aplica aos tribunais. Mesmo que se reconheça que o parlamento está longe de representar a perfeição democrática, a questão central é saber se permitir que decisões parlamentares sejam anuladas pelos tribunais torna a situação melhor ou pior do ponto de vista democrático.²¹⁹

O que se seguirá adiante é uma reconstrução das principais teses de Waldron. A primeira seção expõe sua concepção do desacordo como característica constitutiva das sociedades democráticas e mostra como essa perspectiva fundamenta sua crítica ao protagonismo judicial. A segunda seção examina sua objeção ao argumento dos pré-compromissos constitucionais como justificativa para o controle judicial. Em seguida, a terceira seção apresenta sua defesa da centralidade do Legislativo, com ênfase na ideia de que a autoridade das leis está vinculada aos procedimentos pelos quais são elaboradas. Por fim, discute-se a “crise do *judicial review*”, com foco no agravamento da crítica de Waldron diante do cenário norte-americano atual.

3.1 O VALOR DO DESACORDO

“Se os direitos ‘adequados’ ou ‘apropriados’ pudessem ser facilmente determinados, haveria pouca razão para hesitar em gravá-los em pedra. Por que

²¹⁹ Tradução livre. No original: “[...] the argument from the imperfections of democracy [...] is still not an argument in favour of judicial power. The imperfection of one institution, by democratic standards, goes no way towards justifying the imperfection of another. One cannot, for example, legitimize the power of the monarchy or the unelected second chamber by pointing to the democratic imperfections of the House of Commons (egregious though they are); for the Lords and the monarchy are even worse from a democratic point of view. To empower those institutions is to compound rather than mitigate the imperfections of British democracy. The same applies to the courts. Even if we agree that parliament is not the epitome of democratic decision-making, the question is whether allowing parliamentary decisions to be overridden by the courts makes matters better or worse from a democratic point of view”. WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights...* op. cit., p. 45.

não vincular futuras legislaturas e gerações a uma lista de direitos consagrada e prevalecente, quando a superioridade de uma lista em relação às demais parece evidente? Qualquer contestação por parte de opositores, num cenário em que se presume ser fácil definir o quais são os direitos, inevitavelmente seria atribuída à má-fé ou à estupidez, à desonestidade ou à idiotice. Se eu consigo enxergar que esses direitos são claramente apropriados e necessários [...], então é melhor que sejam tornados o mais imutáveis possível, e o mais rápido possível, pois não haveria justificativa plausível para a sua discordância, nem para a de mais ninguém. É claro [...] que é extremamente pouco convincente argumentar que os direitos que as pessoas deveriam ter, como esses direitos devem ser expressos, como devem se hierarquizar entre si, quem ou o quê deve possuí-los, e se e quando eles devem ceder diante de interesses sociais mais amplos, são questões simples. Não são.”

- James Allan²²⁰

Sociedades modernas são marcadas por divergências profundas em questões fundamentais de moralidade, justiça e direitos. O desacordo entre cidadãos razoáveis é não apenas recorrente, mas inevitável. Como afirma Waldron já no início de sua obra, “[h]á muitos de nós, e nós discordamos sobre o que é justo”²²¹. Se fosse possível condensar seu pensamento em uma única tese, essa talvez fosse sua formulação mais simples.

Waldron parte da ideia de que o desacordo entre cidadãos racionais, bem-intencionados e comprometidos com a vida pública não é um defeito da democracia, tampouco uma falha a ser corrigida. Trata-se, na verdade, de um traço da vida política, algo que as instituições precisam reconhecer e acomodar, e não de um obstáculo a ser superado. Esse reconhecimento orienta sua teoria política e sua crítica às concepções de justiça que tratam o desacordo como *falhas*. Para ele, ignorar esse dado é o que compromete a plausibilidade de muitas teorias constitucionais, que parecem operar com a esperança implícita de que os desacordos possam ser resolvidos por argumentação racional ou neutralizados por decisões judiciais²²².

²²⁰ Tradução livre. No original: “If ‘fitting’ or ‘appropriate’ rights were easily determined there would be little cause to hesitate about casting them in stone. Why not bind future legislatures and generations by an entrenched and overriding list of rights when the appropriateness of one list, over others, is evident? Any quibbling by dissenters, where formulating a conception of rights is believed to be easy, would inevitably be put down to bad faith or stupidity, knavery or idiocy. If I can see that these rights are obviously fitting and needed [...], then they had better be made as immutable as possible as quickly as possible for there is no good ground for your, or anyone else's, dissent. Of course [...] it is extremely unconvincing to argue that what rights people should have, how those rights should be expressed, how they should rank against one another, who or what is to possess them, and whether and when they should lose out to broader social interests are straightforward matters. They are not”. ALLAN, James. Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal's Quandary. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 16, n. 2, ago. 1996, p. 344.

²²¹ Tradução livre. No original: “There are many of us, and we disagree about justice”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 1.

²²² “El Tribunal Supremo, al colocar la Constitución sobre los intereses ocasionales de los grupos políticos, al hacer de la misma el término común de referencia para todos los grupos y todos los ciudadanos, al asegurar su efectividad como la norma superior sobre la que toda la vida colectiva descansa, es un órgano especialmente apto para «generar consenso»”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 193.

Waldron chama atenção para a variedade e a profundidade desses desacordos, que não são triviais e que vão muito além de simples “diferenças de opinião”. Eles envolvem concepções conflitantes sobre o que devemos uns aos outros em termos de tolerância, respeito, cooperação e solidariedade. Liberais e conservadores, socialistas e defensores do livre mercado, partidários da liberdade individual, da comunidade ou da igualdade – todos divergem, na maioria das vezes de forma irreduzível, sobre os princípios que devem orientar a vida em comum. Feministas confrontam aqueles que esperam do Estado a proteção de valores familiares; defensores do Estado de bem-estar social entram em choque com críticos da tributação; e, até mesmo dentro das teorias morais, utilitaristas e pragmatistas se opõem aos que consideram que o direito deve afirmar os valores da ordem, da retribuição e do merecimento. Para Waldron, esse emaranhado de desacordos reforça a complexidade da convivência democrática e exige que nossas instituições sejam desenhadas para funcionar sob condições permanentes de dissenso²²³.

Esse cenário de desacordo não se restringe aos cidadãos; também atravessa o próprio campo da filosofia. Desde *Uma teoria da justiça*²²⁴, de Rawls, Waldron observa uma tendência entre filósofos de focar na construção de teorias substantivas de justiça, em detrimento de uma reflexão sobre a realidade dos desacordos²²⁵. Cada teórico formula sua própria concepção sobre o que é o “justo”, define quais direitos devem prevalecer e indica como a cooperação social deve ser estruturada. Não incorporam, contudo, o fato de que suas propostas são apenas mais uma dentre várias, todas elas igualmente *convictas*. Como Waldron ironiza, muitos filósofos reconhecem a existência de desacordo apenas “como prelúdio para declarar: ‘e, naturalmente, a visão verdadeira sobre justiça é a minha, que passo agora a expor...’”²²⁶. Essa atitude revela

²²³ “Mesmo se fôssemos anjos, seríamos anjos com opiniões, sustentando visões conflitantes sobre o direito, pelas quais estaríamos preparados para lutar”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003, p. 55-56.

²²⁴ Em sua obra, Rawls, busca construir uma concepção de justiça que possa ser aceita por indivíduos livres e iguais, mesmo em uma sociedade marcada pelo pluralismo moral. A partir da posição original e do véu da ignorância, sua proposta visa estabelecer princípios de justiça que organizem a estrutura básica da sociedade de forma justa. No entanto, como observa Waldron, essa abordagem opera com a expectativa de que uma concepção substantiva da justiça possa obter o endosso de cidadãos razoáveis, minimizando o peso dos desacordos persistentes. Ao privilegiar a construção ideal de um consenso, Rawls desloca para o segundo plano o problema da justificação institucional em contextos de desacordo. É esse deslocamento que Waldron critica. Ele insiste que o pluralismo razoável não é apenas um pano de fundo *indesejável* da teoria política, mas uma condição que deveria moldar o desenho das instituições e dos processos deliberativos. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

²²⁵ “A legislatura, na concepção de Rawls, não é um lugar para discordância fundamental quanto à justiça. [...] Está argumentando, em outras palavras, como se a deliberação legislativa, em uma sociedade bem organizada, não pudesse implicar discordância fundamental a respeito de questões de princípios, como se, quando pensamos a respeito do processo legislativo, devêssemos considerar todas as discordâncias de princípios desse tipo como solucionadas em uma etapa anterior”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação... op. cit.*, p. 86.

²²⁶ Tradução livre. No original: “[...] it is just a prelude to his saying, ‘And of course the true view about justice is my view, which I shall now proceed to explain...’”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 3.

uma falha na teoria política. Waldron diz que raramente vemos um autor tentar “lidar com os desacordos sobre justiça dentro da estrutura de sua própria teoria”²²⁷.

Essa constatação tem algumas implicações. Em vez de abordar a diversidade de visões como uma questão central, muitos filósofos preferem tratá-la como pano de fundo ou *desafio* a ser vencido. No entanto, como Waldron insiste, o desacordo não é um obstáculo externo às teorias da justiça, mas parte constitutiva da realidade política que ela pretende ordenar. Ainda que cada pensador busque “oferecer sua teoria como candidata à hegemonia moral e política”²²⁸, o simples fato de que todos fazem isso, de maneira igualmente convicta, deveria suscitar uma reflexão mais séria sobre o terreno comum, ou sobre a falta dele²²⁹.

Daí a importância de repensar a própria vocação da filosofia política. Para Waldron, ela não deveria se limitar a “reiterar sua própria teoria da justiça e expressar indignação quando governantes ou eleitores escolhem uma alternativa”²³⁰. É preciso, antes, voltar-se para o que ele chama de “a moral e a política do desacordo”, isto é, as implicações práticas de vivermos em sociedades em que, mesmo entre os que partem do pressuposto de que há verdades morais, reina uma discordância persistente quanto a quais sejam essas verdades. A tarefa, então, não é apenas teorizar sobre justiça, mas também, e de modo igualmente fundamental, teorizar sobre política: sobre como tomamos decisões coletivas, legitimamos instituições e moldamos formas de convivência duradouras, mesmo – e sobretudo – quando discordamos sobre o que é certo²³¹. Em

²²⁷ Tradução livre. No original: “[...] attempting to come to terms with disagreements about justice within the framework of his own political theory”. *Ibidem*, p. 2.

²²⁸ Tradução livre. No original: “[...] offer his own theory as a candidate for moral and political hegemony”. *Ibidem*, p. 2.

²²⁹ “Hoje em dia, todo filósofo político tem sua própria teoria de justiça e deleitamo-nos com o fato de que nenhuma coincide com outra. Contudo, achei extremamente difícil persuadir os colegas a reproduzir ou, pelo menos, reconhecer, dentro das suas teorias filosóficas de política, direito e constitucionalismo, a existência e a importância das controvérsias sobre justiça e direitos que os comprometem realmente como filósofos políticos. Desconfio que as pessoas temem que deter-se muito na importância da discordância moral equivale a admitir que não há respostas corretas no domínio da justiça e dos direitos”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 60-61.

²³⁰ Tradução livre. No original: “[...] reiterating his own theory of justice and expressing indignation when the rulers or voters opt instead for some alternative”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 2.

²³¹ O título *Political Political Theory*, de um de seus livros mais recentes, já diz bastante sobre o projeto intelectual de Waldron. A repetição em “teoria política política” é proposital. Waldron quer demarcar uma posição crítica e manter distância das abordagens que transformaram a teoria política, ao longo das últimas décadas, em um subgênero da filosofia moral: elegante, abstrata e alheia às “engrenagens do poder”. Sua proposta é devolver à teoria política o que ela deixou de lado: a própria política. Isso significa voltar a pensar instituições, processos legislativos, separação de poderes, o papel dos tribunais – não como apêndices técnicos, mas como parte do próprio campo de disputas sobre justiça e legitimidade. Ao insistir nesse retorno, Waldron não abandona os grandes temas da justiça e dos direitos, mas questiona o hábito acadêmico de tomá-los como ponto de partida incontestável, como se o desafio da filosofia política fosse apenas *descobrir* o conjunto correto de princípios e mostrar ao mundo como ele deveria ser ordenado. Seu ponto é outro, mais desconfortável: talvez o verdadeiro desafio esteja em discutir como lidamos com o fato de que nem sequer concordamos sobre quais princípios são esses. Cf. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 1-22.

suas palavras,

[n]ão deveríamos fazer perguntas do tipo: “Quais são as implicações da teoria da justiça de John Rawls, por exemplo, no que diz respeito aos procedimentos democráticos e constitucionais?” Em vez disso, a pergunta que devemos fazer é: “O que devemos pensar sobre os procedimentos democráticos e constitucionais, dado que esses procedimentos precisam acomodar uma política voltada a pessoas que divergem fundamentalmente sobre se teorias como a de Rawls estão corretas?”²³²

Portanto, ao contrário de abordagens que lamentam a presença do desacordo ou buscam minimizar sua relevância, Waldron sustenta que esse fenômeno deve ser levado a sério, na medida em que exige a formulação de mecanismos que permitam a tomada de decisões comuns sem negar a dignidade e a autonomia moral dos indivíduos que discordam. Isso, para ele, porque o desacordo não é sinal de ignorância ou má-fé. Ele nasce do fato de que os cidadãos são agentes morais autônomos, formados por histórias de vida, experiências sociais, crenças religiosas, pertencimentos culturais e posicionamentos políticos muito diversos entre si. Mesmo entre aqueles que compartilham um compromisso genuíno com a justiça, com os direitos e com o bem comum, haverá divergência quanto ao conteúdo desses conceitos e quanto às políticas públicas mais adequadas para realizá-los. Essa divergência não pode ser dissolvida por apelos à razão ou a verdades objetivas universalmente reconhecíveis, pois cada lado da disputa acredita *sinceramente* em sua própria visão. Diante disso, o problema da teoria política deveria deixar de ser a busca por consenso e passar a ser o desafio de decidir de forma justa mesmo quando o consenso é inalcançável.

Esse desafio se torna mais agudo no contexto das “circunstâncias da política”, formuladas por Waldron para descrever a necessidade prática de tomar decisões coletivas em sociedades atravessadas por desacordo moral persistente. De acordo com ele, a condição democrática exige que essas decisões não se baseiem na imposição de uma visão considerada “correta”, mas em procedimentos que tratem todos os cidadãos como iguais, respeitando seu direito de participar em pé de igualdade na deliberação pública. O que confere legitimidade às decisões não é a sua adequação a um ideal pré-definido, mas terem sido tomadas por processos que reconhecem e incorporam a diversidade de opiniões presentes na sociedade.

Nesse sentido, Waldron se contrapõe a correntes do pensamento liberal que idealizam uma deliberação capaz de produzir a resposta moral correta para cada questão de princípio. Essa

²³² Tradução livre. No original: “[...] we should not be asking questions like, ‘What are the implications of (for example) John Rawls’s theory of justice so far as democratic and constitutional procedures are concerned?’ Instead we must ask, ‘What are we to think about democratic and constitutional procedures, given that such procedures have to accommodate a politics for those who differ fundamentally about whether theories like Rawls’s are correct?’”. *Ibidem*, p. 3.

expectativa, para ele, é irrealista e politicamente perigosa, pois tende a obscurecer ou suprimir desacordos legítimos em nome de uma pretensa harmonia racional. A proposta de Waldron é assumir que nossas instituições funcionarão em meio ao desacordo e que esse desacordo, longe de comprometer sua legitimidade, é aquilo que essas instituições devem saber processar. O valor do desacordo está em sua capacidade de desestabilizar teorias da autoridade baseadas na verdade moral e de exigir formas de decisão pública fundadas no respeito mútuo e na igualdade política. Não se trata, como ele destaca, de “alguns de nós estarem de posse da *verdade* sobre os direitos”, enquanto outros seriam meramente cegos por “ignorância, preconceito ou interesse”²³³. As divergências em jogo envolvem questões importantes, e é natural – ou até necessário – que as pessoas se mostrem “ferozes e indignadas na defesa das respostas que consideram corretas”²³⁴.

Essa reorientação tem consequências para o papel atribuído ao Judiciário. Waldron rejeita veementemente a ideia de que caberia aos tribunais proteger os direitos contra a ignorância das maiorias. Essa narrativa, comum em defesas do *judicial review*, parte da suposição de que o desacordo é um problema que pode ser corrigido por intérpretes mais capacitados. Mas, para Waldron, tal visão ignora o caráter genuinamente controverso das questões constitucionais. O que está em jogo é o conflito entre visões legítimas sobre valores fundamentais. A autoridade política, nesse contexto, deve ser conferida ao procedimento democrático, não ao conteúdo da decisão nem à suposta superioridade moral dos julgadores.

O problema, portanto, não é que juízes decidam questões públicas. É quando o fazem em nome de uma autoridade moral presumida, substituindo o julgamento político das maiorias democráticas por interpretações de um grupo não eleito²³⁵. Em sociedades marcadas pelo desacordo, não há fundamento legítimo para conceder a alguns poucos o poder de definir unilateralmente os direitos fundamentais de todos. Quando um tribunal decide uma questão de princípio contrariando a vontade expressa do Legislativo, ele não apenas resolve uma controvérsia jurídica; na verdade, comunica que o julgamento de poucos deve prevalecer sobre o juízo coletivo de muitos.

A crítica de Waldron se intensifica quando se considera o tipo de desacordo que está em

²³³ Tradução livre. No original: “It is not a case of there being some of us who are in possession of the truth about rights – a truth which our opponents wilfully or irrationally fail to acknowledge because they are blinded by ignorance, prejudice or interest”. *Ibidem*, p. 12.

²³⁴ Tradução livre. No original: “[...] ferocious and indignant in defence of the answers they take to be correct”. *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*, p. 298.

jogo nas disputas constitucionais mais relevantes²³⁶. Não se trata de controvérsias empíricas ou técnicas, mas de embates sobre valores essenciais como liberdade de expressão, justiça distributiva, igualdade de gênero, proteção à vida, autodeterminação corporal e ações afirmativas. Em todas essas áreas, não há respostas “estabilizadoras” possíveis. O desacordo é duradouro, resistente a decisões judiciais e enraizado nas convicções morais dos cidadãos. Quando tribunais intervêm nesses temas em nome da constituição, acabam apenas deslocando o conflito para outra arena, sem resolvê-lo. As decisões continuam sendo contestadas, e a autoridade dos juízes, longe de pacificar o debate, torna-se também objeto de disputa pública.

Esse deslocamento do conflito, segundo Waldron, produz efeitos negativos. Por se preferir a decisão judicial ao processo legislativo, compromete-se o ideal democrático de autogoverno. A mensagem transmitida por essas decisões é que o julgamento moral de um grupo restrito tem mais peso que a deliberação aberta entre representantes eleitos. Isso implica um rebaixamento da política e uma concentração indevida de autoridade em instituições que não respondem diretamente aos cidadãos. A democracia, para Waldron, deve ser entendida como um regime que processa o desacordo de forma pública e inclusiva, e não como um sistema que transfere esse desacordo para esferas supostamente neutras²³⁷.

Em suma, a valorização do desacordo em Waldron implica tratá-lo como um elemento politicamente relevante no desenho das instituições. A discordância entre cidadãos não é um obstáculo a ser removido, mas uma realidade a ser incorporada na própria arquitetura do Estado democrático. Isso exige o abandono de modelos de autoridade centrados em verdades substantivas e a adoção de procedimentos que respeitem a pluralidade moral dos cidadãos.

3.1.1 As circunstâncias da política e a importância do procedimento

A proposta de Waldron sobre as “circunstâncias da política” é uma reformulação do conceito de “circunstâncias da justiça”, desenvolvido por Rawls. Em *Uma teoria da justiça*, Rawls as define como “as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária”²³⁸. Trata-se de um diagnóstico de condições normais da vida social que tornam necessária a adoção de princípios de justiça para orientar a convivência entre indivíduos com interesses distintos. Para Rawls, uma filosofia política consistente deve partir dessas condições se pretende oferecer critérios aplicáveis ao mundo real.

²³⁶ *Ibidem*, p. 306.

²³⁷ *Ibidem*, p. 307.

²³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça... op. cit.*, p. 136.

Rawls parte do reconhecimento de que a sociedade é *simultaneamente* um empreendimento cooperativo e um campo de disputas. Ou seja, a vida em sociedade tem uma natureza ambígua. De um lado, apresenta-se como um empreendimento coletivo: indivíduos, por viverem juntos, conseguem atingir condições de vida mais vantajosas do que aquelas que alcançariam em isolamento. Essa possibilidade de benefício fundamenta o que ele chama de “identidade de interesses”. No entanto, essa cooperação não elimina os conflitos, pois ocorre em um contexto em que os participantes têm preocupações legítimas sobre a forma como os frutos dessa colaboração serão distribuídos. Ou seja, a sociedade também é um espaço de disputa por recursos e posições. A justiça, portanto, seria a virtude que regula esse equilíbrio entre colaboração e competição. Para Rawls, é por isso que “princípios são necessários para que se escolha entre as várias ordenações sociais que determinam essa divisão de vantagens”²³⁹: funcionam como critérios para julgar a equidade das diferentes formas de organizar a vida coletiva.

Essas circunstâncias são classificadas em dois grupos. As primeiras são objetivas: Rawls observa que há uma “condição de escassez moderada”, pois recursos são limitados o bastante para exigir algum tipo de coordenação, mas não tão escassos a ponto de inviabilizá-la. Em suas palavras: “os recursos naturais ou de outro tipo não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, e nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso”²⁴⁰. As segundas são subjetivas, e dizem respeito às características morais e cognitivas dos agentes sociais; quer dizer, os indivíduos são capazes de cooperar, mas não estão dispostos a sacrificar sistematicamente seus próprios interesses em favor dos outros. É a condição do “altruísmo limitado”: Rawls considera que os indivíduos têm seus próprios planos de vida e que esses planos são orientados por concepções distintas do bem comum. Essas concepções produzem “reivindicações conflitantes em relação aos recursos naturais e sociais disponíveis”²⁴¹. Além disso, os indivíduos são limitados em sua racionalidade. Seus conhecimentos são incompletos, seu julgamento é falho, e suas decisões são influenciadas por ansiedade, preconceitos e interesses próprios. Como ele diz, “[a]lguns desses defeitos nascem de falhas morais, do egoísmo e da negligência; mas, em grande medida, simplesmente são parte da situação natural do homem”²⁴². O conjunto dessas condições, escreve Rawls, “se verifica sempre que pessoas apresentam reivindicações conflitantes em relação à divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada”. Se não houvesse tais circunstâncias, “não

²³⁹ *Ibidem*, p. 137.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*, p. 138.

haveria oportunidade para a virtude da justiça, exatamente como não haveria, na falta de ameaças de agressão à vida ou à integridade corporal, oportunidade para a coragem física”²⁴³.

Waldron se utiliza da expressão e formula a sua própria versão: as “circunstâncias da política” buscam nomear as condições que tornam a autoridade política necessária e a democracia preferível em contextos de desacordo social²⁴⁴. O ponto de partida é a observação já exaustivamente repetida de que pessoas razoáveis discordam sobre justiça, direitos e o bem comum, e que, mesmo assim, necessitam de uma ação coletiva *concertada*. As “circunstâncias da política” correspondem à conjunção de dois fatores: (i) a existência de desacordo razoável sobre questões fundamentais e (ii) a necessidade prática de tomar decisões coletivas apesar disso.

Waldron sustenta que qualquer teoria política que pretenda ser plausível deve reconhecer essa realidade, do mesmo modo que Rawls exige, como condição para uma teoria da justiça consistente, o reconhecimento da escassez de recursos e do altruísmo limitado. Segundo ele, esse cenário exige instituições que, sem suprimir o desacordo, possam transformá-lo em decisões coletivas – caso contrário, toda teoria política corre o risco de se degenerar em fantasias teóricas, projeções do que um indivíduo imagina como seria o mundo caso tivesse o poder de governá-lo. Ou, como ele diz, soará como um exercício do tipo “*eu-imagino-que-todos-gostariam-de-saber-o-que-eu-faria-se-eu-governasse-o-mundo*” (*grifo no original*)²⁴⁵.

O problema que Waldron levanta diz respeito à exigência de decisões *comuns* diante dos desacordos persistentes. Isso impõe um desafio prático: como agir em conjunto quando os indivíduos mantêm divergências sobre o que deve ser feito? Como é intuitivo, é necessário que exista um sistema político capaz de emitir decisões autoritativas sem suprimir a pluralidade de convicções sociais. Decisões que, diante das circunstâncias da política, sejam consideradas *legítimas*. Waldron caracteriza esse dilema político como um “*Partial Conflict Coordination Problem*” [“*Problema de coordenação de conflito parcial*”]: uma situação em que todos os envolvidos concordam sobre a necessidade de uma ação coordenada, mas discordam quanto ao seu conteúdo²⁴⁶. O problema não está na ausência de vontade de cooperar, mas no conflito entre os projetos que cada parte prefere. Trata-se de um tipo especial de dilema coletivo em que a divergência de opiniões impede o simples alinhamento de preferências.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 102.

²⁴⁵ Tradução livre. No original: “I-expect-you’d-all-like-to-know-what-I-would-do-if-I-ruled-the-world”. *Ibidem*, p. 1, nota 2.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 103.

Para tornar esse quadro mais concreto, imagine-se um caso hipotético²⁴⁷: três pessoas precisam tomar uma decisão conjunta sobre uma determinada política pública – por exemplo, a escolha de uma política para responder a uma crise de abastecimento de água. A primeira acredita que o melhor caminho é a política X, enquanto as outras duas preferem a política Y. Cada uma das alternativas exige um conjunto distinto de ações coordenadas, com tarefas diferentes para cada pessoa. Se uma delas começar a agir de acordo com a política X, a execução da política Y se tornará inviável, pois os papéis que cada um deveria cumprir em Y entrarão em conflito com os definidos por X. A cooperação entre eles exige, portanto, que escolham *uma* política comum, mesmo que, no final, discordem sobre qual seria a melhor.

Nenhum dos participantes reconhece o outro como mais habilitado para julgar os méritos da questão, e todos sustentam suas convicções com boas razões estratégicas. Aparentemente, também creem que os outros estão errados sobre o que é adequado fazer no cenário de crise. Ainda assim, *apesar disso*, precisam agir juntos²⁴⁸. O ponto do exemplo está na impossibilidade de resolvê-lo por meio de um acordo consensual. Para que isso fosse possível, seria necessário um critério externo que permitisse identificar qual política é considerada a decisão do grupo. O problema é que esse critério não pode se basear em juízos substantivos sobre qual alternativa é mais justa ou mais correta, pois esse é justamente o ponto em disputa. Isso incorreria em petição de princípio: não se pode dizer que a melhor forma de solucionar uma crise de abastecimento de água é adotar a solução que melhor a resolva. Como ele explica, é “justamente o desacordo sobre a aplicação desse critério que dá origem ao problema de decisão desde o início²⁴⁹. A solução, então, precisa vir de um procedimento que todos aceitem como legítimo não por seu conteúdo, mas por sua função: permitir que um grupo plural, mesmo dividido, aja como um coletivo.

Como Latham explica, isso acontece porque “[o] desacordo nas circunstâncias da política é um *desacordo político prático*”²⁵⁰ (*grifo no original*). Quando estamos diante de um desacordo de natureza meramente teórica, o caminho mais saudável é simplesmente aceitar a discordância. Não há nenhum demérito nessa conclusão. Nas diversas áreas do conhecimento, desacordos são fundamentais: são responsáveis por interessantes debates dentro da filosofia, da

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 104 et seq.

²⁴⁸ Tradução livre. No original: “[...] we must find a way of choosing a single policy in which the three of us can participate despite our disagreement on the merits”. *Ibidem*, p. 107.

²⁴⁹ Tradução livre. No original: “[...] it is precisely disagreement about the application of that criterion that gives rise to the decision-problem in the first place”. *Ibidem*.

²⁵⁰ Tradução livre. No original: “The disagreement in the [circumstances of politics] is *practical political disagreement*”. LATHAM, Alexander. Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics. *The Review of Politics*, v. 83, n. 2, mar. 2021, p. 248.

ciência política, da literatura ou das artes. Um exemplo trivial está em *Dom Casmurro*, de Machado de Assis: após mais de um século da publicação, leitores seguem divididos sobre se Capitu traiu ou não Bentinho, e essa controvérsia pode atravessar gerações sem que se chegue a um veredito comum. Quer dizer, esse tipo de discordância não demanda *uma* decisão coletiva. Mas os “[d]esacordos práticos não podem ser tratados dessa maneira: eles dão origem às circunstâncias da política justamente porque geram a necessidade de uma decisão”²⁵¹. Se isso é verdade, então é natural se perguntar qual o melhor método – ou qual o meio mais legítimo, também se poderia dizer – de resolver esses desacordos.

Para resolver esse problema, Waldron propõe uma divisão entre razões que se referem aos resultados e razões que se referem ao procedimento²⁵². Em geral, a teoria política crê que o valor de uma decisão política repousa em seus *resultados*. Isso é intuitivo: já se chegou a dizer que deixamos a justiça procedimental no passado em prol de uma concepção de justiça mais substantiva. Segundo essa visão, se o resultado for considerado moralmente correto ou socialmente benéfico, então a decisão que o produziu é legítima. Essa linha de raciocínio parece convincente à primeira vista, pois sugere que decisões boas devem ser preferidas às más.

Mas, como demonstra Waldron, essa forma de argumentação é delicada²⁵³. Qualquer tentativa de avaliar decisões apenas com base em seus resultados é viciada: pressupõe como critério aquilo que está em disputa. Esbarra no problema do desacordo. O recurso aos resultados, portanto, não resolve o problema da legitimidade; apenas o desloca para uma nova arena. Não existe, nessas sociedades, um consenso possível sobre os valores morais que devem orientar as decisões públicas. A avaliação de uma decisão com base nos seus méritos se apoia em uma teoria moral que é rejeitada por uma parte da população²⁵⁴. Isso torna o argumento circular: para julgar se uma decisão foi correta, adota-se um critério que está justamente em disputa. E, como os critérios não são neutros, o juízo de legitimidade substantivo acaba se tornando uma extensão do conflito, não um modo de resolvê-lo²⁵⁵. Ele não poderia deixar isso mais claro:

²⁵¹ Tradução livre. No original: “Practical disagreements cannot be dealt with in this way: they give rise to the [circumstances of politics] because they give rise to the need for a decision”. *Ibidem*.

²⁵² “Dois tipos de razões podem ser considerados. Eu irei chamá-las de razões ‘relacionadas ao resultado’ e razões ‘relacionadas ao processo’, embora ambas sejam relevantes para a questão do processo decisório. [...] Razões relacionadas ao processo são razões para insistir que alguma pessoa tome uma decisão, ou participe do processo de tomada de decisão, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. [...] Razões relacionadas ao resultado, em contrapartida, são razões para formular o processo decisório de forma a garantir o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta)”. WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Trad. de Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, ago. 2022, p. 27.

²⁵³ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 28.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 30.

Não adianta dizer que, quando há desacordo sobre direitos, a visão que deve prevalecer é a verdade sobre os direitos ou a melhor interpretação dos direitos que temos. Cada teórico considera sua própria visão melhor do que qualquer outra (caso contrário, abandonaria sua teoria e adotaria outra). Assim, esse modo de chegar a uma escolha social diante do desacordo apenas reproduziria exatamente o mesmo desacordo que exigiu, desde o início, a existência de uma autoridade. A teoria da autoridade precisa identificar uma visão que deva prevalecer com base em critérios distintos daqueles que originaram o desacordo inicial. Essa é uma das contribuições de Thomas Hobbes à filosofia política: qualquer teoria que faça a autoridade depender da qualidade dos resultados políticos se autossabota, pois é justamente porque as pessoas discordam sobre o que são bons resultados que precisam instituir e reconhecer uma autoridade.²⁵⁶

O que se busca em uma teoria da legitimidade não é apenas convencer quem já concorda, mas oferecer razões que possam ser reconhecidas mesmo por quem discorda da decisão adotada²⁵⁷. A avaliação substantiva não cumpre esse papel. Ela convence apenas os que partilham das mesmas premissas. Para os demais, a decisão parecerá ilegítima, pois seu valor estará assentado em pressupostos que eles não aceitam²⁵⁸. O argumento dos resultados, portanto, não oferece fundamento para sustentar a autoridade de decisões políticas em contextos de desacordo.

É por isso que os argumentos baseados no procedimento se mostram mais promissores. Eles deslocam o foco da decisão tomada para as condições em que essa decisão foi construída. A legitimidade da decisão repousaria na justiça do processo que levou até ela. A pergunta fundamental deixa de ser “esta decisão é a melhor possível?” e se torna “esta decisão foi tomada por um procedimento justo, aberto e controlável?”²⁵⁹. O ponto é que, quando não há acordo sobre os fins, a única forma de preservar a legitimidade da decisão coletiva é estabelecer um acordo minimamente estável sobre os meios. Um procedimento legítimo é aquele que oferece

²⁵⁶ Tradução livre. No original: “It is no good saying that when people disagree about rights, the view which should prevail is the truth about rights or the best account of the rights we have. Each theorist regards his own view as better than any of the others (otherwise he would abandon his theory and adopt one of the others). So this way of settling on a social choice in the face of disagreement would reproduce exactly the disagreement that called for an authority-rule in the first place. The theory of authority must identify some view as the one to prevail on criteria other than those which are the source of the original disagreement. This is one of Thomas Hobbes’s contributions to political philosophy: any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people disagree about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 245.

²⁵⁷ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁸ “Mas, se tenho consciência de que existem muitas concepções de justiça e direitos na comunidade, cada uma sustentada pela sua própria milícia farisaica, então, qualquer senso de possibilidade de universalização, reciprocidade ou respeito pelos outros que eu possa exibir permanece meramente acadêmico. Por causa dos padrões transversais de coerção e de imposição, nenhuma percepção de direito irá se ligar de maneira confiável à idéia de uma base mutuamente assegurada sobre a qual as pessoas possam coexistir no mundo”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* *op. cit.*, p. 70.

²⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 42.

oportunidades iguais de participação, permite a formulação pública de razões, garante o contraditório e assegura a possibilidade de revisão. Ele não elimina o conflito moral, mas o acomoda de forma equitativa²⁶⁰.

Esse deslocamento traz algumas implicações. Em primeiro lugar, permite que uma decisão seja reconhecida como legítima mesmo por quem discorda dela. A legitimidade dependeria da percepção de que o processo de decisão foi aberto à participação, seguiu regras previamente conhecidas e tratou os cidadãos como iguais. Em síntese, que o procedimento foi *justo*. Em segundo lugar, oferece uma base mais segura para a convivência política, pois não exige que todos compartilhem os mesmos valores substantivos, apenas que aceitem as regras que estruturam sua disputa. Essa distinção é fundamental: enquanto a justiça substantiva depende de um controverso acordo sobre valores, a legitimidade procedimental depende de um consenso mais modesto – o consenso sobre as regras do jogo.

Waldron sustenta que o valor dos “*inputs*” supera o dos “*outcomes*” por essa razão. Os procedimentos decisórios democráticos são construídos com base em critérios públicos e igualitários, enquanto os resultados são atravessados por controvérsias morais²⁶¹. Quando se pergunta por que um cidadão deveria aceitar uma decisão da qual discorda, duas respostas estão disponíveis. A resposta baseada no resultado afirma que ele deve fazê-lo porque a decisão está correta – o que pressupõe um critério moral específico. A resposta baseada no procedimento afirma que a decisão deve ser aceita porque foi tomada segundo regras justas, por meio de um processo que respeitou a igualdade política e ofereceu oportunidades reais de participação. A primeira resposta exclui os discordantes. A segunda os inclui, a despeito de terem sido derrotados no mérito.

Essa é a principal virtude dos argumentos procedimentais²⁶². Eles não prometem decisões infalíveis, mas oferecem um modelo de decisão coletiva que reconhece o pluralismo moral e respeita a posição dos indivíduos como agentes políticos iguais. Essa estrutura permite que decisões sejam revisadas, que erros sejam corrigidos e que novos consensos surjam. Assim

²⁶⁰ “[D]ada a inevitabilidade da discordância nessa questão e dada a simetria, para todos os fins práticos, das posições rivais na questão – cada lado é sincero; cada lado acha que a sua visão captura o que é realmente justo; cada lado acredita que o outro está objetivamente errado – não há nenhuma maneira política pela qual a perspectiva dessa afronta substantiva possa ser impedida. Tudo o que podemos fazer politicamente pela integridade da justiça é garantir que a força seja usada para sustentar uma visão e uma visão apenas – uma visão que possa ser identificada como a da comunidade por qualquer pessoa, quaisquer que sejam as suas opiniões sobre o assunto”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 46.

²⁶¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 301.

²⁶² Nesse trecho, Waldron faz referência à teoria de Wollheim exposta no tópico 2.1. *Ibidem*, p. 246.

como no exemplo das três pessoas que precisam agir conjuntamente apesar de suas discordâncias, o papel do direito legislado é fornecer uma diretriz comum que traduza publicamente a superação dos conflitos entre projetos rivais de justiça e de bem comum. Trata-se de uma base mais sólida, mais inclusiva e mais compatível com a realidade de sociedades marcadas por desacordo persistente.

A resposta a essa exigência de legitimidade política em contextos de desacordo é dada, na democracia representativa, por um processo que Waldron denomina de “transformação institucional”²⁶³. Nesse processo, uma proposta, que inicialmente é apenas mais uma entre várias, adquire força jurídica por ser submetida à deliberação pública e ser aprovada por um mecanismo legítimo de decisão. O ponto aqui está no modo como ela foi transformada em norma coletiva: por meio de um procedimento que respeita a igualdade dos cidadãos e permite que todas as posições participem da sua formulação. O momento da promulgação de uma lei representa, assim, mais do que uma decisão de mérito: simboliza a transição de um ponto de vista contestado para uma diretriz comum, cuja autoridade decorre da estrutura pública e imparcial do processo que a produziu. Como sintetiza Waldron, “uma proposição deixa de ser apenas um ponto de referência para a discussão e passa a ter autoridade como fonte de direito”²⁶⁴. Trata-se de uma mudança de status que só é possível dentro de um modelo desenhado para garantir que a deliberação coletiva tenha consequências legítimas.

A democracia representativa, desse modo, organiza-se a partir de um desafio permanente: tomar decisões legítimas quando os cidadãos continuam, mesmo após debates extensos, a discordar em boa-fé sobre os temas mais fundamentais da vida pública. O que importa é que o processo decisório seja concebido para acolher essa divergência como parte do seu funcionamento²⁶⁵. A persistência do desacordo moral, longe de comprometer a legitimidade do processo político, é o que exige a construção de instituições capazes de produzir decisões obrigatórias

²⁶³ “[D]evemos ver os outros não apenas como objetos de interesse ou respeito moral, mas como outras mentes, outros intelectos, outros agentes de pensamento moral, coordenados e em competição com os nossos. Quando penso em justiça, devo reconhecer que os outros estão pensando em justiça e que a minha confiança na qualidade objetiva das minhas conclusões corresponde à confiança deles na qualidade objetiva das suas. A circunstância do direito e da política é que essa simetria de farisaísmo não corresponde a nenhuma convergência em substância, em que cada um dos dois *oponentes* pode acreditar que está certo. Se há, porém, razões para pensar que a sociedade precisa de apenas *uma* visão de certa questão específica à qual todos devem dar preferência, pelo menos no que diz respeito a suas interações externas, então, deve haver uma maneira de identificar uma visão como a visão da comunidade e um fundamento para a nossa fidelidade a ela”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* *op. cit.*, p. 76.

²⁶⁴ Tradução livre. No original: “a proposition ceases to be merely an anchor for discussion and is given authority as a source of law”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 94-95.

sem pressupor unanimidade moral. Como afirma Waldron, “mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre o bem comum e sobre as questões de política”²⁶⁶.

Ou, em trecho mais longo:

A autoridade do direito se fundamenta no fato de que há uma necessidade reconhecível de agirmos em conjunto em diversas questões, ou de coordenarmos nosso comportamento em determinadas áreas com base em um referencial comum – e que essa necessidade não é anulada pelo fato de discordarmos entre nós sobre qual deveria ser esse curso comum de ação ou esse marco comum. Tomando isso como base para a autoridade jurídica, uma pessoa não deveria se surpreender ao se ver, de tempos em tempos, sob a obrigação legal de participar de um esquema que ela mesma considera indesejável do ponto de vista da justiça (como pagar impostos, por exemplo, para financiar assistência social a pessoas que julga não merecedoras). Isso é algo praticamente inevitável, dado que é função do direito construir estruturas e orquestrar a ação coletiva justamente em contextos de desacordo.²⁶⁷

É nesse contexto que o procedimento majoritário se mostra relevante. Ele não é apenas um mecanismo de agregação de preferências – um “cálculo aritmético de vontades”, como se costuma dizer –, mas uma resposta à necessidade de decidir em meio ao desacordo. Sua função principal é oferecer um critério público para a tomada de decisões coletivas quando não há consenso. Ao garantir que todas as posições tenham a oportunidade de participar em condições de igualdade, e por assegurar que nenhuma dessas posições seja excluída de antemão, o procedimento majoritário transforma o desacordo em parte constitutiva da legitimidade democrática²⁶⁸. Apesar de sua aparência formal e de sua “simplicidade matemática”, a votação majoritária possui uma dimensão política: permite que uma comunidade politicamente plural aja como um corpo coletivo, não porque tenha superado suas diferenças, mas porque construiu uma forma de decidir que respeita essas diferenças sem paralisar a ação comum. É essa combinação entre divergência e coordenação que sustenta a autoridade das decisões em regimes democráticos.

3.1.2 A irrelevância da objetividade moral

Um dos temas mais interessantes em Waldron é sua visão sobre a metaética. Como visto

²⁶⁶ Tradução livre. No original: “[...] even after deliberation, people will continue to disagree in good faith about the common good”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 93.

²⁶⁷ Tradução livre. No original: “The authority of law rests on the fact that there is a recognizable need for us to act in concert on various issues or to co-ordinate our behaviour in various areas with reference to a common framework, and that this need is not obviated by the fact that we disagree among ourselves as to what our common course of action or our common framework ought to be. Given *this* as a basis for legal authority, a person should not be surprised to find himself from time to time under a legal obligation to participate in a scheme that he himself regards as undesirable on grounds of justice (to pay taxes, for example, to provide welfare assistance to people he regards as undeserving). That is more or less bound to happen, given that it is the function of law to build frameworks and orchestrate collective action in circumstances of disagreement”. *Ibidem*, p. 7.

²⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* op. cit., p. 264.

no tópico 2.2, a interpretação constitucional esbarra em um dilema filosófico: até que ponto é possível afirmar a *verdade* de determinadas proposições morais? Existe um método confiável para demonstrar que uma posição moral é superior a outra? A análise anterior indicou que esse problema impõe algumas objeções à aplicação dos preceitos morais que compõem o texto constitucional. Não é necessário resolver o debate metaético para reconhecer essa dificuldade; basta admitir que a pretensão de aplicar certas normas constitucionais depende, ao menos em parte, da aceitação de juízos morais cuja autoridade nem sempre é consensual.

Waldron vai além e enfrenta esse problema de forma muito curiosa. Para ele, o debate metaético é, do ponto de vista político e institucional, *irrelevante*²⁶⁹. Sua tese é que, mesmo que se aceite a posição mais cognitivista do espectro – segundo a qual existem verdades morais (ou *fatos morais*), passíveis de serem descobertas –, isso em nada resolve o problema do desacordo. Mesmo admitindo esse cenário, indivíduos continuarão a discordar sobre quais são essas verdades, como reconhecê-las, como interpretá-las e, sobretudo, de que modo as aplicar. O problema, portanto, não é se de fato existem verdades morais, mas como lidar *politicamente* com o fato de que pessoas razoáveis divergem sobre elas²⁷⁰.

Waldron recusa tanto o pessimismo dos antirrealistas quanto o otimismo dos realistas. Seu ponto é que o realismo moral não tem relevância para a arquitetura das instituições. Perceba-se que Waldron não nega que a tese realista seja filosoficamente aceitável; ele reconhece que “[d]entre as diversas concepções de justiça e direitos que coexistem em nossa sociedade, é certo que algumas são mais aceitáveis do que outras. É igualmente certo que algumas delas são verdadeiras, enquanto outras são falsas”²⁷¹, e que essa possibilidade deve ser levada a sério. Por exemplo, Waldron rejeita a tortura em termos absolutos. Para ele, a prática é moralmente inaceitável em qualquer circunstância, e essa afirmação não se baseia em uma ponderação relativa de custos e benefícios ou numa reação sentimental de repúdio, mas numa caracterização objetiva da ação. A tortura, enquanto violação da dignidade humana, é *intrinsecamente* imoral²⁷². Para ilustrar sua tese com ainda mais clareza, Waldron afirma que o “estupro é errado mesmo

²⁶⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 164 et seq.

²⁷⁰ “[U]ma diversidade de opiniões na astronomia não solapa a perspectiva de respostas corretas objetivas a perguntas sobre o buraco negro, etc., e tampouco uma diversidade de opiniões sobre a justiça solapa a nossa visão de que existem respostas corretas também nesse domínios. O que pode solapar, porém – na verdade, o que deve solapar –, é a nossa confiança de que a resposta correta possa ser discernida (entre todas as visões que propomos) de alguma maneira politicamente dispositiva”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação... op. cit.*, p. 61.

²⁷¹ Tradução livre. No original: “Of the various views about justice and rights that compete in our society, surely some are more acceptable than others. Surely indeed some of them are true and others false”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 164.

²⁷² WALDRON, Jeremy. What are Moral Absolutes Like? Manuscrito apresentado na *Harvard Philosophy Club Annual Lecture*, abril de 2011. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1906850>. Acesso em: 14 maio 2025.

em sociedades onde é uma prática comum”²⁷³. Nesse casos, não há propriamente um *dilema moral* a ser resolvido.

Sua crítica se dirige ao passo seguinte, que muitos dão sem cautela: a suposição de que a existência de verdades morais objetivas deve ter implicações para o desenho das instituições políticas e para os métodos de decisão em contextos de desacordo. Na imensa maioria dos casos, os tribunais não lidam com questões morais cuja resposta seja evidente, como nos exemplos da tortura ou do estupro. É evidente que esses casos não estão sujeitos a um desacordo razoável. A questão que ele propõe, e que costuma passar despercebida, é outra: ainda que existam verdades morais, o que isso altera em um cenário no qual cidadãos razoáveis, igualmente comprometidos com ideais de justiça, continuam a discordar sobre o conteúdo dessas verdades?

Essa observação conduz Waldron ao argumento de que “[a]inda que se rejeite o ceticismo, e mesmo admitindo a existência de fatos morais que tornem verdadeiros os juízos corretos e falsos os incorretos, ainda assim o máximo que um juiz pode fazer é impor sua própria opinião sobre esses fatos aos ‘pobres litigantes’ que se apresentam diante dele”²⁷⁴. A crítica está baseada na ausência de um método comum e confiável para alcançar a verdade e, mais importante, para justificar sua aplicação a pessoas que discordam legitimamente. Ou seja, mesmo que verdades morais existam, elas não são tão claras como o problema da tortura ou do estupro. Mesmo que o juiz acredite estar fazendo um julgamento correto sobre o que é justo,

[j]uízes diferentes chegarão a resultados diferentes mesmo quando todos acreditam estar buscando a resposta correta, e nada na ontologia das respostas corretas dá a qualquer um deles um motivo para pensar que sua própria visão é mais correta do que a dos demais. No fim das contas, é o desacordo moral, e não a subjetividade moral, que dá origem às nossas preocupações com a moralização judicial. E, como os realistas têm muito pouco a dizer de relevante sobre a resolução de desacordos morais, eles não têm nada a oferecer para atenuar essas preocupações.²⁷⁵

A crítica se torna mais clara quando Waldron aborda os diferentes sentidos de arbitrariedade que preocupam os teóricos do direito. Primeiro, há o problema da imprevisibilidade²⁷⁶. A crença é que, se houver verdades morais objetivas, decisões baseadas nesses critérios seriam

²⁷³ Tradução livre. No original: “[...] rape is wrong even in societies where it is a common practice”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 105.

²⁷⁴ Tradução livre. No original: “Even if scepticism is rejected, even if there are moral facts which make true judgements true and false judgements false, still the best a judge can do is to impose his opinion about such facts on the ‘hapless litigants’ who come before him”. *Ibidem*, p. 181.

²⁷⁵ Tradução livre. No original: “Different judges will reach different results even when they all take themselves to be pursuing the right answer, and nothing about the ontology of right answers gives any of them a reason for thinking his own view is any more correct than any other. In the end it is moral disagreement, not moral subjectivity, that gives rise to our worries about judicial moralizing. And since realists have almost nothing of interest to say about the resolution of moral disagreement, they have nothing to offer to allay those concerns”. *Ibidem*, p. 187.

²⁷⁶ *Ibidem*, 181.

menos arbitrárias, mais uniformes e, por consequência, mais previsíveis. No mínimo, para sermos pragmáticos, se juízes *acreditarem* que verdades morais existem, então ao menos o esforço conduziria a uma maior previsibilidade²⁷⁷. Os cidadãos precisam organizar suas vidas com base em expectativas sobre as consequências jurídicas de suas ações. Se o resultado de uma decisão depende da preferência moral individual de um magistrado – se proposições morais forem meramente ficções –, tal previsibilidade seria comprometida. Nesse contexto, o recurso à objetividade moral tem sido proposto por alguns teóricos como uma forma de mitigar a insegurança.

Waldron rejeita esse raciocínio²⁷⁸. Segundo ele, a existência de verdades morais objetivas, ou mesmo a crença sincera nisso, não contribui para tornar as decisões judiciais mais previsíveis. Na ausência de um caminho epistemológico para identificar tais verdades, os julgamentos continuarão a depender de avaliações individuais, ainda que formuladas com pretensão de objetividade. Ele observa que, em rigor, “[a] única base para prever quais serão as crenças de um juiz sobre os fatos morais hoje é o registro de suas crenças passadas a esse respeito”²⁷⁹. E se só se pode inferir o conteúdo das decisões futuras com base em manifestações anteriores, então não há tanta diferença para um juiz antirrealista; basta consultá-las também. Quer dizer, o fato de um juiz ser um realista moral não torna suas decisões mais previsíveis. Pelo contrário, a experiência deixa claro que mesmo entre realistas morais há bastante desacordo.

Essa conclusão pode ser reforçada com um experimento mental. Imagine-se um caso constitucional difícil, como o direito à eutanásia. Suponha-se que dois juízes compartilham a mesma formação intelectual, o mesmo grau de erudição e, mais importante, o mesmo compromisso com a existência de verdades morais objetivas. Ambos acreditam que há uma resposta *correta* a ser descoberta. Digamos que um deles seja Hércules, o juiz ideal proposto por Dworkin, cuja missão é construir a melhor interpretação possível do direito com base em princípios de justiça e equidade. Hércules, após um raciocínio profundo, conclui que o direito à eutanásia deve ser protegido como expressão da autonomia individual e do princípio dignidade humana. Trata-se, em sua visão, de uma exigência moral objetiva.

²⁷⁷ “Por que, afinal, a discussão sobre respostas corretas compensaria o esforço? Um argumento seria de cunho psicológico/sociológico, direcionado a juízes e advogados. Se eles acreditassem haver respostas corretas em casos difíceis, independentemente do quanto fosse difícil encontrá-las e do quanto advogados competentes discordariam sobre elas, os esforços e argumentos direcionar-se-iam ao material jurídico existente: à tentativa de construir um argumento para que uma resposta seja de fato a correta. Por outro lado, se se pensasse que, seja pela incomensurabilidade do direito ou pela indeterminação da linguagem ou o que quer que seja, não há uma única resposta jurídica correta para cada caso, talvez assim a atenção dos advogados e juízes passasse muito rapidamente (o que quer que “muito rapidamente” aqui signifique) a questões legislativas sobre qual lei seria melhor”. BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos...* *op. cit.*, p. 131-132.

²⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 183.

²⁷⁹ Tradução livre. No original: “The only basis for predicting what a judge’s beliefs will be about the moral facts today is the record of his beliefs about them in the past”. *Ibidem*, p. 182.

Mas não é só isso: Hércules acredita *sinceramente* que essa leitura, que poderíamos rotular de “liberal”, decorre dos fundamentos morais do ordenamento. Ele vê na trajetória constitucional de seu país uma aposta consistente na proteção da liberdade individual contra interferências estatais indevidas. Portanto, para ele, a leitura que propõe não é mera projeção de suas convicções pessoais, mas uma tentativa honesta de captar o espírito que ele entende já estar presente no direito, ao menos em seus princípios implícitos, ou num estado latente.

Todavia, nada impede que outro juiz, igualmente comprometido com os mesmos pressupostos metaéticos, chegue à conclusão oposta. Vamos chamá-lo de Perseu, outro herói mitológico, igualmente dotado de capacidades sobre-humanas para argumentar de forma coerente e num espírito de boa-fé. Perseu aceita as mesmas premissas sobre objetividade moral. Também considera que há *uma* resposta correta. Mas, ao final de seu raciocínio, conclui que Hércules está equivocado, porque identifica na história de seu país um padrão de valorização da vida como bem primordial e de cautela diante de decisões irreversíveis. Para ele, a proteção à vida é a exigência moral mais importante, e a constituição deve ser lida à luz desse princípio. Diríamos, então, que Perseu propõe uma leitura “conservadora” do ordenamento.

Perceba-se: Perseu e Hércules não se diferenciam por problemas na construção de seu raciocínio, nem por má-fé ou ignorância. Ambos não estão apenas “projetando” seus valores pessoais. Ambos se vêem como intérpretes de princípios morais que, em sua perspectiva, são *objetivos* e que se justificam diante da história de sua comunidade. Esse exemplo revela que o desacordo permanece mesmo entre aqueles que compartilham a crença na objetividade moral. O que importa, para Waldron, é a ausência de um método verificável que permita distinguir qual das respostas deve prevalecer. Se dois juízes igualmente comprometidos com a verdade moral chegam a conclusões opostas, então não se pode sustentar que o realismo moral ofereça um fundamento mais legítimo para decisões judiciais. A divergência não se dissipa com a crença na verdade, pois não há um critério legítimo para escolher entre “verdades” concorrentes, ainda que elas existam.

O segundo sentido de arbitrariedade se refere à irracionalidade²⁸⁰. A suspeita comum é que, na ausência de uma verdade moral objetiva, os juízes acabariam decidindo com base em caprichos ou meros reflexos ideológicos. Essa imagem sustenta a tese de que o realismo moral, por postular a existência de fatos morais objetivos, poderia oferecer um parâmetro que disciplinaria o raciocínio judicial. Waldron também rejeita essa ideia²⁸¹. Ele observa que o fato de

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 184.

²⁸¹ *Ibidem*.

alguém ser realista não garante que seu raciocínio será mais articulado ou fundado em argumentos mais consistentes. Como ele diz, isso se dá porque “realistas adotam a postura direta do tipo ‘eu reconheço quando vejo’ para a identificação do valor moral”²⁸² – como nos casos da tortura e do estupro, que são *evidentemente* imorais –, mas esse tipo de argumento não serve para justificar uma decisão judicial e resolver um caso controverso. Do mesmo modo, um juiz não-cognitivista pode oferecer raciocínios jurídicos bem fundamentados e, ainda assim, serem considerados critérios *racionais* de justificação. O realismo, por si só, não obriga ninguém a argumentar de forma consistente, e tampouco impede que um não-realista o faça.

O terceiro e mais importante sentido de arbitrariedade é o da ilegitimidade democrática. Waldron observa que

[s]e o realismo moral for falso, o que se confronta no tribunal e no fórum político são, tão somente, as distintas atitudes e sentimentos dos indivíduos. E haverá inevitavelmente algo de arbitrário no fato de uma dessas posições prevalecer sobre as demais, uma vez que nenhuma pode ser certificada, por assim dizer, com base em credenciais superiores a não ser o fato contingente de que alguns a consideram mais atrativa. Se, por outro lado, o realismo moral for verdadeiro, o conflito que surge no tribunal e no fórum político diz respeito às diferentes crenças (pressentimentos, hipóteses, especulações ou preconceitos) dos indivíduos sobre fatos morais. Contudo, o reconhecimento de que essas crenças se referem a fatos não elimina a percepção de certa arbitrariedade na prevalência de uma delas sobre as demais. Considerando que a maioria dos realistas morais rejeita a epistemologia fundacionalista – que permitiria que certas crenças se autovalidassem – [...], resta-nos apenas um quadro de crenças conflitantes mantidas por diferentes indivíduos.²⁸³

Em ambos os casos, permanece a pergunta: por que a visão do juiz deveria prevalecer sobre a de representantes democraticamente eleitos? A simples existência de uma verdade moral não autoriza ninguém a impô-la politicamente²⁸⁴. A “ontologia moral” não substitui a legi-

²⁸² Tradução livre. No original: “[...] realists do take the flat ‘I know it when I see it’ approach to the detection of moral value”. *Ibidem*, p. 183.

²⁸³ Tradução livre. No original: “If moral realism is false, then what clash in the courtroom and in the political forum are people’s differing attitudes and feelings, and there will seem to be something arbitrary about any one of them prevailing over any of the others, when none can be certified, so to speak, on any credentials other than the fact that some people find it congenial. If realism is true, then what clash in the courtroom and in the political forum are people’s differing beliefs (hunches, hypotheses, speculations, prejudices) about moral matters of fact. But that these are beliefs about matters of fact does not detract in any way from what will still seem to be a certain arbitrariness in one of them prevailing over any of the others. Since most moral realists abjure the sort of foundationalist epistemology that might make some such beliefs self-certifying [...], all we have is a set of different persons with their conflicting beliefs”. *Ibidem*, p. 185.

²⁸⁴ Fontes comunga desse argumento quando diz que “[...] a realidade histórica e social nos mostra que a intolerância está geralmente associada a uma forma qualquer de objetivismo moral, tenha ele cunho religioso, político ou moral propriamente dito. Se a vida moral sempre pressupõe a adoção de valores e critérios de conduta, acreditar neles como *verdadeiros* tende a estimular a postura autoritária de querer os impor aos demais. É inegável que alguns valores devem ser partilhados e acabam impostos pelo direito, como forma de tornar possível a vida social. Mas onde o dissenso é permitido, acreditar nos próprios valores com alguma reserva, uma *reserva epistêmica*, a nosso ver predispõe a uma atitude tolerante frente aos valores alheios. Essa atitude permite o distanciamento do

timidade democrática. Como ele conclui: “[o]u enfrentamos a arbitrariedade de adotar uma atitude em detrimento de outras igualmente admissíveis, ou enfrentamos a arbitrariedade de adotar uma crença em detrimento de outras igualmente admissíveis. Em qualquer dos quadros metaéticos, contudo, a arbitrariedade permanece”²⁸⁵.

Waldron também rejeita a ideia de que o realismo moral forneceria um “antídoto” ao subjetivismo judicial. Mesmo supondo que existam fatos morais objetivos, ele insiste que “fatos morais não nos constroem no sentido de constrangimento que nos interessa no âmbito da política”²⁸⁶. Eles não se impõem sobre os agentes, tampouco oferecem um critério de decisão²⁸⁷. A existência de uma resposta correta em termos morais – mesmo que verdadeira – não obriga um juiz a encontrá-la, nem garante que ele conseguirá fazê-lo. Sem uma epistemologia que resolva os desacordos, o realismo permanece uma hipótese bem construída, mas sem implicações políticas. Como ele diz,

[n]ão importa com que frequência ou ênfase utilizemos palavras como “objetivo”, uma afirmação sobre o que a justiça exige objetivamente nunca aparece na política senão como a opinião de alguém – opinião essa que, é claro, no tipo de situação que estamos considerando, é diretamente contestada pela opinião de outra pessoa. Embora possa haver uma verdade objetiva sobre a justiça, tal verdade jamais se manifesta para nós de forma autocomprovável; ela inevitavelmente surge entre nós como uma opinião em disputa entre outras.²⁸⁸

Essa crítica atinge uma das crenças mais difundidas entre os defensores do *judicial review*: muitos sustentam que a confiança em juízes estaria justificada por sua suposta capacidade de detectar verdades morais. Waldron também rejeita essa suposição. Ele aponta que, “dado

sujeito em relação ao que acredita ser a verdade e abre espaço para a tolerância e a convivência” (grifos no original). FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia...* *op. cit.*, p. 57.

²⁸⁵ Tradução livre. No original: “Either we have the arbitrariness of taking one attitude over others equally eligible, or we have the arbitrariness of taking one belief over others equally eligible. But arbitrariness is there, on either meta-ethical account”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 186.

²⁸⁶ Tradução livre. No original: “Moral facts do not constrain us in the sense of constraint that interests us in politics”. *Ibidem*, p. 187.

²⁸⁷ Allan ironiza, com mais ceticismo, que ninguém discorda das verdades morais que descobre. Toda vez que alguém identifica um “fato moral”, ele coincide, curiosamente, com aquilo em que a própria pessoa já acreditava. Isso ajuda a entender por que verdades morais, mesmo que existam, não funcionam como limites políticos reais. O constrangimento que importa no campo jurídico é a capacidade de uma norma obrigar alguém a fazer o que não quer; não porque mudou de ideia, mas porque está *juridicamente* vinculado àquele comando. Se uma verdade moral só é eficaz quando coincide com a própria opinião do agente, então ela não é um limite jurídico verdadeiro. ALLAN, James. A Doubter’s Guide to Law and Natural Rights. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 28, n. 1, mar. 1998, p. 255.

²⁸⁸ Tradução livre. No original: “No matter how often or emphatically we deploy words like ‘objective’, a claim about what justice objectively requires never appears in politics except as someone’s view – someone’s view which of course, in the sort of situation we are considering, is directly contradicted by the view of someone else. Although there may be an objective truth about justice, such truth never manifests itself to us in any self-certifying manner; it inevitably comes among us as one contestant opinion among others”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 199.

que eles não conseguem demonstrar a veracidade de seus juízos nem evidenciar de que modo estes correspondem à realidade moral, caberia a eles, em nome da honestidade intelectual, qualificar suas afirmações com a ressalva: ‘Naturalmente, trata-se apenas da minha opinião’”²⁸⁹. A honestidade, para ele, não é uma decorrência de um ceticismo radical, mas do reconhecimento do desacordo moral como um elemento constante da vida pública. E, bem, se se trata apenas de convicção pessoal, por mais filosoficamente fundamentada que seja, resta a pergunta de por que essa convicção teria preferência sobre as demais²⁹⁰.

De forma perspicaz, Fontes defende, apoiando-se em Kelsen, que é justamente o desacordo moral que torna o direito necessário: “se a moral fosse objetiva, isto é, se pudessemos dizer o que é ou não justo e correto de forma objetiva, o direito seria desnecessário ou teria que espelhar essas verdades morais”²⁹¹. É exatamente esse ponto que Waldron quer reforçar: o direito existe *em função* do fato de discordarmos. Ele funciona, em grande parte, como um critério de conduta voltado a situações em que não há consenso sobre qual orientação moral deve prevalecer. Se essa premissa for aceita – como sustenta a tradição do positivismo jurídico, à qual Waldron adere com algumas ressalvas²⁹² –, então não há justificativa para que juízes rejeitem ou substituam, com base em seus próprios juízos, a decisão moral já adotada por meio de procedimentos democráticos.

A análise de Waldron inverte a lógica usual do debate metaético no direito. Ele não afirma que o realismo é falso; afirma que, mesmo que seja verdadeiro, não resolve os problemas políticos associados ao desacordo. O que conta, na prática, é a ausência de consenso, e não a existência de verdades transcendentais²⁹³. Por isso, “é o desacordo moral, e não o subjetivismo

²⁸⁹ Tradução livre. No original: “[...] since they are quite unable to demonstrate the truth of their judgements or show how they correspond to moral reality, they should be the ones in all honesty to qualify their claims with ‘Of course, it’s only my opinion’”. *Ibidem*, p. 180.

²⁹⁰ “[E]l juez o intérprete no puede sino hacer alguna de estas dos cosas: asignar significado a términos semejantes de acuerdo con lo que *él cree* que la moral exige o hacerlo de acuerdo con *la creencia o comprensión común* que se tenga de lo que la moral exige. En ninguno de los dos casos la aceptación de la objetividad moral tiene virtualidad alguna para evitar la discrecionalidad, al menos debido a las dificultades epistémicas”. ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales...* *op. cit.*, p. 62.

²⁹¹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia...* *op. cit.*, p. 64.

²⁹² Waldron propõe uma leitura do positivismo jurídico como uma tese não apenas conceitual (ou descritiva), mas também normativa. Segundo ele, além de sustentar a separação entre direito e moralidade como uma característica conceitual do direito (tese da separabilidade), o positivismo pode ser interpretado como uma posição que valoriza tal separação por razões práticas e políticas. A tese normativa do positivismo se apoia, por exemplo, na necessidade de coordenar condutas em contextos de desacordo moral. Para essa corrente, o valor do direito estaria ligado à sua capacidade de funcionar como critério comum mesmo diante da divergência moral. Cf. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*. Oxford: Oxford University Press, 2001. Cap. 12, p. 411-414.

²⁹³ Em trecho em que comenta a obra de Waldron, Allan recorre a um exemplo ilustrativo: imagine-se um cristão que acredita sinceramente que a monogamia é moralmente correta tentando convencer um muçulmano que vê a poligamia como moralmente exigida. Ambos estão convictos de que sua visão corresponde à verdade, mas nenhum

moral, que dá origem às nossas preocupações com a moralização judicial”²⁹⁴. Sua proposta é deslocar a busca por fundamentos morais objetivos para o desenho de procedimentos democráticos capazes de produzir decisões legítimas sem pretensão de ser a última verdade²⁹⁵.

Até aqui, o argumento se baseou na ideia de que o debate metaético é irrelevante. Mas Waldron também chama atenção para outro aspecto: a pergunta não respondida sobre por que juízes teriam maior capacidade para acessar valores morais objetivos, se eles de fato existirem. Essa suposição, segundo Waldron, carece de qualquer fundamento²⁹⁶. O fato de que existam verdades morais, por si só, não implicaria o salto argumentativo de que juízes estão em melhor posição para identificá-las do que outros agentes políticos ou cidadãos comuns. Não há, na filosofia moral ou na teoria política, qualquer argumento plausível que atribua aos membros do Judiciário um tipo especial de sensibilidade moral ou método privilegiado de acesso à *verdade*. O prestígio da toga não concede poderes epistemológicos para distinguir o certo do errado: critérios de seleção de juízes são, em regra, jurídicos e institucionais, voltados à aplicação do direito positivo, e não à excelência em deliberação moral. Como afirma Allan, “[é] pouco plausível argumentar que, em nível pessoal, juízes sejam moralmente superiores ou possuam maior perspicácia. Nem a formação jurídica nem uma carreira no direito fomentam, de forma sistemática, virtudes pessoais extraordinárias”²⁹⁷. Logo, a ideia de que juízes são melhores “*moral reasoners*” é, no máximo, uma frágil hipótese não testada, sustentada mais por reverência institucional, não por evidência empírica²⁹⁸.

Isso significa que, mesmo na hipótese generosa de que existam verdades morais objetivas, o problema político ainda permanece: quem deve ter autoridade para decidir, à luz dessas

consegue demonstrar isso ao outro de maneira conclusiva. E veja-se: pode até ser que um deles esteja certo sobre o que é moralmente verdadeiro. É possível que haja *uma* verdade nessa questão. O problema é que nenhum dispõe de um modo confiável de provar isso. É esse o ponto de Waldron: mesmo que o realismo moral seja verdadeiro, ele não resolve o problema, que é o desacordo persistente. No fim das contas, o que importa para a política e para o direito não é a existência de uma verdade moral objetiva, mas o fato de que não conseguimos concordar sobre como a encontramos. Cf. ALLAN, James. Positively Fabulous: Why It Is Good To Be a Legal Positivist. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 10, n. 2, jul. 1997, p. 243.

²⁹⁴ Tradução livre. No original: “[...] it is moral disagreement, not moral subjectivity, that gives rise to our worries about judicial moralizing”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 187.

²⁹⁵ “Os fatos irremovíveis a respeito do raciocínio moral são estes: é provável que minhas universalizações difiram das suas universalizações; é provável que a minha tentativa de levar em conta o ponto de vista de todos chegue a uma conclusão diferente da sua ao tentar levar em conta o ponto de vista de todos; as emissões do meu raciocínio guiadas pela idéia de uma condição civil não serão as mesmas da sua razão guiada por essa idéia”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* *op. cit.*, p. 69.

²⁹⁶ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 1, jan. 2009, p. 3.

²⁹⁷ Tradução livre. No original: “It is hardly plausible to argue that on a personal level judges are somehow morally superior or of greater perspicacity. Neither a legal education nor a career in law systematically fosters extraordinary personal virtue”. ALLAN, James. Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal’s Quandary... *op. cit.*, p. 348.

²⁹⁸ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners... *op. cit.*, p. 24.

verdades incertas e contestadas, o conteúdo das constituições e dos direitos fundamentais? Transferir essa tarefa para o Judiciário implicaria um ato de fé duplamente qualificado – fé na existência dessas verdades e, ao mesmo tempo, fé na superioridade moral dos juízes. A primeira já é controversa; a segunda é insustentável. Juízes não são sacerdotes morais; são agentes públicos, nomeados ou concursados, que operam dentro de um sistema jurídico com todas as suas restrições formais, políticas e contingências históricas.

Por vezes, a confiança na função judicial parece sustentada por uma expectativa implícita de que o problema não está no instituto em si, mas na qualidade dos juízes. Quando confrontados com decisões ruins, muitos afirmam que bastaria nomear juízes melhores para resolver o problema do *judicial review*. Mas Waldron aponta como isso é frágil. Tribunais atuam de forma seletiva, oscilam conforme o cenário político e muitas vezes impõem limites às formas democráticas de deliberação. Além disso, quando reconhecem direitos, tendem a esvaziar seu conteúdo político e as lutas sociais que o construíram, transformando-os em concepções jurídicas formais. A crítica, portanto, não é que os juízes decidem mal, embora a prática mostre que eles possam fazê-lo; é que eles são chamados a decidir em um terreno em que não há critério definitivo para acertar. Nesse contexto, o argumento da “qualidade superior” cede lugar a um argumento político: quem deve decidir em nome da sociedade sobre os significados possíveis da liberdade, da dignidade ou da igualdade? Essa pergunta remete, mais uma vez, ao núcleo da dificuldade contramajoritária e revela por que a jurisdição constitucional, em certos casos, não carece apenas de legitimidade democrática, mas também de fundamento epistêmico para afirmar sua superioridade.

Waldron contesta uma das premissas centrais que sustentam o argumento moralista a favor do *judicial review*. Mesmo que se conceda aos defensores do realismo moral toda a sua ontologia, o problema institucional não desaparece. Em uma sociedade pluralista, caracterizada por desacordos persistentes e razoáveis, o que está em jogo não é quem tem razão em termos morais, mas quem tem legitimidade para decidir diante das inúmeras divergências. Para ele, o foco deve recair nos procedimentos que garantem inclusão, publicidade, deliberação e responsabilidade – não na suposição de que uma elite judicial esteja mais próxima da verdade. Essa inversão é o cerne da crítica de Waldron: enquanto o discurso jurídico se concentraria em descobrir o que é “constitucionalmente correto”, a política democrática se ocuparia apenas em decidir o que é “constitucionalmente aceitável”²⁹⁹.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

3.1.3 Maiorias judiciais e o problema da contagem de cabeças

Alguns defensores do controle de constitucionalidade tentam relativizar o argumento do desacordo. Reconhecem que divergências morais e políticas são inevitáveis em sociedades pluralistas, mas, a despeito disso, insistem que o raciocínio judicial é capaz de alcançar decisões *mais* coerentes. A questão não seria de epistemologia, mas de grau e de incentivos institucionais. Para essa visão, embora não seja possível eliminar o desacordo, o trabalho interpretativo dos tribunais permitiria construir uma narrativa minimamente consistente – uma argumentação fundada em princípios que forneceria uma justificativa razoável para as decisões constitucionais. O ponto de apoio, nesse caso, seria a possibilidade de uma interpretação mais holística da constituição e das práticas institucionais, capazes de produzir certo grau de convergência quanto aos valores fundamentais que elas incorporam.

Essa linha de argumentação pretende resgatar a ideia de integridade da interpretação constitucional. Mesmo que os juízes não tenham acesso a verdades absolutas, poderiam agir com um grau *suficiente* de racionalidade e comprometimento político para sustentar decisões legítimas. A alusão ao juiz Hércules, de Dworkin³⁰⁰, é natural: ele representa o modelo idealizado de um intérprete que reconstrói o direito como um sistema *coerente*. Essa imagem permite sustentar que, mesmo diante de desacordos pontuais, é possível oferecer decisões moralmente legítimas por meio do raciocínio jurídico. A divergência, infelizmente, não desaparece, mas seria mitigada pelo compromisso com a integridade da interpretação. Em vez de simplesmente “somar preferências”, como acontece no processo legislativo, os juízes estariam vinculados pela exigência de respeito ao histórico das normas e dos precedentes judiciais.

Essa ideia insiste que há um tipo específico de racionalidade jurídica que distingue a função judicial³⁰¹. Juízes, diferentemente dos legisladores, não partem de concepções morais ou políticas próprias, mas da obrigação de *justificar* suas decisões com base no direito existente. Waldron reconhece que talvez isso fosse moralmente valioso. Essa exigência produziria uma mitigação do problema interpretativo: juízes estão obrigados a argumentar dentro de um espaço mais restrito. Em vez de um problema, como destacado logo antes, isso talvez fosse uma solução. Isso explicaria por que, mesmo em contextos de pluralismo moral, haveria uma vantagem

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* op. cit., p. 165 et seq.

³⁰¹ Enterria, por exemplo, afirma que “[e]l Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional...* op. cit, p. 197.

epistêmica no raciocínio judicial – uma vantagem atribuída à própria natureza do método interpretativo. Em vez de expressar o conflito de valores existente na sociedade, ele o reconfiguraria em termos filosóficos, permitindo que decisões sejam tomadas a partir de um ponto de vista mediado. Não se trata de negar o desacordo, mas de reorganizá-lo de modo a gerar decisões mais justificadas, mais consistentes e mais estáveis³⁰². Essa expectativa de racionalidade não exige unanimidade; apenas pressupõe que a divergência entre juízes se dê ao menos dentro de uma moldura comum, e não como campo de embate ideológico, como acontece no processo democrático.

Essa é uma proposta sofisticada, construída para dar conta do pluralismo interpretativo sem ceder ao argumento da indeterminação do direito. Waldron, no entanto, responde com ceticismo³⁰³. Para ele, ainda que tudo isso fosse verdade, o argumento não resiste à observação da prática judicial. Se o raciocínio judicial realmente operasse em condições mais disciplinadas e produzisse decisões mais bem delimitadas, esperaríamos uma jurisprudência constitucional marcada por ampla convergência. Decisões judiciais deveriam refletir alto grau de consenso, com divergências marginais. A discordância seria exceção, não regra. Mas não é isso que se vê. Mesmo nos casos mais relevantes, os desacordos entre juízes são frequentes, profundos e, muitas vezes, refletidos em decisões bastante apertadas.

Quando tribunais decidem questões constitucionais, não há qualquer evidência de que seus membros estejam menos sujeitos ao desacordo³⁰⁴. Mesmo os temas mais centrais – especialmente os que envolvem direitos fundamentais – são frequentemente decididos por margens estreitas: cinco a quatro, seis a cinco, oito a sete. Mas Waldron observa que mesmo placares como sete a dois, oito a três ou dez a cinco já deveriam nos causar inquietação³⁰⁵. Se o raciocínio judicial fosse de fato mais rigoroso ou disciplinado, esperaríamos uma frequência maior de decisões *unâimes*. No mínimo, esse padrão indica que o método judicial não oferece a clareza ou sofisticação que alguns teóricos atribuem a ele. Se oferecesse, seria razoável supor que os demais juízes, tomando contato com essa suposta superioridade argumentativa, tenderiam a reconhecê-la. Mas, no final das contas, não é isso que acontece; juízes continuam discordando mesmo diante de tudo isso.

³⁰² “Los Tribunales constitucionales han demostrado una notable capacidad de extender la integración y el consenso social; ello les ha dado un sexto sentido para que sus propias innovaciones jurisprudenciales se presenten como justas, como inferidas de los valores constitucionales básicos y, por ello, como aptas para ser aceptadas”. *Ibidem*, p. 203.

³⁰³ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 246 *et seq.*

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 270.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 254.

Há mais problemas do que se imagina à primeira vista. Ironicamente, nos casos de desacordo, o mecanismo usado pelo Judiciário também se resolve, no final das contas, por maioria de votos. Mesmo após extensos debates morais, linguísticos e hermenêuticos, o que decide a controvérsia não é a formação de um consenso razoável entre os membros da corte, mas a simples contagem dos votos³⁰⁶. Parece frustrante; mesmo depois de tudo isso, cabeças são contadas do mesmo modo que se faz no procedimento democrático. A diferença está apenas no tipo de agente cujas cabeças são computadas. O procedimento, em si, permanece o mesmo. Para Waldron, isso enfraquece a alegação de que o processo judicial se distinguiria *qualitativamente* por seu compromisso superior com a razão ou com a coerência interpretativa. Afinal, se o argumento contra a deliberação legislativa é que o voto majoritário seria um critério tosco³⁰⁷, por que aceitar esse mesmo critério no Judiciário?

A questão se torna mais incômoda quando se observa de perto a prática de tribunais brasileiros, como o Supremo Tribunal Federal. Mesmo nos julgamentos em que há consenso quanto ao resultado, a leitura dos votos revela uma nuance: os fundamentos que sustentam a mesma decisão costumam ser inteiramente distintos. Não é preciso nem mesmo que haja desacordos quanto aos resultados; mesmo o que poderia indicar convergência acaba escancarando um novo tipo de desacordo. Ministros que votam no mesmo resultado adotam, cada um, premissas próprias, recorrendo a precedentes diferentes e utilizando métodos variados – um invoca princípios morais abstratos; outro cita a tradição constitucional; outro aplica a proporcionalidade com base em precedentes europeus; outro se atém à literalidade do texto constitucional.

O resultado é um emaranhado de votos autônomos, cada um encerrado em seu próprio universo, como se cada ministro tivesse participado de um julgamento distinto que apenas coincidentemente chegou à mesma conclusão. Esse modelo de acórdão fragmentado, no qual os votos se somam apenas no dispositivo, fulmina a ideia de que o raciocínio judicial opera em um campo mais limitado. Se houvesse de fato uma argumentação mais controlada, veríamos não só consenso no resultado, mas especialmente uniformidade nos fundamentos. Uma mínima

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 269.

³⁰⁷ Dworkin, por exemplo, afirma: “Por que o fato de um número maior de pessoas favorecer determinado curso de ação seria um sinal de que o curso favorecido é melhor ou mais justo? Poderíamos responder: quando os membros de um empreendimento conjunto discordam acerca do que deve ser feito, a única solução justa é a contagem de votos. Mas essa tese deve ser rejeitada enquanto princípio universal do jogo limpo: não é automaticamente verdadeira. Outro venerável exemplo filosófico: quando um bote salva-vidas está superlotado e um passageiro tem de ser jogado ao mar para salvar os demais, o voto da maioria parece ser o pior método para se escolher a vítima. Os apegos e antagonismos pessoais desempenhariam um papel que não deveriam desempenhar, de modo que um sorteio seria muito superior. Esses apegos e antagonismos também infectam a política, mas em escala muito maior; com isso, a ideia de que o voto da maioria é intrínseca ou automaticamente justo nesse contexto parece, no mínimo, duvidosa”. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 532-533.

homogeneidade dos caminhos seria o sinal de que há uma estrutura compartilhada de justificação. O que se vê, contudo, é o oposto: em diversos casos, a decisão até pode se dar por onze votos a zero, mas seus motivos são totalmente dispersos. E isso acrescenta mais uma dúvida à tese da superioridade epistêmica do método judicial³⁰⁸.

Esses detalhes, que podem parecer secundários, são um dos pontos mais fortes da crítica de Waldron. Se o raciocínio jurídico fosse capaz de produzir convergência sobre os direitos fundamentais, por que tantas decisões são tomadas por margens tão estreitas? Por que julgamentos sobre liberdade, igualdade, vida e dignidade terminam, com frequência, em votações de cinco a quatro ou seis a cinco? Por que mesmo em decisões unânimes juízes não compartilham os mesmos fundamentos? O que justifica que esse tipo de divisão – entre poucos membros de uma elite judicial – seja tratado como mais legítimo do que decisões legislativas aprovadas por ampla maioria após debate público?

Alguns exemplos recentes podem ajudar a esclarecer a objeção de Waldron. Casos emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos mostram por que decisões tomadas por “*bare majorities*” não expressam apenas um desacordo interno momentâneo; elas confirmam que, em temas constitucionais, o Judiciário decide como qualquer outro órgão político. Pior, por meio de maiorias apertadas, elas moldam os rumos do país e produzem efeitos sociais, políticos e econômicos de longo alcance. Um único voto pode reinterpretar a constituição, redirecionar políticas públicas históricas e afetar diretamente a vida de milhões de pessoas³⁰⁹.

³⁰⁸ Como destaca Cunha, os tribunais brasileiros adotam o modelo *seriatim* de julgamento, no qual cada julgador redige individualmente seu voto, expondo suas próprias razões para chegar à conclusão. Afora a ementa, não há um texto único que represente a posição institucional do tribunal; os votos são apenas somados no resultado final. O modelo oposto a esse é o *per curiam*, adotado por algumas cortes estrangeiras – como a Suprema Corte dos Estados Unidos –, em que o tribunal fala com uma só voz: um redator oficializa o voto majoritário, que incorpora a argumentação vitoriosa e serve como expressão unitária da corte. Nesse modelo, os juízes vencidos muitas vezes podem apresentar votos dissidentes, mas os fundamentos da maioria são organizados em um só texto. Na visão de Cunha, a ausência de um padrão semelhante no Brasil compromete a clareza dos acórdãos do Supremo, dificultando a identificação de uma base para a decisão e enfraquecendo sua capacidade de servir como orientação para outras instâncias. Cf. CUNHA, Gustavo Costa. *A fragmentação dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e o dever de fundamentação das decisões judiciais: a justificação do controle de constitucionalidade*. Orientador: Carlos Augusto Alcântara Machado. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2023, p. 34-46.

³⁰⁹ O controverso caso *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)]. – apontado por Friedman como marco inaugural da discussão sobre a dificuldade contramajoritária – foi ele próprio decidido por cinco votos a quatro. No caso, a maioria identificou uma suposta liberdade contratual “implícita” na cláusula do devido processo; a minoria, por sua vez, negou veementemente que a Constituição autorizasse tal leitura. Não por acaso, o voto dissidente de Oliver Wendell Holmes Jr. tornou-se um dos mais célebres da história da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nele, Holmes critica duramente a decisão da maioria de invalidar a lei trabalhista com base em uma concepção controversa de liberdade contratual. Para o *Justice*, a Constituição norte-americana “não consagra nenhuma teoria econômica”, seja ela “do *laissez-faire* ou do socialismo”, e não cabe aos juízes impor suas preferências econômicas aos legisladores democraticamente eleitos. Em tom incisivo, acusou a corte de transformar o *darwinismo* social em doutrina constitucional, advertindo que “um conjunto de juízes acredita que sabe melhor do que o povo o que é bom para ele, e usa a Constituição para impor essa crença”. Em geral, muitos apontam que seu voto antecipou a

O exemplo mais conhecido é *Bush v. Gore*³¹⁰, decisão que encerrou a recontagem dos votos na Flórida e, na prática, determinou o resultado da eleição presidencial daquele ano. A corte decidiu, por cinco votos a quatro, que a recontagem violava a cláusula da igualdade de proteção da Décima Quarta Emenda, encerrando o processo e assegurando a vitória do candidato republicano George W. Bush. O desacordo entre os *Justices* girava em torno do seguinte ponto: para a maioria, a ausência de critérios uniformes na recontagem dos votos – que variavam de um condado a outro – criava desigualdade entre eleitores e violava o princípio constitucional de igual tratamento. Já para a minoria, esse tipo de irregularidade não justificava a intervenção da Suprema Corte em um processo eleitoral estadual ainda em curso, e a solução adequada seria permitir que a recontagem prosseguisse. Vista em retrospectiva, essa decisão teve consequências inimagináveis: moldou a resposta dos Estados Unidos aos atentados do 11 de setembro, conduziu às guerras no Afeganistão e no Iraque, influenciou políticas públicas em escala global e ainda definiu quem indicaria os próximos *Justices* da Suprema Corte. A decisão de quem se tornaria o Presidente da nação mais poderosa do mundo foi, literalmente, decidida por uma única cabeça a mais.

Mas, apesar de sua relevância, essa decisão não declarou a inconstitucionalidade de nenhuma lei. E o que dizer de uma norma aprovada por 240 votos a 189 na Câmara dos Representantes e por 60 a 40 no Senado? Em *Citizens United v. Federal Election Commission*³¹¹, a corte declarou inconstitucional por cinco votos a quatro uma parte do *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002, que proibia corporações privadas e sindicatos de financiarem anúncios eleitorais com recursos próprios. O objetivo da lei era evitar que o poder econômico distorcesse o processo democrático, garantindo um mínimo de igualdade nas condições de participação política. A maioria da Corte, no entanto, entendeu que essa proibição violava a Primeira Emenda da Constituição norte-americana, que protege a liberdade de expressão, sustentando que o Estado não pode restringir o discurso político com base na identidade de quem está contribuindo, mesmo que se trate de uma pessoa jurídica com grande capacidade financeira. Já os votos dissidentes alertaram que essa interpretação ampliava o conceito de liberdade de expres-

crítica dos realistas jurídicos: a de que decisões judiciais são sempre atravessadas por valores, interesses e ideologias, ainda que camufladas em linguagem técnica. O que é mais relevante, o voto de Holmes mostra que juízes manifestam discordâncias radicais diante do mesmo texto constitucional.

³¹⁰ 531 U.S. 98 (2000).

³¹¹ 558 U.S. 310 (2010). Para uma explicação didática e contextualizada do caso, cf. CUNHA, Bruno Santos. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 2010. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 43, p. 897-930.

são e comprometia o equilíbrio democrático por permitir que interesses corporativos influenciassem de forma desproporcional o processo eleitoral. O impacto foi imediato: a decisão pavimentou o caminho para os chamados *Super PACs*³¹², que passaram a arrecadar e gastar quantias enormes em campanhas eleitorais.

Considere-se agora uma política pública aguardada, aprovada pelo Congresso e incorporada à principal reforma de saúde pública do país. Em *Burwell v. Hobby Lobby*³¹³, a Suprema Corte decidiu, por cinco votos a quatro, que empresas privadas poderiam se recusar a cumprir uma exigência do *Affordable Care Act* – conhecido como “*Obamacare*” – que determinava a inclusão de métodos contraceptivos nos planos de saúde oferecidos a seus empregados. Os proprietários da rede *Hobby Lobby* alegaram que tal exigência violava suas convicções religiosas, e a corte acolheu esse argumento, estendendo às corporações o “direito à objeção de consciência”. A maioria entendeu que obrigar uma empresa a custear métodos contraceptivos contrários à fé de seus proprietários constituía um fardo indevido à liberdade religiosa. Já a minoria discordou dessa extensão, sustentando que o interesse público em garantir acesso à saúde reprodutiva das funcionárias deveria prevalecer. O impacto da decisão foi significativo: por admitir que empresas podem invocar crenças religiosas para se eximir de obrigações de caráter geral, o tribunal abriu um precedente que reconfigurou os limites da liberdade religiosa. E, mais uma vez, tudo se decidiu por um voto.

No mesmo ano, *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*³¹⁴ representou uma inflexão na jurisprudência da Suprema Corte. Por cinco votos a quatro, a corte declarou inconstitucional a possibilidade de cobrança de taxas sindicais de servidores públicos não filiados. A controvérsia constitucional girava em torno da interpretação da Primeira Emenda: a maioria entendeu que obrigar trabalhadores a financiar atividades sindicais violava sua liberdade de expressão, por compelir o apoio financeiro a uma organização que poderia adotar posições políticas ou ideológicas com as quais eles não concordassem. Para a minoria, no entanto, essas taxas – conhecidas como *agency fees* – não implicavam endosso

³¹² *Super PACs* (*Political Action Committees*) são comitês independentes de financiamento de campanhas que surgiram após a decisão da Suprema Corte. Diferentemente dos comitês tradicionais, os *Super PACs* podem arrecadar e gastar quantias ilimitadas de dinheiro com o objetivo de influenciar eleições, desde que atuem de forma independente e não coordenem suas ações diretamente com candidatos ou partidos. Eles podem receber doações de pessoas físicas, corporações e sindicatos. O principal problema apontado por críticos é que, apesar da exigência formal de independência, na prática muitos *Super PACs* são criados por aliados próximos dos candidatos e funcionam como extensões informais de suas campanhas. Isso gera desequilíbrios na disputa eleitoral, pois permite que grandes doadores exerçam influência política desproporcional ao seu número de votos, fragilizando o ideal de igualdade democrática. Cf. *ibidem*, p. 926-927.

³¹³ 573 U.S. 682 (2014).

³¹⁴ 585 U.S. 878 (2018).

ideológico, mas uma contribuição proporcional por serviços prestados em nome de toda a categoria. A decisão reverteu o precedente estabelecido em *Abood v. Detroit Board of Education*³¹⁵, que havia sustentado, por décadas, a constitucionalidade das *agency fees* como forma de garantir o custeio da atuação sindical em benefício de toda a categoria. Com *Janus*, abriu-se um caminho para o esvaziamento financeiro dos sindicatos, especialmente em setores como educação, saúde e serviço público. Em diversos estados, campanhas de desfiliação se intensificaram e o poder de negociação coletiva foi bastante reduzido.

Por fim, veja-se outro exemplo importante para o futuro nacional norte-americano. *Rucho v. Common Cause*³¹⁶ examinou se cortes federais poderiam revisar judicialmente casos de manipulação partidária na configuração de distritos eleitorais, prática conhecida como *gerrymandering*³¹⁷. A Suprema Corte, por cinco votos a quatro, concluiu que essas controvérsias não são passíveis de controle federal, pois envolvem questões políticas para as quais a Constituição, segundo a maioria, não oferece critérios “administráveis”. O caso partiu de contestações na Carolina do Norte e em Maryland, cujas linhas distritais haviam sido traçadas, com base em análises estatísticas, para garantir vantagem a um dos partidos majoritários. Embora a corte não tenha negado os efeitos distorcivos do *gerrymandering* sobre a representação política, considerou que a ausência de padrões objetivos tornava inadequada a intervenção do Judiciário. A decisão rompeu com uma tendência histórica de intervenções pontuais em casos claros de manobra de cunho racial e sinalizou um recuo em relação à possibilidade de estabelecer limites constitucionais à manipulação distrital. Seu impacto projeta efeitos duradouros: por fechar a via judicial para impugnações dessa natureza, transfere a disputa para o campo político, que, nos estados mais afetados, já se mostra condicionado pelas próprias distorções que essa prática gera.

Bem, talvez se possa objetar que as coisas nos Estados Unidos são mais complicadas devido ao bipartidarismo e à divisão entre conservadores e liberais. Talvez o Brasil, que não tem esses elementos – ao menos não com a mesma intensidade –, seja diferente. Mas a análise de casos recentes do Supremo Tribunal Federal mostra que o problema da decisão por maiorias

³¹⁵ 431 U.S. 209 (1977).

³¹⁶ 588 U.S. 684 (2019).

³¹⁷ *Gerrymandering* é o termo utilizado para designar a prática de manipulação de distritos eleitorais com o objetivo de favorecer determinado grupo político ou partido. A técnica consiste em traçar os limites geográficos dos distritos de maneira artificial, maximizando o número de cadeiras conquistadas por um partido mesmo com minoria de votos. Isso é feito, em geral, por dois métodos: *cracking* (diluir eleitores adversários entre vários distritos para reduzir sua influência) e *packing* (concentrar opositores em poucos distritos para desperdiçar votos). Apesar de sua ampla difusão nos Estados Unidos, especialmente após o censo decenal que permite redesenhar distritos, a prática permanece altamente polêmica. Seus efeitos são significativos: reduz a competitividade eleitoral, reforça a polarização, torna cadeiras legislativas virtualmente seguras para um partido e distorce a proporcionalidade entre votos recebidos e cadeiras obtidas. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 133-134.

mínimas em questões sensíveis acontece também por aqui.

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 4.439, que discutia o modelo de ensino religioso adotado nas escolas públicas. Por seis votos a cinco, a corte entendeu que a oferta do ensino religioso confessional – vinculado a uma tradição específica de fé – é compatível com a Constituição Federal, desde que a matrícula seja facultativa. A controvérsia girava em torno da interpretação do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases e da cláusula constitucional da laicidade estatal. Os votos divergentes propunham a adoção de um modelo não confessional, voltado à abordagem informativa e plural das religiões. A maioria, no entanto, concluiu que a possibilidade de ensino confessional nas escolas públicas não viola o princípio da laicidade, desde que respeitados os limites da voluntariedade e da não imposição.

Outro exemplo expressivo vem do julgamento da ADI nº 4.983, concluído em 2016. Na ocasião, por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará que regulamentava a prática da vaquejada³¹⁸. A maioria entendeu que a atividade, embora tradicional no Nordeste brasileiro, acarreta sofrimento aos animais e, por isso, viola o dever constitucional de proteção ao meio ambiente. A votação apertada refletiu um desacordo teórico sobre a própria existência de direitos dos animais, sua titularidade e seu peso jurídico em face de manifestações culturais. Revelou ainda a *intensidade* dessa divergência: enquanto parte da corte privilegiou o reconhecimento da proteção constitucional aos animais contra práticas cruéis, a minoria ponderou em favor da preservação de tradições culturais e da liberdade de expressão comunitária. A decisão gerou forte reação social e política, levando à aprovação de uma emenda constitucional que reconheceu a vaquejada como manifestação da cultura nacional.

Um caso ainda mais ilustrativo diz respeito à execução provisória da pena após condenação em órgão colegiado. Em 2009, no *Habeas Corpus* nº 84.078³¹⁹, por sete votos a quatro, o Supremo fixou a tese de que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reafirmando a literalidade da Constituição quanto à presunção de inocência. Essa jurisprudência, no entanto, foi revertida em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292³²⁰, quando a Corte, também por sete votos a quatro, passou a admitir a possibilidade

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Dias Toffoli, j. 6 de outubro de 2016. DJe, 24 de fevereiro de 2017.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078. Relator: Ministro Eros Grau, j. 5 de fevereiro de 2009. DJe, 26 de fevereiro de 2010.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 17 de fevereiro de 2016. DJe, 17 de maio de 2016.

de início do cumprimento da pena após decisão condenatória de segundo grau. A maioria entendeu que a decisão em segunda instância já oferecia um juízo de culpa suficiente para autorizar a execução provisória da pena. Três anos depois, em 2019, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n°s 43, 44 e 54³²¹, o Supremo voltou ao entendimento anterior: agora por seis votos a cinco, restabeleceu-se a necessidade do trânsito em julgado para início do cumprimento da pena. Nessas ocasiões, a alteração de uma jurisprudência com efeitos imediatos sobre milhares de pessoas – inclusive em um contexto de hiperencarceramento – ocorreu por um ou dois votos. O que é mais curioso, a mesma norma constitucional foi interpretada de formas opostas, em intervalos curtos, por composições praticamente idênticas do tribunal.

Quanto à dispersão dos fundamentos, a ADPF n° 54³²² é emblemática. Ainda que o resultado tenha sido tomado por oito votos a dois, os votos dos ministros divergiram quanto ao modo de estruturar o problema constitucional. O relator, Min. Marco Aurélio, sustentou a tese de que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos não configura crime, por ausência de tipicidade, interpretando o Código Penal à luz da Constituição e dispensando qualquer autorização judicial prévia para o procedimento³²³. O Min. Celso de Mello apoiou o mesmo desfecho, mas construiu seu voto com base em uma defesa dos direitos das minorias e da necessidade de proteção dos grupos vulneráveis, enfatizando a compatibilidade entre essa interpretação e os fundamentos da ordem democrática³²⁴. A Min. Cármen Lúcia ancorou seu voto na ideia de laicidade do Estado e destacou que decisões judiciais não podem se moldar por critérios oriundos de crenças religiosas, reafirmando que o Estado deve atuar segundo princípios constitucionais como a dignidade humana³²⁵. Esses três exemplos bastam para revelar a fragmentação do acórdão. Embora todos tenham votado pela procedência da ação, os caminhos adotados foram bastante distintos. Não houve unidade argumentativa, nem um eixo de fundamentação. A impressão que se tem é a de um julgamento com autores independentes, cada um operando a partir de seu próprio marco teórico – já se chegou a chamar de “onze ilhas” ou “onze supremos”³²⁶.

Esses exemplos, de cunho elucidativo, demonstram que a crítica de Waldron se baseia

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin, j. 7 de novembro de 2019. DJe, 12 de novembro de 2020.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012. DJe, 10 de maio de 2013.

³²³ *Ibidem*, p. 33.

³²⁴ *Ibidem*, p. 364.

³²⁵ *Ibidem*, p. 229.

³²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1 dev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 12 maio 2025.

em uma prática comum. O que está em jogo não é apenas o fato de que tribunais decidem por maioria; é o tipo de maioria, a natureza dos conflitos, e os efeitos que essas decisões geram. Em casos como os que foram citados, não se tratou de divergências técnicas resolvidas por especialistas imparciais, mas de divisões profundas sobre valores constitucionais e direitos fundamentais. Como observa Waldron, “[e]statísticas não deixam de ser estatísticas só porque os números são menores e quem vota usa togas”³²⁷. Se a justificativa para o controle judicial se baseia em um suposto contraste qualitativo com a política democrática, então é preciso explicar por que aceitamos o mesmo critério em um colegiado muito menor, não eleito, e frequentemente dividido. Trata-se, como resume Waldron, de um problema *contrademocrático*, não *contramajoritário*³²⁸. No fundo, o que ele quer dizer é que “se o voto conduz a decisões arbitrárias, então boa parte do direito constitucional seria também arbitrária”³²⁹. Com elegância, afirma também que

[o] reconhecimento franco do papel que a [decisão majoritária] desempenha e das circunstâncias da tomada de decisão judicial que exigem um procedimento desse tipo pode nos ajudar a pensar com mais tolerância sobre o desacordo. Parte do entendimento de que questões de princípio precisam ser tratadas dessa maneira envolve admitir que é possível haver discordância razoável sobre esses assuntos. Juízes discordam sobre direitos – não há como escapar disso – e, embora sejam especialistas em direito constitucional, é inegável que suas divergências, em muitos aspectos, se assemelham às divergências que cidadãos comuns têm entre si sobre essas mesmas questões. Em temas como aborto, ação afirmativa, financiamento de campanhas ou pena de morte para menores, pessoas razoáveis discordam. O fato de que até mesmo os juízes, no fim das contas, não têm outra escolha a não ser contar votos nessas questões nos mostra isso. Reconhecendo isso, talvez sejamos um pouco mais tolerantes com nossas discordâncias – não necessariamente abrindo mão da oposição, mas evitando caracterizar os pontos de vista de nossos oponentes como posições de alguma forma vis, corruptas ou além dos limites aceitáveis.³³⁰

Por dever de transparência, deveríamos dizer, então, que o problema identificado pela

³²⁷ Tradução livre. No original: “Statistics don’t cease to be statistics just because the numbers are lower and the voters wear robes”. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 269.

³²⁸ *Ibidem*, p. 270.

³²⁹ Tradução livre. No original: “[...] if voting yields arbitrary decisions, then most of constitutional law is arbitrary”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 91.

³³⁰ Tradução livre. No original: “[...] frank recognition of the role that MD plays and of the circumstances of judicial decision-making that call for a decision procedure of this kind may help us think more tolerantly about disagreement. Part of understanding that matters of principle have to be dealt with in this way involves owning up to the fact that reasonable disagreement on these matters is possible. Judges disagree about rights—there is no way around that—and although they are experts in constitutional law, there is no denying that their disagreements with each other are in many ways just like the disagreements on these matters that ordinary citizens have with one another. On abortion, affirmative action, campaign finance, or the juvenile death penalty, reasonable people disagree. That even the judges, at the end of the day, have no choice but to count heads on these issues shows us that. Acknowledging this, we might be a little more tolerant of our disagreements with one another—not relaxing our opposition necessarily, but refraining from characterizing our opponents’ views as positions that are in some sense vicious, corrupt, or beyond the pale”. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 270.

teoria constitucional não é propriamente o majoritarismo democrático, mas *quem* está decidindo questões delicadas e sensíveis para a sociedade em um contexto de desacordo. Raciocinando a partir desse argumento, parece fazer sentido a crítica de Parker já exposta: no final das contas, há apenas a substituição de uma maioria democrática controversa por uma maioria judicial também controversa³³¹. Isso revela uma dimensão simbólica do direito constitucional difícil de ser defendida. Como o próprio Waldron diz,

[q]uando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou o que esses direitos implicam, parece algo insultante dizer que isso não é algo que eles podem resolver por meio de processos majoritários, mas sim que a questão deve ser atribuída a um pequeno grupo de juízes para uma decisão final. Isso é particularmente insultante quando eles descobrem que os juízes discordam entre si exatamente da mesma maneira que os cidadãos e representantes, e que os juízes também tomam suas decisões no tribunal por meio de votação majoritária. Os cidadãos podem muito bem sentir que, se os desacordos sobre essas questões devem ser resolvidos contando cabeças, então deveriam ser contadas as suas cabeças ou as de seus representantes, que são responsabilizáveis.³³²

O que Waldron evidencia é a inconsistência do argumento em favor da superioridade judicial. O próprio modelo decisório dos tribunais reproduz o que se pretende criticar no Legislativo. Se é necessário “contar cabeças” para decidir, então é inevitável perguntar por que essas cabeças devem ser as de juízes e não as de representantes submetidos ao crivo popular.

3.2 QUEM VAI DECIDIR O FUTURO DE ULISSES?³³³

Alguns autores defendem que, a despeito de todas as objeções, o controle de constitucionalidade ainda teria uma justificativa importante. Segundo esse argumento, ele funcionaria como uma espécie de *pré-compromisso* que o próprio povo fez em um momento de maior ra-

³³¹ PARKER, Richard D. “*Here, The People Rule*”: A Constitutional Populist Manifesto... *op. cit.*

³³² Tradução livre. No original: “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or those of their accountable representatives that should be counted”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*... *op. cit.*, p. 15.

³³³ Este tópico corresponde a uma versão reescrita e simplificada de artigo homônimo já publicado. No artigo, os argumentos de Elster, Holmes, Rawls e Ackerman são examinados de forma mais detalhada, com atenção às nuances que vinculam os pré-compromissos ao *judicial review*. Nesta dissertação, a reconstrução do argumento é feita em termos mais sintéticos, servindo como pano de fundo para a crítica de Waldron. Cf. FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara. Quem vai decidir o futuro de Ulisses? *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1144-1171, dez. 2025.

cionalidade. A própria sociedade, ciente das instabilidades que o futuro reserva, teria racionalmente optado por se limitar. O *judicial review* seria a expressão de um compromisso deliberado que o povo assumiu em um momento de maior lucidez coletiva. Trata-se de uma tentativa de imunizar certos princípios contra os desvios ocasionais da política majoritária. Essa é uma das defesas mais sofisticadas do *judicial review*, pois lhe concede uma roupagem democrática; não é que ele seja uma simples compatibilização entre textos de hierarquia diferente, ou um possível fórum de deliberação moral de qualidade superior. Seria, na verdade, um mecanismo que faz valer a *vontade original* do próprio povo diante de intercorrências que, no futuro, a vida política pode produzir.

O grande nome desse argumento é, sem dúvida, Elster. Utilizando-se de uma metáfora mitológica, que tem natureza persuasiva, o autor inaugurou uma nova linha de argumentos que foram mais bem desenvolvidos, posteriormente, por Holmes, Rawls e Ackerman. Ainda assim, esse argumento enfrenta a contestação de Waldron, que dedica parte de sua obra para justificar por que, embora atraente, esse também não é um bom argumento em defesa do controle de constitucionalidade.

3.2.1 O argumento dos pré-compromissos constitucionais

Por que tantas promessas não se realizam? Por que as pessoas criam formas de se obrigar a fazer aquilo que, em momentos de clareza, julgam ser o melhor? A tradição comum de traçar metas no início do ano ilustra bem esse problema. Revela a tentativa de antecipar a falha da vontade, de prevenir o comportamento de um “eu futuro” que pode agir em desacordo com o plano traçado pelo “eu racional”. Trata-se de buscar mecanismos que imponham o compromisso assumido quando a motivação é insuficiente. Como a vontade humana oscila, criam-se barreiras contra a desistência, e os exemplos saltam: contratos, lembretes, testemunhas.

Segundo Elster, o mesmo princípio pode ser observado na construção de sistemas constitucionais³³⁴. Essa lógica normalmente nasce em momentos históricos sensíveis³³⁵, quando o

³³⁴ ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 94-96.

³³⁵ Segundo Elster, constituições costumam nascer em contextos de ruptura ou instabilidade. Em geral, são elaboradas em períodos críticos, nos quais a sociedade enfrenta desafios políticos ou institucionais intensos. Esses momentos favorecem a formulação de mecanismos destinados a proteger o futuro coletivo. É nesse cenário que surgem os pré-compromissos: decisões tomadas para limitar ações futuras e garantir certa estabilidade. Tais compromissos expressam tanto uma tentativa de agir com racionalidade diante da crise quanto uma estratégia deliberada de instituir regras duradouras para enfrentar as incertezas do momento. Cf. ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*. *Duke Law Journal*, vol. 45, n. 2, nov. 1995, p. 370 et seq.

povo decide que certos valores ou princípios não podem ser violados, independentemente das circunstâncias que surgirão. Portanto, as constituições poderiam ser tomadas como compromissos que uma sociedade faz em vista de um futuro mais estável, que não seja corrompido por mudanças no meio do caminho.

A clássica narrativa de Ulisses e as sereias é um exemplo de como a autovinculação ocorre³³⁶. Na mitologia clássica, Ulisses se sagrou vencedor na Guerra de Troia e enfrentou uma difícil viagem em sua jornada para casa. No meio do caminho, ele se deparou com a ilha das sereias, figuras que prometiam conhecimentos inexplorados e que enfeitiçavam qualquer um que as ouvisse. Tendo ciência prévia de que isso lhe traria a ruína, Ulisses esboçou uma estratégia: ordenou que seus marinheiros o amarrassem firmemente ao mastro do navio, e determinou a seus marinheiros que tapassem os ouvidos com cera, a fim de ignorassem qualquer súplica sua.

Ulisses sobreviveu à provação e venceu o dilema da “*akrasia*” – conceito filosófico que descreve a “fraqueza da vontade”, situação em que uma pessoa racional age contra seu melhor julgamento, mesmo sabendo que essa decisão é inadequada ou prejudicial³³⁷. Esse é o grande exemplo de Elster para argumentar que, assim como Ulisses, o próprio povo pode se amarrar em torno de um conjunto de valores e princípios fundamentais que não devem ser violados caso o “canto das sereias” seja ouvido. Mais especificamente, o argumento afirma que, embora fossem os marinheiros que detinham o poder de controlar o futuro de Ulisses, a *vontade* original não era deles, era do próprio Ulisses. De modo semelhante, se tribunais garantem o *enforcement* de normas constitucionais que o próprio povo estabeleceu, isso não poderia ser tomado como antidemocrático; foi o próprio povo que decidiu se autovincular a eles.

Para justificar seu argumento, Elster observa que a eficácia de um pré-compromisso reside na construção de mecanismos que resistam à sua erosão³³⁸. Isso significa que a autolimitação só se realiza quando acompanhada de instrumentos que garantam sua preservação diante de pressões futuras. A antecipação de desvios, sejam motivados por interesses imediatistas ou mudanças de humor coletivo, exigiria uma engenharia institucional que torne custoso ou inviável o abandono do compromisso assumido. Portanto, a força do pré-compromisso não está na boa vontade de quem o celebra, mas na solidez das amarras que o sustentam. Promessas não bastam, é preciso que haja medidas de controle.

Essa estrutura, quando transposta para o nível constitucional, exige mecanismos capazes

³³⁶ ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality...* op. cit., p. 36-37.

³³⁷ *Ibidem*, p. 44.

³³⁸ *Ibidem*, p. 94.

de servir como barreiras à revisão precipitada do sistema político. Elster também identifica, nesse ponto, mais um benefício, este de natureza psicológica³³⁹. A existência de normas restritivas gera uma espécie de alívio: sabendo que certos temas estão fora do alcance da deliberação ordinária, os agentes políticos se concentram em outros problemas, e a sociedade se beneficia de maior estabilidade. Esse efeito se fortalece quando os custos de reversão são elevados – seja por exigência de quóruns qualificados, seja por mecanismos judiciais de controle.

Essa lógica se reforça quando associada a teorias da escolha racional e à teoria dos jogos, oriundas da teoria comportamental³⁴⁰. Em termos estratégicos, o pré-compromisso altera o espaço de possibilidades futuras, remodelando os incentivos dos agentes. Ao restringir *ex ante* certas opções, o sistema político evita que escolhas subótimas prevaleçam em momentos de tensão. O viés de curto prazo – típico de contextos marcados por pressão popular, urgência midiática ou pânico moral – cede lugar a uma racionalidade prospectiva, mais atenta aos custos da instabilidade. Nesse sentido, a constituição funciona como um “dispositivo de ancoragem”, responsável por preservar, no tempo, as escolhas consideradas mais valiosas pela comunidade.

A sofisticação do argumento de Elster reside, sobretudo, na consciência de que todo sistema de autolimitação está sujeito ao desafio das “contramedidas”. Ele identifica nisso um fato a que chama de “problema da miopia”: com o tempo, os próprios agentes políticos tendem a reinterpretar ou relativizar os compromissos que estabeleceram³⁴¹. O risco não é apenas o da revogação direta, mas da corrosão lenta, promovida por práticas que contornam os limites sem enfrentá-los abertamente. Por isso, Elster defende que pré-compromissos eficazes também precisam combinar mecanismos formais com mecanismos culturais, voltados à formação de uma mentalidade pública sensível à importância da estabilidade política³⁴².

Elster reconhece que a rigidez não pode ser absoluta; o pré-compromisso não deve imobilizar o sistema³⁴³. Deve, na verdade, criar um ambiente de estabilidade mínima que permita sua revisão sem comprometer os valores fundamentais do regime. Em outras palavras, um pré-compromisso bem desenhado precisa ser resistente, mas não impermeável. Deve permitir ajustes e adaptações marginais, desde que não desfigurem o núcleo que justifica sua existência. A constituição, para cumprir sua função, deve se manter como uma promessa que o sistema político é capaz de honrar, mesmo – e sobretudo – quando seria mais fácil abandoná-la.

³³⁹ *Ibidem*, p. 37-40.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 44-45.

³⁴¹ ELSTER, Jon. Intertemporal Choice and Political Thought. In: LOEWENSTEIN, George; ELSTER, Jon (orgs.). *Choice Over Time*. New York: Russell Sage Foundation, 1992. Cap. 2, p. 45-46.

³⁴² ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality...* *op. cit.*, p. 103.

³⁴³ *Ibidem*, p. 104-105.

Holmes é um dos principais autores a expandir o conceito de pré-compromisso a partir da analogia de Elster³⁴⁴. Contudo, em vez de basear seu argumento na psicologia da autolimitação, desloca o problema para o plano político e coletivo. Seu ponto de partida é o reconhecimento de que democracias podem ser vulneráveis às próprias decisões. Segundo ele, “uma constituição que seja ao mesmo tempo vinculante e democrática parece não apenas paradoxal, mas completamente incoerente”³⁴⁵. Por isso, sustenta que certos temas devem ser retirados do debate público, para que a própria democracia possa se sustentar. A esse tipo de autolimitação, Holmes dá o nome de *gag rules* – normas de mordada (ou de silêncio) que impedem que determinadas matérias sejam submetidas à deliberação³⁴⁶.

Holmes reconhece que esse expediente envolve tensões importantes. Ao propor que a democracia imponha limites a si mesma, ele assume um paradoxo: a *proteção* da deliberação democrática pode exigir a *restrição* dela própria³⁴⁷. A pergunta é se, em determinados casos, essas restrições são justificáveis. Para Holmes, a resposta é afirmativa. A experiência histórica demonstraria que a ausência de limites substantivos pode permitir que decisões populares corroam os alicerces da própria democracia. Por isso, insiste que a imposição de restrições por via judicial não apenas é compatível com a soberania popular, como também pode ser uma condição para sua continuidade.

Esse argumento se torna mais claro quando Holmes recorre à metáfora de “Peter sóbrio” e “Peter bêbado”³⁴⁸. Assim como o indivíduo que, em plena lucidez, toma medidas para evitar comportamentos autodestrutivos em estados de embriaguez, uma comunidade política pode antecipar os riscos de sua futura irracionalidade. Ou seja, as normas restringem, mas ao fazê-lo, criam condições para que a futura deliberação ocorra dentro de um ambiente estável. Para ele, portanto, uma constituição organiza o espaço político e condiciona o funcionamento da deliberação. Assim como as regras gramaticais que tornam a comunicação possível, as regras constitucionais tornariam possíveis as decisões democráticas³⁴⁹. Por isso, ele diz que o constitucionalismo é adotado

[n]ão apenas porque ele aumenta a probabilidade de uma tomada de decisões inteligente, mas também porque maximiza a chance de uma correção de rumos igualmente

³⁴⁴ HOLMES, Stephen. *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: Chicago University Press, 1995, p. ix.

³⁴⁵ Tradução livre. No original: “[...] a constitution which is both binding and democratic seems not merely paradoxical but completely incoherent”. *Ibidem*, p. 146.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 202 et seq.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 135.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 163.

inteligente no futuro. A maioria eleitoral atual se submete à crítica incômoda de suas decisões pela oposição porque reconhece que pode querer mudar de ideia no futuro e que precisa ouvir e considerar, de forma contínua, os possíveis motivos para fazê-lo. Em suma, a democracia constitucional é uma democracia falibilista. Ela não é um majoritarismo voluntarista, projetado para executar uma vontade preexistente, nem a submissão piedosa do povo a verdades eternas transmitidas por Deus ou lentamente construídas por uma tradição venerada. O constitucionalismo é uma técnica. Ele parte do princípio de que as paixões humanas não se alinharão com os ditames da razão e da justiça sem restrições. É o meio pelo qual uma nação democrática busca se transformar em uma comunidade capaz de continuar aprendendo e, assim, adaptar-se inteligentemente a circunstâncias desconhecidas à medida que surgem.³⁵⁰

Holmes não nega que esses mecanismos apresentam riscos³⁵¹. As *gag rules*, se aplicadas de forma acrítica, podem servir para silenciar injustiças ou adiar conflitos inevitáveis. O exemplo da escravidão nos Estados Unidos ilustra esse ponto: o silenciamento prolongado da questão não resolveu a tensão, apenas a empurrou para uma explosão posterior, que resultou na Guerra Civil norte-americana³⁵². Por isso, Holmes adverte que os mecanismos de contenção precisam ser aplicados com discernimento, restritos a temas em que a erosão dos princípios fundamentais represente um risco real.

A contribuição de Holmes está em mostrar que os pré-compromissos constitucionais não são apenas restrições: são desenhos institucionais que organizam e *viabilizam* a própria democracia³⁵³. Eles servem, simultaneamente, para limitar e estruturar. A revisão judicial seria parte do esforço coletivo de preservar a racionalidade política. O pressuposto de sua teoria é que a razão humana é frágil, e o sistema democrático, para ser durável, deve ser construído levando isso em conta.

Por fim, há dois argumentos que ecoam a filosofia do autocompromisso, ainda que não façam referência à metáfora de Ulisses. São as abordagens de Ackerman e Rawls, que, por caminhos distintos, convergem para a mesma preocupação: como proteger, no interior da democracia, decisões mais refletidas e duradouras contra os desvios ocasionais da deliberação popular. Ainda que partam de premissas distintas – Ackerman com base em uma reconstrução

³⁵⁰ Tradução livre. No original: “[...] not only because it increases the probability of intelligent decision making, then, but also because it maximizes the opportunity for intelligent self-correction later on. The present electoral majority will submit to irritating criticism of its decisions by the opposition because it knows that it may want to change its mind in the future and that it needs to hear and consider, on an ongoing basis, possible reasons for doing so. Constitutional democracy, in short, is fallibilist democracy. It is neither voluntarist majoritarianism, designed to implement a preexistent will, nor the pious submission of the people to eternal verities handed down by God or elaborated slowly by a revered tradition. Constitutionalism is a technique. It assumes that the passions of men will not conform to the dictates of reason and justice without constraint. It is the way a democratic nation strives to make itself into a community that can continue to learn and thus adapt itself intelligently to unfamiliar circumstances as they arise”. *Ibidem*, p. 274.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 232-234.

³⁵² *Ibidem*, p. 213 et seq.

³⁵³ *Ibidem*, p. 236-237.

da formação histórica dos Estados Unidos e Rawls com base em uma teoria da justiça – ambos oferecem justificativas para o controle judicial da constitucionalidade como forma de resguardar compromissos de maior densidade deliberativa.

Ackerman formula a ideia de “democracia dualista” para explicar a diferença entre dois modos de produção normativa: o ordinário e o constitucional³⁵⁴. Em sua concepção, as decisões legislativas tomadas no curso regular da política não têm o mesmo *status* democrático que aquelas formuladas em momentos de mobilização popular intensa, os chamados “*higher lawmaking moments*”. Nestes, o próprio povo atua para redefinir as bases do regime político. As constituições seriam, portanto, produtos de um engajamento episódico, que deve prevalecer sobre os atos cotidianos de legisladores eleitos³⁵⁵. Cabe ao Poder Judiciário zelar por essa hierarquia, impedindo que maiorias circunstanciais revoguem ou esvaziem, por meio de leis ordinárias, os compromissos assumidos em momentos constituintes. O *judicial review* seria, portanto, uma forma de preservar a vontade democrática em sua expressão mais qualificada, e não como uma imposição contra a maioria³⁵⁶.

Rawls, por sua vez, estrutura sua defesa do constitucionalismo sobre bases *filosóficas*, embora chegue, ao final, a uma conclusão semelhante³⁵⁷. Em seu modelo, os princípios de justiça são definidos em uma “posição original”, na qual indivíduos racionais deliberam sob o véu da ignorância, abstraindo suas circunstâncias particulares³⁵⁸. Esse ponto de partida hipotético garantiria a imparcialidade das escolhas e conferiria legitimidade aos princípios resultantes. Para ele, esses princípios operariam como limites substantivos ao processo político, delimitando o espaço da deliberação democrática de modo a impedir que interesses contingentes comprometam o ideal de justiça – formulação da ideia de “razão pública”³⁵⁹. O *judicial review* não seria um privilégio dos tribunais, mas um instrumento para garantir que o processo político se mantenha dentro dos parâmetros definidos pelo consenso original. Em suas palavras:

Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados

³⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. *We, The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 3-33.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 266 et seq.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 86-90.

³⁵⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça... op. cit.*, p. 146-153.

³⁵⁸ “[D]evemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”. *Ibidem*, p. 147.

³⁵⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 231-240.

e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem. Quando o tribunal assume esse papel e o desempenha efetivamente, é incorreto dizer que é francamente antidemocrático fazê-lo. É, de fato, antimajoritário no que se refere à lei ordinária, pois um tribunal com poderes de revisão judicial pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, a autoridade superior do povo dá sustentação a isso. O tribunal não é antimajoritário com respeito à lei mais alta quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas.³⁶⁰

Ambas as propostas pressupõem que certos compromissos fundamentais exigem proteção especial. Em Ackerman, essa proteção assegura a autoridade das decisões *fundacionais* do povo; em Rawls, ela protege os termos do acordo filosófico que fundamenta a legitimidade do sistema político. Nos dois casos, o controle judicial atua como *barreira* contra erosões motivadas por razões de curto prazo. É um mecanismo que estabiliza, no tempo, decisões que se pretende que sejam duradouras.

Essa convergência reforça a ideia desenvolvida por Elster e Holmes: em democracias constitucionais, não bastaria a existência de compromissos; é preciso construir mecanismos que garantam sua preservação. Ainda que os modelos de Ackerman e Rawls não adotem a linguagem do autocompromisso, eles partilham da mesma intuição de que certos valores, por sua natureza fundamental, devem estar protegidos contra oscilações sociais. Naturalmente, o *judicial review* seria o instrumento que cumpre esse papel. É justamente essa função – e sua possível incompatibilidade com a democracia – que é colocada em questão por Waldron.

3.2.2 A teoria da autoridade democrática

Por mais que essa seja uma visão modesta do controle de constitucionalidade – certamente mais razoável do que aquelas que o fundamentam em complexas teorias morais ou hermenêuticas –, Waldron entende que ela também não é uma boa solução do problema³⁶¹. Para ele, mesmo que a constituição represente, em sua origem, uma deliberação democrática, disso não se segue que sua interpretação deva ser monopólio de instituições judiciais. Há pelo menos três razões para rejeitar a ideia de que o *judicial review* é mero *corolário* dos pré-compromissos constitucionais: (i) a insuficiência do argumento da legitimidade originária (ou genética); (ii) a ambiguidade dos compromissos constitucionais; e (iii) o problema da autoridade legítima em contextos de desacordo moral.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 284.

³⁶¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 258.

O primeiro eixo da crítica de Waldron diz respeito ao argumento da legitimidade originária (ou *genética*)³⁶². Trata-se da ideia segundo a qual o controle judicial é legítimo porque sua origem está vinculada a um momento de deliberação democrática original. Essa concepção sustenta que, como foi o próprio povo que instituiu o mecanismo de revisão judicial, sua defesa posterior não poderia ser considerada antidemocrática, ainda que isso ficasse a cargo de tribunais. Não faria sentido dizer que, mesmo o povo tendo escolhido, o *judicial review* seria antidemocrático.

Waldron contesta essa suposição de forma interessante. Para ele, a origem democrática de uma instituição não é suficiente para legitimar sua continuidade ao longo do tempo, especialmente quando transfere poder de decisão final a um grupo que, no presente, não é democrático. Segundo Waldron, admitir a legitimidade de uma prática com base exclusivamente em sua origem levaria a um impasse. Se aceitarmos esse raciocínio, seria necessário reconhecer como legítimo qualquer decisão democrática adotada no passado, inclusive aquelas que hoje seriam considerados autoritárias.

Waldron ilustra o argumento com o exemplo de uma ditadura eleita democraticamente. A origem popular de um regime não garante, por si só, a legitimidade de suas decisões futuras. Mesmo se eleita pelo povo, uma ditadura continuaria sendo antidemocrática pelo simples fato de ser uma ditadura. Segundo ele, o mesmo raciocínio se aplica ao *judicial review*: ainda que tenha sido instituído por meio de um pacto democrático, sua aplicação precisa ser compatível, por si mesma, com os princípios da democracia. Se, no limite, ele é um instituto que retira dos cidadãos a capacidade de deliberar sobre questões fundamentais, então deixa de refletir o ideal de autogoverno, independentemente de sua origem.

Conforme Waldron argumenta, a democracia não é *apenas* um mecanismo de decisão majoritária³⁶³. Ela pressupõe um modelo de participação *contínua e significativa* em que os cidadãos são chamados a deliberar, de forma igualitária, sobre as normas que regulam a vida coletiva. A ideia de que um grupo de intérpretes privilegiados pode aplicar normas estabelecidas no passado, independentemente das preferências atuais da sociedade, contradiz essa percepção. O passado não tem autoridade legítima sobre o presente simplesmente por ter sido democrático; ele precisa ser, *por si só*, democrático. O argumento da legitimidade genética ignora esse ponto.

O segundo eixo da crítica de Waldron recai sobre a natureza das constituições. Elster e

³⁶² *Ibidem*, p. 262.

³⁶³ *Ibidem*, p. 264.

seus seguidores partem do pressuposto de que o pré-compromisso constitucional equivale à autolimitação de um agente racional que define os contornos do que deve ser evitado no futuro. Waldron também contesta veementemente essa analogia³⁶⁴. Para ele, a comparação com Ulisses só se sustentaria se os compromissos constitucionais fossem claros e específicos. No entanto, constituições reais não são assim: são documentos ambíguos, redigidos de forma abstrata, para acomodar diferentes visões em disputa.

Agrava a situação que essa ambiguidade seja deliberada³⁶⁵. Constituições nascem de grupos que têm desacordos sérios sobre justiça, liberdade e igualdade. Para garantir adesão, seus textos são formulados em termos abertos. Princípios como “igual proteção da lei” ou “liberdade de expressão” admitem múltiplas interpretações; eles são pensados para isso. Na prática, isso significa que o *conteúdo* do pré-compromisso é objeto de disputa. Não há um parâmetro inequívoco que permita aos juízes decidir com base em uma vontade anterior claramente estabelecida³⁶⁶. Para retomar o argumento da irrelevância da objetividade moral, Waldron demonstra que, mesmo que concordemos em abstrato sobre princípios fundamentais como liberdade, igualdade ou a dignidade da pessoa humana, nada disso solucionará o problema de como aplicar tais valores diante de casos concretos.

Portanto, a comparação com Ulisses é falsa³⁶⁷. Na narrativa mitológica, o herói sabia exatamente o que queria evitar; conhecia o risco do canto das sereias e definiu antecipadamente o curso de ação. Seus marinheiros não tinham dúvidas sobre como agir. Todavia, o mesmo argumento não serve para compromissos constitucionais que tratam de princípios morais. Nesses casos, não há como determinar, com segurança, qual interpretação concreta deve prevalecer.

O que é pior, a lógica dos pré-compromissos pressupõe que seria possível conhecer e replicar uma *vontade* por trás deles. Ou seja, caso Ulisses viesse a vacilar diante do canto das sereias, seus marinheiros sabiam precisamente que sua vontade *real* não era aquela. Por outro lado, a “vontade constituinte” é um conceito extremamente difuso e difícil de discernir. Como fica claro no debate norte-americano sobre a interpretação originalista, no mínimo ela é tão controvertida quanto todas as demais – na opinião de Waldron, até mais problemática³⁶⁸. Escancara o problema que os próprios juízes, como quaisquer cidadãos, discordam sobre o que

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 265.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 266-268.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 280.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 262-263.

³⁶⁸ Nos Estados Unidos, existe uma importante corrente de ideias conhecida como “originalismo”, que defende que a interpretação das disposições constitucionais deve ser baseada no significado original pretendido pelos constituintes no momento de sua promulgação. No entanto, em capítulo anterior, Waldron já havia criticado de forma

essa vontade exigiria. Como Waldron diz,

[s]e Ulisses conseguisse, de alguma forma, se desembaraçar e se preparasse para pular do barco e nadar até as sereias, seria evidente para sua tripulação que essa era exatamente a ação que ele os instruiu a impedir. No entanto, na maioria dos casos constitucionais, os cidadãos divergem sobre se a legislação em questão representa o tipo de medida que eles desejaram (ou que teriam ou deveriam ter desejado) estabelecer como uma restrição no momento constituinte. Além disso, todos os juízes e legisladores sabem que a questão em debate é uma sobre a qual pessoas razoáveis discordam. Já na *Odisséia*, os tripulantes podem ter certeza de que o esforço de Ulisses para romper suas amarras é fruto de uma patologia decisória bem conhecida por todos os envolvidos, inclusive pelo próprio Ulisses.³⁶⁹

É nesse ponto que Waldron se aproxima de sua crítica mais contundente: o problema da autoridade legítima. O terceiro eixo da crítica de Waldron é o que melhor evidencia a tensão entre *judicial review* e democracia. Se os compromissos constitucionais são ambíguos, e se há desacordo razoável sobre sua aplicação, a pergunta fundamental é: quem deve ter a autoridade final para interpretá-los? Para Waldron, para ser verdadeiramente democrática, essa resposta não pode jamais contar exclusivamente com uma *minoria* judicial.

Essa ideia é melhor desenvolvida por meio do curioso exemplo de Bridget³⁷⁰. Waldron propõe um caso hipotético em que uma mulher profundamente religiosa decide restringir o próprio acesso a livros que, no passado, haviam abalado sua fé. Em um momento de convicção espiritual, ela entrega a chave de sua biblioteca a um amigo e o instrui a não lhe devolver, mesmo que venha a lhe pedir insistentemente. Para os fins do argumento, a decisão de Bridget funciona como um *pré-compromisso*, à semelhança de Ulisses: ela tenta proteger sua fé futura

contundente o argumento intencionalista na interpretação constitucional. Em sua visão, a ideia de recorrer às intenções de legisladores para resolver ambiguidades é inadequada por várias razões. Primeiramente, ele aponta que o processo legislativo, em particular o constitucional, raramente reflete as intenções claras e unívocas de um único agente ou grupo coeso, sendo o produto de múltiplas deliberações e compromissos entre diferentes grupos com interesses diversos. Waldron enfatiza que o apelo a essas intenções desconsidera o caráter complexo, coletivo e muitas vezes contraditório do processo legislativo, que não se presta à identificação de uma vontade unívoca que possa ser resgatada posteriormente para orientar a interpretação judicial. Essa pluralidade torna difícil, se não impossível, inferir uma única “intenção” constituinte original. Além disso, mesmo que uma intenção original pudesse ser identificada, Waldron argumenta que apelar a ela não resolve o problema da interpretação, já que juízes frequentemente devem aplicar normas constitucionais sob condições sociais e políticas completamente diferentes das enfrentadas pelos constituintes originais. Essa divergência temporal compromete a relevância de uma “intenção original” nas decisões judiciais atuais. *Ibidem*, p. 128 *et seq.*

³⁶⁹ Tradução livre. No original: “If Ulysses were somehow to untie himself and get ready to dive over the side of the boat and swim to the sirens, it would be clear to his crew that this was exactly the action he commanded them to restrain; but in most constitutional cases, opinions differ among the citizens as to whether the legislation in question is the sort of thing they wanted (or would or should have wanted) in a founding moment to pre-empt. What’s more, all the judges and all the legislators know [...] that the issue they are facing is one on which reasonable people disagree, whereas in the Odyssey the crew members can be assured that Ulysses’ straining at or breaking his bonds is the product of a decisional pathology that is well understood by everyone involved, including Ulysses”. *Ibidem*, p. 268.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 270-275.

contra dúvidas que já experimentou no passado. Prevendo possíveis oscilações, institui um mecanismo de segurança caso sua força de vontade padeça.

O problema é que, ao contrário de Ulisses, Bridget vive um dilema que não opõe *razão* e *impulso*. Sua decisão de se privar do acesso a livros religiosos nasce de uma convicção momentânea que, ao longo do tempo, evolui. Ela passa a questionar novamente aspectos de sua religião e se interessa por reler os livros que antes evitava. Mas percebe-se: essa transformação não decorre de um erro ou de uma falha cognitiva, como foi o caso de Ulisses, submetido a um canto mágico e sedutor. No caso de Bridget, trata-se de uma mudança interpretativa, que reflete uma oscilação *racional* entre possíveis compreensões do mundo. Se um terceiro, por mais bem-intencionado que fosse, insistisse em manter sua biblioteca trancada, não estaria prestando respeito à sua autonomia; seria apenas a imposição de uma visão distinta sobre o caso, da qual Bridget passou a divergir racionalmente.

Para tornar o argumento ainda mais claro, Waldron propõe uma ampliação da metáfora. Imagine-se agora que Bridget não tenha confiado a chave da biblioteca a um único amigo, mas a um grupo de pessoas. Elas formam um pequeno coletivo responsável por decidir, no futuro, se ela poderá ou não acessar os livros. Quando chega o momento de decidir, esses amigos não alcançam nenhum consenso – afinal, ressalte-se, são argumentos igualmente racionais em disputa. Eles mesmos discordam sobre o que deve ser feito; uns acreditam que devem respeitar o pedido original, enquanto outros acham que devem atender à solicitação de Bridget. No fim, são obrigados a decidir por votação majoritária. Isso é certamente irônico: o grupo de amigos, que deveria representar uma instância externa e confiável, apenas reproduz o mesmo tipo de conflito que aflige a própria Bridget. Não há um ponto de vista isento, nem um critério que possa guiar a decisão. O que resta é apenas uma *escolha*. E essa escolha, embora travestida de neutralidade, nada mais é do que a adoção, por simples maioria, de uma entre várias visões possíveis. Nenhum deles tem um método infalível para identificar qual versão de Bridget deve prevalecer. Nenhum deles está propriamente fora do dilema.

A analogia com os tribunais constitucionais é evidente. Juízes também discordam; suas decisões, embora revestidas de uma aura técnica, refletem escolhas diante de dilemas morais e políticos sobre os quais a própria sociedade está dividida. Eles não estão protegendo o sistema de surtos irracionais, como marinheiros que salvam Ulisses do canto das sereias. Estão, como os amigos de Bridget, escolhendo entre interpretações razoáveis de um mesmo compromisso. Isso significa que, no plano constitucional, mesmo que o texto estabeleça princípios fundamentais que todos concordarão em estabelecer, sua concretização exige escolhas diante de ambiguidades morais e colisões desses valores. A dificuldade permanece: qual leitura dos princípios

deve prevalecer? E quem deve decidir? Waldron é enfático:

Manter o pré-compromisso de outra pessoa pode ser considerado uma forma de respeitar sua autonomia apenas se for possível traçar uma linha clara entre os fenômenos mentais irracionais que o pré-compromisso deveria superar, por um lado, e a incerteza genuína ou as mudanças de opinião, por outro. No caso de Ulisses e do potencial motorista bêbado, essa linha pode ser traçada. No caso de Bridget, isso é muito mais difícil, e é por isso que respeitar o pré-compromisso parece mais como tomar partido em uma disputa interna entre duas facções que lutam em termos aproximadamente iguais. Como se isso não fosse suficientemente complicado, se quisermos mesmo traçar um paralelo com o exemplo do controle judicial, deveríamos imaginar o caso teológico com uma diferença: Bridget entrega as chaves da biblioteca a um grupo de amigos, que então decidem, por votação majoritária, quando será apropriado devolvê-las. Eles então percebem que precisam decidir por votação majoritária porque discordam sobre a questão exatamente nas mesmas linhas de incerteza que atormentam a própria Bridget.³⁷¹

Ele sustenta que essa é, essencialmente, uma disputa política sobre a ideia de *autoridade legítima*³⁷². Em sociedades democráticas, marcadas por desacordos profundos, não há uma instância externa capaz de resolver esses conflitos de forma neutra. O exemplo de Bridget é mais adequado do que o de Ulisses ou do motorista embriagado exatamente por isso. Mostra que o dilema constitucional não envolve proteger alguém contra um impulso destrutivo, mas decidir entre compreensões igualmente razoáveis, sujeitas ao desacordo. Ao contrário do que ocorre nos casos de Peter bêbado e Peter sóbrio, em que há um claro desvio de racionalidade, a oscilação de Bridget é uma forma legítima de revisão de suas crenças. As constituições funcionam da mesma forma: seus compromissos são abstratos e suas interpretações dependem de juízos morais que dividem os intérpretes mais especializados. Se há desacordo entre os juízes, da mesma forma que há entre os cidadãos, não há como justificar que uma minoria tome decisões definitivas em nome de todos. É por isso que, sendo uma disputa pela autoridade com maior legitimidade para fazê-lo, Waldron defende a posição democrática.

3.3 POR UMA DIGNIDADE LEGISLATIVA

“[S]e desenharmos nossas instituições políticas partindo da ideia de que os

³⁷¹ Tradução livre. No original: “Upholding another’s precommitment may be regarded as a way of respecting that person’s autonomy only if a clear line can be drawn between the aberrant mental phenomena the precommitment was supposed to override, on the one hand, and genuine uncertainty, changes of mind, conversions, etc., on the other hand. In Ulysses’ case and in the case of the potential drunk-driver, we can draw such a line. In Bridget’s case, we have much more difficulty, and that is why respecting the precommitment seems more like taking sides in an internal dispute between two factions warring on roughly equal terms. As if that were not bad enough, if we were really looking for an analogy to the judicial review example, we should imagine the theological case with this difference – that Bridget hands the keys of the library to a group of friends, who then decide by majority voting when it is appropriate to return them to her. They find they have to decide by majority-voting since they disagree about the issue along the very lines of the uncertainty that is torturing Bridget herself”. *Ibidem*, p. 269.

³⁷² *Ibidem*, p. 273.

cidadãos não são dignos de confiança para a tarefa de preservar os direitos e liberdades fundamentais, corremos o risco de que essa premissa se torne uma profecia autorrealizável.”

- Alexander Latham³⁷³

Juízes decidem melhor do que legisladores? As decisões judiciais são, por definição, superiores às legislativas? Ainda que não tenham coragem de afirmar com todas as letras, muitos teóricos do direito estruturam suas produções como se isso fosse verdade. O que esses trabalhos fazem, para usar uma expressão famosa, é pôr as decisões judiciais em sua *melhor luz*. Esboçam grandes prescrições sobre como um juiz idealizado – um semideus como Hércules, talvez? – deveria decidir, valendo-se de teorias hermenêuticas, baseadas em considerações sobre a racionalidade humana, a verdade moral e a integridade política. O juiz ideal seria alguém que, diante do conflito, identifica a solução moral mais adequada; alguém que tem a capacidade de encontrar a *resposta correta*, ou, numa visão mais modesta, pelo menos *mais correta*. O problema, segundo Waldron, é que essa filosofia jurídica está intoxicada com uma imagem floreada (“*rosy picture*”) sobre a atividade judicial³⁷⁴. Em contraste, sua projeção sobre o Legislativo é de péssima qualidade.

Como ele diz, o Legislativo é aquele ao qual os filósofos do direito dedicaram menos atenção³⁷⁵. A impressão é que os teóricos aceitaram muito facilmente “uma imagem pouco atraente da atividade legislativa comum, retratada como um jogo de barganhas, troca de favores, concessões a interesses, distribuição de verbas para benefícios locais, negociações oportunistas e ciclos de votação”³⁷⁶. Via de regra, “[e]xistem inúmeras teorias normativas sobre os direitos, e estamos até o pescoço em discussões sobre a tomada de decisões judiciais”. Mas, na realidade acadêmica, “há consideravelmente menos trabalho filosófico dedicado ao tema”³⁷⁷. Waldron,

³⁷³ Tradução livre. No original: “[...] if we design our political institutions on the premise that citizens cannot be trusted with the task of upholding fundamental rights and freedoms, we run the risk that this premise will become a self-fulfilling prophecy”. LATHAM, Alexander. From Whose Point of View: On the Undemocratic Nature of Moral Tests for Law. *Cambridge Student Law Review*, v. 7, n. 1, 2011, p. 108.

³⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 90.

³⁷⁵ “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. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 5.

³⁷⁶ Tradução livre. No original: “[...] a rather unattractive image of ordinary legislating as deal-making, logrolling, interest-pandering, porkbarrelling, horse-trading, and arroviaan cycling”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 30.

³⁷⁷ Tradução livre. No original: “[...] is the topic to which philosophers of law have devoted least attention. There are plenty of normative theories of rights, and we are up to our eyes in discussions of judicial decision-making. But there is much less philosophical work on the topic of legislatures”. *Ibidem*, p. 21.

no entanto, chama atenção a um problema claro nessa disputa³⁷⁸. Segundo explica, essa é uma competição injusta. A comparação é feita entre juízes idealizados e legisladores reais, com todos os seus problemas conhecidos, que preenchem a grade de horários das rádios e dos jornais de notícias³⁷⁹. Em seu tom elegante, diz:

[a] pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na filosofia jurídica, persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário – o direito desenvolvido por juízes e tribunais – a questão central e interessante. Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito?³⁸⁰

Mas essa não é a única forma de imaginar esse embate; também é possível imaginar uma disputa entre legisladores idealizados e juízes de carne e osso. Nessa situação, seria forçoso concluir que a legislação tomada em sua *melhor luz* teria qualidade muito superior às decisões judiciais. À primeira, somam-se diversas razões de ordem procedimental. Existe uma dignidade democrática inerente à legislação concebida por um parlamento representativo. Além disso, legisladores estão sujeitos a um *accountability* imediato: uma forte discordância popular inevitavelmente os levará a uma derrota eleitoral. É da natureza da seleção eleitoral que os vencedores sejam aqueles aceitos pela opinião predominante como portadores de qualidades especiais, que os habilitam ao exercício do poder de criação das leis.

A proposta de Waldron é justamente apresentar a legislação sob uma luz mais favorável do que aquela em que ela normalmente aparece. Como ele se pergunta, como seria construir uma visão positiva dos legislativos e de seus processos, com o mesmo grau de idealismo e, talvez, de ingenuidade com que retratamos os tribunais?³⁸¹ Se isso parece despropositado –

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 90.

³⁷⁹ O título *The Least Examined Branch* [O ramo menos examinado], da coletânea organizada por Bauman e Kahana, faz uma brincadeira com o clássico *The Least Dangerous Branch* [O ramo menos perigoso], de Bickel. A ideia é criativa, pois os parlamentos estão entre as instituições mais visadas pela opinião pública; eles são alvos diários de jornais, programas de rádio, colunas de opinião e conversas de bar. Seus membros são julgados com severidade, suas decisões repercutem e suas falas viram manchete. Mas, curiosamente, permanecem quase invisíveis para a teoria política e jurídica. A academia trata o Legislativo como um objeto pouco interessante – uma instituição barulhenta, imperfeita, talvez até necessária, mas raramente digna de análise séria. Comparado à montanha de literatura dedicada ao Judiciário – e, em menor grau, ao Executivo –, o Legislativo é o ramo menos estudado, menos teorizado e, por isso mesmo, talvez o mais mal compreendido. Cf. BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (orgs.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

³⁸⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* *op. cit.*, p. 13.

³⁸¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* *op. cit.*, p. 90.

afinal, legisladores reais nunca alcançarão o nível que ele propõe –, Waldron afirma que isso pelo menos torna a comparação mais justa. Se devemos estruturar nossas instituições segundo um ideal de como as coisas deveriam idealmente funcionar, então que comparemos equivalentes. Como ele ironiza, os cientistas políticos, ao contrário dos juristas, há muito tempo adotam uma visão mais cínica tanto do processo legislativo quanto do judicial³⁸². Para o bem ou para o mal, ao menos a comparação que fazem é honesta. Mas, deixando o cinismo de lado, porque esse retrato todos já conhecem, como seria imaginar o potencial de uma legislação legitimamente democrática?

Nos tópicos anteriores, examinou-se o fato do desacordo – divergências persistentes e razoáveis sobre valores e direitos fundamentais em uma sociedade complexa. Diante desse cenário, Waldron busca restaurar o bom nome da atividade legislativa no pensamento político, tratando-a como uma fonte do direito respeitável. Essa revalorização envolve recuperar uma “gramática” de apreço pela democracia e pelo procedimento majoritário, muito mal vistos pela teoria constitucional. Nos tópicos a seguir, examinaremos como, segundo Waldron, a dignidade legislativa se manifesta – e por que deve ser reconhecida – a partir de três aspectos: (i) a participação igualitária e a representatividade no processo democrático; (ii) a transparência e a publicidade na criação do direito; e (iii) a reabilitação do prestígio das decisões majoritárias.

3.3.1 O direito dos direitos: participação e representatividade

Em um de seus artigos mais conhecidos, Gargarella propõe um exemplo criativo. Imagine-se uma pequena escola situada em uma região pobre³⁸³. Nesse ambiente, uma das turmas adota uma forma deliberativa de organização: professores e estudantes discutem coletivamente as decisões que afetam o cotidiano da classe. O objetivo é encontrar, por meio do diálogo, soluções sensíveis à realidade dos alunos. Envolve, por exemplo, definir o calendário das provas de modo que não se acumulem em uma mesma semana, que leve em conta a carga de trabalho dos estudantes e que permita uma preparação adequada. Nesse modelo, todos têm voz, todos votam, e as decisões refletem o esforço comum de construir condições justas de avaliação.

A esse cenário, Gargarella contrapõe um segundo, ligeiramente distinto. Nele, os professores tomam sozinhos todas as decisões que impactam a turma. Certo dia, um docente define que a prova final será realizada dentro de uma semana e que a lista de leituras obrigatórias

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ GARGARELLA, Roberto. ‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, v. 67, n. 1, ago. 2014, p. 38.

envolverá um grande número de obras. Mas, por causa de um extenso catálogo de direitos que a escola prevê em seu estatuto, os estudantes têm a possibilidade de apresentar queixas formais contra esse tipo de decisão. Irresignados, decidem fazer uso do mecanismo.

Mas logo surgem obstáculos práticos: apenas os que têm condições financeiras para contratar ajuda – como um assistente jurídico – conseguem acionar essa revisão; os demais têm dificuldade para formular suas objeções. E mesmo quando uma reclamação é feita, outro problema se apresenta; o caso precisa subir por uma cadeia hierárquica: primeiro decide o diretor da escola, depois a reitoria, e, eventualmente, o caso chega ao Conselho Estadual de Educação. Se houver insistência, talvez o processo escale mais um nível e vá parar nas mãos do Ministro da Educação. Ao fim, ninguém se surpreenderia se as datas da prova fossem simplesmente mantidas; ou, pior ainda, que a decisão final só fosse proferida depois que elas já tivessem sido aplicadas.

É exatamente esse o problema que Waldron aponta. Por que deveríamos imaginar que a segunda estrutura de contestações é mais legítima do que a primeira? Em vez de uma deliberação horizontal entre os reais afetados pela decisão, o processo se transforma em uma escalada burocrática de instâncias sucessivas. No final, a decisão é tomada por uma instância que conhece pouquíssimo da realidade cotidiana da sala de aula de onde a contestação partiu.

Waldron entende que a participação política constitui o “direito dos direitos”³⁸⁴. Para ele, a tradição liberal está fundada em uma imagem muito clara do ser humano: um indivíduo autônomo, livre e igual, capaz de tomar decisões sobre a própria vida, de escolher com quem se casar, qual profissão seguir, se deve ou não professar uma religião, como educar seus filhos, o que ler, pensar ou defender³⁸⁵. Essas são conquistas centrais do liberalismo político; são a razão pela qual reconhecemos certos direitos como *fundamentais*. O pressuposto de fundo é que ninguém conhece melhor os próprios interesses e valores do que o próprio indivíduo. A função do Estado, nessa concepção liberal, não é impor um ideal de vida, mas garantir as condições para que cada um possa viver segundo sua própria concepção do bem.

Entretanto, Waldron chama atenção para uma contradição pouco percebida dentro da tradição. Se o liberalismo reconhece que as pessoas são livres e autônomas para decidir os rumos de suas vidas, então não faz sentido excluí-las justamente do processo político que define quais direitos elas têm, ou como eles se aplicam³⁸⁶. Por que alguém deveria aceitar que uma instituição não eleita, distante e hermética como um tribunal determine o conteúdo dos seus

³⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 232 et seq.

³⁸⁵ WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights...* op. cit., p. 37.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 40.

direitos sem que ela mesma tenha tido a chance de participar dessa decisão? Em outras palavras, se o fundamento dos direitos é a autonomia moral de cada indivíduo, então a participação política deveria ser vista como um direito fundacional, o direito que torna todos os outros possíveis. É por isso que Waldron o chama de “direito dos direitos”. Como ele próprio diz,

[d]iscutir os direitos de uma pessoa não é como discutir os direitos dos animais ou a preservação de um edifício. Quando debatemos os direitos de alguém, o sujeito da conversa provavelmente terá uma opinião refletida sobre o assunto. E, sendo o cerne de qualquer debate sobre direitos o respeito que se deve a essa pessoa enquanto ser ativo e pensante, dificilmente poderíamos afirmar que estamos levando seus direitos a sério se, ao mesmo tempo, ignoramos ou desconsideramos o que ela tem a dizer a respeito. Mais uma vez, enfatizo que isso não significa que a pessoa tem todos os direitos que acredita ter, ou que ela não possa estar errada em suas convicções. Mas isso mostra que há algo de apropriado na posição que estamos considerando – a de que os titulares de direitos devem ser aqueles que decidem quais direitos possuem, em caso de divergência – e algo desagradavelmente impróprio e desrespeitoso na ideia de que as questões relativas a direitos são difíceis ou importantes demais para serem deixadas à decisão dos próprios titulares, em condições de igualdade.³⁸⁷

Como já indicado anteriormente, essa crítica não representa um afastamento do pensamento liberal, tampouco uma rejeição ao seu legado. Ela nasce do próprio coração do liberalismo – é uma tentativa de levar adiante os compromissos políticos que o pensamento assume desde sua origem. Parte daquilo que há de mais promissor nele: a confiança na razão moral dos indivíduos e na dignidade de suas escolhas. Waldron está interessado em resgatar a tradição do equívoco de imaginar que os direitos fundamentais podem ser protegidos ignorando a vontade dos próprios titulares desses direitos³⁸⁸. Para ele, isso representa um desvio do ideal liberal, não sua realização. A crítica é dirigida à forma com que se operacionaliza a defesa dos direitos liberais – não ao liberalismo como teoria. Portanto, Waldron propõe um liberalismo mais atento às suas próprias promessas, fiel à ideia de que ninguém deve ser governado sem voz nas decisões que dizem respeito à sua vida.

Como ele defende, o prestígio dos tribunais na tradição liberal muitas vezes se sustenta

³⁸⁷ Tradução livre. No original: “[...] arguing about a person’s rights is not like arguing about the rights of animals or about the preservation of a building. When we argue about someone’s rights, the subject of the conversation is likely to have a considered view on the matter. And since the point of any argument about rights has to do with the respect that is owed to this person as an active, thinking being, we are hardly in a position to say that our conversation takes his rights seriously if at the same time we ignore or slight anything he has to say about the matter. Yet again, I emphasize that this does not mean a person has whatever rights he thinks he has or that he cannot be wrong in what he thinks. But it does show that there is something appropriate about the position we are considering—that the right-bearers should be the ones to decide what rights they have, if there is disagreement about that issue—and something unpleasantly inappropriate and disrespectful about the view that questions about rights are too hard or too important to be left to the right-bearers themselves to determine, on a basis of equality”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 251-252.

³⁸⁸ WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights...* op. cit., p. 38.

na crença de que eles seriam os melhores defensores dos direitos fundamentais. Essa ideia costuma aparecer em discursos políticos, livros de direito e decisões judiciais. Segundo Waldron defende, trata-se de um mito³⁸⁹. Os tribunais não ocupam esse lugar porque tenham se mostrado mais aptos ou mais eficazes na defesa dos direitos. O que ocorre, em geral, é um processo cultural de naturalização dessa expectativa. Os tribunais ganharam reputação de protetores dos direitos porque foram associados a episódios simbólicos, como *Brown v. Board of Education* nos Estados Unidos ou o julgamento da ADPF 132³⁹⁰ no Brasil que, por reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, foi celebrado como um avanço histórico na proteção da igualdade³⁹¹. Para Waldron, tudo isso ignora o valor político de tomar decisões por meio dos canais democráticos. Tal como no caso da escola, essa importância repousa sobre a o valor da igualdade política.

Algumas palavras já foram ditas sobre o tema na apresentação do problema contramajoritário³⁹². Até aqui, poderíamos imaginar que a resposta mais legítima para esse dilema seria defender a participação direta dos cidadãos em todas as decisões legislativas, sem intermediários – como os alunos debatendo coletivamente o calendário de provas. Mas Waldron adota uma posição contraintuitiva: embora valorize a participação política, sustenta que, para os problemas típicos da vida coletiva, a democracia representativa é mais adequada do que a democracia direta. Esse é um dos pontos mais intrigantes de seu pensamento, e vale a pena se debruçar sobre ele. Como ele provoca,

[...] juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira

³⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 287.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011. DJe, 13 de outubro de 2011.

³⁹¹ Esse argumento ressoa as ideias de Tushnet, para quem a proteção judicial de direitos nem sempre foi consistente, nem sempre foi progressista e nem sempre produziu resultados duradouros. Como visto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, já validou políticas de segregação racial, já impediu reformas trabalhistas, já atuou para restringir políticas de ação afirmativa e já barrou tentativas de controlar o financiamento de campanhas eleitorais. Ou seja, o tribunal oscilou conforme o clima político, não conforme um compromisso constante com a igualdade ou a liberdade. Além disso, as decisões mais celebradas, como *Brown*, demoraram décadas para produzir efeitos concretos e só o fizeram quando houve ação política coordenada fora do Judiciário. Para Tushnet, isso mostra que a imagem de um tribunal superior, independente e protetor dos direitos é mais construída por narrativas do que sustentada por resultados concretos. Cf. TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution Away From the Courts...* op. cit., p. 129-153.

³⁹² Cf. tópico 2.1.

dignificada de fazer ou modificar o direito?³⁹³

Para Waldron, é o parlamento que oferece a melhor resposta política para o problema do desacordo. Como visto, indivíduos em uma sociedade livre sustentam posições diversas sobre questões morais fundamentais. Para ele, esse cenário exige um modelo institucional capaz de processar essa diversidade sem excluir nenhuma voz. A representação política responde a essa exigência. Em uma sociedade numerosa e funcionalmente diferenciada, a representação é o mecanismo que possibilita a incorporação de diferentes vozes no processo legislativo, sem sacrificar a eficiência nem comprometer a inclusão. Regula a participação popular em escala, amplia o alcance do debate público e torna possível a construção de decisões coletivas em contextos difíceis. Em vez de afastar os cidadãos da deliberação, a representação permite que todos participem de maneira *organizada*.

Esse aspecto se conecta diretamente à natureza do parlamento e aos seus grandes números³⁹⁴. Ao contrário de um decreto executivo ou de uma sentença judicial, a lei é produto de um corpo deliberativo plural, eleito por voto popular, que congrega diferentes classes sociais, ideologias, religiões, *etc.* Waldron reforça que “[e]m algum lugar na nossa teoria tácita sobre a autoridade da legislação existe uma percepção – uma espécie de instinto constitucional – de que a discussão e a promulgação por uma grande assembleia de representantes são indispensáveis”³⁹⁵. Ou seja, cada lei aprovada carrega a marca da diversidade dos que a formularam, mesmo quando seus conteúdos são conflituosos. Por conta de seus mecanismos internos, a representação transforma a vontade dispersa da cidadania em decisões articuladas e politicamente obrigatórias. Nas palavras de Waldron,

[e]sses números são valorizados não apenas porque “mais é melhor”, como sugerido, por exemplo, no Teorema do Júri de Condorcet, mas porque um número maior nos dá a oportunidade de diversificar a composição do órgão legislativo, permitindo a presença de legisladores de diferentes regiões, representando uma variedade de interesses e opiniões. As legislaturas são estruturadas formalmente para assegurar essa diversidade, e a ideia moderna de legislação se apoia, filosoficamente, na convicção de que uma sociedade pluralista é, por essência, incapaz de ser representada por uma única voz ou por um conjunto restrito de interesses. [...] A ideia é que uma nova lei, surgida dessa instituição, não possa reivindicar autoridade com base em algum consenso confortável entre pessoas de pensamento semelhante (seja na comunidade, seja no parlamento). Ao contrário, sua pretensão à autoridade deve se referir às controvérsias que

³⁹³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 37.

³⁹⁴ “Essa é a preocupação que me fascina – o claro consenso, no cânone do pensamento jurídico e político, de que o tamanho de um corpo legislativo é antes um obstáculo do que uma vantagem para a legislação racional. Parte do consenso é explicado por um sentido que se origina do preconceito antigo, mas que também surge no Iluminismo, de que quanto maior a assembléia legislativa, mais baixo o nível médio de sabedoria e conhecimento dos legisladores”. *Ibidem*.

³⁹⁵ Tradução livre. No original: “Somewhere in our tacit theory of the authority of legislation is a sense – a sort of constitutional instinct – that discussion and enactment by a large assembly of representatives is indispensable”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 51.

cercaram sua promulgação. Se uma cidadã que discorda da nova lei perguntar por que deveria obedecê-la, queremos poder dizer a ela que os desacordos – nos mesmos termos que ela está expressando – foram discutidos de forma intensa e vigorosa no momento da deliberação da lei, e que, ainda assim, ela foi aprovada por meio de um processo justo de debate e decisão.³⁹⁶

Essa concepção não decorre de uma fé injustificada na virtude dos parlamentos. Waldrón não é ingênuo; faz referência, por exemplo, a Madison³⁹⁷. Mas mesmo com as reservas habituais, reconhece que a representação tem um papel fundamental: permite transformar um conjunto disperso de opiniões em decisões públicas com algum grau de coerência. O que é mais relevante, a representação política permite converter múltiplas visões conflitantes em normas jurídicas com pretensão de *generalidade*. Isso não seria possível em um modelo baseado apenas em consultas públicas, porque esse tipo de mecanismo colhe apenas opiniões isoladas, sem um processo que ajude a organizar conflitos, negociar diferenças e construir regras que façam sentido para todos. Representar, nesse contexto, significa articular interesses e juízos de valor que atravessam *toda* a sociedade. É essa mediação que possibilita a transição da “mera soma” de vontades para a formação de um juízo político em nome da sociedade.

Em geral, isso se dá porque representantes não existem para reproduzir desejos individuais. Eles atuam em uma posição moldada por vínculos eleitorais, partidários e territoriais, que condicionam suas decisões. Seu papel é transformar essas demandas fragmentadas em julgamentos políticos que orientem a criação de leis com sentido público. Leis não são respostas a casos isolados; elas operam com categorias gerais. E a generalidade do direito depende de sua elaboração por agentes que compreendem os cidadãos não como indivíduos isolados, mas como

³⁹⁶ Tradução livre. No original: “[...] these numbers are valued not just because more is better for, say, the reasons elaborated in Condorcet’s Jury Theorem but because more gives us the opportunity to diversify the membership, to have legislators from a variety of places, representing a diversity of interests and opinions. Legislatures are formally structured to ensure diversity, and the modern idea of legislation rests philosophically on an insistence that society, being pluralistic, is in essence incapable of representation by a single voice or by reference to a small set of interests. [...] The idea is that new law emerging from this institution cannot claim its authority on the basis of any cozy consensus among like-minded people (whether in the community or in the legislature). Instead, its claim to authority must make reference to the controversies surrounding its enactment. If a citizen who disagrees with the new law asks why she should obey it, we want to be able to say to her that disagreements (along the lines that she is expressing) were aired as fiercely and as forcefully as possible at the time the law was considered and that it was enacted nevertheless in a fair process of deliberation and decision”. WALDRON, Jeremy. *Political Theory: Essays on Institutions...* op. cit., p. 157-158.

³⁹⁷ “É que, em toda assembléia legislativa, quanto maior for o número de membros, menos numerosos serão aqueles homens que irão de fato conduzir suas ações. Em primeiro lugar, quanto mais numerosa for uma assembléia, independentemente do gabarito dos homens que a compoñham, maior sabemos ser a ascendência da paixão sobre a razão. Em segundo, quanto maior for o número de membros, maior proporção deles terá informação limitada e pouca capacitação. Ora, sabe-se que é precisamente sobre pessoas deste tipo que a eloquência e a habilidade de uma minoria atuam com toda força. [...] A ignorância será vítima da astúcia e da paixão, escrava da sofística e da oratória”. MADISON, James. Desenvolvimento do tema no tocante ao futuro aumento do número de membros. In: MADISON, James; ALEXANDER, Hamilton; JAY, John. *Os Artigos Federalistas: 1787-1788...* op. cit., cap. LVIII, p. 384-385.

membros de grupos, regiões e setores sociais. A representação assegura essa mediação. Por considerar os cidadãos sob essas posições compartilhadas, o processo legislativo torna possível a produção de normas aplicáveis de forma equânime, sem perder de vista a pluralidade dos contextos sociais envolvidos.

Nesse processo, também há uma dimensão de deliberação importantíssima³⁹⁸. O parlamento organiza o tempo da decisão de forma compatível com a formação de juízos equilibrados. O processo legislativo permite sucessivas rodadas de proposição, resposta, emenda e revisão. Esse ritmo deliberativo estimula o amadurecimento político dos argumentos e evita decisões precipitadas. Permite a contraposição de suas principais ideias; sujeita-as ao escrutínio e ao desacordo de outros representantes. A estrutura representativa garante um ambiente propício à formulação *consciente* da norma. O valor da representação se afirma na medida em que ela ordena o conflito político dentro de formas públicas e previsíveis de decisão. Essa ordenação não apaga as disputas; na verdade, oferece condições para que elas produzam resultados desejáveis, inteligíveis e politicamente vinculantes.

Waldron explora esse ponto com base em duas formas de abstração: a abstração do conteúdo das leis – que devem ser gerais e não dirigidas a indivíduos – e a abstração do agente – o representante, que não atua em nome de uma vontade pessoal, mas de um conjunto de interesses e posições agregadas. A ligação entre essas formas de abstração justifica, em sua visão, o valor democrático da representação legislativa, pois ajuda a *despersonalizar* reivindicações e opiniões³⁹⁹. Isso explica por que a representação torna possível um tipo de escuta que a democracia direta, em geral, não oferece. Em consultas populares, o processo de decisão costuma se limitar à análise binária de votos, o que favorece a imposição da preferência majoritária sem que posições divergentes – muitas vezes, minoritárias – sejam de fato ouvidas. Já o parlamento opera segundo uma lógica diversa. Mesmo grupos sem peso numérico significativo podem participar do debate, influenciar emendas, negociar ajustes e pautar questões. E mesmo quando o resultado final não contempla as reivindicações minoritárias, o fato de essas vozes terem passado pelo processo de deliberação pública confere maior qualidade à decisão.

Além disso, a representação, ao contrário do raciocínio judicial, não apaga totalmente o valor da participação. As decisões legislativas são tomadas de um modo que permita a cada pessoa afirmar: “tive voz nesse processo”. Isso acontece por conta do ideal de *accountability*. É isso que torna a democracia mais do que um método de escolha de governantes; ela é uma

³⁹⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...* op. cit., p. 142-146.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 55-68.

estrutura política que reconhece, em seu próprio funcionamento, a dignidade de cada indivíduo como agente moral autônomo. O cidadão que participa, ainda que indiretamente, da elaboração das leis que o vinculam, é tratado como *sujeito*, e não como objeto da legislação. Em síntese, dentro da tradição liberal, a participação não pode ser tratada apenas um direito entre outros, mas o direito que os indivíduos têm de estar envolvidos no processo pelo qual os outros direitos são definidos⁴⁰⁰.

Nesse ponto, vale um esclarecimento muito importante. Waldron reconhece o valor da deliberação coletiva na democracia e a põe como um dos principais argumentos a favor da representação política. Mas ele rejeita uma idealização da teoria deliberativa⁴⁰¹. Em sua crítica, Waldron distingue entre a lógica interna da deliberação – que é um aspecto fundamental e exige a apresentação de razões para que os outros possam ser influenciados e aceitar – e a expectativa de que tal processo deva necessariamente produzir *consenso*. Segundo o autor, os defensores da democracia deliberativa muitas vezes tratam o desacordo como um *fracasso* da deliberação, quando deveriam aceitá-lo como um dado inevitável das sociedades plurais. Quer dizer, a teoria deliberativa “sugere que há algo de errado com a política deliberativa se a razão falhar, se o consenso nos escapar, e se tudo o que resta for contar votos”⁴⁰². Ele argumenta que uma boa teoria deliberativa “pode fazer suposições idealistas sobre as motivações das pessoas, mas, mesmo assim, deve manter a consciência de que, no mundo real, mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre o bem comum e sobre as questões de política,

⁴⁰⁰ “Seria enganoso dizer que, quando um princípio de autoridade (como o majoritarismo democrático) se chocar com outros direitos, um dos direitos deveria sucumbir. ‘Conflito’ não é a palavra para descrever o que está em jogo. É errado tratar o direito à participação e outro direito qualquer como direitos concorrentes no mesmo nível. Se fizermos assim, poderíamos às vezes sustentar que um direito qualquer deva prevalecer sobre o direito à participação. Mas o problema não é de ponderação, e sim o fato de discordarmos sobre o que aquele direito qualquer exige”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia... op. cit.*, p. 109.

⁴⁰¹ A teoria deliberativa da democracia define a legitimidade política com base na qualidade do processo de justificação das decisões coletivas. Segundo esse modelo, o poder estatal é exercido de forma legítima quando é possível justificá-lo por meio de razões que todos os cidadãos, vistos como livres e iguais, possam aceitar. A democracia, nesse sentido, não é apenas um sistema de “agregação” de votos, mas um conjunto de instituições que organiza a deliberação pública entre iguais. Deliberar, para a teoria, significa apresentar e avaliar propostas políticas com base em argumentos *racionais* e acessíveis aos demais participantes da comunidade política. O ideal é que as decisões públicas resultem desse processo de justificação mútua, e que as instituições sejam desenhadas para garantir as condições dessa troca: liberdade de expressão, igualdade de participação, publicidade dos argumentos e responsabilidade política. Portanto, nesse modelo, o valor da democracia não depende apenas do resultado alcançado, mas especialmente da forma como a decisão é construída coletivamente. Cf. COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rurion Soares (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007. Cap. 4, p. 115-144.

⁴⁰² Tradução livre. No original: “[...] implies that there must be something wrong with the politics of deliberation if reason fails, if consensus eludes us, and if there is nothing to do but count heads”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 91-92.

princípio, justiça e direito que esperamos que uma legislatura debata”⁴⁰³. Para Waldron, a persistência do desacordo moral não invalida a necessidade de deliberação, nem lhe diminui o valor. Em suas palavras,

[é] evidente que a deliberação nem sempre leva ao consenso – embora o consenso (em torno da verdade) possa ser visto como seu propósito final: às vezes, a deliberação acirra o dissenso. Surge, então, uma questão sobre como os democratas deliberativos devem encarar a tomada de decisão diante da discordância. O problema é que, do jeito que está, democracia deliberativa e voto majoritário parecem conceitos difíceis de conciliar. Há algo de constrangedor no ato de votar num contexto deliberativo – ou ao menos essa é a impressão transmitida; votar parece uma admissão de fracasso deliberativo, pois indica que uma discussão baseada em méritos não foi suficiente para resolver a questão. Quando os teóricos da deliberação passam a tratar do voto, a sensação de incômodo é quase palpável. Creio que o que nos falta é uma teoria da democracia que apresente o voto como o desfecho natural da deliberação, e não como um sinal de que ela foi, de certo modo, insuficiente. Precisamos de uma teoria da deliberação que se articule com o voto, não de uma teoria que sinta vergonha dele – uma teoria que explique por que é razoável exigir que as pessoas submetam à [decisão majoritária] não apenas seus interesses próprios, mas também suas convicções mais imparciais, mais sinceras, mais elevadas e mais bem refletidas sobre o que é justiça, direitos ou bem comum.⁴⁰⁴

O que ele deixa claro é que é indispensável um mecanismo que reconheça e resolva essa pluralidade. A regra da maioria é o complemento adequado⁴⁰⁵: não por apagar o conflito, mas por garantir que decisões públicas possam ser tomadas *apesar dele* e de todo o processo deliberativo. Portanto, Waldron rejeita que a legitimidade da legislação repouse apenas no consenso; na verdade, ela reside precisamente no fato de ser “uma proposição que é tratada como fonte de direito em virtude de algum fato ou ação que não possui nenhuma conexão intrínseca com o conteúdo, a substância ou a qualidade da própria proposição”⁴⁰⁶. Por integrar os desa-

⁴⁰³ Tradução livre. No original: “[...] may make idealistic assumptions about people’s motivations, but even if it does, it should hold on to a sense that in the real world, even after deliberation, people will continue to disagree in good faith about the common good, and about the issues of policy, principle, justice, and right which we expect a legislature to deliberate upon”. *Ibidem*, p. 93.

⁴⁰⁴ Tradução livre. No original: “[...] it is evident that deliberation does not always yield consensus, though consensus (on the truth) might be thought of as its telos: sometimes deliberation aggravates dissensus. So there is a question about how deliberative democrats should think about decision-making in the face of disagreement. The problem is that, as things stand, deliberative democracy and majority voting seem like odd bedfellows. There is something embarrassing about voting in a deliberative context—or at least that is the impression we are given; voting seems like an admission of deliberative failure, for it shows that a discussion based on the merits has failed to resolve the issue. When those who write about deliberation turn their attention to voting, the sense of distaste is almost palpable. I think what we need is a theory of democracy that makes voting the natural culmination of deliberation rather than something indicating that deliberation has been in some sense inadequate. We need a theory of deliberation that dovetails with voting, not a theory of deliberation that is embarrassed by it, a theory that explains why it is reasonable to require people to submit to MD not just their self-interest but their most impartial, their most earnest, their most high-minded, and their best-thought-through convictions about what justice, rights, or the common good require”. WALDRON, Jeremy. *Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 271-272.

⁴⁰⁵ Cf. tópico 3.1.3.3.

⁴⁰⁶ Tradução livre. No original: “[...] a proposition that is treated as a source of law in virtue of some fact or action

cordos ao próprio desenho institucional da deliberação, Waldron propõe uma concepção respeitosa da autoridade legislativa.

Além disso, Waldron também discute como o controle judicial de constitucionalidade pode *prejudicar* a participação política e a representação democrática. A crença de que o Judiciário protege melhor os direitos fundamentais tem um custo pouco discutido: a desmobilização política dos próprios titulares desses direitos. Por transferir às cortes a responsabilidade de resolver disputas centrais da vida democrática, desloca-se o centro da ação coletiva para uma arena pouco acessível e impermeável à deliberação pública. Em vez de fortalecer as capacidades democráticas de uma comunidade, essa estratégia tende a substituí-las por uma expectativa passiva de que os tribunais façam o trabalho que caberia à sociedade civil. O resultado é a erosão da esfera política.

Waldron resume bem: “[a]queles que reivindicam direitos de participação estão justamente exigindo o direito de participar da resolução dessas controvérsias. Querem estar entre os que definem os objetivos sociais e as concepções de bem comum a partir dos quais a gestão política e a ação instrumental serão orientadas”⁴⁰⁷. A lei precisa ser sentida como “algo pertencente ao coletivo, algo essencialmente nosso, algo que, de fato, só existe na medida em que está enraizado e integrado a um modo de vida compartilhado”⁴⁰⁸. Sua autoridade moral deriva do fato de ter sido produzida em um espaço acessível à participação de todos. Tomado nesse sentido, o legislador não é um oráculo de verdades jurídicas, mas um canal através do qual diferentes grupos sociais manifestam, deliberam e negociam seus valores e interesses⁴⁰⁹.

3.3.2 Transparência na criação do direito

Para além da natureza representativa, Waldron destaca a transparência como um elemento da dignidade legislativa⁴¹⁰. Esse é um dos argumentos mais fortes a favor da legislação: o processo legislativo oferece um modelo de criação do direito que combina publicidade, debate

that has no intrinsic connection to the content, substance, or quality of the proposition itself”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 93.

⁴⁰⁷ Tradução livre. No original: “Those who claim participatory rights are demanding the right to participate in resolving controversies of exactly this sort. They want to be among those who determine the social goals and conceptions of the common good relative to which political management and political instrumentality will be defined”. *Ibidem*, p. 243.

⁴⁰⁸ Tradução livre. No original: “something held in common, something essentially ours, something indeed which only exists to the extent that it is embedded in and part of a shared way of life”. *Ibidem*, p. 56.

⁴⁰⁹ “Com o estabelecimento e a operação de uma legislatura, o direito passa a existir em um novo sentido. Ele agora existir como ‘nosso’, como algo quase *tangível*, algo com o qual cada um de nós pode contar como ponto de referência *comum*”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação... op. cit.*, p. 92.

⁴¹⁰ WALDRON, Jeremy. *Political Theory: Essays on Institutions... op. cit.*, p. 125 *et seq.*

e responsabilidade política. As leis nascem em ambientes acessíveis, diante de câmeras, jornalistas e cidadãos, com registros formais que documentam cada fase da deliberação. Sessões parlamentares são transmitidas, os votos são nominais e os debates ficam arquivados. As razões apresentadas pelos representantes ficam expostas ao julgamento público, e os eleitores têm meios para acompanhar e avaliar o comportamento de seus representantes, bem como podem participar desse debate. Esse sistema permite que o direito seja compreendido como produto de um processo *público*, no qual as decisões refletem não apenas o conteúdo das normas, mas também o percurso argumentativo que levou até elas.

Um modelo dessa natureza opera segundo uma lógica muito distinta da que prevalece no âmbito judicial. Enquanto os tribunais produzem decisões por meio de deliberações inacessíveis, transmitidas em uma linguagem jurídica, “de caráter bastante árido [...], especialmente no que diz respeito aos valores morais que deveriam estar em jogo quando a elaboração das leis está em pauta”⁴¹¹, os parlamentos atuam como arenas políticas *explícitas*, onde o confronto direto entre diferentes visões de mundo é desejado.

Segundo Waldron, há um valor intrínseco nisso: a deliberação pública é um espaço de ventilação das divergências, onde argumentos contrários se enfrentam sob regras procedimentais claras, previamente definidas⁴¹². O direito que aflora desse processo não esconde seu caráter conflituoso; o incorpora. Cada projeto de lei é analisado, criticado, reformulado e, ao final, submetido a uma decisão que carrega o peso de um embate público. Os representantes se veem diante de uma formulação textual que é o resultado dos seus embates, e decidem *explicitamente* aprová-lo. O valor da norma está no fato de ter sido discutida “em voz alta”, diante dos olhos do público, com argumentos que qualquer cidadão pode examinar. A minoria, mesmo quando vencida, encontra uma espécie de validação política. Seus argumentos foram ouvidos e, na medida do possível, respondidos. A norma final traz consigo os rastros desse embate. A publicidade assegura que nenhum argumento desapareça no silêncio; cada posição, mesmo derrotada, permanece documentada, o que mantém aberta a possibilidade de revisões futuras⁴¹³.

Essa estrutura transparente incentiva a responsabilidade dos legisladores, que precisam prestar contas não apenas por suas decisões, mas pelas razões que as sustentam. Cada proposta e cada voto estão sujeitos ao escrutínio público. Essa forma de *accountability* reforça a qualidade do processo decisório, pois estimula comportamentos mais razoáveis e argumentações

⁴¹¹ Tradução livre. No original: “[...] arid [...] character of judicial argument, especially in regard to the moral values that ought to be in play when the making of law is at stake”. *Ibidem*, 129.

⁴¹² *Ibidem*, p. 127.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 156-157.

mais consistentes⁴¹⁴. Representantes sabem que decisões tomadas sem diálogo ou com fundamentos frágeis podem acarretar desgaste político e rejeição eleitoral. Essa lógica reforça o vínculo entre legitimidade e procedimento: o valor democrático da decisão depende de sua aderência a um modelo institucional que privilegia a exposição dos conflitos e a justificação pública das escolhas.

Waldron associa essa transparência a uma concepção de racionalidade política⁴¹⁵. No parlamento, a criação da norma é pública e anunciada como tal. Seus autores são identificados e a norma nasce como resultado de um processo público cujo propósito é legislar. Esse caráter explícito permite que os cidadãos reconheçam a norma como um produto legítimo do sistema político, e não como um artefato produzido nos bastidores de um tribunal. Além disso, o parlamento reconhece a provisoriedade de suas decisões⁴¹⁶. Leis podem ser revogadas ou aprimoradas. A própria estrutura do processo legislativo expressa esse reconhecimento. Como os desacordos são tratados “à luz do dia” e registrados em detalhes, o sistema permanece aberto à contestação. A norma resultante adquire um valor que excede seu conteúdo material: ela se torna também um testemunho das razões públicas que lhe deram origem. Por dar voz às diferentes perspectivas e permitir sua manifestação, a criação das leis reafirma o compromisso democrático com a diversidade moral e política da sociedade.

Vale repetir, esse compromisso não exige consenso: “a necessidade de um desfecho não faz a discordância desaparecer; ao contrário, significa que as decisões precisam ser construídas no calor do dissenso, e não com base em uma postura que deseje ignorá-lo”⁴¹⁷. O ideal democrático não repousa na produção de decisões milagrosas, soluções de um debate milenar, mas na construção de escolhas políticas que respeitem o desacordo. Waldron insiste que essa disposição para o debate aberto expressa um profundo respeito às diferentes visões de mundo. Mesmo quando um lado prevalece, o processo confere reconhecimento àqueles que sustentaram posições contrárias. Esse reconhecimento tem valor em si; reforça a legitimidade da decisão e preserva a possibilidade de que, no futuro, os papéis se invertam, as razões se fortaleçam e as posições hoje derrotadas possam se tornar vencedoras. A transparência, portanto, não é mero adorno do procedimento legislativo, mas sua própria espinha dorsal: ela assegura que a produção do direito ocorra como um exercício público de debate, próprio de uma comunidade que

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 194.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 128.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 158.

⁴¹⁷ Tradução livre. No original: “[...] the need for settlement doesn’t make disagreement evaporate; instead, it means that settlements have to be forged in the heat of disagreement and not on a basis that wishes disagreement away”. *Ibidem*, p. 159.

decide à vista de todos.

Essa construção transparente contrasta com o raciocínio tipicamente judicial. Em geral, o modelo judicial de criação do direito é associado à ideia de uma deliberação mais qualificada⁴¹⁸. Essa imagem se sustenta pela centralidade que é dada aos textos constitucionais, aos precedentes e às doutrinas que orientam as decisões judiciais. O discurso jurídico tende a apresentar esse aparato como um sistema sofisticado de filtragem argumentativa, capaz de *depurar* o debate político e traduzir seus elementos relevantes na linguagem dos direitos. Vê com desconfiança que as pessoas possam debater abertamente sobre a desejabilidade moral de uma certa norma, sem elementos heterônomos que amparem as decisões. A confiança no modelo judicial é baseada na expectativa de que seu raciocínio se distingue por seu rigor técnico e por seu compromisso com a coerência interpretativa; em síntese, por estar *vinculado* com antecedência. Entretanto, como observa Waldron, esse modelo oculta uma distorção: os elementos que compõem o raciocínio judicial acabam por desviar o foco das questões morais substantivas que estão, de fato, em disputa. No final, “[o]s tribunais exercem sua função legislativa sob uma espécie de disfarce, como se o direito permanecesse inalterado”⁴¹⁹.

O caso do aborto ajuda a ilustrar esse problema⁴²⁰. A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade*⁴²¹, celebrada por setores progressistas como uma vitória da liberdade individual, não se fundamentou em deliberação pública nem resultou de um processo político transparente⁴²². O direito ao aborto derivou de uma interpretação da cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda como fonte de um “direito à privacidade”, que havia sido reconhecido em *Griswold v. Connecticut*⁴²³. Desde então, boa parte da energia acadêmica

⁴¹⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 29-30.

⁴¹⁹ Tradução livre. No original: “Courts perform their lawmaking function under partial cover of a pretense that the law is not changing at all”. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* op. cit., p. 154.

⁴²⁰ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... op. cit., p. 6 et seq.

⁴²¹ 410 U.S. 113 (1973).

⁴²² Para a academia jurídica, isso é parcialmente verdade. Ely, por exemplo, criticou a decisão de forma dura por sua falta de fundamento constitucional. Segundo ele – que era pessoalmente favorável às conclusões *morais* de *Roe* –, o problema da decisão não está no resultado alcançado, mas no caminho adotado para justificá-lo. Essa crítica está inserida na obsessão acadêmica com a “dificuldade contramajoritária” (cf. tópico 2.1) que dominava o campo liberal da época: o receio de que juízes passem a decidir questões morais substantivas com base em preferências pessoais, afastando o debate da arena democrática. Dada a proeminência de Ely na teoria constitucional, sua crítica a *Roe* se tornou um símbolo do desconforto da doutrina progressista e é constantemente lembrada pelos críticos da decisão como prova de que nem mesmo os juristas liberais mais influentes aceitaram *Roe* tão bem. Alguns autores passaram a se referir, com ironia, ao “fantasma de Ely” como uma presença constante nos debates sobre o aborto e o controle de constitucionalidade – um lembrete incômodo de que nem todo “progresso jurisprudencial” se sustenta em boas razões constitucionais. Detalhes sobre a teoria de Ely serão melhor analisados no tópico 4.1. Cf. ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*. *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 5, p. 920-949, abr. 1973.

⁴²³ 381 U.S. 479 (1965). Decisão que invalidou uma lei estadual que proibia o uso de contraceptivos por casais casados. A corte entendeu que, embora a Constituição norte-americana não mencione expressamente um “direito

e jurisprudencial sobre o tema foi dedicada a investigar se o direito à privacidade realmente se ajusta ao texto constitucional, à tradição norte-americana e se é coerente com precedentes anteriores. Como denuncia Waldron, essa obsessão esconde o que realmente importa: deslocou-se o centro do debate moral – e provavelmente não há nada mais moralmente conflituoso do que o aborto – para uma disputa sobre critérios jurídicos formais, obscurecendo os fundamentos morais em jogo. A disputa passou a se concentrar em saber se palavras na constituição podem ou não comportar o direito ao aborto, em vez de enfrentar diretamente a questão de se o aborto deve ou não ser garantido, em que termos e com base em que valores morais⁴²⁴.

Waldron mostra que essa não é uma característica accidental. Juízes se preocupam com a justificação de suas decisões e, por isso, tendem a ancorá-las em fundamentos textuais e doutrinários que possam ser aceitos perante o mundo jurídico. No direito em geral, essa é uma boa “âncora” para o raciocínio judicial. Contudo, dentro do direito constitucional, impõe um custo deliberativo⁴²⁵. Em vez de lidar diretamente com os dilemas morais do problema, o tribunal precisa mostrar que sua decisão encontra abrigo nas formulações textuais herdadas da constituição⁴²⁶. O resultado, segundo Waldron, é um tipo de raciocínio “rígido e superficial” (“*threadbare*”)⁴²⁷: marcado por uma profusão de citações, analogias e argumentos que contornam, em vez de enfrentar, os fundamentos morais que estão no centro do conflito. É um raciocínio que substitui a deliberação coletiva por técnicas jurídicas, tornando-se pobre justamente naquilo que deveria importar: a análise clara e direta das razões morais envolvidas⁴²⁸. Pior, o direito se torna uma espécie de saber fechado, acessível apenas a iniciados. Transforma-se o direito em ferramenta de dominação sutil, na qual o poder se dissimula sob a aparência de neutralidade política. Para Waldron, isso representa uma afronta ao autogoverno.

O argumento pode ser detalhado em outras linhas. Uma primeira implicação aparece

à privacidade”, esse direito estaria implícito nas garantias previstas pelas chamadas “penumbras” de diversas emendas, como a Primeira, a Terceira, a Quarta e a Quinta. A decisão estabeleceu um precedente fundamental para o reconhecimento posterior de liberdades sexuais e reprodutivas.

⁴²⁴ “Na decisão de 50 páginas da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, por exemplo, não há mais que alguns poucos parágrafos lidando com a importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade, e os poucos parágrafos que abordam a outra questão moral pautada – o estatuto dos direitos do feto – tratam, sobretudo, da diversidade de opiniões sobre a questão. Leia aqueles parágrafos: o resultado pode ser atraente, mas o ‘raciocínio’ é raso”. WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 38.

⁴²⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*... *op. cit.*, p. 229-231.

⁴²⁶ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights... *op. cit.*, p. 26-27.

⁴²⁷ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 38.

⁴²⁸ “Realiza-se uma trabalhosa discussão sobre precedentes, apesar de se admitir, nos mais altos níveis de jurisdição, que os precedentes não resolvem a questão (Então, há também uma discussão árdua sobre as circunstâncias nas quais os precedentes devem ou não ser superados). E, durante todo esse tempo, as controvérsias reais pautadas nas divergências de boa-fé sobre direitos ficam de lado. Elas normalmente ocupam apenas um parágrafo ou dois das 20 ou mais páginas devotadas a um voto em uma decisão, e, mesmo assim, as controvérsias raramente são enfrentadas diretamente”. *Ibidem*.

quando se considera o impacto da obrigação judicial de aplicar o direito sobre a qualidade do raciocínio moral, já que o juiz não opera em “campo aberto”. Essas fontes limitam o tipo de argumento que pode ser desenvolvido e impõem freios à extensão e à qualidade do juízo moral. Mesmo quando um juiz tem convicções pessoais bem fundamentadas sobre o que seria moralmente adequado, ele não pode simplesmente seguir esse caminho se a interpretação dominante apontar noutra direção. A consequência é que, embora o juiz possa *simular* um juízo moral, esse tipo de raciocínio é contaminado ou interrompido por obrigações jurídicas heterônomas. O resultado é uma mistura peculiar: um discurso que imita a estrutura da argumentação moral, mas que depende de elementos heterônomos, que fogem ao controle do agente⁴²⁹.

Waldron chama atenção para o risco de se julgar como moral um tipo de raciocínio que, na prática, está subordinado à autoridade de textos jurídicos⁴³⁰. Para ele, esse entrelaçamento entre moralidade e legalidade (ou constitucionalidade) compromete a autonomia do raciocínio moral. Quando o juiz precisa suspender um argumento moral porque ele contraria uma cláusula textual ou um precedente, o que está em jogo já não é mais moralidade em sentido pleno – como desejaríamos –, mas uma atitude de deferência, que é positiva para a maioria dos casos, menos para as discussões morais. Mesmo que se alegue que textos e precedentes refletem compromissos morais da sociedade, a natureza do raciocínio muda: o juiz não delibera a partir do que ele considera serem decorrências de justiça; ele apenas reconstrói o que outros disseram sobre ela. Não é que isso seja irrelevante. O problema é afirmar que esse processo corresponde a um modelo superior de deliberação moral, quando ele *limita* sua autonomia⁴³¹.

Além disso, a função do juiz exige que ele fale em nome da sociedade, e não em nome próprio⁴³². Isso transforma a natureza do juízo que realiza. Ao contrário do cidadão comum,

⁴²⁹ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 29.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁴³¹ “[C]reio que haja uma boa razão para as coisas serem assim. As cortes estão preocupadas com a legitimidade de sua tomada de decisão e, por isso, elas focam seus argumentos em fatos que tendem a mostrar que elas têm respaldo legal – na constituição, na lei ou em precedentes – para tomar a decisão que estão propondo. Isso é compreensível, mas esse aspecto pesa fortemente contra as cortes sob o ponto de vista do argumento relacionado ao resultado, no que diz respeito à revisão judicial ser preferível à legislação. Distraídas por essas questões de legitimidade, as cortes focam no que outras cortes fizeram ou em qual é a linguagem da Carta de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem, pelo menos, a tratar diretamente do cerne da questão”. WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 39.

⁴³² “Não damos a autoridade judicial a determinadas pessoas por concordarmos com suas visões sobre o que é melhor para a comunidade – para isso existe o voto. Se você quer que juízes tenham o mesmo modo de atuar que esperaria de um deputado, senador ou presidente, você não entendeu o que é ser um juiz (nem o que é ser um político eleito) [...]. Damos a essas pessoas independência e autoridade para resolver conflitos – impondo suas decisões inclusive às mais poderosas autoridades públicas, como o presidente da República –, mas esse poder não é um cheque em branco. Não é na sabedoria individual de cada juiz que nós confiamos. Eles não recebem poderes e garantias de independência por serem mais sábios ou virtuosos do que a média das pessoas, ou mais capazes de identificar as necessidades da comunidade. Se juízes podem criar livremente suas próprias regras, temos uma

que pode formar e defender seu juízo moral com base em suas convicções, o juiz precisa levar em conta decisões anteriores e a coerência do ordenamento jurídico. Isso não é um defeito; é uma característica importante de sua função. Mas impede que o magistrado opere segundo o modelo de raciocínio autônomo e aberto que inspiraria a pretensão de qualidade moral superior⁴³³. Waldron sugere que, na verdade, ainda que se entenda que o raciocínio judicial é mais *técnico*, mais preocupado com a manutenção de uma tradição institucional do que com a investigação dos fundamentos da justiça, ele não é, por sua própria natureza, moralmente qualificado⁴³⁴. Não se trata de negar que juízes raciocinam sobre valores; trata-se apenas de reconhecer que o fazem sob condições que os afastam daquilo que caracterizaríamos como um raciocínio moral livre e substantivo.

O contraste com o episódio britânico sobre o aborto é esclarecedor⁴³⁵. No Reino Unido, o direito ao aborto foi reconhecido em 1967, por meio de debate no Parlamento sobre o *Medical Termination of Pregnancy Bill*. Waldron analisa como esse episódio parece mais legítimo, e talvez explique por que o debate é tão mais acirrado nos Estados Unidos. Deputados dos mais diversos espectros ideológicos confrontaram diretamente os dilemas morais envolvidos: o estatuto jurídico do feto, os direitos das mulheres, as condições sociais que afetam decisões reprodutivas e o papel do Estado diante desses conflitos. Não houve o recurso a cláusulas constitucionais ambíguas nem a tentativas de acomodar o resultado a formulações textuais herdadas do século XIX. No final, o projeto foi aprovado por 167 votos favoráveis e 83 contrários. E o mais importante, como destaca Waldron, é que mesmo os parlamentares contrários ao projeto reconheceram publicamente o respeito e a seriedade com que suas posições foram debatidas⁴³⁶.

O argumento de Waldron é ainda mais claro quando aplicado ao debate norte-americano sobre o porte de armas. Em uma sociedade democrática, decidir como regular o acesso às armas é uma escolha da maior relevância. Essa decisão envolve múltiplas camadas: desde o monopólio estatal do uso legítimo da força até a formulação de políticas públicas voltadas à segurança da população. São afetadas questões como o combate à criminalidade urbana, a prevenção à

incompatibilidade com as ideias de Estado de Direito e de democracia”. ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política... op. cit.*, p. 37-38.

⁴³³ “Aunque [...] los desacuerdos razonables profundos sí pueden resolverse a través de la razón, o al menos esa debería ser la aspiración de la democracia, lo cierto es que esto es una visión romantizada del derecho. Con frecuencia, el lenguaje y los razonamientos jurídicos, por no hablar del proceso judicial, actúan como una ‘camisa de fuerza’ de lo que de otro modo podría ser una discusión abierta sobre razones morales y políticas para la protección de derechos”. SUTEU, Silvia; CANNILLA, Ana. Ciudadanía y justicia: el control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, abr. 2023, p. 27.

⁴³⁴ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 41.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁴³⁶ *Ibidem*.

violência doméstica, a atuação das forças policiais e o controle de danos escolares associados à liberação do armamento. Trata-se, portanto, de um problema que exige deliberação pública séria, envolvendo tanto dilemas morais como discussões técnicas de segurança pública.

O problema é que a Segunda Emenda à Constituição dos Estados Unidos afirma que “[s]endo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser impedido”⁴³⁷. Essa formulação, naturalmente ambígua, faz com que tais questões acabem sendo resolvidas com base em um exercício de interpretação constitucional. O juiz precisa se perguntar, por exemplo, se uma certa política se encaixa dentro dos limites do direito “de possuir e usar armas”, ou se alguma forma de regulação pode ser considerada como efetivo “impedimento” a esse direito ou mera restrição constitucionalmente aceitável. Em muitos casos, discute-se até o significado de expressões como “milícia” e “povo”, tal como aparecem na formulação original, dado que o uso dessas palavras provavelmente tinha um propósito diferente quando a Emenda foi promulgada. O que é pior, envolve uma difícil discussão sobre os limites da interferência do passado no presente. Isso implica discutir até que ponto um texto redigido no século XVIII, sob circunstâncias radicalmente diferentes – inclusive quanto à letalidade dos armamentos à época disponíveis –, deve vincular e restringir as escolhas presentes sobre um tema urgente e perigoso⁴³⁸.

Esses episódios ilustram o que está em jogo. Enquanto o modelo judicial transforma dilemas morais em disputas interpretativas, o modelo legislativo explicita os valores em conflito e força os representantes a tomar uma posição clara diante deles. O processo legislativo, portanto, não apenas reconhece o desacordo; o incorpora de forma transparente, tornando o próprio desacordo um elemento constitutivo da legitimidade política. Waldron afirma que isso não é apenas uma virtude procedimental, mas um meio de qualificar a decisão; permite que a sociedade enfrente de forma direta as questões que realmente importam: se o aborto deve ser permitido, se ações afirmativas devem ser garantidas, se a liberdade religiosa deve prevalecer sobre leis de igualdade, entre outras questões igualmente relevantes⁴³⁹. A forma como a decisão é

⁴³⁷ Tradução livre. No original: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms shall not be infringed”. Disponível em: [https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_2_\(1791\)](https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_2_(1791)). Acesso em: 2 jul. 2025.

⁴³⁸ “[S]e ha acusado a los defensores del control de constitucionalidad de estar ofreciendo una versión demonizada del parlamento y de las mayorías parlamentarias cada vez que se habla de la posibilidad de excesos de la mayoría, haciéndose hincapié en todos los defectos de los procesos de toma de decisiones en las que participan, mientras, por oposición ofrecerían una versión idealizada y glamorosa de los tribunales. Por el contrario, según esta crítica, los jueces se enfrascarían en discusiones inútiles sobre los significados de los términos de la constitución o justificando métodos interpretativos, perdiendo así de vista el eje central de lo que se está discutiendo, esto es, los principios involucrados en torno a los derechos que se encuentran controvertidos, lo que no sucedería en los debates parlamentarios”. ORUNESU, Claudina. *Positivism jurídico y sistemas constitucionales...* op. cit., p. 192.

⁴³⁹ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* op. cit., p. 128-129.

tomada altera, assim, a natureza do próprio direito que ela produz⁴⁴⁰.

Além disso, existe um problema referente à crítica pública e ao controle social sobre o direito. Quando um tribunal profere uma decisão constitucional, ele a apresenta como uma simples *leitura* da constituição. Como diz Huscroft, “[a] pesar da natureza da função que desempenham [...], presume-se que os juízes da Suprema Corte estejam aplicando o Direito, e não fazendo política”⁴⁴¹. Isso cria a impressão de que não houve *escolha*, apenas aplicação de um texto jurídico. O efeito prático é que a decisão se torna refratária à apreciação pública; a divergência é desviada para o plano da interpretação, que só especialistas dominam. Com isso, bloqueia-se o debate público: o cidadão comum é desautorizado a discordar, e lhe falta até mesmo a linguagem adequada para tanto. Já no processo legislativo, ocorre o oposto: a decisão é assumidamente *política*. Os argumentos estão na arena pública, os responsáveis são identificáveis e os motivos estão expostos em linguagem acessível. É possível discordar e “direcionar adequadamente energias políticas”⁴⁴². Pode-se dizer, sem ardeios ou apelo a doutrinas constitucionais, que uma lei é moralmente injusta ou simplesmente mal elaborada.

No Brasil, a técnica da interpretação conforme a constituição é um bom exemplo de como esse problema se dá. Em sua formulação clássica, essa técnica permite que o Judiciário, diante de um enunciado ambíguo, preserve sua vigência desde que o interprete segundo um dos sentidos compatíveis com a constituição⁴⁴³. Trata-se de uma solução que busca equilibrar dois compromissos: a deferência ao legislador e a supremacia do texto constitucional. A interpretação conforme foi pensada como uma ferramenta de *contenção*. Seu objetivo é preservar os atos legislativos dentro dos limites constitucionais, evitando a invalidação de normas que podem ser compatibilizadas por meio de uma leitura adequada à constituição⁴⁴⁴. No entanto, o que a prática revela é um uso cada vez mais desvirtuado da técnica, com o Supremo Tribunal Federal frequentemente atribuindo aos textos sentidos que extrapolam seus limites semânticas, ou mesmo criando comandos inteiramente novos, sob o disfarce da interpretação.

⁴⁴⁰ “[O] papel que as regras agora desempenham na vida da sociedade significa que os membros não têm mais acesso às regras ‘instintivamente’ ou ‘intuitivamente’ ou apenas em virtude da sua socialização e criação. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* op. cit., p. 15.

⁴⁴¹ Tradução livre. No original: “Despite the nature of the task they are performing [...], Supreme Court Justices are presumed to be doing law rather than politics”. HUSCROFT, Grant. “Thank God We’re Here”: Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and Its Consequences. *The Supreme Court Law Review*, v. 25, 2004, p. 254.

⁴⁴² Tradução livre. No original: “[...] the appropriate deployment of their political energies”. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* op. cit., p. 155.

⁴⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* op. cit., p. 1226.

⁴⁴⁴ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 111.

O julgamento do caso do juiz das garantias exemplifica esse ponto⁴⁴⁵. Decidindo pela “interpretação conforme” de diversos dispositivos do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), o Supremo Tribunal Federal não se limitou a selecionar uma entre várias leituras disponíveis do texto legal⁴⁴⁶. *Reescreveu*, de forma substantiva, o conteúdo de dispositivos inteiros, alterando sua estrutura, introduzindo exceções e ajustando comandos que, pela via ordinária, dependeriam de processo legislativo. A corte decidiu, por exemplo, que a competência do juiz das garantias cessaria com o *oferecimento* da denúncia, ainda que o texto aprovado pelo Congresso dissesse que findaria com o *recebimento* da denúncia⁴⁴⁷. Também afastou, a título de interpretação, a revogação automática da prisão preventiva após escoamento de certo prazo, contrariando a literalidade da norma⁴⁴⁸. Esses são apenas exemplos de uma prática recorrente: sob o pretexto de aplicar a interpretação conforme, o Supremo realiza operações que pertencem, em essência, ao corpo legislativo⁴⁴⁹. Trata-se de atividade criadora, que substitui a escolha política dos representantes por um novo desenho legal ditado por magistrados.

Esse recurso seria menos problemático se ao menos fosse tomado de forma explícita. O problema é que essas decisões são camufladas sob a roupagem da “interpretação”, sem que se reconheça sua clara natureza manipulativa⁴⁵⁰. Ao invocar a interpretação conforme, o Supremo atribui à sua decisão um verniz de neutralidade, como se nada tivesse sido verdadeiramente

⁴⁴⁵ O caso foi melhor analisado, à luz das categorias doutrinárias da interpretação conforme e das decisões manipulativas, em artigo específico que também discute, com mais atenção, o problema da fundamentação das decisões constitucionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesse contexto. Cf. FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara; NASCIMENTO NETO, Afonso Nonato do. Interpretação conforme a Constituição não é “vale-tudo”: uma reflexão sobre a fundamentação do caso do juiz das garantias. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 23, n. 42, p. 106–126, 2025.

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 24 de agosto de 2023. DJe, 19 de dezembro de 2023.

⁴⁴⁷ Antes do julgamento, o art. 3º-B, inc. XIV, do Código de Processo Penal atribuía ao juiz das garantias a competência para “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”. Ou seja, sua atuação se estendia até o momento do juízo de admissibilidade da acusação. Com o julgamento das ADIs, o Supremo Tribunal Federal redefiniu esse marco, afirmando que “a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia”.

⁴⁴⁸ O § 2º do art. 3º-B do Código de Processo Penal previa que, encerrado o prazo máximo para prorrogação do inquérito com o investigado preso, “a prisão será imediatamente relaxada”. O Supremo, no entanto, decidiu que “a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva”, exigindo que o juízo competente fosse instado a reavaliar os fundamentos da custódia.

⁴⁴⁹ Cf., a título de exemplo, LEITE, Henrique Carlos. *Interpretação conforme a constituição ou criação judicial do direito?* Orientador: Virgílio Afonso da Silva. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; XAVIER, Marina Corrêa. *O Supremo Tribunal Federal e os limites à interpretação conforme a Constituição*. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁴⁵⁰ Decisões manipulativas ocorrem quando o tribunal, ao invés de invalidar uma norma, altera seu conteúdo por meio de reformulações interpretativas que modificam comandos, introduzem exceções ou excluem trechos relevantes. Diferentemente da interpretação conforme, que pressupõe a escolha de um sentido já presente no texto legal, a decisão manipulativa cria um novo arranjo normativo, não previsto originalmente. Cf. VEGA, Augusto Martín de La. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

alterado no ordenamento. Essa operação dissimula o caráter criativo da decisão judicial e impede o controle público sobre seu conteúdo. Não há transparência sobre o que foi feito, nem sobre os motivos que justificam a intervenção. A corte mantém a aparência de autocontenção, enquanto exerce uma função criativa, sem prestar contas claras à sociedade ou ao próprio sistema constitucional.

Isso não é uma discussão meramente tipológica; tal “disfarce” tem consequências sobre a esfera pública⁴⁵¹. Quando o Supremo declara que uma certa interpretação é a *única* compatível com a constituição, ele não está apenas resolvendo uma questão jurídica, está encerrando o debate. A afirmação de que não há *nenhum* outro sentido possível esvazia a deliberação política e marginaliza as discordâncias. Legisladores e cidadãos perdem o espaço para discutir alternativas, pois qualquer proposta divergente já nasce com o estigma da inconstitucionalidade. Aquele é, afinal, o *único* sentido que a constituição admite. A técnica, que deveria preservar a norma em respeito ao processo democrático, termina por desarmar os próprios mecanismos de contestação e mudança, essenciais a uma democracia. O resultado é um direito que dificilmente será rediscutido, pois foi reconfigurado de forma opaca e imposto como *inevitável*. A população não apenas deixa de compreender o conteúdo da norma que a governa, como também perde os instrumentos democráticos para controlá-la. A opacidade não se limita à linguagem; estende-se à própria estrutura do poder de criar ou modificar o direito, que decide sem ser contestado, sob o manto de uma técnica que bloqueia o conflito político legítimo.

Além do que já foi dito, há mais um elemento que Waldron aduz para justificar a preferência pelo direito legislado: o ideal do *rule of law*⁴⁵². Ele pode ser formulado a partir dos princípios de publicidade, acessibilidade e previsibilidade das normas jurídicas. Esses elementos, embora nem sempre destacados na teoria constitucional, têm raízes na tradição liberal. A ideia

⁴⁵¹ Esse é um problema que também atingiu a Itália, país onde surgiu a categoria autônoma das decisões manipulativas: “O longo e conturbado debate, doutrinário e político, sobre as sentenças chamadas interpretativas da Corte Constitucional desenvolveu-se, ao longo destes últimos vinte e cinco anos, quase ‘à parte’ em relação a problemas que despertaram com maior intensidade o interesse da opinião pública e da própria cultura jurídica. O aparente tecnicismo do tema, acentuado às vezes por comentários nada elucidativos, permitiu que, sem alardes e com pouca resistência, a jurisprudência da Corte se orientasse para soluções práticas das várias questões de constitucionalidade, tanto mais ousadas em sua substância quanto mais sofisticados eram os instrumentos jurídicos empregados para alcançar os fins desejados”. Tradução livre. No original: “Il lungo e travagliato dibattito, dottrinale e politico, sulle sentenze c.d. interpretative della Corte costituzionale si è snodato nel corso di questi ultimi venticinque anni quasi «in disparte» rispetto a problemi che con maggiore intensità hanno appassionato l'opinione pubblica e la stessa cultura giuridica. L'apparente tecnicismo dell'argomento, accentuato talvolta da interventi di commento tutt'altro che chiarificatori, ha consentito che, senza clamori e con poche resistenze, la giurisprudenza della Corte si orientasse verso soluzioni pratiche delle varie questioni di legittimità costituzionale tanto più spregiudicate nella sostanza, quanto più sofisticati erano gli strumenti giuridici messi in atto per conseguir i fini voluti”. SILVESTRI, Gaetano *apud ibidem*, p. 163-164.

⁴⁵² WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? *Emory Law Journal*, v. 58, 2009, p. 700 *et seq.*

é que o direito deve ser compreendido não como um sistema esotérico, manejado por especialistas em ambientes herméticos (*rule of men*), mas como uma estrutura pública, clara e *controlável* pelos cidadãos⁴⁵³ – que têm autonomia e são agentes morais capazes de compreender e deliberar sobre as normas que regem suas vidas⁴⁵⁴. Nesse sentido, o *rule of law* exige também “inteligibilidade” e “rastreadibilidade” institucional: as normas devem ser conhecidas, ou ao menos conhecíveis, por aqueles a quem se dirigem. Em caso de discordâncias, o caminho para contestação deveria ser claro e acessível. Como Waldron deixa claro,

[o] estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. Pois a decretação da medida em questão é indício da existência de uma opinião quanto à sua justiça, sua moralidade ou sua conveniência, que é diferente da deles; alguém deve ter sido a favor da lei ou achado que era uma boa idéia. Em outras palavras, a existência da lei, juntamente com a opinião do indivíduo, é indício de discordância moral na comunidade quanto à questão subjacente. O funcionário deixar de implementar a lei porque ela é injusta ou o cidadão fazer outra coisa que não aquilo que a lei exige porque isso seria mais justo equivale a abandonar a própria idéia de lei – a própria idéia da comunidade que toma posição em uma questão da qual os seus membros discordam. É um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto. Isso seria uma calamidade? Talvez, se os juízos morais das pessoas fossem irracionais, inteiramente mal desenvolvidos, não informados ou parciais. Mas, mesmo supondo que cada um aja da melhor maneira possível para verificar o que é realmente correto e realmente justo, ainda haverá problemas, simplesmente em virtude de pessoas diferentes chegarem (ainda que conscienciosamente) a conclusões diferentes.⁴⁵⁵

Para ele, esse é um compromisso político. Trata-se de garantir que o direito pertença, de fato, ao povo – e não a uma elite com prerrogativas para determinar unilateralmente seu conteúdo. Essa dissimulação compromete o ideal do *rule of law*, pois impede que o público compreenda com clareza quem está decidindo, com base em quê, e por quais razões. Portanto, o *rule of law*, em sua versão democrática, exigiria também um compromisso com a igualdade política dos cidadãos no processo de criação e de conhecimento do direito⁴⁵⁶. Em suas palavras, a lei

⁴⁵³ “Uma ordem política democrática deve assumir a lei como sua, no sentido de se responsabilizar por ela tal como é. Não deve aceitar que grandes partes da legislação permaneçam intocadas pelo julgamento, pela consciência ou pelas deliberações e votos explícitos do povo, sob o argumento de que a doutrina jurídica nesses domínios pode ser deixada livre para se desenvolver por conta própria, por assim dizer”. Tradução livre. No original: A democratic polity must own the law, in the sense of taking responsibility for its being as it is. It should not accept that large parts of the law are to be left untouched by the judgment or the conscience or the explicit deliberations and votes of the people on the ground that legal doctrine in those domains can be left free to develop under its own steam, as it were”. *Ibidem*, p. 704.

⁴⁵⁴ “Direitos constitucionais retiram dos atores a virtude e a responsabilidade que os direitos, em si, pressupõem. Não haveria consistência em falar que seres humanos são capazes de agir e pensar moralmente de um lado, mas que cometam atos pavorosos do outro”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia... op. cit.*, p. 110.

⁴⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação... op. cit.*, p. 44-45.

⁴⁵⁶ WALDRON, Jeremy. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?... op. cit.*, p. 684-691.

deve ser de *todos* – e isso só pode ser verdade se sua produção ocorrer democraticamente, em linguagem acessível, por meio de procedimentos inclusivos e abertos ao escrutínio popular.

3.3.3 Recuperando a dignidade das decisões majoritárias

Um possível incômodo com a transparência é que ela deixa o conflito evidente demais. Em vez de sugerir que há *uma* resposta constitucional para o problema, o processo legislativo escancara que estamos diante de discordâncias reais, muitas vezes insolúveis, que precisam ser decididas por maioria. Sem a proteção de doutrinas, cláusulas interpretativas ou linguagem técnica, nossas divergências aparecem em sua forma mais explícita. A decisão majoritária, portanto, parece excessivamente *nua*. Esse desconforto talvez explique parte da preferência por soluções judiciais. No discurso constitucional, a decisão por maioria é objeto de grande desconfiança; seu cálculo “frio” e “aritmético” causa bastante desconforto⁴⁵⁷. A crítica mais frequente associa o voto da maioria a arbitrariedade, a irracionalidade ou a simples injustiça. Em seu lugar, advoga-se o argumento de que juízes seriam mais aptos a proteger direitos e impedir abusos. Waldron pretende confrontar essa narrativa. Para ele, a regra da maioria, quando aplicada dentro de um procedimento inclusivo, igualitário e representativo, não é apenas legítima – ela é *preferível* ao controle judicial de constitucionalidade⁴⁵⁸.

Para ele, a decisão majoritária é uma forma pública e transparente de decidir questões que envolvem desacordo razoável, preservando a igualdade política dos cidadãos⁴⁵⁹. Após destacar a inclusão representativa e a transparência deliberativa, ele argumenta que a votação majoritária – longe de ser um mecanismo grosseiro que garante a “ditadura da maioria” – é, de fato, um procedimento justo e respeitável para resolver disputas políticas em condições de desacordo profundo. Essa posição contrasta com a tendência de parte da teoria constitucional de enxergar as decisões da maioria como riscos às minorias. Waldron procura demonstrar que,

⁴⁵⁷ Enterría, por exemplo, diz: “El argumento jacobino, que finge escándalo ante la posibilidad de una decisión judicial sobreponiéndose a un voto mayoritario de la Asamblea, representante de la voluntad general, es no sólo claramente sofisticado, sino negador del concepto mismo de Constitución. Esta es la obra del poder constituyente y como tal superior al poder legislativo ordinario, que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma: sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario, doctrina virtualmente general, con la única excepción relevante (hoy ya pintoresca, como tantos otros tradicionalismos ingleses) de Inglaterra. El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez; la Asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional...* *op. cit.*, p. 189-190.

⁴⁵⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação...* *op. cit.*, p. 2-6.

⁴⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights...* *op. cit.*, p. 20.

quando adequadamente estruturada, a decisão por maioria expressa compromisso com a legitimidade política, merecendo nossa total confiança⁴⁶⁰.

Um ponto central na defesa *waldroniana* da regra majoritária é a ideia de igualdade. Conforme já adiantado, decidir por maioria significa que cada participante, seja cidadão ou filósofo, teve peso igual no resultado – como no adágio “uma pessoa, um voto” (“*one person, one vote*”). Trata-se de uma forma simples, mas efetiva, de respeitar os participantes políticos como iguais. Isso parece trivial, mas a comparação com outros sistemas deixa claro seu valor. Diferentes modelos decisórios que privilegiassem o veto de minorias ou o voto qualitativo de alguns introduziriam assimetrias de poder entre os cidadãos; isso seria totalmente inaceitável⁴⁶¹. Já o critério majoritário confere a todos influência idêntica na decisão. Logo, adotar a contagem de votos majoritária é conferir igual respeito a cada voz. Esse compromisso com a igualdade política confere dignidade moral ao procedimento, pois traduz, no nível da decisão coletiva, o valor da igual dignidade das pessoas que a democracia promete realizar⁴⁶².

Mas para além da “igualdade aritmética”, Waldron destaca outras razões para considerar a decisão majoritária um procedimento legítimo⁴⁶³. A primeira virtude é a *decidibilidade*: a regra da maioria oferece um critério simples e funcional para produzir uma decisão, mesmo quando não há acordo possível. Isso não é trivial: evita a paralisia política – que é inevitável quando se busca um acordo substantivo aceito por todos – e assegura a continuidade da deliberação democrática. Como ele explica, ao criticar a teoria *dworkiniana*, não adianta dizer que o conteúdo da constituição decorre de sua “melhor interpretação”, se inevitavelmente discordaremos sobre que interpretação seria essa. É evidente que precisamos de uma autoridade para decidir isso. Portanto, ainda que soe banal, a regra da maioria consegue vencer esse problema: estabelece um caminho para ultrapassar o desacordo e permitir que a comunidade siga em frente.

A segunda é a *imparcialidade* diante das opções em disputa. A regra da maioria não pressupõe qual posição deve prevalecer, nem exige um conteúdo substantivo prévio para que

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 36-37.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 38-39.

⁴⁶² “[N]ós tentamos dar a eles a maior chance possível de opinar, embora isso com certeza seja limitado pelo fato de que estamos tentando responder de maneira justa ao pedido – que pode ser feito sob a mesma justificativa – para levar em consideração a voz de cada cidadão individualmente. Damos a cada pessoa a maior chance possível de opinar que seja compatível com uma igual chance de opinar dada às outras. Esse é o nosso princípio. E nós acreditamos que nossos complexos arranjos eleitorais e representativos satisfazem, grosso modo, a demanda por igualdade política – isto é, igual voz e igual autoridade na tomada de decisões”. WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 43-44.

⁴⁶³ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions...* *op. cit.*, p. 258-260.

uma decisão seja tomada. Isso a distingue de procedimentos que exigem consenso ou supermaiorias, os quais, por impor barreiras decisórias, acabam favorecendo posições conservadoras ou minorias de veto; em síntese, favorecendo o *status quo*. O método majoritário, ao contrário, trata todas as alternativas como igualmente aptas a vencer, desde que conquistem o apoio necessário, o que garante a abertura real da disputa.

A terceira virtude é a sensibilidade ao voto individual. Qualquer alteração na escolha de um único participante pode, em tese, modificar o resultado final. Isso assegura o máximo de influência possível para cada eleitor ou representante. Em outros sistemas – como os que operam por supermaiorias ou consensos qualificados –, mudanças marginais de posição têm pouco impacto prático, o que enfraquece o vínculo entre deliberação e resultado. Na lógica das decisões majoritárias, nenhuma posição goza de vantagem institucional sobre as demais, e nenhuma preferência é descartada antes de ser computada. Essa simetria confere ao procedimento uma qualidade especial de justiça, pois traduz, no plano da decisão coletiva, o princípio da igualdade.

No contexto do desacordo persistente, essas qualidades adquirem ainda mais importância. Se não há unanimidade possível sobre qual decisão é correta, recorre-se a um método de escolha que seja procedimentalmente justo. Quando precisamos de uma decisão comum e há uma pluralidade de opiniões individuais conflitantes, optar pela regra da maioria é um modo respeitoso de proceder. Diferentemente de lançar mão simplesmente da “força dos números”, de forma “cega”, o processo majoritário defendido por Waldron está inserido em todo um contexto de participação e debate. Assim, o voto final da maioria aparece como a conclusão legítima de um procedimento estruturado para tratar cada posição com seriedade e, diante disso, chegar a uma definição. A decisão majoritária, nesse sentido, não é um ato bruto de poder, mas o coroamento de um devido processo coletivo⁴⁶⁴.

Waldron também busca desfazer a associação que muitos fazem entre maioria e tirania⁴⁶⁵. Ele ressalta que a ideia pejorativa de “ditadura da maioria” ignora as condicionantes do processo democrático. Se todas as vozes forem ouvidas e o debate se der em boa-fé, não há razão para falar em tirania⁴⁶⁶. É justamente o contrário: uma decisão de maioria tomada após

⁴⁶⁴ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights... *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁵ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 50-57.

⁴⁶⁶ “Suponha que exista divergência em uma sociedade sobre quais são os direitos de uma minoria tópica. Pressupondo que essa divergência tenha de ser resolvida, a sociedade terá de deliberar sobre ela e aplicar seus procedimentos decisórios para a questão. Suponha que a sociedade use a [decisão majoritária] para resolver essa questão e que eu participe dessa tomada de decisão, usando o meu voto, e o lado em favor do qual eu voto perde. Sou, portanto, um membro da minoria decisória nessa questão. Porém, até aqui, não foi demonstrado que qualquer coisa tirânica tenha ocorrido comigo. Para demonstrar isso, nós teríamos de demonstrar dois elementos adicionais: (1) que a decisão realmente foi errada e tirânica em suas implicações para os direitos daqueles afetados; e (2) que fui um membro da minoria tópica cujos direitos foram adversamente afetados por essa decisão errada. O ponto a ser

diálogo inclusivo dificilmente poderá ser caracterizada como opressão pura, já que a minoria teve oportunidade de influenciar os outros participantes e porque a maioria, por sua vez, está consciente de que poderá se tornar minoria em votações futuras, o que gera moderação. Ademais – e esse é um ponto muito importante – não há conexão necessária entre a decisão majoritária sobre direitos fundamentais e a ideia de tirania da maioria. O fato de uma decisão envolver direitos ou interesses de minorias não implica que o critério majoritário resulte *sempre* em injustiça. Para Waldron, é perfeitamente possível – e comum – que maiorias legislativas ajam com respeito a direitos fundamentais e considerações de justiça, especialmente em um contexto político que valoriza a deliberação pública⁴⁶⁷. A suposição de que toda maioria será tirânica simplifica a realidade do processo legislativo, além de subestimar os freios políticos internos da própria democracia, como alternância de poder, pressão da opinião pública, respeito a normas culturais, além da própria natureza deliberativa da representação política⁴⁶⁸.

Normalmente, não precisamos de muito esforço para lembrar como o processo legislativo pode gerar normas ruins, excludentes ou francamente imorais. Essa parte infelizmente já conhecemos bem. Mas, se seguirmos o conselho de Waldron e levarmos a sério a dignidade do procedimento democrático, talvez seja mais produtivo observar seus acertos. Por isso, vejamos exemplos concretos. No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) é um caso fácil. Fruto de anos de articulação social e de debates no Congresso, consolidou uma série de direitos voltados a inclusão, autonomia e igualdade de pessoas historicamente excluídas dos espaços públicos. A lei afirma o direito à mobilidade, à educação inclusiva, ao trabalho digno e à participação política, entre outros direitos fundamentais. E tudo isso foi decidido por maioria parlamentar, com base em propostas discutidas abertamente, sem que o Judiciário tivesse de “descobrir” esses direitos em cláusulas constitucionais obscuras.

Poderíamos citar também o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e a Lei de Cotas no Ensino Superior (Lei nº 12.711/2012), todas aprovadas por meio de procedimentos democráticos majoritários, em resposta a demandas concretas da sociedade. Até mesmo a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), celebrada por sua “moralização” da política, nasceu de uma iniciativa popular e ganhou força no Congresso, com apoio de várias correntes

aqui destacado é o de que nada tirânico acontece comigo meramente em virtude do fato de que a minha opinião não foi adotada pela comunidade da qual eu sou membro. Desde que a opinião adotada leve adequadamente em consideração meus interesses junto aos de todos os demais, o fato de que minha opinião não tenha prevalecido não é em si mesmo uma ameaça aos meus direitos, à minha liberdade, nem ao meu bem-estar”. *Ibidem*, p. 53.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement... op. cit.*, p. 71.

partidárias. E o que dizer da Lei nº 13.819/2019, que instituiu a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio? Ou do caso da Lei nº 11.645/2008, que tornou obrigatório o ensino da história e cultura indígena e afro-brasileira nas escolas, mesmo que a maioria popular preferisse seguir as ignorando? Também é o caso da Lei nº 11.346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, ampliou políticas públicas contra a fome e assegurou direitos básicos a populações em situação de extrema pobreza. São exemplos suficientes para mostrar que a regra da maioria não é, necessariamente, um *risco* para as minorias. Há inúmeros outros casos como esses, em que maiorias legislativas aprovaram normas sensíveis a demandas morais e sociais de minorias. Portanto, não custa lembrar que, mesmo sem invocar princípios constitucionais ou teorias sofisticadas sobre a dignidade humana, o processo democrático funciona, e muitas vezes até surpreende.

Outro ponto interessante da teoria de Waldron diz respeito ao modo como a decisão majoritária lida com o desacordo⁴⁶⁹. No processo judicial, quando uma parte perde, a linguagem costuma ser definitiva. O tribunal afirma que ela estava *errada*, mesmo quando a votação é bastante apertada. Essa lógica decorre da ideia de que há uma resposta constitucional *correta* a ser descoberta e imposta. Dentro do raciocínio judicial, é natural que seja assim. Juízes não escrevem seus votos para convencer seus pares, ou para abraçar o desacordo. Juízes não dizem que estão meramente dando sua opinião sobre determinado tema; eles afirmam que sua decisão é a resposta que *flui* da constituição.

É interessante notar que juízes por vezes reconhecem a dificuldade de certos casos. Em memórias, entrevistas ou relatos biográficos, alguns admitem que se sentiram inseguros ou mesmo perplexos diante da complexidade das questões constitucionais. Por vezes, chegam a reconhecer que a decisão poderia ter tomado outro rumo, e que argumentos contrários também possuíam força considerável. No entanto, esse tipo de franqueza jamais aparece na decisão de um caso constitucional. Quando o voto é redigido, é apresentado como se traduzisse a única leitura possível da constituição, de modo que qualquer posição divergente é retratada como um erro. Mesmo em decisões tomadas por margens estreitas, cada juiz redige como se a resposta estivesse inscrita no próprio texto constitucional, e não como fruto de um juízo tomado entre alternativas razoáveis. Essa retórica de inevitabilidade cumpre uma função: transmite a imagem de neutralidade e sustenta a ideia de que o tribunal não apenas escolhe entre opções, apenas descobre a resposta *correta* que já estava lá.

No processo legislativo, ocorre exatamente o oposto. Quando uma proposta é rejeitada

⁴⁶⁹ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights... *op. cit.*, p. 49.

pela maioria, não se diz que ela era *errada*, mas apenas que não obteve apoio suficiente naquele momento. Ninguém sai do parlamento como *equivocado* em um julgamento moral. O que se diz é que ele *perdeu*, mas, amanhã, pode retornar com uma nova formulação, mobilizar argumentos diferentes ou buscar mais apoio. Isso é uma virtude da regra da maioria. A votação legislativa não pretende descobrir a verdade; o que conta não é quem está *certo*, mas quem consegue convencer mais representantes por meio da deliberação. Esse traço confere um aspecto positivo ao procedimento democrático e reforça sua legitimidade; respeita o pluralismo e reconhece que, em política, ninguém tem a “palavra final” sobre o que é justo ou correto.

É perceptível como Waldron inverte a preocupação habitual da teoria constitucional: em vez de partir do medo da maioria e, assim, justificar fortes contrapesos contra o Legislativo, ele parte do valor positivo da decisão majoritária. Isso não significa desconhecer os riscos de abusos – Waldron não defende um “rolo compressor” majoritário⁴⁷⁰. O que ele propõe é recuperar a confiança no método majoritário como regra padrão do autogoverno, lembrando que a alternativa também implica riscos e, sobretudo, um déficit de legitimidade democrática. Nas democracias contemporâneas, de qualquer modo, a maioria legislativa já opera dentro de um arcabouço constitucional que protege direitos básicos e prevê mecanismos de controle. Waldron argumenta que é possível ser fiel a esses compromissos e, ainda assim, valorizar o primado do Legislativo na definição das políticas e direitos, ao invés de tratá-lo apenas como um poder suspeito a ser constantemente tutelado⁴⁷¹.

A desconfiança em relação à política, muitas vezes, reflete descontentamento com os resultados que ela produz. Quando se tenta reduzir a influência da política sobre as decisões do governo, o que muitas vezes está em jogo é o desejo de substituir o processo político por outro mecanismo que favoreça certos interesses e valores que, de outra forma, não teriam prevalecido. Mas limitar o alcance da política em uma sociedade democrática é algo sério⁴⁷². É por meio da política que as decisões do governo podem responder aos interesses e desejos das pessoas cujas vidas são diretamente afetadas por essas decisões. Tomar decisões de política pública inevitavelmente envolve escolhas difíceis, nas quais os interesses de uns serão privilegiados em detrimento dos de outros. Isso é inerente a qualquer processo decisório. Entretanto, quando essas decisões são tomadas politicamente, elas se fundamentam na legitimidade conferida pelo ideal democrático. São transparentes e assumem que estão decidindo apesar do desacordo. No caso das decisões tomadas por juízes, essa legitimidade é muito mais difícil de justificar. É inevitável

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 27.

reconhecer que ainda carecemos de uma teoria consistente que explique com que autoridade os tribunais poderiam optar por certos interesses ou valores em vez de outros⁴⁷³. Sem que isso seja explicado, a decisão majoritária continua preferível.

Waldron também enfrenta uma objeção tradicional contra a decisão majoritária em matéria constitucional. Segundo essa crítica, permitir que o parlamento traduza o sentido das normas constitucionais violaria o princípio *nemo iudex in causa sua*, ou seja, a ideia de que ninguém deve ser juiz em causa própria⁴⁷⁴. O argumento afirma que, ao interpretar a constituição para aprovar leis, o Legislativo estaria decidindo, por maioria, sobre a validade de sua própria atuação, que também é tomada por maioria, o que comprometeria a imparcialidade exigida nesse tipo de julgamento tão sério⁴⁷⁵. Por isso, defensores do controle judicial de constitucionalidade alegam que essa tarefa deveria caber ao Judiciário, visto como um árbitro desinteressado nos resultados da política.

Mas, como destaca Waldron, o argumento revela uma compreensão míope da democracia⁴⁷⁶. Em primeiro lugar, o argumento parte de uma confusão entre dois tipos de maioria: a maioria social envolvida em um conflito moral e a maioria política que atua dentro de uma instituição representativa. A suposição de que a maioria parlamentar sempre coincide com a maioria social interessada ignora as dinâmicas internas da representação política e da deliberação democrática. Como ele escreve, “em nenhum dos casos é apropriado simplesmente identificar a maioria decisória [...] com a maioria na sociedade cujos interesses se opõem aos da minoria na questão específica em disputa”⁴⁷⁷. Uma votação legislativa, mesmo quando tomada por maioria simples, é o resultado de um processo público, deliberativo e aberto à influência de múltiplas perspectivas sociais. Tratar o resultado dessa deliberação como simples autojulgamento equivale a desconsiderar a lógica da política representativa.

Waldron também recusa a ideia de que o processo legislativo seja incapaz de considerar com responsabilidade os direitos das minorias⁴⁷⁸. A máxima *nemo iudex*, em sua origem, servia para impedir que juízes decidissem casos nos quais tinham interesses pessoais, como um credor

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁷⁴ WALDRON, Jeremy. Legislatures Judging in their Own Cause. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, 2009, p. 125 *et seq.*

⁴⁷⁵ Segundo Waldron, esse argumento tem raízes na *Política* de Aristóteles e no *Dr. Bonham's Case* de Edward Coke. Cf. *ibidem*, p. 128.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 138.

⁴⁷⁷ Tradução livre. No original: “[...] in neither case is it appropriate to simply identify the decisional majority [...] with the majority in society whose interests are opposed to those of the minority in the particular matter under dispute”. *Ibidem*, p. 129.

⁴⁷⁸ WALDRON, Jeremy. Legislatures Judging in their Own Cause... *op. cit.*, p. 139-140.

que julga os direitos do próprio devedor. Mas extrapolá-la para criticar o papel da maioria legislativa supõe, sem justificação, que os representantes eleitos são incapazes de agir com responsabilidade em face de divergências morais e interesses conflitantes. Mesmo quando há desacordos sérios, o que está em jogo é uma disputa entre visões rivais sobre justiça, e não a imposição arbitrária de uma vontade sobre outra. Justamente por isso tais divergências devem ser resolvidas por instituições representativas, abertas à contestação e à revisão periódica, e não por órgãos herméticos à participação cidadã. A deliberação legislativa, por sua própria forma, impede que uma facção social simplesmente imponha sua vontade. Partir do pressuposto de que as maiorias seriam incapazes de levar em conta os interesses das minorias, além de preconceituoso, também não encontra eco nas democracias reais. Como diz Marinoni, “não é correto criar um preconceito contra as decisões da maioria a partir da equivocada suposição de que os parlamentares são pessoas despreocupadas com os direitos das minorias, pois isso nada mais seria do que criar uma regra geral de desconfiança em relação ao Legislativo”⁴⁷⁹.

Além disso, a objeção fundada no princípio *nemo iudex in causa sua* ignora um dado fundamental: também o Judiciário decide, com frequência, sobre os contornos da sua própria autoridade⁴⁸⁰. Sempre que uma corte estabelece se determinada matéria está ou não sujeita ao seu controle, atua como árbitro dos limites de sua própria atuação. Quando afirma, por exemplo, que certas questões são “judicializáveis” ou que um ato do Executivo ou do Legislativo deve ser anulado, define, ao mesmo tempo, o raio de alcance da jurisdição que exerce. Mesmo quando adota posturas de autocontenção, como as “virtudes passivas” sugeridas por Bickel⁴⁸¹, continua sendo o próprio tribunal quem decide se deve se conter ou não. Em outras palavras, a decisão de não intervir também é uma forma de afirmar autoridade, porque reforça a ideia de que cabe ao tribunal, e a mais ninguém, determinar se o caso é de sua competência. Não há para onde correr: “todo caso em que os limites do legislativo estão em jogo é, *ipso facto*, um caso em que os limites da autoridade dos tribunais também estão em questão”⁴⁸².

Esse problema não se limita apenas à definição de competências formais. Em muitas ocasiões, as cortes se atribuem poderes que ninguém lhes havia dado, nem mesmo o texto constitucional. A título de interpretação – de “cláusulas implícitas”, por exemplo –, o Judiciário tende a expandir sua atuação. Mais uma vez, exemplos concretos podem ajudar a esclarecer o

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* op. cit., p. 46.

⁴⁸⁰ WALDRON, Jeremy. *Legislatures Judging in their Own Cause...* op. cit., p. 140.

⁴⁸¹ Cf. tópico 2.1.

⁴⁸² Tradução livre. No original: “[...] every case in which the limits on the legislature are in question is ipso facto a case in which the limits on the authority of the courts are in question”. WALDRON, Jeremy *Legislatures Judging in their Own Cause...* op. cit., p. 141.

argumento de Waldron. Vejamos novamente o caso do Pacote Anticrime. Uma das inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 foi o reforço da separação entre as funções de acusação e julgamento, mediante a proibição expressa de que o juiz, por iniciativa própria, determinasse a produção de provas. A regra, prevista no art. 3º-A, do Código de Processo Penal, tinha redação clara: “O processo penal terá estrutura acusatória, *vedadas* a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (*grifo nosso*).

No entanto, ao julgar a ADI 6.268, o Supremo decidiu que, em “situações excepcionais”, o juiz poderia determinar a produção de provas, desde que isso fosse devidamente fundamentado⁴⁸³. Apesar de a lei *proibir* a atuação probatória de ofício, o Judiciário se outorgou a competência para relativizar essa proibição. Perceba-se: a autorização não decorre do texto constitucional, nem de uma possível interpretação da lei, mas da simples afirmação da própria corte de que, mesmo diante de uma vedação explícita, poderia excepcionar a regra em favor de princípios abstratos. Ou seja, ao julgar o alcance da atividade judicial, decidiu sobre sua própria atuação – que, por escolha democrática, havia sido *restringida* –, valendo-se de uma cláusula de exceção que ela mesma instituiu, sem qualquer referência expressa.

Situação semelhante ocorreu no caso da coisa julgada inconstitucional. Em recente decisão, no julgamento de questão de ordem na AR nº 2.876, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir que sentenças amparadas pela coisa julgada material podem ser rescindidas caso contrariem entendimento posterior da corte sobre matéria constitucional⁴⁸⁴. Mais significativo, porém, foi o reconhecimento de que o próprio Supremo pode modular os efeitos de suas decisões para restringir o direito à propositura da ação rescisória. Segundo o novo entendimento, a corte poderá “definir os efeitos temporais de seus precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada, estabelecendo inclusive a extensão da retroação para fins da ação rescisória ou mesmo o seu não cabimento diante do grave risco de lesão à segurança jurídica ou ao interesse social”⁴⁸⁵. A regra geral fixada pelo Supremo prevê que, na ausência de manifestação expressa, “os efeitos retroativos de eventual rescisão não excederão cinco anos da data do ajuizamento da ação rescisória, a qual deverá ser proposta no prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão”. Ou seja, na prática, essa regra pode ser afastada segundo o juízo do tribunal. Com isso, o Supremo reconfigurou os limites da coisa julgada e assumiu o

⁴⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298... *op. cit.*

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AR nº 2.876. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 24 de abril de 2025. DJe, 25 de abril de 2025.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

poder de decidir quando, como e com que alcance suas próprias decisões poderão desfazer julgados anteriores. O que é pior, todo esse arcabouço foi montado sem que exista nenhuma referência constitucional ou legal que discipline tal prerrogativa.

Talvez o exemplo mais evidente seja o controle judicial das emendas constitucionais. O art. 60, § 4º, da Constituição Federal estabelece limites materiais – as chamadas “cláusulas pétreas” – às reformas constitucionais, mas não atribui de modo expreso ao Judiciário a competência para fiscalizar tais limites. Todavia, a despeito da ausência de previsão textual, desde o início dos anos 90, o Supremo Tribunal Federal tem exercido essa competência, após uma interpretação sistemática da Constituição⁴⁸⁶. O resultado foi a consolidação de um poder de alcance extraordinário, incomum em boa parte dos tribunais de cúpula ao redor do mundo⁴⁸⁷. Se levado às últimas consequências, permitiria que uma composição circunstancial do tribunal, marcada por convicções distantes das da sociedade, mantivesse uma certa posição sem qualquer alternativa de controle social. Nesse cenário, as únicas opções de contestação passariam pela mudança da composição da própria corte: após uma longa espera, mediante a aposentadoria de alguns integrantes e a nomeação de outros; ou por meio do expediente traumático do *impeachment* judicial.

Perceba-se que esse argumento não se confunde com a discussão sobre a legitimidade ou a desejabilidade desse controle. Há quem o defenda⁴⁸⁸, há quem o rejeite⁴⁸⁹, e ambos os lados apresentam razões plausíveis, suficientes para reconhecer que se trata de um desacordo razoável sobre a interpretação constitucional. O que interessa aqui é notar que esse poder não foi conferido expressamente pela Constituição, mas construído pela própria corte. Ou seja, diante de interpretações igualmente razoáveis, o Poder Judiciário optou por aquela que lhe conferia a maior autoridade; um poder que, como visto, é bastante significativo. Portanto, como escapar da crítica de que, ao legitimar o controle de constitucionalidade na máxima *nemo iudex*, também o Judiciário incide no mesmo problema?

Que fique claro, o problema não é o mérito dessas decisões. Não se trata de avaliar se é bom ou ruim que juízes possam, em casos excepcionais, produzir provas, modular a coisa julgada ou controlar o conteúdo das emendas constitucionais. Em muitos desses casos, poderíamos

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 939*. Relator: Ministro Sydney Sanches, j. 15 de dezembro de 1993. DJ, 18 de março de 1994.

⁴⁸⁷ Cf., por todos, SUTEU, Silvia. *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

⁴⁸⁸ Cf., por todos, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais do poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.

⁴⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia... op. cit.*

concordar que o resultado foi, *substantivamente*, o mais sensato. Veja-se o problema da coisa julgada mais uma vez: há muito tempo, processualistas discutiam como lidar com sentenças que, posteriormente, se revelassem contrárias à constituição. Parte da doutrina defendia a intangibilidade do instituto, em nome da segurança jurídica; outra parte admitia a possibilidade de sua relativização diante de violações a direitos fundamentais. O Supremo interveio e ofereceu uma solução, definindo parâmetros para a rescisão de sentenças e estabelecendo regras gerais para modular seus efeitos. A decisão, sob muitos aspectos, encerrou um debate que dividia juristas há décadas.

No entanto, isso faz nascer uma contradição. Ao fixar por conta própria os contornos da coisa julgada inconstitucional, o tribunal recorreu ao mesmo expediente que serve de crítica ao Legislativo: decidiu em causa própria, sem nenhuma autorização para tanto. O caso das emendas deixa isso claro. O que está em jogo, de fato, é o modo como essas decisões são produzidas. Com frequência, juízes afirmam que detêm a prerrogativa de criar exceções implícitas, definir os limites de sua própria atuação e estabelecer, caso a caso, quais critérios autorizam sua intervenção. Muitas vezes, mesmo quando a lei é clara, o tribunal insere nela, sem previsão legal, uma cláusula de exceção em seu próprio favor. Normalmente, isso ocorre sob a forma de expressões vagas como “em situações excepcionais”, “quando houver abuso” ou “nos casos em que a dignidade da pessoa humana exigir”. Essas fórmulas ampliam a margem de ação judicial em direção oposta à que o legislador havia traçado. Para todos os efeitos, permite a um órgão decidir, com total discricionariedade, o que pode ou não fazer.

Em rigor, Waldron explica que essa condição não é exclusiva do Judiciário⁴⁹⁰. Qualquer autoridade final, seja ela um parlamento, um tribunal ou um poder administrativo, precisará, inevitavelmente, decidir sobre os limites do próprio poder. Se houver uma instância capaz de revisar essas decisões, então é ela, e não a anterior, a verdadeira autoridade final dentro do sistema político. Diante disso, a pergunta relevante não é se alguma delas decide em causa própria, mas “quem deve ocupar a posição institucional de autoridade final?”. Para Waldron, a única resposta legítima é a que se pauta no ideal do autogoverno. A autoridade final deve ser aquela que representa o público, presta contas por suas decisões, participa de ciclos eleitorais

⁴⁹⁰ “É difícil ver a força desse argumento. Quase qualquer regra de decisão concebível eventualmente envolverá alguém decidindo seu próprio caso. A não ser que nós imaginemos uma corrente de recursos literalmente interminável, haverá sempre alguma pessoa ou instituição cuja decisão é final. E, dessa pessoa ou instituição, nós poderemos sempre dizer que, porque ela tem a última palavra, seus membros estarão *ipso facto* julgando a aceitabilidade de seu próprio ponto de vista. Invocações superficiais de *nemo iudex in sua causa* não são desculpa para esquecer a lógica elementar da legitimidade: as pessoas discordam e existe a necessidade de uma decisão final e de um procedimento decisório final”. WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 56.

periódicos e incorpora, ainda que de forma imperfeita, o ideal de igualdade política. O Judiciário não tem nenhuma dessas limitações.

Há ainda questões mais sutis. A fundamentação do *judicial review* no princípio *nemo iudex in causa sua* parece pressupor que os juízes são simples árbitros desinteressados. Mas, além de decidir sobre sua própria autoridade, o Judiciário também decide sobre temas em que há firmes opiniões entre seus membros⁴⁹¹. Como sempre, os casos envolvendo o aborto são ilustrativos.

Os *Justices* da Suprema Corte norte-americana, por exemplo, têm posições conhecidas sobre o tema; alguns são vinculados a igrejas que consideram o aborto um assassinato⁴⁹², outros são defensores convictos dos direitos reprodutivos das mulheres⁴⁹³. Ainda assim, ninguém sustenta que esses juízes devam ser considerados “juízes em causa própria” no sentido de estarem desqualificados para julgar essas questões. No entanto, como Allan diz, “a ausência de interferência política explícita não é suficiente para garantir um ponto de vista isento – se é que tal ponto de vista existe – sobre questões sociais fundamentais como aborto, ação afirmativa ou liberdade de expressão”⁴⁹⁴. Mesmo que tenham opiniões pessoais, eles continuam decidindo casos como esses. Exigir que apenas juízes neutros ou desinteressados possam julgar seria, além de inviável, confundir *imparcialidade* com *indiferença*⁴⁹⁵.

Mas, como Waldron questiona, por que o mesmo princípio não se aplica às casas legislativas?⁴⁹⁶ Quando parlamentares deliberam sobre a constitucionalidade de uma proposta, não se pode dizer que estão julgando em causa própria no sentido censurável da expressão. Não estão decidindo em benefício direto ou pessoal, como credores que julgam seu próprio crédito. Assim como juízes não são desqualificados pelo simples fato de terem posições próprias, legisladores também não deveriam sofrer desconfiança por sustentarem suas convicções. A tentativa de aplicação do princípio *nemo iudex in causa sua* às decisões legislativas ignora o fato de que

⁴⁹¹ WALDRON, Jeremy. Legislatures Judging in their Own Cause... *op. cit.*, p. 139-140.

⁴⁹² HOWE, Amy. A close look at Judge Neil Gorsuch’s jurisprudence. *SCOTUSblog*, Washington, 3 mar. 2017. Disponível em: <https://www.scotusblog.com/category/a-close-look-at-judge-neil-gorsuchs-jurisprudence-nomination-of-neil-gorsuch-to-the-supreme-court/>. Acesso em: 22 ago. 2025.

⁴⁹³ GINSBURG, Ruth Bader. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. *North Carolina Law Review*, v. 63, n. 2, p. 375-386, jan. 1985.

⁴⁹⁴ Tradução livre. No original: “[...] the absence of overt political interference will not be enough to ensure an unbiased vantage—if one exists—over fundamental social issues like those of abortion, affirmative action or free-speech”. ALLAN, James. Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal’s Quandary... *op. cit.*, p. 348.

⁴⁹⁵ “[J]uízes e cortes ainda que afastados dos interesses e debates político-partidários também são atores políticos por excelência. Não estão isolados do mundo e muito menos da política que os circunda. A formação de suas convicções se baseiam nos autos dos processos, mas são inevitavelmente permeadas pelo mundo que os rodeia. Não há que se confundir, assim, imparcialidade com neutralidade”. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*... *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹⁶ WALDRON, Jeremy. Legislatures Judging in their Own Cause... *op. cit.*, p. 141.

tanto no parlamento quanto nos tribunais, o que se espera é responsabilidade e abertura ao debate, não *ausência* de opiniões.

Portanto, o problema da autoridade final não desaparece ao transferirmos a decisão do Legislativo para o Judiciário, apenas muda de lugar⁴⁹⁷. A diferença é que, quando a decisão permanece com o parlamento, ela está ancorada no ideal de autogoverno. A regra da maioria, operando dentro de um sistema representativo, continua sendo o método mais compatível com a igualdade política. O que se vê é que, para Waldron, ao invés de um vício, a decisão majoritária representa uma virtude democrática. Se é inevitável que alguém decida em última instância os limites de seu próprio poder, então que essa tarefa permaneça com instituições que derivam sua legitimidade do voto, da deliberação pública e da responsabilização periódica.

Em conclusão, a obra de Waldron defende o reconhecimento de uma dignidade necessária à esfera legislativa e às decisões tomadas pela maioria. Longe de ser um mal inevitável, o processo legislativo majoritário é apresentado como um empreendimento coletivo, dotado de legitimidade própria e valor intrínseco. Sua desejabilidade provém dos elementos aqui examinados: ele incorpora a participação e a representatividade de toda a comunidade política, desenrola-se de forma transparente e responsável e culmina em decisões que refletem a igualdade entre os cidadãos. Waldron recupera uma gramática de valorização da democracia que recoloca o Legislativo – e não apenas o Judiciário ou uma pequena elite – no centro da realização dos ideais de justiça e autogoverno. Em uma sociedade marcada pelo desacordo, reconhecer a dignidade da legislação democrática significa afirmar que, apesar de nossas divergências, respeitamo-nos como iguais na tarefa de governar, confiando ao debate público e ao voto majoritário a árdua mas honrada missão de decidir em comum os nossos destinos.

3.4 A CRISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Foi dito anteriormente que Waldron tece uma crítica *filosófica* ao controle de constitucionalidade. Seu argumento não se volta contra essa ou aquela decisão, mas contra o próprio instituto. Para ele, em uma democracia em bom funcionamento, a prática do *judicial review* seria ilegítima, ainda que, por acaso, produzisse decisões com as quais ele concordasse. Sua objeção, portanto, é de princípio. No entanto, o cenário recente da Suprema Corte dos Estados

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 144.

Unidos – marcado pela rápida erosão de sua confiança pública e por decisões de profundo impacto social⁴⁹⁸ – confirmou os antigos alertas teóricos de Waldron e forneceu elementos mais concretos à sua crítica. A “crise do *judicial review*” deu urgência a um argumento que, embora concebido em tempos mais otimistas, parece hoje mais pertinente⁴⁹⁹.

Os eventos que culminaram na formação de uma maioria superconservadora na Suprema Corte são centrais para o aprofundamento da crítica. Em 2016, o então Presidente Barack Obama indicou Merrick Garland para a vaga aberta com a morte do *Justice* Antonin Scalia. Entretanto, a nomeação foi bloqueada pela liderança republicana no Senado, sob a justificativa de que não caberia a um Presidente em fim de mandato realizar tal escolha. Em uma sequência de eventos imprevisíveis, Trump, eleito em 2016, conseguiu indicar três *Justices* à *Scotus*.

A primeira indicação foi a de Neil Gorsuch, que assumiu a vaga negada a Garland e consolidou um perfil bastante conservador. Em seguida, após a aposentadoria de Anthony Kennedy, Trump nomeou Brett Kavanaugh. Por fim, após a morte de Ruth Bader Ginsburg, no episódio mais controverso, Amy Coney Barrett foi indicada e confirmada a menos de quarenta dias da eleição presidencial de 2020, em contradição com a justificativa usada para barrar Garland quatro anos antes. Com essas nomeações, a Suprema Corte passou a contar com uma maioria superconservadora de seis a três⁵⁰⁰, alterando o equilíbrio que havia se mantido, com certas tensões, desde a *Era Warren*. Essa nova composição redefiniu a direção da corte e aprofundou a percepção pública de que o *judicial review* se tornou um *instrumento*, guiado por estratégias políticas.

O que soa desconcertante é que o destino da mais antiga democracia passou a depender do acaso. O ex-Presidente Bush, em seus dois mandatos, nomeou três *Justices* para a Suprema

⁴⁹⁸ BETTS, Anna. US confidence in judicial system dropped to record low this year, data shows. *The Guardian*, Londres, 24 dez. 2024. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2024/dec/17/judicial-system-courts-confidence-data>. Acesso em: 7 maio 2025.

⁴⁹⁹ Em rigor, o crescente movimento conservador dentro da *Scotus* não é exatamente novo. A questão, aparentemente, é de grau. Em 2008, Alcalá denunciava que “[d]espués de décadas de construcción de un discurso de legitimación de la justicia constitucional para favorecer así la defensa circunstancial de ciertas causas progresistas, finalmente la causa conservadora parece estar beneficiándose del arsenal de herramientas justificatorias que en su día fueron esgrimidas para validar el enorme poder atribuido a los jueces por medio del control judicial”. AL-CALÁ, Diego Moreno Rodríguez. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica...* *op. cit.*, p. 38.

⁵⁰⁰ Os três *Justices* considerados liberais, em 2025, são Sonia Sotomayor (indicada por Barack Obama em 2009), Elena Kagan (também indicada por Obama em 2010) e Ketanji Brown Jackson (indicada por Joe Biden em 2022). Embora os conservadores detenham a maioria na corte desde a década de 1990, essa superioridade era instável, devido à atuação dos chamados *swing votes* – *Justices* que, embora conservadores, em muitos casos adotavam posições centristas e buscavam soluções de compromisso. A situação atual marca uma ruptura: a maioria de seis *Justices* formada após as indicações de Trump apresenta uma coesão muito mais firme em torno de uma interpretação originalista e conservadora da Constituição.

Corte. Obama, em igual período, conseguiu indicar apenas dois. Já Trump, em apenas um mandato, nomeou três, e o fez declarando explicitamente que pretendia consolidar uma agenda judicial alinhada ao seu projeto político⁵⁰¹. Dada a natureza vitalícia do cargo de *Justice* nos Estados Unidos, eventos fortuitos – como a aposentadoria de Kennedy ou a morte inesperada de Ginsburg – geraram impactos desproporcionais e de longo alcance. A composição atual da Corte, produto de circunstâncias aleatórias e de uma articulação política, terá efeitos sobre o sistema jurídico e político americano pelos próximos trinta ou quarenta anos⁵⁰².

O resultado dessas circunstâncias foi a formação de uma corte que tem proferido decisões de impacto sobre direitos constitucionais, com grave rejeição popular e crescente desgaste político. Casos recentes redefiniram o conteúdo de direitos reconhecidos nas últimas décadas e contribuíram para minar a visão pública da instituição como imparcial⁵⁰³. O padrão decisório dessa maioria revela uma tendência consistente: as decisões favorecem, em linhas gerais, a consolidação do poder político de certos setores sociais ligados ao conservadorismo e à limitação dos instrumentos de participação democrática.

Logo, diferentemente de uma atuação contramajoritária orientada à proteção de minorias vulneráveis, o modelo de *judicial review* consolidado pela maioria superconservadora parece atuar no sentido inverso: reforça maiorias políticas artificiais, dificulta a renovação política e impede a correção de desigualdades no acesso ao processo democrático. Esse contexto demonstrou que a crise do *judicial review* reside no próprio desenho que permite às cortes servir como instrumento de manutenção de projetos políticos minoritários, sob a aparência de

⁵⁰¹ Cf. BARNES, Robert. Tumultuous path to sixth conservative justice puts Supreme Court in the middle of political fray. *The Washington Post*, Washington, 26 set. 2020. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-conservative-majority/2020/09/26/a7c423ce-ff7e-11ea-8d05-9beaaa91c71f_story.html. Acesso em: 6 maio 2025.

⁵⁰² Há um ditado popular que diz que o ato mais poderoso de um presidente norte-americano – comandante da maior potência militar, econômica e cultural do planeta – é, ironicamente, ter a sorte de nomear um ou dois *Justices* para a Suprema Corte. Há certa sabedoria: poucos gestos oferecem tamanho retorno político a tão baixo custo. Um nome escolhido em meio a turbulências partidárias pode reescrever o futuro do país por uma geração inteira, sem nunca ter disputado um único voto.

⁵⁰³ Em um artigo do *The New York Times* bastante discutido, professores de direito constitucional relataram a dificuldade crescente de apresentar aos alunos a Suprema Corte atual como uma instituição comprometida com a interpretação imparcial da Constituição norte-americana. Como mostrou Wegman, muitos docentes admitem já não conseguir afirmar, com seriedade, que a corte está apenas oferecendo novas *leituras* do texto constitucional. O que antes se ensinava como “evolução interpretativa” passou a soar como disfarce para um projeto político conduzido do alto. Para esses professores, ensinar direito constitucional hoje é, em grande parte, explicar por que decisões judiciais que afetam milhões parecem responder mais aos valores morais de uma elite conservadora do que aos compromissos históricos da Constituição. A crise é do próprio enredo que por décadas sustentou o ensino do direito constitucional como um exercício de razão pública. Cf. WEGMAN, Jesse. The Crisis in Teaching Constitutional Law. *The New York Times*, New York, 26 fev. 2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2024/02/26/opinion/supreme-court-constitutional-law-teaching.html>. Acesso em: 29 abr. 2025.

neutralidade⁵⁰⁴.

Como destaca Griffin, o modelo tradicional que via a Suprema Corte como guardião dos direitos fundamentais e da igualdade política mostrou sinais de exaustão: “os liberais tiveram dificuldade em articular uma nova agenda para o direito constitucional que fosse além da simples proteção do passado. Por defender uma corte que não os defende, os liberais se perderam”⁵⁰⁵.

O caso que melhor simboliza a recente ruptura é *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*⁵⁰⁶, julgado em 2022. Por seis votos a três, a Suprema Corte confirmou a validade de uma lei do Mississippi que proibia o aborto após quinze semanas de gestação. Com isso, revogou o precedente estabelecido em *Roe v. Wade*⁵⁰⁷ e reafirmado, com algumas mudanças, em *Planned Parenthood v. Casey*⁵⁰⁸. Essas duas decisões anteriores haviam consagrado o direito da mulher de interromper a gravidez até a viabilidade fetal, sob a proteção da cláusula do

⁵⁰⁴ Vale registrar que nem todos compartilham desse diagnóstico. Baude, por exemplo, argumenta que a atual inquietação quanto à Suprema Corte decorre menos de uma transformação recente da instituição e mais de uma mudança de atitude na academia jurídica. Para ele, decisões moral e judicialmente controversas sempre fizeram parte da história da Corte. O que se alterou foi a percepção de muitos acadêmicos, que passaram a reagir com ceticismo quando seus valores e modos de pensar deixaram de ser refletidos nas decisões. Trata-se, segundo Baude, de uma crise de legitimidade *sociológica* – uma percepção de desalinhamento entre parte da academia e a orientação atual da corte –, e não de uma ruptura na atuação do tribunal. Cf. BAUDE, William. Teaching Constitutional Law in a Crisis of Judicial Legitimacy. *Chicago-Kent Law Review*, v. 99, n. 2, p. 377–384, 2024.

⁵⁰⁵ GRIFFIN, Stephen M. Enfim a Hora da Democracia? A Nova Crítica ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. 7, p. 292.

⁵⁰⁶ 597 U.S. 215 (2022). A decisão foi proferida por seis votos a três, com opinião majoritária redigida pelo Justice Samuel Alito. O Chief Justice John Roberts concordou com a constitucionalidade da lei do Mississippi, mas não subscreveu a revogação dos precedentes, preferindo uma abordagem mais restrita que evitasse a derrubada de *Roe* e *Casey*. A decisão também incluiu opiniões concorrentes dos Justices Clarence Thomas e Brett Kavanaugh. Thomas sugeriu que a corte reconsiderasse outros precedentes baseados na cláusula do devido processo substantivo, como os casos *Griswold v. Connecticut* (direito ao uso de anticoncepcionais), *Lawrence v. Texas* (descriminalização da homossexualidade) e *Obergefell v. Hodges* (direito ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo). Kavanaugh, por sua vez, enfatizou que a decisão não deveria ser interpretada como uma ameaça a esses precedentes e afirmou que os estados não poderiam proibir viagens interestaduais para a realização do aborto.

⁵⁰⁷ 410 U.S. 113 (1973). A decisão foi proferida por sete votos a dois, com opinião majoritária redigida pelo Justice Harry Blackmun. A Suprema Corte estabeleceu um modelo baseado em trimestres gestacionais, segundo o qual o Estado não poderia impor restrições significativas ao aborto durante o primeiro trimestre e teria liberdade progressiva para regulamentar o procedimento nos períodos seguintes. *Roe* se tornou um marco do constitucionalismo norte-americano, ainda que cercado de muita controvérsia. Cf. NEVES, Emanuela de Oliveira; GOMES, Lucas Sousa. *Roe v. Wade*, 1973. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022, Cap. 27, p. 573-592.

⁵⁰⁸ 505 U.S. 833 (1992). Nesse caso, a Suprema Corte revisitou o precedente de *Roe v. Wade* ao analisar a constitucionalidade de restrições ao aborto impostas pela Pensilvânia, como a exigência de notificação do cônjuge. Embora houvesse expectativa de que a decisão viesse a reverter *Roe*, três Justices nomeados por presidentes republicanos – Anthony Kennedy, Sandra Day O’Connor e David Souter – votaram a favor de sua manutenção. O resultado final foi que a corte reafirmou o núcleo do direito ao aborto até a viabilidade fetal, mas substituiu o modelo dos trimestres pelo teste do “ônus indevido” (“*undue burden*”), segundo o qual uma lei que imponha obstáculos substanciais ao exercício desse direito seria inconstitucional. A decisão revelou tensões internas na corte e foi interpretada como um esforço de preservar sua legitimidade institucional em um tema divisivo. Cf. SILVA, Cristina Maria Gama Neves da. *Planned Parenthood v. Casey*, 1992. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 32, p. 675-694.

devido processo da Décima Quarta Emenda. Com *Dobbs*, a corte rompeu essa tradição de meio século, afirmando que a Constituição norte-americana não reconhece um direito ao aborto. Os efeitos foram imediatos: abriu-se espaço para legislações estaduais extremamente restritivas, gerando um cenário fragmentado e desigual no acesso ao aborto em todo o território americano⁵⁰⁹.

A decisão em *Dobbs* revelou alguns problemas há muito denunciados por Waldron. Um deles é o envenenamento que o controle de constitucionalidade produz sobre o discurso político. De acordo com Waldron, esse tipo de decisão alimenta um clima de desconfiança e desprezo entre cidadãos que discordam sobre temas constitucionais. Quando a palavra final sobre questões tão delicadas é entregue a um pequeno grupo de juízes, derrotas políticas são lidas como imposições arbitrárias⁵¹⁰. O processo de convencimento público é substituído por decisões tomadas por um corpo fechado, sem possibilidade de contestação, ao menos de forma pacífica e legítima. Isso tende a gerar ressentimento. O conflito moral, que poderia ser enfrentado por meio da deliberação aberta, é deslocado para os tribunais e convertido em uma disputa jurídica. A exclusão do eleitorado desse processo decisório transforma o desacordo em frustração crônica e dificulta a aceitação das decisões.

Waldron alerta que, ainda que esse modelo tenha produzido alguns bons resultados – ele próprio via com bons olhos a decisão tomada em *Roe*⁵¹¹ –, gera-se um custo para o convívio

⁵⁰⁹ A decisão em *Dobbs* gerou também uma relevante consequência que será discutida de modo mais aprofundado no tópico 4.2, a partir das ideias de Dixon. Com a revogação de *Roe*, diversas legislações estaduais extremamente restritivas – muitas delas datadas do século XIX e início do século XX – voltaram a produzir efeitos. Essas leis, conhecidas na literatura como *zombie laws*, não haviam sido formalmente revogadas após *Roe*, apenas se tornado inaplicáveis em razão da proteção federal ao direito ao aborto. A decisão em *Dobbs* fez com que essas normas antigas, muitas delas elaboradas em períodos históricos em que nem mesmo mulheres e negros tinham representação eleitoral garantida, fossem imediatamente “revitalizadas”, sem novo respaldo legislativo.

⁵¹⁰ Em 1999, Tushnet já havia chamado atenção para esse fenômeno. Analisando os efeitos políticos dentro do campo liberal após vitórias judiciais, observou que decisões favoráveis tendem a gerar uma sensação de segurança entre os vencedores, o que reduz o investimento em mobilização política. Já os derrotados, por não terem alcançado seus objetivos, permanecem ativos, reorganizam-se estrategicamente e deslocam seus esforços para outras arenas, como o Legislativo e o Executivo. Essa assimetria de “reações” produziria um efeito corrosivo: o lado vitorioso se retrai, enquanto o lado derrotado se fortalece. Com o tempo, as garantias obtidas judicialmente se tornam vulneráveis, seja pela perda de sustentação política, seja pela nomeação de novos juízes com orientação oposta. Segundo Tushnet, esse padrão foi visível no caso do aborto nos Estados Unidos; a confiança excessiva na estabilidade da decisão comprometeu a formação de uma maioria política duradoura capaz de sustentar aquele direito por outros meios. Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts...* op. cit., p. 154-158.

⁵¹¹ Em outro artigo, Waldron deixa claro que, embora seja pessoalmente favorável ao resultado de *Roe*, sua objeção à decisão em *Dobbs* não se apoia propriamente na controvérsia moral sobre o aborto, mas na forma com que a Suprema Corte conduziu a reversão do precedente. Muitos poderiam supor que, ao devolver a matéria para os estados legislarem, *Dobbs* teria promovido justamente o tipo de deliberação democrática que Waldron defende. Mas ele recusa essa leitura. Em sua visão, a decisão foi tomada sem qualquer mediação democrática genuína, sob o pretexto de neutralidade constitucional. Cf. WALDRON, Jeremy. Denouncing *Dobbs* and Opposing Judicial Review. Manuscrito apresentado no *New York University Summer Workshop*, jun. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4144889>. Acesso em: 25 abr. 2025.

democrático: “se considerarmos que as verdades a que chegamos são ‘autoevidentes’, a única explicação possível para os resultados contrários alcançados por outras pessoas é que elas são ou tolas ou desonestas”⁵¹². Decisões judiciais, em vez de fomentar a tolerância, incentivam um tipo particular de hostilidade, que não apenas contesta a posição do outro, mas a desqualifica como moralmente inaceitável. A posição vencida não é retratada como uma opinião política diferente; é vista como uma violação da constituição, da razão ou dos direitos fundamentais.

Isso alimenta ciclos de hostilidade, deteriorando a confiança cívica. Ao invés de dizer “nós ganhamos”, passamos a ouvir “vocês estavam errados desde o início e nunca deveriam ter defendido isso”. Como ele resume, o constitucionalismo, em sua prática maximalista, incentiva a prática de “demonizar” nossos adversários. O resultado é o fechamento dos espaços de deliberação; de modo acidental, o discurso constitucional acaba por transformar adversários políticos em inimigos morais.

A crítica se reforça diante do modelo vitalício norte-americano, que permite que o destino dos direitos constitucionais seja definido por nomeações judiciais guiadas por estratégias políticas. Esse sistema transforma maiorias eleitorais passageiras em composições judiciais longevas⁵¹³. O efeito não é apenas estrutural, mas também simbólico: quando decisões fundamentais dependem da sorte da maioria eleitoral⁵¹⁴ que estiver no poder durante uma vaga na Corte, a própria ideia de proteção constitucional parece ruir. A consequência mais visível é a sensação de que os direitos estão sendo tratados como apostas conjunturais, e não como compromissos.

Além disso, a reversão de *Roe* ilustra um processo de colapso da confiabilidade institucional. Por conta da sensibilidade política do tema, durante suas sabatinas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett afirmaram que respeitariam a jurisprudência consolidada sobre a questão do aborto. No entanto, no primeiro caso sobre o tema, votaram pela sua revogação, sem sequer tentar

⁵¹² Tradução livre. No original: “[...] if we hold the truths that we have come up with to be ‘self-evident’, our only explanation of the contrary results arrived at by other people is that they are either simpletons or rogues”. WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights...* *op. cit.*, p. 28.

⁵¹³ É por isso que, há muitos anos, autores como Tushnet argumentam que o constitucionalismo norte-americano se converteu num instrumento de *contenção*, e não de *emancipação*. A corte, segundo ele, serve cada vez menos como espaço de proteção de direitos e cada vez mais como mecanismo de *bloqueio* de reformas sociais. O controle judicial de constitucionalidade, que muitos tratam como condição da democracia, para Tushnet se tornou um de seus obstáculos. Cf. TUSHNET, Mark V. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven: Yale University Press, 2020, p. 113-132.

⁵¹⁴ Isso quando há, de fato, uma maioria eleitoral. Nos Estados Unidos, é o Presidente que indica os membros da Suprema Corte, mas não é incomum que esse Presidente tenha sido eleito com menos votos populares que seu adversário – como ocorreu com George W. Bush em 2000 e Donald Trump em 2016. Devido ao funcionamento do Colégio Eleitoral, o número absoluto de votos obtidos nacionalmente não garante a vitória. Assim, pode-se chegar ao paradoxo de ter *Justices* vitalícios nomeados por Presidentes que, ao pé da letra, nem sequer contaram com apoio majoritário da população.

disfarçar a ruptura. Segundo Waldron, há algo de promíscuo nessa inversão entre direito e política; escancarou-se que não se trata mais de uma corte que interpreta princípios constitucionais de boa-fé – com todas as objeções que já vimos quanto a isso –, mas que realiza, sob pretexto jurídico, uma agenda de longo prazo.

Vejamos mais alguns exemplos. Outro caso notório é *Students for Fair Admissions v. Harvard*⁵¹⁵, julgado em 2023. Nele, a Suprema Corte invalidou o uso de critérios raciais como fator na admissão de estudantes em universidades, revertendo décadas de jurisprudência que permitiam ações afirmativas moderadas em favor de grupos historicamente discriminados. Por seis votos a três, a mesma maioria superconservadora entendeu que as políticas de ação afirmativa violam a cláusula da igual proteção da Décima Quarta Emenda. Com isso, o precedente estabelecido em *Grutter v. Bollinger*⁵¹⁶, que autorizava a consideração da raça como um fator na composição das turmas universitárias, foi revertido. A nova decisão, mais uma vez, substituiu décadas de consenso por uma nova orientação imposta sem respaldo democrático.

Em *Creative LLC v. Elenis*⁵¹⁷, a Corte avançou ainda mais na redefinição dos parâmetros constitucionais dos direitos individuais. A controvérsia envolvia uma empresa de *design* gráfico que se recusava a prestar serviços para casamentos entre pessoas do mesmo sexo, alegando objeção de consciência e liberdade de expressão. A Suprema Corte decidiu, por seis votos a três, que a Primeira Emenda protegia o direito da empresa de recusar o serviço, mesmo em face de leis estaduais de não-discriminação. A decisão ampliou o alcance da liberdade de expressão para permitir isenção às normas antidiscriminatórias em nome de convicções pessoais, fragilizando a proteção jurídica contra essas práticas. Trata-se de mais um exemplo de como a nova maioria da corte tem reinterpretado direitos constitucionais tradicionais de modo a favorecer uma agenda política conservadora, sem qualquer correspondência com mudanças deliberativas no Congresso ou na opinião pública.

Mais recentemente, *Trump v. United States*⁵¹⁸ ilustrou de modo ainda mais grave a erosão da Suprema Corte. O caso tratou da alegação de imunidade absoluta do ex-presidente Trump em face de processos criminais relacionados a atos praticados durante o exercício de seu mandato. Embora a corte tenha rejeitado a tese da imunidade total, reconheceu uma margem de proteção presidencial mais ampla do que a tradição constitucional anterior sugeria. A decisão, que contou com o apoio majoritário dos *Justices* nomeados por presidentes republicanos, foi

⁵¹⁵ 600 U.S. 181 (2023).

⁵¹⁶ 539 U.S. 306 (2003).

⁵¹⁷ 600 U.S. 570 (2023).

⁵¹⁸ 603 U.S. 593 (2024).

interpretada como mais um gesto de deferência ao Poder Executivo, comprometendo a ideia de que também o Presidente está sujeito ao império da lei. Para críticos, esse tipo de jurisprudência não apenas reforça a percepção de partidarização da Corte, como também compromete a própria distinção entre governo das leis (“*rule of law*”) e governo de homens (“*rule of men*”).

Para Waldron, esses casos devem ser lidos como uma advertência: o *judicial review*, longe de ser um bastião de proteção dos direitos contra as maiorias volúveis, também pode se tornar um canal de imposição de projetos minoritários – projetos que muitas vezes nem mesmo encontram respaldo majoritário na sociedade, e que se enraízam pela capacidade de capturar as estruturas judiciárias⁵¹⁹.

Vale registrar, é evidente que o controle de constitucionalidade não foi o *único* responsável pelo cenário. Várias outras razões contribuíram para a ascensão de uma maioria super-conservadora. Ziegler e Tsai, por exemplo, apontam que desde a década de 80 vem sendo gestado um tipo específico de personalidade jurídica, a que eles chamam de “juristas de movimento”, que utilizam o discurso constitucional para fazerem valer suas agendas políticas⁵²⁰. Há algo de embaraçoso ao perceber que, em geral, foi o forte *backlash*⁵²¹ contra as decisões liberais das cortes *Warren* e *Burgher* que causaram o estopim desse processo. Portanto, parece fazer

⁵¹⁹ Inúmeros outros casos podem ser citados. Em *Cedar Point Nursery v. Hassid* [594 U.S. 139 (2021)], a Suprema Corte considerou inconstitucional uma norma da Califórnia que permitia a entrada de representantes sindicais em propriedades agrícolas privadas, classificando a permissão como uma ocupação forçada do imóvel, o que fortaleceu o direito dos proprietários e impôs limites à atuação sindical. Em *Americans for Prosperity Foundation v. Bonta* [594 U.S. 595 (2021)], a Corte derrubou a exigência de que organizações beneficentes revelassem ao Estado, de forma confidencial, a identidade de seus principais doadores, alegando que essa regra dificultava a participação cívica e violava o direito à associação anônima, protegendo a estrutura de financiamento político privado. Em *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen* [597 U.S. 1 (2022)], foi invalidada uma exigência centenária de New York que condicionava o porte de armas à demonstração de necessidade específica de autodefesa. A decisão ampliou o acesso ao porte em público e estabeleceu um novo padrão mais rígido para avaliar leis de controle de armas. Em *Carson v. Makin* [596 U.S. 767 (2022)], a Corte decidiu que o estado do Maine não podia excluir escolas confessionais de um programa público de financiamento de mensalidades escolares, por entender que a exclusão baseada no ensino religioso violava o direito à liberdade de exercício da fé. Já em *FEC v. Ted Cruz for Senate* [596 U.S. 289 (2022)], foi declarada inconstitucional a regra que limitava o valor que um candidato poderia receber de doações pós-eleição para quitar empréstimos pessoais feitos à própria campanha, sob o argumento de que essa restrição feria a liberdade de expressão política e a autonomia dos candidatos.

⁵²⁰ Segundo Tsai e Ziegler, trata-se de juízes cuja atuação se orienta por compromissos com causas associadas a movimentos sociais, por meio das ferramentas próprias da magistratura, como a interpretação constitucional ou a gestão de precedentes. Esses “juristas de movimento” articulam sua prática a partir da adesão às demandas e narrativas dos grupos dos quais fazem parte. No caso *Dobbs*, essa postura se revelou na rejeição dos precedentes *Roe* e *Casey* e na exclusão de visões constitucionais que vinculam os direitos reprodutivos à igualdade de gênero. A decisão consolidou uma leitura específica da Constituição norte-americana, alinhada ao projeto do movimento antiaborto, e rompeu com o modelo de acomodação que historicamente buscava integrar diferentes grupos sociais por meio da linguagem constitucional. Cf. TSAI, Robert L.; ZIEGLER, Mary. *Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists*. *UC Davis Law Review*, v. 57, n. 3, fev. 2024, p. 2157-2174; 2208-2215.

⁵²¹ De acordo com Fonteles, o termo “*backlash*” designa uma revolta social que vai além da simples opinião pública desfavorável a uma decisão. Em geral, manifesta-se por meio de atos destinados a enfraquecer ou superar a decisão criticada, refletindo-se em comportamentos da sociedade civil que expressam essa insatisfação. FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Direito Público, Brasília, 2018, p. 55.

sentido o que Waldron diz acerca do ressentimento causado pelo *judicial review*.

Quer dizer, essa disfunção não é meramente teórica. Waldron a identifica como sintoma de um colapso do discurso constitucional enquanto prática social compartilhada. No meio disso tudo, o *judicial review* se tornou o palco de disputas políticas centrais. Uma prática que antes era associada à estabilidade constitucional passou a produzir pura desconfiança. A crise, para Waldron, é geral: envolve a prática das nomeações à *Scotus*, as expectativas públicas de imparcialidade judicial, os critérios de interpretação e a própria linguagem constitucional. Nas palavras dele, “é assim que uma prática social [...] se apresenta quando começa a se desfazer”⁵²². O colapso do compromisso institucional não se dá de uma só vez; dá-se por erosão contínua, e *Dobbs* simboliza esse processo de esgarçamento⁵²³.

Diante desse cenário, é inevitável fazer a pergunta: se as coisas estão assim escancaradas, se o controle de constitucionalidade parece ter deixado transparente que é suscetível à manipulação partidária, por que continuar a defender sua primazia? Por que continuar a idealizar um juízo de constitucionalidade fictício que, na prática, não existe? Se é preciso contar cabeças, e essas cabeças são profundamente partidarizadas em temas como privacidade, liberdade religiosa ou igualdade racial, por que negar que a contagem seja feita sobre a própria população e seus representantes eleitos, que são os reais destinatários de tais políticas? Se é o cálculo político e estratégico que desabona o legislador, o que dizer de decisões que esperam a maré virar, numa espécie de janela de oportunidade partidária?

O ponto mais importante destacado por Waldron é que o apoio a direitos constitucionais não implica endosso necessário ao *judicial review*; e que, pior, há vários problemas decorrentes de uma associação tão forte entre os conceitos. Alguém pode considerar que a constituição protege o direito ao aborto e, ao mesmo tempo, considerar que essa proteção não deve ser imposta por um tribunal, mas construída dentro do processo legislativo. O contrário também é válido; é possível sustentar de forma legítima que o direito à vida impede o reconhecimento do aborto, mas que isso deveria ser decidido pelo próprio povo. Essa posição rompe explicitamente com a ideia de que os direitos existem apenas quando reconhecidos por juízes.

⁵²² Tradução livre. No original: “[...] this is what a social practice [...] looks like when it is beginning to unravel”. WALDRON, Jeremy. Denouncing *Dobbs* and Opposing Judicial Review... *op. cit.*, p. 15.

⁵²³ Em rigor, Klarman identifica que desde o início da década passada a Suprema Corte já vinha se manifestando de forma um tanto deturpada. Em casos como *Citizens United v. Federal Election Commission* [558 U.S. 310 (2010)] e *Shelby County v. Holder* [570 U.S. 529 (2013)], a corte enfraqueceu pilares básicos do sistema democrático, ampliando o poder do dinheiro nas eleições e dismantelando proteções históricas ao direito de voto. Esses precedentes ilustram um padrão de decisões que, segundo Klarman, contribuíram para a degradação institucional da democracia norte-americana. Cf. KLARMAN, Michael J. Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court. *Harvard Law Review*, v. 134, n. 1, nov. 2020, p. 179-184; 200-211.

O que ele quer reconhecer, no fundo, é que o constitucionalismo não pode ser monopólio do Judiciário. Ele deve ser reivindicado por cidadãos, parlamentares, autoridades administrativas, *etc.* Essa ampliação do “*locus* constitucional” fortalece a democracia, pois redistribui a autoridade interpretativa da constituição. É possível – para Waldron, é *necessário* – elaborar argumentos qualificados sobre os direitos fundamentais mesmo na ausência de tribunais que os façam valer.

É óbvio, essa proposta impõe desafios. A política constitucional fora dos tribunais exige outro tipo de gramática social e outro tipo de engajamento. Argumentos baseados em precedentes, testes de proporcionalidade ou cláusulas implícitas devem ceder lugar a embates públicos que envolvem interpretações alternativas da constituição, articuladas por atores assumidamente políticos, como movimentos sociais e lideranças comunitárias. Waldron reconhece que essa aposta tem custos: envolve incerteza, lentidão e disputas acirradas. Muitas vezes, há derrotas. Mas sustenta que esses custos fazem parte da vida democrática. O preço de delegar essas disputas ao Judiciário é o enfraquecimento do compromisso cívico com a constituição. Como deixou claro o exemplo norte-americano, esse *trade-off* não se justifica. Para Waldron, a erosão da reverência judicial em temas como o aborto deve ser encarada como uma oportunidade de devolver aos cidadãos o protagonismo na definição de seus próprios direitos.

4 AS ALTERNATIVAS DE ROSALIND DIXON

*“Qualquer pessoa que escreva um livro sobre as implicações políticas do desacordo deve aceitar que é improvável que consiga convencer todos os seus leitores.”*⁵²⁴

- Jeremy Waldron

A conclusão provisória a que se pode chegar é que o controle de constitucionalidade passou por um cerco teórico nas últimas décadas do século XX. Em suas formulações mais contundentes, essas objeções apontaram que confiar a palavra final sobre os princípios constitucionais aos tribunais pode representar uma violação aos fundamentos da democracia. Insistindo na dignidade legislativa em contextos de desacordo social, Waldron retomou com vigor a ideia da autoridade democrática como forma legítima de estruturar os sistemas políticos modernos. Somadas às reflexões que marcaram o nascimento do problema como obsessão acadêmica, essas críticas tornaram cada vez mais difícil sustentar o *judicial review* como uma decorrência inquestionável do constitucionalismo.

Mas há algo desconfortável na recusa absoluta do controle judicial. Ainda que as críticas sejam sérias, a alternativa de confiar integralmente na política ordinária suscita algumas inquietações. A democracia, afinal, também comete erros, sobretudo quando as engrenagens da deliberação democrática estão “enferrujadas” por problemas da vida política. Isto é, Waldron pode estar certo em sua visão sobre o desacordo e seus reflexos na teoria política, mas ele pressupõe uma democracia em bom funcionamento. Ele o faz deliberadamente, claro, propondo enxergá-la em sua “melhor luz”. Seu pensamento é muito bem-vindo quando diz que é primordial construir uma melhor visão sobre a democracia dentro do direito constitucional. Mas isso não leva embora o desconforto, porque por vezes – e é natural que seja assim –, a democracia não funciona tão bem.

Então demos um passo atrás. As obras mais influentes de Waldron foram publicadas em um momento específico da história⁵²⁵. No final do século XX, a teoria política estava atravessada por um sentimento generalizado de otimismo. A Guerra Fria havia terminado, o colapso da União Soviética parecia ter encerrado o ciclo das grandes disputas ideológicas, e o modelo

⁵²⁴ Tradução livre. No original: “Anyone who writes a book about the political implications of disagreement must accept that he is unlikely to convince all his readers”. WALDRON, Jeremy. Disagreement and Response. *Israel Law Review*, v. 39, n. 3, fev. 2006, p. 50.

⁵²⁵ A reflexão desenvolvida a seguir foi ventilada de forma bastante preliminar, sem o aprofundamento realizado neste trabalho, por Hailbronner. Cf. HAILBRONNER, Michaela. Combatting malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 2, jun. 2021, p. 514.

de democracia liberal, ancorado em eleições periódicas, separação de poderes e economia de mercado, se consolidava como paradigma quase incontestável. Foi nesse clima que Fukuyama publicou seu célebre livro *O fim da história e o último homem*, em que argumentava que a democracia liberal ocidental havia se tornado o estágio final da evolução ideológica da humanidade. Segundo o autor, após o colapso do socialismo real, restava apenas aperfeiçoar um modelo que já havia demonstrado ser o mais compatível com as aspirações humanas⁵²⁶. O que se anunciava ali, em essência, era o esgotamento das alternativas.

Esse otimismo não era meramente acadêmico. Líderes como Bill Clinton nos Estados Unidos, Tony Blair no Reino Unido, Helmut Kohl na Alemanha e Fernando Henrique Cardoso no Brasil representavam uma nova sensibilidade política, mais pragmática e voltada à estabilidade democrática. Que fique claro, esses não eram nomes incontestes de um mundo perfeito. Críticas e disputas existiam, muitas delas bastante duras. É evidente que havia conflitos reais em andamento. Mas, do ponto de vista simbólico, talvez a política pudesse ser vista em sua “melhor luz”. Mesmo com problemas, a democracia parecia estar funcionando. Parecia razoável supor que a democracia liberal era capaz de produzir consensos e sustentar uma ordem política justa⁵²⁷.

Era possível acreditar que as instituições representativas estavam amadurecendo, que os direitos fundamentais estavam mais protegidos, e que a política havia deixado para trás seus fantasmas. Mesmo em cenários de desacordo, para retornar ao pensamento de Waldron, tal desacordo poderia ser resolvido democraticamente, sem arroubos autoritários. No final das contas, perder democraticamente faz parte do jogo. Foi nesse *background*, de confiança no processo democrático, que se formulou a hipótese de que o controle de constitucionalidade talvez não fosse necessário. Se a democracia estava funcionando bem, por que recorrer a instâncias contramajoritárias para corrigi-la⁵²⁸?

⁵²⁶ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. de Aulyde Soares Rodrigues. São Paulo: Rocco, 2015, p. 49 et seq.

⁵²⁷ Isso ajuda a compreender o surgimento, no final do século XX, de uma corrente que busca resgatar o “princípio esquecido” da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e, nem sempre se recorda, *fraternidade*. A proposta parte do diagnóstico de que a democracia moderna, ainda que estruturada sobre os ideais de liberdade e igualdade, deixou em segundo plano a dimensão comunitária da vida política. Nesse sentido, pensadores ligados à ideia de fraternidade sugerem uma releitura das instituições como espaços de reconhecimento mútuo entre *irmãos*. Baggio, por exemplo, identifica no ano de 1989 – marcado pela queda do Muro de Berlim – uma ocasião oportuna para abandonar as ilusões ideológicas e recuperar uma política fundada na coesão social: “a mais recente grande chance que a história nos deu de abandonarmos o terreno ideológico da ilusão e tomarmos o caminho real da esperança”. BAGGIO, Antonio Maria. Introdução. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo, Cidade Nova, 2008. Cap. 1, p. 21. Para uma discussão centrada na força jurídica da fraternidade, cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance*. Curitiba: Appris Editora, 2017.

⁵²⁸ No caso de Tushnet, o cenário era ainda mais desconcertante. Ao mesmo tempo em que se consolidava, no plano teórico, a expectativa de que as democracias constitucionais estivessem se tornando mais inclusivas, abertas

Mas o século XXI tratou de corroer esse otimismo com rapidez. A promessa de estabilidade democrática deu lugar a um mundo profundamente polarizado. A *internet* fragmentou a esfera pública e minou a mediação política, fenômeno conhecido como “desintermediação institucional”. Figuras autoritárias ascenderam com discursos antissistema, canalizando frustrações e ressentimentos em narrativas populistas.

Donald Trump, talvez o exemplo mais extremo, venceu duas eleições presidenciais, prometendo “drenar o pântano de Washington” e ridicularizar o “*establishment*”⁵²⁹. Viktor Orbán, na Hungria, concentrou poder em suas mãos sob o lema de uma “democracia *iliberal*”⁵³⁰. Javier Milei, na Argentina, ascendeu ao poder com uma retórica incendiária, típica do movimento *outsider*⁵³¹. Na Venezuela, Hugo Chávez construiu um sistema político que debilitou os mecanismos de freios e contrapesos, centralizou o poder no Executivo e abriu caminho para uma estrutura autoritária que se intensificou sob o governo de Nicolás Maduro, com repressão a opositores, controle das instituições e erosão do processo eleitoral. E, no Brasil, Jair Bolsonaro foi alçado à presidência atacando frontalmente as instituições eleitorais, exaltando o passado autoritário da ditadura militar e promovendo o descrédito das mediações políticas⁵³².

Em um ambiente como esse, a proposta de Waldron parece perder um pouco de sua atração. Como diz Gargarella, “um sistema de supremacia legislativa pode representar um avanço, mas não uma solução”⁵³³. Quer dizer, é inegável que a defesa da autoridade das maio-

ao desacordo e estáveis, ele acompanhava uma inflexão preocupante da Suprema Corte norte-americana. A partir da *Era Rehnquist*, o tribunal passou a adotar uma postura mais conservadora na interpretação dos direitos fundamentais. A corte parecia se afastar do papel de garantidora da razão pública e se reaproximar de uma lógica voltada à imposição de certos valores minoritários. Nesse contexto, a desconfiança em relação ao *judicial review* deixava de ser apenas um exercício teórico e se convertia em resposta a uma realidade prática específica. Cf. TUSHNET, Mark V. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law...* *op. cit.*, p. 79-98.

⁵²⁹ Cf. STANLEY-BECKER, Isaac; DAWSEY, Josh. Eight years ago, Trump vowed to ‘drain the swamp.’ Now he swims in it. *The Washington Post*, Washington, 11 out. 2024. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2024/10/11/trump-corporate-interests-drain-the-swamp/>. Acesso em: 6 maio 2025.

⁵³⁰ Cf. MUDDE, Cas. Is Hungary run by the radical right? *The Washington Post*, Washington, 10 ago. 2015. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2015/08/10/is-hungary-run-by-the-radical-right/>. Acesso em: 6 maio 2025.

⁵³¹ Cf. CAPIELLO, Hernán. Javier Milei: el personaje surgido de la TV que seduce a los jóvenes con su discurso violento y antissistema. *La Nación*, Buenos Aires, 21 set. 2021. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/javier-milei-el-personaje-surgido-de-la-tv-que-seduce-a-los-jovenes-con-su-discurso-violento-y-nid05092021/>. Acesso em: 6 maio 2025.

⁵³² Cf. CRAVO, Alice. Em evento com militares, Bolsonaro diz que tropas podem fazer país “rumar para normalidade”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 abr. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/em-evento-com-militares-bolsonaro-diz-que-tropas-podem-fazer-pais-rumar-para-normalidade-1-25463603>. Acesso em: 6 maio 2025.

⁵³³ No original: “[...] a system of legislative supremacy may be an improvement, but not a solution”. GARGARELLA, Roberto. ‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances... *op. cit.*, p. 43.

rias depende da vitalidade do processo democrático. Quando esse processo se encontra distorcido por problemas estruturais ou práticas partidárias pouco saudáveis, a legitimidade das decisões democráticas já não parece uma característica tão evidente. A disputa entre perspectivas morais distintas, que Waldron valoriza como expressão do pluralismo democrático, corre o risco de se transformar num conflito entre projetos desiguais, em que a margem de influência real está reservada a poucos atores. As maiorias, nesse cenário, podem não ser fruto de um debate público inclusivo e saudável, como se esperaria que fosse, mas o reflexo de um ambiente político corroído.

Vejamos um argumento interessante. Segundo Issacharoff, a democracia reivindica ser uma forma superior de organização política com em participação, deliberação e solidariedade⁵³⁴. O problema é que essas “engrenagens democráticas” se encontram hoje em estado de preocupante deterioração. Isso o leva a enxergar a democracia como um mercado de competição política: assim como mercados econômicos exigem regras mínimas para garantir a concorrência e evitar monopólios, a democracia requer institutos que assegurem pluralismo político *efetivo*, rotatividade de poder e acesso à arena pública, a fim de proteger aqueles pilares⁵³⁵.

O sintoma mais grave é o acelerado declínio dos partidos políticos e das formas mediadas de engajamento popular, essenciais para concretizar os pilares da participação e da deliberação. De acordo com Issacharoff, historicamente, os partidos sempre foram as associações mais importantes da democracia representativa, responsáveis por traduzir os interesses sociais em efetiva participação política⁵³⁶. No entanto, o que ele observa atualmente é o fenômeno de esvaziamento dessas instituições. Os partidos perderam sua capacidade de mobilização e suas raízes na sociedade civil, como os sindicatos e associações populares, tornando-se cascas burocráticas incapazes de resistir aos desafios dos *outsiders*. Além disso, a incapacidade de “fazer as coisas acontecerem” (“*getting it done*”) agrava o cenário⁵³⁷. Enquanto regimes autoritários demonstram eficiência na execução de grandes projetos nacionais, as democracias partidárias parecem atoladas em pontos de veto burocráticos. Essa percepção de “incompetência estatal”, somada à estagnação econômica da classe trabalhadora, corrói a solidariedade social necessária para sustentar o projeto democrático⁵³⁸.

⁵³⁴ ISSACHAROFF, Samuel. *Democracy's Deficits*. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, mar. 2018, p. 488.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 486.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 489.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 514.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 513.

Se essas condições falham, a neutralidade procedimental, típica dos mecanismos democráticos, já não soa tão atrativa. Nesses casos, o parlamento até pode continuar a legislar, mas sua representatividade parece frágil; as decisões democráticas permanecem, mas o processo perde o valor que se imaginava outrora. Por isso, soa ingênuo repetir, com a mesma segurança de trinta anos atrás, que a democracia pode simplesmente dispensar a defesa judicial. As instituições políticas estão mais frágeis e os consensos sociais mais rarefeitos. O controle de constitucionalidade, mesmo com todos os seus vícios, talvez ainda ofereça alguma forma de contenção – difícil, sim, mas relevante – diante de certos déficits democráticos.

Pino, por exemplo, defende que o instituto pode assumir um viés de contestação e “más bien verificar que todos los intereses implicados en la decisión legislativa hayan sido adecuadamente tomados en consideración en el proceso decisonal”⁵³⁹. Isso mitiga a visão de que os juízes devem impor suas concepções morais, baseadas em leituras pessoais da constituição. Na verdade, em uma concepção mais moderada, o *judicial review* pode ser considerado “como un mecanismo para asegurar el ingreso de nuevas formas de participación democrática en la formación de las decisiones colectivas”⁵⁴⁰.

A partir da abordagem *responsiva* de Rosalind Dixon⁵⁴¹, o propósito do trabalho não é “salvar” o *judicial review* como o conhecemos nem celebrar a magistratura como fiadora do projeto constitucional. Trata-se, antes, de uma busca por modelos que reconheçam as críticas de Waldron, mas que recusem a completa renúncia ao auxílio judicial; que defendam que, sob certas condições, talvez ainda haja um papel a cumprir – um papel cooperativo, e mais atento ao espírito democrático. Modelos que partam de uma expectativa mais modesta, que não desconfiem desde o princípio das decisões majoritárias, e que reimaginem o papel das cortes dentro de uma arquitetura democrática mais sensível às suas próprias limitações⁵⁴².

A teoria da revisão judicial responsiva nasce justamente da constatação incômoda descrita no início do capítulo. Como ela diz, “em geral, Waldron está correto ao sugerir que o

⁵³⁹ PINO, Giorgio. *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Trad. de César Moreno More. Puno: Zela Editorial, 2018, p. 291.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁴¹ Durante o processo de escrita desta dissertação foi publicado um dossiê inteiramente dedicado à teoria da revisão judicial responsiva de Dixon e, o que é particularmente relevante para esta pesquisa, à sua aplicação ao contexto brasileiro. Reunindo contribuições da própria autora e de pesquisadoras e pesquisadores nacionais, o volume explora tanto a plausibilidade da responsividade judicial no cenário brasileiro quanto seus limites. Cf. REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 848-1033, set. 2025. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/issue/view/29>. Acesso em: 8 set. 2025.

⁵⁴² Como Mendes diz, tal busca “se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários”. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... op. cit.*, p. 15.

processo decisório ordinário baseado na maioria é a regra que melhor se aproxima de um compromisso com a igualdade entre cidadãos na resolução de divergências sobre direitos”⁵⁴³. Mas, na vida real, democracias falham em garantir que os compromissos constitucionais se traduzam em normas e políticas públicas concretas. Não é preciso negar a obra de Waldron para reconhecer isso⁵⁴⁴.

Para responder a esse dilema, Dixon recupera o legado teórico de John Hart Ely. Sua obra é uma homenagem e uma reinterpretação crítica; ela reconhece o mérito da proposta original de Ely, de atrelar a legitimidade do controle judicial à proteção da democracia, mas diagnostica que essa proposta precisa ser reconstruída, sob risco de se tornar inoperante. Além disso, Dixon afirma que Ely escreveu em um tempo em que a confiança no processo democrático era mais visível, conforme discutido mais atrás. Hoje, estamos em um tempo em que essa confiança está bastante abalada; e, “em parte por isso, Ely não considerou todo o conjunto de ameaças contemporâneas à democracia e aos valores democráticos”⁵⁴⁵. Para ela, o controle de constitucionalidade precisa ser sensível a esse contexto.

Sua proposta é, ao mesmo tempo, contida e ambiciosa. Em vez de conceber o *judicial review* como um instrumento de contenção contramajoritária, ela o propõe como um mecanismo de reforço da *responsividade democrática*. Isso significa reconhecer que há momentos em que o sistema político falha em ouvir, responder ou incluir certas vozes, e que é possível atribuir aos tribunais a tarefa de identificar e corrigir esses momentos – por meio de intervenções calibradas, abertas a reações legislativas e conscientes de seus próprios limites⁵⁴⁶.

Esse modelo parte de uma posição intermediária no debate. Recusa o protagonismo judicial, mas também rejeita a renúncia completa ao papel das cortes. Em vez disso, Dixon adota uma vertente mais pragmática e prefere perguntar em quais situações a atuação do Judiciário pode ser *útil*. Ela descreve tais condições como “déficits democráticos”, conceito central de sua obra. Para a autora, trata-se de falhas persistentes de representação ou deliberação que tornam o sistema político disfuncional em relação aos seus próprios valores. São momentos em que as promessas democráticas não se realizam, mesmo que os procedimentos formais estejam sendo

⁵⁴³ DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade. Trad. de Bruno Meneses Lorenzetto. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 2, ago. 2019, p. 20.

⁵⁴⁴ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age*. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 55.

⁵⁴⁵ Tradução livre. No original: “[...] in part because of this, Ely did not account for the full range of contemporary threats to democracy and democratic values”. *Ibidem*, p. 14.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

cumpridos⁵⁴⁷.

Como se verá, essa proposta não se limita a diagnósticos abstratos. Dixon tem uma proposta de atuação bastante delimitada. Em sua teoria, tribunais podem exercer um papel muito relevante. Todavia, devem fazê-lo com humildade e abertura ao diálogo democrático. Para a autora, a chave está na *calibragem*: um controle de constitucionalidade verdadeiramente responsável é aquele que intervém de modo adequado à falha institucional que busca reparar. Para a teoria responsiva, a resposta judicial só tem sentido se fizer frente à gravidade do déficit político identificado.

Nas seções que seguem, serão examinadas em detalhe as teses centrais de Dixon. A primeira parte explora sua releitura de Ely, com destaque para os limites e omissões da tese original. Em seguida, reconstrói-se o conceito de déficits democráticos, com atenção aos diferentes obstáculos que limitam a realização da democracia em sua vertente representativa. Por fim, analisam-se os remédios constitucionais propostos pela autora, baseados nos modelos “fracos”, que vão além da simples invalidação de leis e se concentram no fortalecimento das condições de escuta e resposta institucional.

4.1 O LEGADO E O FANTASMA DE JOHN HART ELY

“Os tribunais, ao interpretar a Constituição, não deveriam suplantam a vontade da maioria em nome de valores que supostamente estariam acima da regra majoritária. Em vez disso, os juízes deveriam tentar tornar a democracia representativa mais democrática. Deveriam buscar fazer a democracia funcionar de acordo com seus próprios princípios fundamentais. Essa é a tese simples e poderosa de Democracia e desconfiança: os tribunais deveriam se ocupar de reforçar e aperfeiçoar, e não de reavaliar, o trabalho do governo representativo.”

- David Strauss⁵⁴⁸

Para Dixon, o projeto de *Democracia e desconfiança*⁵⁴⁹, que defende que a atuação dos tribunais deve fortalecer e não substituir os mecanismos democráticos, continua sendo uma

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Tradução livre. No original: “The courts, in interpreting the Constitution, should not override the will of the majority in the name of values that supposedly transcend majority rule. Instead, judges should try to make representative democracy more democratic. They should try to make democracy work according to its own underlying principles. That is the simple, powerful thesis of *Democracy and Distrust*: the courts should be in the business of reinforcing and perfecting, not secondguessing, the work of representative government”. STRAUSS, David A. Modernization and Representation Reinforcement: An Essay in Memory of John Hart Ely. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 3, dez. 2004, p. 761.

⁵⁴⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

referência inescapável para a teoria constitucional⁵⁵⁰. A obra de Ely parte da premissa de que a decisão pública deve ser valorizada como o melhor caminho para tomar decisões políticas, por força de suas credenciais democráticas. Entretanto, como às vezes se mostram enferrujados, é preciso *reforçar* os canais representativos. Como Dixon diz, isso significa “um compromisso com o reforço da representação, que envolve proteger e promover a capacidade de um sistema democrático de responder tanto às reivindicações de direitos das minorias quanto às compreensões ponderadas da maioria, sob uma variedade de condições reais e não ideais”⁵⁵¹.

Em sua obra, Ely propôs uma leitura *processual* da Constituição norte-americana, segundo a qual o controle judicial deveria se limitar à correção de disfunções do processo democrático: “[a] estratégia mais profunda da Constituição [...], pode ser definida, grosso modo, como uma estratégia de pluralismo, uma estratégia que busca estruturar o governo, e até certo ponto a sociedade em geral, de modo que se garanta a palavra às vozes mais diversas e se impeça o predomínio de uma coalizão majoritária qualquer”⁵⁵². Trata-se da ideia de que o *judicial review* deve se erguer *a favor* da democracia, não *contra* ela.

Em vez de recorrer a fundamentos abstratos, a proposta de Ely era deliberadamente contida. Tribunais não deveriam definir o conteúdo da justiça inscrito em cláusulas constitucionais – como queria, por exemplo, Dworkin –, mas garantir que o processo democrático funcionasse de forma minimamente justa, com igualdade de acesso, liberdade de expressão e canais abertos de participação política: “[a] melhor garantia de justiça e felicidade não está na tentativa de defini-las para todo o sempre, mas sim na postulação de processos governamentais pelos quais suas dimensões possam ser especificadas no decorrer do tempo”⁵⁵³.

Para Dixon, essa abordagem possibilitou construir um modelo de revisão judicial que preserva a soberania popular ao mesmo tempo em que protege minorias e corrige distorções no processo de formação da vontade política. Por isso, ela retoma tal projeto e insiste que o desafio da teoria constitucional não é refutar Ely, mas aprofundar e adaptar as ideias que ele formulou à luz das transformações vividas por sistemas constitucionais contemporâneos e das ameaças

⁵⁵⁰ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age... op. cit.*, p. 14 *et seq.*

⁵⁵¹ Tradução livre. No original: “[...] a commitment to representation-reinforcement that involves protecting and promoting the capacity of a democratic system to respond both to minority rights claims and considered majority understandings under a range of realworld, non-ideal conditions”. DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age... op. cit.*, p. 16.

⁵⁵² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade... op. cit.*, p. 106

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 118.

atuais à democracia⁵⁵⁴. Em razão dessa relevância – e das críticas que sua proposta costuma suscitar –, a exposição da teoria de Ely será organizada em dois momentos: primeiro, seu legado; depois, seu “fantasma”.

Para alguns autores, como Klarman, a obra de Ely representa a mais importante teoria constitucional produzida nos Estados Unidos no século XX⁵⁵⁵. Segundo o autor, *Democracia e desconfiança* costuma ser tratado como leitura obrigatória sobre os méritos e os deméritos do *judicial review*, além de ter formulado uma alternativa ao debate entre originalismo e teorias morais da interpretação. Sua proposta de reforço da representação democrática marcou uma virada teórica muito criativa, e não apenas no plano doméstico. Como mostram Dixon e Hailbrunner, a teoria de Ely circulou internacionalmente, foi discutida em várias línguas e chegou a influenciar o desenho político de outros países⁵⁵⁶.

Como já ficou claro neste ponto da dissertação, a compreensão dominante sobre o controle de constitucionalidade o concebe como um instrumento voltado à proteção de direitos fundamentais por meio de juízos *substantivos*. No modelo tradicional, o papel dos tribunais é avaliar o *conteúdo* das normas e verificar sua conformidade com valores e princípios presentes na constituição. Ocorre que, diante dos problemas apontados no capítulo 2, que gravitam em torno da dificuldade contramajoritária, o *judicial review* passou a ser um alvo teórico daqueles autores preocupados com o esvaziamento da democracia. Mais especificamente, foi Bickel quem formulou de forma mais clara que o ato de anular uma decisão legislativa é uma “instituição desviante” da democracia⁵⁵⁷. Há também, é claro, a complexidade associada ao problema interpretativo. Tudo isso impõe uma série de reservas ao controle de constitucionalidade.

Contudo, como faz notar Ely, embora seja contraintuitivo, esse não é o único caminho disponível ao Judiciário. Em vez de julgar o mérito das decisões políticas, os tribunais poderiam examinar se o processo democrático funcionou adequadamente e se assegurou a participação igualitária dos cidadãos interessados⁵⁵⁸. Sua ideia é que os tribunais podem atuar para preservar

⁵⁵⁴ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 15.

⁵⁵⁵ KLARMAN, Michael J. The Puzzling Resistance to Political Process Theory. *Virginia Law Review*, v. 77, n. 4, maio 1991, p. 747.

⁵⁵⁶ DIXON, Rosalind. HAILBRONNER, Michaela. Ely in the world: The global legacy of *Democracy and Distrust* forty years on. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 2, abr. 2021, p. 430-433.

⁵⁵⁷ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics...* *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵⁸ “[Q]uando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo –, nada encontramos. Apesar da suposição comum de que essas são as únicas opções, elas não são, pois a imposição de valores não é a única resposta possível à nossa consciência de que a Constituição precisa ser preenchida”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade...* *op. cit.*, p. 97.

a integridade do processo democrático, sem invadir o espaço das escolhas *substantivas* do legislador. Esse modelo valoriza os aspectos da deliberação democrática, em vez dos resultados traduzidos pelas leis⁵⁵⁹. A novidade proposta por Ely está na interpretação das constituições como instrumentos que organizam os elementos essenciais à democracia, e não como repositórios de filosofias morais. Segundo o autor, isso está evidente no texto constitucional norte-americano: ao longo de seu texto, há diversos mecanismos que buscam garantir a todos os cidadãos a possibilidade de participar em igualdade de condições no processo político. Trata-se de um sistema *procedimental*, voltado a assegurar que os responsáveis pelas decisões levem em consideração os interesses dos diversos segmentos da população.

Para Ely, essa função “corretiva” do Judiciário está limitada a duas situações, quando

(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.⁵⁶⁰

Ely localiza essa ideia na famosa nota de rodapé número quatro do caso *United States v. Carolene Products Co.*⁵⁶¹, proferido pela Suprema Corte em 1938⁵⁶². Em um trecho do voto do Justice Harlan Fiske Stone, há a sugestão de que leis que afetem o funcionamento do processo político ou que discriminem grupos vulneráveis podem justificar um exame judicial mais rigoroso. A nota expressa uma intuição de que quando o processo democrático se mostra comprometido, o Judiciário tem um papel legítimo na preservação da representatividade.

A formulação de Stone inaugurou o conceito de “minorias discretas e insulares”, que se tornaria central na teoria constitucional norte-americana e na proposta teórica de Ely. Essas minorias, por razões como estigmatização social, isolamento cultural ou histórico de exclusão, enfrentam obstáculos desproporcionais para influenciar o processo legislativo. Mesmo em regimes democráticos, sua voz tende a ser marginalizada ou simplesmente ignorada, o que coloca

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 139 et seq.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 137.

⁵⁶¹ 304 U.S. 144 (1938). Decisão que manteve a constitucionalidade de uma lei federal que proibia a venda interestadual de leite condensado. O caso ficou marcado pela famosa nota de rodapé número quatro, em que a Suprema Corte sugeriu que certas leis merecem um escrutínio mais rigoroso, especialmente quando afetam direitos expressamente garantidos, restringem o processo político ou discriminam grupos minoritários. Essa nota de rodapé introduziu um critério diferenciado de revisão judicial, que influenciou a doutrina constitucional norte-americana e propôs a ideia de “testes” mais rigorosos diante de certos direitos fundamentais.

⁵⁶² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade...* op. cit., p. 100-102.

em xeque o ideal de igualdade política. Portanto, essa orientação defende que, se seguido corretamente, o processo democrático é o método mais legítimo para tomada de decisões públicas. Todavia, quando diante de hostilidade ou de violações procedimentais recorrentes, esse processo pode estar viciado. Ely resgata essa ideia para afirmar que a função judicial, nesses casos, é reabrir os canais de participação e corrigir as distorções representativas causadas por tal preconceito.

Segundo Ely, ao contrário do que propunha a visão predominante, a melhor forma de proteger as minorias não se dá por meio da imposição de uma filosofia moral específica, mas pela garantia de que esses grupos possam participar do processo democrático em igualdade de condições. A legitimidade da intervenção judicial, portanto, não residiria na defesa de um direito constitucional predefinido, mas na reparação de falhas que excluem determinados segmentos da sociedade da arena pública. O ponto de partida é estrutural: o que justificaria a atuação da corte seria a disfunção do sistema de representação, e não a discordância sobre os méritos de uma norma democraticamente promulgada⁵⁶³.

Esse raciocínio se articula com a analogia que Ely estabelece entre o funcionamento da democracia e os princípios do direito antitruste: “entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico”⁵⁶⁴. Assim como o mercado pode sofrer distorções que exigem intervenção judicial para restaurar uma forma de concorrência justa, o sistema político pode ser capturado por grupos que tornam ineficazes as dinâmicas de alternância de poder e de inclusão política. Nesse sentido, a função do Judiciário seria impedir que o “mercado político” se feche à diversidade de interesses e opiniões, assegurando que nenhuma coalizão se perpetue no poder mediante o bloqueio dos mecanismos democráticos.

Segundo Ely, a atuação da Suprema Corte norte-americana durante a *Era Warren* representa um exemplo ilustrativo de como o *judicial review* pode cumprir esse papel⁵⁶⁵. Embora as decisões da Corte tenham recorrido a uma linguagem substantiva – o que pode causar certa

⁵⁶³ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade...* *op. cit.*, p. 103-105.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁶⁵ “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores de fato podem ser corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade”. *Ibidem*, p. 98.

confusão, segundo ele –, seu efeito prático foi o de ampliar o acesso político de grupos historicamente excluídos. Isso foi feito com o propósito de “desobstruir os canais da mudança política, de um lado, e corrigir certos tipos de discriminação contra as minorias, de outro”⁵⁶⁶.

A decisão tomada em *Brown v. Board of Education*, que declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, é o exemplo mais ilustrativo da proposta de Ely⁵⁶⁷. À primeira vista, tal leitura pode soar estranha, pois parece claro que a corte impôs valores morais *substantivos*, como a igualdade racial. Contudo, Ely argumenta que, se bem interpretada, a lógica da decisão é *processual*. Para ele, a corte não decidiu apenas que a segregação racial era uma política moralmente iníqua; na verdade, ela constatou uma falha *estrutural* do processo representativo.

Na prática, ao negar uma educação minimamente adequada, o sistema político estava negando à população negra as ferramentas mais básicas para o exercício da cidadania. Um grupo privado da educação é, por natureza, excluído do debate público, da compreensão de seus direitos e da capacidade de se organizar para defender seus interesses políticos. Dessa forma, a segregação funcionava como um bloqueio aos canais de mudança política. Quando a Suprema Corte interveio, não estava impondo sua própria visão de uma boa sociedade, mas respondendo a uma falha da democracia representativa, que havia se tornado incapaz de se corrigir. A decisão, portanto, foi um ato de *desobstrução*: removeu uma barreira histórica que impedia a igualdade política em sentido pleno.

Esse caminho alternativo está ancorado na crítica à ideia de que tribunais seriam fóruns privilegiados de deliberação moral. Antecipando o argumento de Waldron acerca do desacordo – a versão original de *Democracia e desconfiança* foi publicada em 1980 –, Ely provoca: se nem os maiores filósofos conseguem chegar a um acordo sobre os dilemas da justiça, por que esperar que juízes tomem decisões morais mais sensatas ou mais legítimas do que representantes eleitos?

O autor toma como exemplo o contraste entre duas obras centrais da filosofia política norte-americana. A primeira é *Uma teoria da justiça*⁵⁶⁸, de Rawls; a segunda é *Anarquia, estado e utopia*⁵⁶⁹, de Nozick, que responde a Rawls e rejeita quase todas as suas conclusões. Embora

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 159; 331, nota 96.

⁵⁶⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça...* *op. cit.*

⁵⁶⁹ NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ambas as obras tenham sido muito celebradas, seguem rumos opostos sobre questões fundamentais. À vista disso, Ely pergunta⁵⁷⁰: diante de um caso concreto, o que deveriam fazer os juízes confrontados com tais divergências? Deveriam decidir por uns votos a favor de Rawls, outros a favor de Nozick? Deveriam tomar lado nas resenhas da *New York Review of Books* e determinar quem venceu a disputa? Deveriam acompanhar as vendas de livros para verificar se Rawls convenceu mais leitores do que Nozick? Para Ely, o que fica claro é que não existe um manual de filosofia moral a que os tribunais possam recorrer. Apoiar decisões judiciais em teorias disputadas não só aumenta a imprevisibilidade como desvia o controle de constitucionalidade de sua função mais relevante: garantir o funcionamento justo do jogo político.

Além disso, Ely também contesta a ideia de que, mesmo que pudessem ser filósofos morais, juízes seriam *neutros*. Ao contrário do que prega o argumento comum, o fato de estarem distantes das eleições não os transforma em aplicadores imparciais da justiça: “[a] experiência nos diz que, na verdade, haverá [...] uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos”⁵⁷¹. Ou seja, juízes carregam visões de mundo, pertencem a uma elite social e circulam em espaços em que certos valores são tratados como óbvios, ainda que estejam longe de sê-lo para a maioria da população. Suas decisões, por isso, tendem a refletir os consensos do grupo a que pertencem, e não necessariamente do mundo real. Não há nenhuma razão para acreditar que esse perfil garanta melhores respostas em questões morais controversas: “[n]ossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão”⁵⁷².

Mas Ely defende que isso não significa que juízes não tenham função: “ao contrário da abordagem de valores fundamentais, a abordagem que reforça a representatividade dá aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar”⁵⁷³. É justamente por não estarem imersos nas disputas cotidianas do Legislativo que juízes podem exercer uma espécie de proteção democrática. Por isso, Ely sugere que o Judiciário não deve dizer o que é *justo* – porque é impossível que seja *neutro* nessa função –, mas garantir que todas as vozes possam disputar qual sentido de justiça deve prevalecer, em condições minimamente iguais. Segundo ele, juízes

⁵⁷⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade...* op. cit., p. 77.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 79.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 135.

não são bons para decidir quem tem razão em uma disputa de valores, mas podem ser muito eficazes em impedir que certas vozes sejam caladas ou excluídas do debate. É com esse papel de “garantes” do jogo democrático que os tribunais podem contribuir para uma democracia mais inclusiva.

A exemplo de outras teorias influentes, Ely também recebeu diversas críticas. Como destaca Klarman⁵⁷⁴, a fila de críticos que a obra acumulou ao longo dos anos diz mais sobre seu impacto do que qualquer outro elogio⁵⁷⁵. Como algumas delas têm *insights* revisitados por Dixon, merecem exposição.

A primeira diz respeito à própria utilidade da teoria. Tushnet, por exemplo, destaca que Ely presume que é possível identificar quando minorias são sistematicamente excluídas, e, mais importante, quando isso decorreria de preconceito ou hostilidade⁵⁷⁶. Mas isso pressupõe um consenso mínimo sobre o que constitui uma democracia em perfeito funcionamento. Em sociedades polarizadas, até mesmo o conceito de exclusão política pode ser disputado. Assim, o critério de intervenção proposto por Ely não seria tecnicamente neutro; na verdade, dependeria de juízos não menos controversos do que os que ele busca evitar.

Além disso, como Tribe deixa claro, a distinção entre juízos processuais e substantivos é mais complicada do que parece⁵⁷⁷. Tome-se, por exemplo, o caso dos ladrões. Trata-se de um grupo claramente minoritário, excluído da deliberação política e com baixíssima representação. Se o critério fosse puramente processual, poderia parecer que há um argumento a favor de sua proteção judicial, dado o bloqueio de sua participação. Mas, como é evidente, isso seria um absurdo. A razão pela qual ninguém propõe que se garanta um tratamento constitucional especial aos ladrões está no valor *substantivo* atribuído à propriedade. Como explica Tribe, o que impede a aplicação da lógica de Ely a esse grupo não é a ausência de exclusão política, mas a presença de uma valoração contrária ao comportamento que define o grupo. A implicação disso é que mesmo a escolha de quem merece proteção judicial exigiria também um tipo de julga-

⁵⁷⁴ KLARMAN, Michael J. The Puzzling Resistance to Political Process Theory... *op. cit.*, p. 768 *et seq.*

⁵⁷⁵ Muitas críticas dirigidas a Ely eram, no fundo, réplicas às provocações que o autor havia lançado contra seus contemporâneos. Dworkin, pelo lado progressista, considerou estreita demais a aposta no processo democrático, lembrando que certas garantias constitucionais contra a maioria fazem parte do próprio conceito de “democracia como parceria”. Já Berger, pelo lado conservador, acusou Ely de abandonar o texto e a intenção original dos *Framers*, entregando aos juízes um poder que Ely dizia querer limitar. Cf. DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We The People In Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990; BERGER, Raoul. Ely’s “Theory of Judicial Review”. *Ohio State Law Journal*, v. 42, p. 87-130, 1981.

⁵⁷⁶ TUSHNET, Mark V. *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law...* *op. cit.*, p. 70 *et seq.*

⁵⁷⁷ TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, v. 89, maio 1980, p. 1075.

mento substantivo prévio. O critério de exclusão política, quando tomado isoladamente, conduziria a paradoxos, porque ignora os valores que a constituição pressupõe.

Ely também deixou um “fantasma” sobre o pensamento liberal. Isso ficou evidente no julgamento de *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, em que a Suprema Corte revogou os precedentes que reconheciam o direito constitucional ao aborto. A dificuldade de operacionalizar sua teoria – somada à ambiguidade dos critérios de exclusão política – permitiu que as ideias do autor fossem reinterpretadas em sentidos opostos ao projeto original. De orientação conservadora, o *Justice* Samuel Alito recorreu a Ely, um liberal, como espécie de blindagem da decisão contra acusações de partidarização do julgamento⁵⁷⁸, porque o autor havia tecido sérias críticas a *Roe v. Wade*⁵⁷⁹. Em outras palavras, Alito enquadrou a reversão de *Roe* como um triunfo do processo democrático sobre a imposição judicial de um valor substantivo, conforme preconizaria a teoria do reforço da representação. Sua lógica foi de que, se até Ely, um constitucionalista progressista e moralmente favorável à proteção do aborto, havia considerado *Roe* mal fundamentado, então os conservadores estariam duplamente autorizados a reverter o precedente.

Além disso, como observa Tully, a estrutura da teoria de Ely limita sua utilidade em casos como *Dobbs*⁵⁸⁰. Por privilegiar a correção do processo democrático e evitar a definição de direitos substantivos, Ely pressupunha que apenas grupos excluídos do sistema representativo justificariam a intervenção judicial. Nesse modelo, as mulheres não se encaixariam nas categorias de proteção, já que têm direito ao voto e exercem participação política em condições *formais* de igualdade. Para Tully, o resultado foi a consolidação de uma geração liberal que, por internalizar os limites de uma teoria voltada exclusivamente à participação eleitoral, abriu mão da capacidade argumentativa para proteger ideias substantivas de igualdade.

É diante dessas críticas que Dixon propõe a ideia de controle de constitucionalidade *responsivo*. Embora sustente que o propósito de Ely continue válido, ela propõe uma reconstrução de sua teoria. Em sua leitura, *Democracia e desconfiança* apresenta três limitações prin-

⁵⁷⁸ “No geral, a fundamentação de *Roe* era extremamente frágil, e os comentaristas acadêmicos – inclusive aqueles que concordavam com a decisão do ponto de vista político – foram implacáveis em suas críticas. John Hart Ely escreveu, de forma célebre, que *Roe* ‘não é direito constitucional e [não transmite] quase nenhuma sensação de obrigação de tentar sê-lo’”. Tradução livre. No original: “All in all, *Roe*’s reasoning was exceedingly weak, and academic commentators, including those who agreed with the decision as a matter of policy, were unsparing in their criticism. John Hart Ely famously wrote that *Roe* was ‘not constitutional law and g[ave] almost no sense of an obligation to try to be’”. 597 U.S. 215 (2022).

⁵⁷⁹ Cf. ELY, John Hart. *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade...* *op. cit.*

⁵⁸⁰ TULLY, Caitlin B. *The Liberal Giant Who Doomed Roe*. *Slate Magazine*, New York, 25 jun. 2023. Disponível em: <https://slate.com/news-and-politics/2023/06/john-hart-ely-dobbs-roe-legacy.html>. Acesso em: 12 jun. 2025.

cipais. A primeira é o seu escopo restrito: Ely baseia toda a sua proposta em uma análise exclusivamente norte-americana, sem levar em conta as experiências de outras democracias constitucionais⁵⁸¹. Ele concebe o controle de constitucionalidade como uma prática que deve ser moldada pelas peculiaridades constitucionais dos Estados Unidos – particularmente a jurisprudência da Suprema Corte durante a *Era Warren* – e, por isso, sua teoria carece de uma dimensão comparativa que possa abranger diferentes formas de disfunção democrática. Como observam Dixon e Hailbronner, mesmo que tribunais em outros países tenham adotado variações do modelo de Ely, o próprio autor não se ocupou de analisar essas experiências, o que torna sua teoria menos aplicável fora do contexto de onde escreveu⁵⁸².

A segunda limitação está na ausência de uma análise sobre as condições que tornam viável a intervenção do Judiciário. Ely parte do pressuposto de que, identificado um vício no processo político, os tribunais deveriam corrigi-lo. Dixon contesta veementemente essa suposição⁵⁸³. Para ela, esse tipo de correção exige mais do que boa vontade: depende de variáveis como apoio político e confiança pública.

A teoria de Ely, por exemplo, não oferece critérios adequados sobre a *intensidade* da intervenção judicial. Em sua proposta, o *judicial review* deve operar com a mesma força, independentemente da gravidade da disfunção democrática. Para Dixon, isso é um equívoco, porque a resposta judicial precisa ser *calibrada* conforme a natureza do déficit identificado. Não faz sentido, por exemplo, aplicar remédios constitucionais fortes em situações em que existe espaço real para deliberação democrática. Nesses casos, o papel do Judiciário deveria ser o de estimular o debate, jamais de encerrá-lo. Por outro lado, diante de violações à liberdade de expressão ou de manipulações eleitorais que comprometem a integridade do processo político, intervenções mais firmes não apenas são justificáveis – são *necessárias*.

A terceira crítica, e a mais importante delas, diz respeito à ausência de critérios para identificar quando o processo democrático se encontra comprometido a ponto de justificar a atuação judicial⁵⁸⁴. A proposta de vincular a legitimidade do *judicial review* à proteção da representação política é criativa, mas é ao mesmo tempo vaga quanto aos parâmetros que permitiriam reconhecer, na prática, quais déficits democráticos exigem intervenção. Ely não distingue

⁵⁸¹ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 14-15.

⁵⁸² DIXON, Rosalind. HAILBRONNER, Michaela. Ely in the world: The global legacy of *Democracy and Distrust* forty years on... *op. cit.*, p. 432.

⁵⁸³ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 48.

entre disfunções episódicas e falhas estruturais, nem oferece diretrizes para classificar os diferentes tipos de exclusão política. Como observaram Tushnet e Tribe, o diagnóstico do problema se torna dependente de juízos intuitivos por parte dos magistrados.

Como adiantado por Tully, o exemplo das mulheres é o mais ilustrativo para explicar essa limitação. Se os critérios de Ely fossem seguidos ao pé da letra, as mulheres não seriam um grupo apto a receber proteção judicial. Elas não constituem minoria numérica – compõem pouco mais de metade da população⁵⁸⁵ – e, na grande maioria dos sistemas políticos ocidentais, detêm os mesmos direitos eleitorais que os homens. No entanto, seria um absurdo sugerir que mulheres não sofrem profundo déficit democrático⁵⁸⁶. Basta observar os índices de representação política: em quase todas as democracias do mundo, a participação feminina nos parlamentos e em cargos executivos de alto escalão é dramaticamente inferior à sua proporção populacional. Conforme explica MacKinnon, quase “[n]enhuma mulher teve voz na concepção das instituições jurídicas que regem a ordem social sob a qual vivem”⁵⁸⁷. Dixon argumenta que este é um tipo diferente de disfunção que a proposta de Ely não consegue abarcar⁵⁸⁸.

Um raciocínio semelhante se aplica aos grupos raciais, mas com uma complexidade que expõe ainda mais os limites da teoria de Ely. Nos Estados Unidos, o autor enquadrava a população negra como o clássico exemplo de “minority discrete and insular”, um grupo numericamente inferior, historicamente estigmatizado e alvo da hostilidade da maioria branca. Nesse contexto específico, para Ely, a proteção judicial teria total legitimidade. O problema é que essa lógica não é universal. No Brasil, por exemplo, a população parda ou negra constitui a *maioria* percentual da população. Se o problema fosse puramente numérico ou de capacidade de formar maiorias, como sugere o modelo de Ely, não haveria justificativa para uma proteção judicial, pois esse grupo deteria, em tese, o poder da maioria. Contudo, é inegável que essa parcela da

⁵⁸⁵ De acordo com o Censo Demográfico de 2022, as mulheres representam 51,5% da população residente no Brasil (aproximadamente 104,5 milhões), enquanto os homens correspondem a 48,5% (98,5 milhões). Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2022*: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. Rio de Janeiro: IBGE, 27 out. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 12 set. 2025.

⁵⁸⁶ Cf. MACKINNON, Catharine A. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 116.

⁵⁸⁷ Tradução livre. No original: “No woman had a voice in the design of the legal institutions that rule the social order under which women [...] live”. *Ibidem*, p. 116.

⁵⁸⁸ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 62.

população brasileira enfrenta sérios déficits democráticos, que se manifestam na sub-representação política, na violência estatal e em desigualdades socioeconômicas estruturais⁵⁸⁹.

É por essas razões que Dixon vê a necessidade de reconstruir o projeto de Ely. Ela propõe substituir o conceito de “falha política” por uma tipologia mais detalhada de “déficits democráticos”, capazes de diagnosticar as formas pelas quais um sistema político, mesmo cumprindo os ritos procedimentais, falha em relação às demandas de seus cidadãos⁵⁹⁰. Como ela diz, “[p]ara ser útil como guia para escolhas constitucionais, qualquer teoria contemporânea de reforço judicial da representação precisa ser tanto mais abrangente quanto mais qualificada do que a proposta pelo próprio Ely”⁵⁹¹. Esse é o desafio a que Dixon se propõe.

4.2 DÉFICITS DEMOCRÁTICOS

Como alternativa, Dixon formula uma teoria responsiva do *judicial review*. Sua proposta parte do reconhecimento de que, para que a intervenção judicial seja legítima, é preciso identificar quais déficits democráticos comprometem o funcionamento do sistema político⁵⁹². A partir dessa identificação, o tribunal deve avaliar qual tipo de resposta é mais adequado, ajustando sua intervenção conforme as características do problema. Isso implica abandonar a ideia de que exista *um* único modelo de revisão judicial válido para todos os casos ou sistemas jurídicos. Em certos contextos, pode ser necessário recorrer a formas mais firmes de controle, com possibilidade de invalidação da norma. Em outros, soluções mais brandas – como declarações de incompatibilidade ou mecanismos de diálogo com o Legislativo – podem ser mais eficazes.

Dixon identifica três formas de bloqueio democrático⁵⁹³: (i) a concentração de poder político nas mãos de elites governantes, com erosão das garantias eleitorais ou institucionais (monopólio autoritário); (ii) a incapacidade do legislador de perceber demandas ou impactos sobre certos grupos sociais (pontos cegos); e (iii) a persistente inércia política diante de reivindicações democráticas legítimas (ônus da inércia). Em todos esses casos, segundo Dixon, há

⁵⁸⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2022*: pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Rio de Janeiro: IBGE, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda>. Acesso em: 12 set. 2025.

⁵⁹⁰ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 60-61.

⁵⁹¹ Tradução livre. No original: “To be useful as a guide to constructional choice, therefore, any contemporary account of judicial representation-reinforcement must be both broader and more qualified than that offered by Ely himself”. *Ibidem*, p. 63.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 81.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 15.

mais do que um problema de representação; trata-se de um déficit de *responsividade*.

A proposta desloca o foco nos vícios procedimentais e o insere em uma teoria mais abrangente, voltada à promoção da capacidade de responder às demandas sociais. Com particular destaque, a responsividade proposta por Dixon envolve a capacidade de escutar, deliberar e responder, de modo adequado, às necessidades e reivindicações da sociedade, sobretudo quando essas vozes não encontram eco nos canais majoritários. O controle de constitucionalidade funcionaria como uma ferramenta para *fortalecer* o vínculo entre instituições políticas e vontade popular, sem a pretensão de substituí-lo. Como ela diz, juízes devem “possuir a combinação adequada de habilidades jurídicas e políticas para identificar bloqueios democráticos relevantes e determinar como e quando a intervenção judicial pode ser mais eficaz para enfrentá-los”⁵⁹⁴.

4.2.1 Controle autoritário do sistema político

Para Dixon, uma das manifestações mais graves de déficit democrático ocorre quando membros do governo buscam capturar o sistema político⁵⁹⁵. A autora chama esse problema de “monopólio antidemocrático” – expressão que se refere aos casos em que partidos de situação usam seus cargos para enfraquecer a competição política e domesticar o poder. Trata-se da deterioração sistemática do que a autora chama de “núcleo mínimo democrático”⁵⁹⁶: eleições livres entre múltiplos partidos, liberdades básicas de expressão, associação e reunião, e instituições neutras que fiscalizem o exercício do poder⁵⁹⁷. Quando esse núcleo é ameaçado, o controle judicial da constitucionalidade poderia desempenhar um papel essencial a título de proteção das condições que sustentam a democracia. Aliás, como Dixon deixa claro, o controle judicial pode ser na verdade a *única* alternativa disponível, pois “se bem-sucedidas, mudanças desse tipo tornam-se cada vez mais difíceis de reverter”⁵⁹⁸.

Dixon observa que, ao contrário dos exemplos do passado, a erosão das democracias

⁵⁹⁴ Tradução livre. No original: “[...] have the requisite mix of legal and political skills necessary to identify relevant democratic blockages and determine how and when they can most effectively be countered by judicial intervention”. *Ibidem*, p. 16.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 86-88.

⁵⁹⁶ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive democracy and the constitutional minimum core. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (orgs.). *Assessing Constitutional Performance: Comparative Constitutional Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Cap. 10, p. 268-292.

⁵⁹⁷ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 77-81.

⁵⁹⁸ Tradução livre. No original: “[...] if successful, changes of this kind can become harder and harder to reverse”. *Ibidem*, p. 116-117.

contemporâneas não acontece de forma abrupta; ocorre, via de regra, por meio de reformas *incrementais*: “[u]ma das marcas das mudanças constitucionais abusivas é que frequentemente envolvem alterações que, isoladamente, não representam uma ameaça óbvia ou imediata ao núcleo democrático mínimo – mas que, em conjunto, representam essa ameaça de forma bastante clara”⁵⁹⁹.

O mecanismo mais comum é a manipulação das regras eleitorais, em especial por meio de interferência em órgãos como cortes, agências, instituições de controle político, *etc.* Essas práticas têm por objetivo não apenas vencer eleições, mas impedir que o poder seja perdido por vias democráticas. Em síntese, em vez de fraudes grosseiras ou violentas, os governos se valem de mudanças aparentemente ordinárias.

Dixon analisa diversos exemplos internacionais desse fenômeno. Por exemplo, na Hungria, o partido *Fidesz*, liderado por Viktor Orbán, obteve uma maioria parlamentar em 2010 e iniciou uma série de reformas que alteraram a arquitetura política do país. A nova constituição, aprovada sem participação significativa da oposição, reduziu a independência do Judiciário, ampliou o controle sobre agências reguladoras e impôs limites severos às organizações da sociedade civil e à imprensa⁶⁰⁰.

A Polônia seguiu um caminho semelhante. Após vencer as eleições em 2015, o partido *Lei e Justiça (PiS)* aprovou uma série de leis que minaram a autonomia do Tribunal Constitucional, interferiram na nomeação de juízes e possibilitaram o controle do Executivo sobre os meios de comunicação, o Ministério Público e outras instituições fiscalizadoras. A repressão a protestos, o enfraquecimento de organizações não governamentais e a manipulação das regras eleitorais reforçaram a consolidação de um cenário em que o desacordo político é continuamente desestimulado. Embora essas reformas tenham sido apresentadas como ajustes legais ordinários, o efeito conjunto foi a centralização autoritária do poder⁶⁰¹.

Fora do continente europeu, o caso da Venezuela exemplifica o uso estratégico da constituição como ferramenta de concentração de poder. A Carta de 1999, adotada sob a liderança de Hugo Chávez, eliminou importantes freios e contrapesos institucionais, permitiu a reeleição presidencial e facilitou a substituição de membros do Judiciário por aliados do Executivo. Sob o comando de Nicolás Maduro, esse processo se aprofundou, com o fechamento de canais in-

⁵⁹⁹ Tradução livre. No original: “One of the hallmarks of abusive constitutional change is that it often involves changes that, by themselves, do not pose an obvious or immediate threat to the minimum core—yet together, do so quite clearly”. *Ibidem*, p. 169.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 81-82.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 82.

dependentes de mídia, a repressão sistemática a manifestações e a perseguição judicial de adversários políticos. A realização de eleições, embora ainda mantida formalmente, deixou de representar um mecanismo autêntico de escolha democrática⁶⁰².

Na Nicarágua, o retorno de Daniel Ortega à presidência em 2006 marcou o início de uma ofensiva autoritária sustentada por sucessivas reformas. Ortega passou a controlar os tribunais eleitorais, prendeu candidatos opositores, pôs partidos rivais na ilegalidade e impôs restrições severas a organizações civis. A alteração da constituição para permitir sua reeleição indefinidamente consolidou a transformação do sistema político em um modelo de dominação personalista⁶⁰³.

Mesmo em contextos em que há aparência de competição política, é possível identificar sinais de erosão das instituições democráticas. Segundo Dixon, no Brasil, durante o governo de Jair Bolsonaro, verificaram-se ataques reiterados ao Supremo Tribunal Federal, tentativas de deslegitimar órgãos de controle, disseminação sistemática de desinformação e agressões públicas à imprensa⁶⁰⁴. Embora o processo eleitoral tenha sido preservado, os alertas sobre o risco de captura do núcleo democrático foram constantes, especialmente diante da retórica velada de golpismo e do esforço para desacreditar instituições autônomas⁶⁰⁵.

De acordo com Dixon, na Turquia, após sua eleição, Erdoğan seguiu a cartilha convencional e promoveu uma série de reformas que ampliaram os poderes presidenciais, esvaziaram a independência do Judiciário e subordinaram agências reguladoras ao Executivo. O uso prolongado de poderes de emergência e a repressão a jornalistas, juízes e opositores políticos ilustram a degradação dos pilares da democracia constitucional⁶⁰⁶.

Em Israel, embora o processo seja mais recente e menos intenso, reformas propostas para limitar a autonomia do Judiciário despertaram preocupações semelhantes quanto à preservação do pluralismo institucional⁶⁰⁷.

Na Índia, sob o governo de Narendra Modi e do *Partido do Povo Indiano (BJP)*, observou-se uma erosão do compromisso com valores constitucionais como a laicidade, a inclusão política e os direitos das minorias. O parlamento, sob controle do partido governista, promoveu

⁶⁰² *Ibidem*, p. 82-83.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 83.

⁶⁰⁴ Sobre o caso brasileiro, vale a pena conferir o excelente trabalho de Meyer, que desenvolveu o conceito de “erosão constitucional”. Cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constitutional Erosion in Brazil*. Oxford: Hart Publishing, 2021.

⁶⁰⁵ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 83.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

leis que ampliaram o Poder Executivo e reduziram a capacidade de atuação de instituições independentes, incluindo o Judiciário. A liberdade de imprensa foi abalada, e órgãos de fiscalização passaram a operar sob forte pressão política. Em regiões próximas, Bangladesh, Sri Lanka e Filipinas assistiram a processos semelhantes, marcados por ataques a tribunais, limitações à atuação da oposição e concentração progressiva do poder em torno do Executivo⁶⁰⁸.

A análise de Dixon faz ainda algumas referências à África. Em países como Uganda, Burundi, Guiné e Benim, reformas eliminaram limites de mandatos presidenciais e enfraqueceram mecanismos de fiscalização. Em muitos desses casos, a degradação do “núcleo democrático mínimo” não resultou de rupturas violentas, mas de mudanças graduais na legislação e de um uso estratégico da posição governamental para neutralizar o pluralismo político⁶⁰⁹.

Esses exemplos são ilustrativos para começar a esboçar a proposta de Dixon. Embora refira que Waldron tem excelentes argumentos a favor da prioridade das decisões democráticas, ela entende que “há uma série de bloqueios potenciais que podem minar a capacidade do sistema como um todo de traduzir compromissos constitucionais em normas jurídicas”⁶¹⁰. Isto é, mesmo que se parta de um forte compromisso com a autoridade da decisão majoritária, esse compromisso depende de certas condições democráticas. Quando estas estão comprometidas, o que sobrevive é apenas a aparência de legitimidade. Nesses casos, o argumento de Waldron acerca do respeito à deliberação legislativa se tornaria frágil, pois presume que essa deliberação ocorreu em um ambiente funcional e pluralista. Ela inverte a lógica: é para *preservar* o valor da decisão majoritária que, em certos contextos, o controle judicial é necessário.

Esse argumento coloca o controle de constitucionalidade sob uma nova lente. Em vez de ser um instrumento impositivo voltado à proteção de direitos substantivos, ele pode assumir uma função “pré-política”, a fim de preservar as condições estruturais que permitem que a maioria se forme, que o desacordo político se organize e que a oposição atue com chances reais de disputar o poder. O que Dixon defende é que sua legitimidade não decorre de uma superioridade dos juízes, mas de sua posição privilegiada. Essa abordagem ressoa o argumento de Ely apresentado no tópico anterior: tribunais não são bons para dizer quem está certo no mérito das disputas políticas e morais, mas para garantir que todos joguem conforme as regras. Ou seja, juízes são bons *fiscais* da lisura da competição democrática. Em suas palavras,

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 83-84.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 85.

⁶¹⁰ Tradução livre. No original: “[...] there are a range of potential blockages that can undermine the capacity of the system as a whole to translate constitutional commitments into law”. *Ibidem*, p. 94.

[d]iferentemente dos legisladores, os juízes geralmente contam com mandatos longos, são protegidos contra a destituição do cargo e têm incentivos limitados para responder a demandas e pressões eleitorais (por exemplo, também costumam ser protegidos contra reduções salariais). Além disso, enfrentam menos diretamente o dilema entre tratar de questões relevantes para minorias eleitorais e aquelas que importam para as maiorias.⁶¹¹

Assim vistas as coisas, parece difícil discordar de Dixon. Maiorias sistemáticas, como aquelas formadas por partidos que controlam simultaneamente o Executivo e o parlamento – algo comum em regimes parlamentaristas, por exemplo –, dispõem de meios para redesenhar as instituições em benefício próprio. Por exemplo, quando reformas eleitorais não encontram barreiras relevantes – especialmente porque os órgãos de controle interno podem também estar tomados pelos partidos majoritários –, é fácil aprovar mudanças que enfraquecem a competição política e dificultam a alternância no poder. Esse déficit revela um bom argumento para começar a questionar a ideia de tratar o controle judicial da constitucionalidade como um instrumento antidemocrático por natureza, à maneira de Waldron.

Em primeiro lugar, porque é muito difícil sustentar que reformas políticas voltadas à autopropetuação representam um compromisso democrático sincero. Isso esvazia em parte a crítica ao *judicial review*, já que o desacordo político, tomado nesse sentido, não seria um confronto honesto entre legítimas visões políticas, mas um mero disfarce. Em segundo, porque quando Executivo e Legislativo se alinham com o objetivo de restringir o espaço da oposição, poucas instituições contam com real capacidade de reação. O Judiciário, se ainda preserva alguma independência, pode ser a única instância capaz de impedir a consolidação do monopólio político. Esse diagnóstico parece encontrar ressonância no mundo real: em muitos desses contextos, projetos de reforma política costumam vir acompanhados de propostas para controlar ou enfraquecer os tribunais, o que confirma o papel estratégico da jurisdição constitucional na defesa do núcleo democrático. Tomado nesse sentido, o controle de constitucionalidade pode, de fato, ser o último guardião da democracia.

A ideia de Dixon pode ser comparada a um antigo argumento desenvolvido por Klarman⁶¹². Em sua proposta de uma teoria “anti-entrenchment”, ele constata que há uma justificativa fácil e até intuitiva para o *judicial review*: quando a atuação judicial se dá *em favor* das maiorias, sejam elas atuais ou futuras. Isso acontece, em geral, quando o sistema político

⁶¹¹ Tradução livre. No original: “Unlike legislators, judges also generally enjoy a long period of tenure, are protected from removal from office, and have limited incentives to respond to electoral demands and pressures (e.g., they are generally also protected from reductions in pay). They also face less of a direct trade-off between addressing issues of concern to electoral minorities and majorities”. *Ibidem*, p. 176.

⁶¹² KLARMAN, Michael J. Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem. *The Georgetown Law Journal*, v. 85, n. 3, fev. 1997, p. 491.

busca se “entrincheirar” no poder, em especial por meio da manipulação das regras do jogo. Nesses contextos, por mais contraintuitivo que soe, o controle judicial seria mais “majoritário” do que a decisão legislativa, quando esta está contaminada por interesses de autopreservação. O que Klarman quer dizer é que não faz sentido apontar a dificuldade contramajoritária contra uma intervenção judicial que se justifique em proteção às regras democráticas⁶¹³.

Quando explorou esse fenômeno, na década de 90, Klarman ainda não estava diante dos retrocessos democráticos a que o mundo assistiu nos últimos anos. Ainda assim, sua preocupação é semelhante à de Dixon: ambos veem no controle judicial um instrumento relevante contra esse tipo de desvio. À época, ele identificou alguns padrões de comportamento que justificariam, na sua visão, a intervenção judicial. O primeiro é o *entrincheiramento* legislativo: quando representantes eleitos aprovam normas que os beneficiam diretamente, reduzindo suas chances de substituição por adversários⁶¹⁴. A lógica é que quando o assunto é uma regra que afeta sua permanência no cargo, o interesse do representante em ser reeleito pode falar mais alto. O segundo é intertemporal: quando uma maioria momentânea tenta projetar seu domínio ao longo do tempo, para continuar governando mesmo depois de deixar de ser, de fato, uma maioria, por meio de obstáculos deliberados criados para futuras composições legislativas⁶¹⁵.

Klarman explica que reformas que desequilibram o processo eleitoral, como as que manipulam distritos eleitorais, dificultam o acesso ao voto ou restringem a formação de novos partidos, não se limitam a distorcer preferências; quando bem analisadas, vê-se que elas comprometem a própria capacidade de o sistema refletir as preferências populares⁶¹⁶.

Segundo ele, um exemplo histórico simples de entrincheiramento é a resistência do Senado dos Estados Unidos à aprovação da Décima Sétima Emenda⁶¹⁷, que instituiu a eleição direta de Senadores⁶¹⁸. Antes da emenda, os Senadores eram escolhidos pelas assembleias legislativas dos Estados, o que dava larga vantagem a partidos e interesses locais já consolidados. A partir da década de 1890, a Câmara dos Representantes começou a aprovar sucessivos proje-

⁶¹³ *Ibidem*, p. 498.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 502.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 504.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 501.

⁶¹⁷ Constituição dos Estados Unidos, Décima Sétima Emenda: “O Senado dos Estados Unidos será composto por dois Senadores de cada Estado, eleitos pelo povo desse Estado, com mandato de seis anos; e cada Senador terá direito a um voto [...]”. Tradução livre. No original: “The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote [...]”. Disponível em: [https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_17_\(1913\)](https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_17_(1913)). Acesso em: 16 jun. 2025.

⁶¹⁸ KLARMAN, Michael J. Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem... *op. cit.*, p. 503.

tos de emenda constitucional para alterar esse modelo, respondendo à pressão popular. A proposta contava com amplo apoio da opinião pública, com diversos estados aprovando resoluções exigindo sua adoção. No entanto, o Senado bloqueou por anos qualquer votação da emenda, pois seus próprios membros tinham interesse na manutenção do sistema vigente, do qual eram os principais beneficiários. Foi apenas diante da ameaça real de convocação de uma convenção constitucional pelos Estados – o que obrigaria o Congresso a agir – que o Senado finalmente aprovou a proposta em 1912.

Outro caso interessante analisado por Klarman trata da dificuldade em aprovar leis que limitem o número de mandatos consecutivos que um parlamentar pode exercer⁶¹⁹. Diversas pesquisas de opinião, desde o século XX, indicam que grande parte do eleitorado norte-americano apoia restrições desse tipo, como forma de evitar a profissionalização da classe política, renovar os quadros do Legislativo e reduzir os incentivos à perpetuação no poder. Apesar disso, o Congresso jamais aprovou uma lei federal com esse conteúdo, nem avançou qualquer proposta de emenda constitucional nesse sentido. A razão é intuitiva, já que os parlamentares, sendo os principais afetados, não têm incentivo para aprovar medidas que reduzam seu tempo de permanência nos cargos.

Em contrapartida, em alguns estados norte-americanos, a limitação de mandatos foi adotada com sucesso. Mas isso só foi possível em estados que permitem a iniciativa popular, ou seja, quando há mecanismos que autorizam os próprios eleitores a propor leis ou emendas constitucionais. Nesses casos, as restrições ao número de mandatos foram aprovadas diretamente pela população, muitas vezes contrariando a vontade dos legisladores estaduais. Klarman utiliza esse exemplo para mostrar como representantes eleitos não são apenas reprodutores dos desejos de uma maioria tirânica; eles próprios, numericamente minoritários, podem usar sua posição para bloquear mudanças apoiadas pelos eleitores, principalmente quando essas mudanças buscam promover mais alternância e representatividade⁶²⁰. Em síntese, os próprios representantes podem ser *contramajoritários*.

Por isso, ele defende que, nesses casos, o Judiciário poderia atuar para restaurar a abertura do processo político, protegendo a possibilidade de que uma maioria diferente conquiste o poder por vias democráticas e faça valer sua agenda política. O que é mais importante, essa função não depende de qualquer autoridade epistêmica dos juízes; sua legitimidade decorre da

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 509.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 510.

posição institucional que ocupam: juízes não concorrem a eleições, não controlam os mecanismos legislativos, não comandam agências ou direcionam o orçamento. Justamente por isso, são menos suscetíveis aos incentivos que levam legisladores a distorcer as regras da competição⁶²¹.

Vale insistir, um dos argumentos mais fortes de Dixon é que sob certas condições, juízes podem ser os únicos agentes com capacidade institucional de preservar a democracia diante da ameaça de sua neutralização. Mais especificamente, o Judiciário pode até evitar que crises democráticas se instalem: “[s]istemas democráticos que deixam consistentemente de responder às necessidades, preocupações e perspectivas das maiorias democráticas tendem a perder apoio e confiança do público”⁶²². Além disso, “[t]ribunais também podem, frequentemente, elevar o custo político de medidas que contribuam para o monopólio eleitoral ou institucional”. Embora não possam *impedir* revoluções sociais, já que agentes autoritários sempre poderão se utilizar de violência ou de manobras às margens da legalidade, “os tribunais podem funcionar como uma espécie de ‘lombada’ ou elemento de dissuasão contra tais ações”⁶²³. Em um mundo polarizado, isso é da maior relevância.

4.2.2 Pontos cegos institucionais

Mas, apesar de ser mais facilmente aceito em períodos de crise democrática, o controle de constitucionalidade também pode se mostrar adequado em cenários de normalidade. Isso acontece, por exemplo, no segundo tipo de déficit identificado por Dixon: mesmo em sistemas democráticos aparentemente em bom funcionamento, pode haver bloqueios que impedem a tradução dos compromissos constitucionais em normas e políticas públicas. Segundo ela, “[p]ontos cegos de aplicação ocorrem quando o legislativo, como um todo, falha em considerar o impacto das leis sobre o gozo de direitos constitucionais ou outras garantias”⁶²⁴. O que marca esse tipo de bloqueio é que, em geral, não decorre de má-fé ou de abuso de poder político, mas de falhas políticas corriqueiras, como a escassez de tempo, o acúmulo de demandas legislativas, a negligência em relação a grupos marginalizados ou a ausência de incentivos para avaliar o

⁶²¹ *Ibidem*, p. 529.

⁶²² Tradução livre. No original: “Democratic systems that consistently fail to respond to the needs, concerns, and perspectives of democratic majorities will often lose public support and trust”. DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age... op. cit.*, p. 102.

⁶²³ Tradução livre. No original: “Courts can also often raise the political costs of undertaking measures that contribute to sources of electoral or institutional monopoly. [...] Courts, however, can often act as an important “speed bump” or deterrent against such action”. *Ibidem*, p. 177.

⁶²⁴ Tradução livre. No original: “Blind spots of application arise where the legislature, as a whole, fails to consider the impact of laws on the enjoyment of constitutional rights, or other guarantees”. *Ibidem*, p. 171.

impacto de certas normas sobre direitos fundamentais.

O déficit democrático decorrente da inércia também foi desenvolvido em diálogo com a proposta de Waldron. Ele sustenta que, desde que certas condições mínimas estejam presentes⁶²⁵, o processo legislativo é suficiente, e até preferível, como espaço de deliberação sobre direitos. Dixon, no entanto, contesta a conformidade empírica dessas premissas. De acordo com ela, mesmo em democracias consolidadas haveria certas limitações de desempenho que afetam a qualidade das decisões e que abrem espaço para distorções que o Legislativo, sozinho, não consegue corrigir.

Segundo Dixon, uma causa comum de pontos cegos são os mecanismos internos do processo legislativo, a exemplo do funcionamento das comissões temáticas. O modo como funcionam influencia diretamente o que entra em pauta e como os temas são debatidos. Quando uma comissão é dominada por representantes que compartilham uma mesma posição ideológica, tende a reproduzir apenas aquela perspectiva. Um exemplo comum são as comissões de segurança pública. Quando compostas por representantes alinhados a posições mais punitivistas, tendem a priorizar a repressão e ignorar discussões sobre garantias individuais ou abuso policial. O resultado costuma ser uma legislação com viés de origem, por ter sido moldada sob um filtro de ideias. Situação semelhante pode ocorrer em temas como políticas ambientais, direitos trabalhistas ou regulação econômica, sempre que um setor captura a pauta e inibe contrapontos relevantes. O problema, segundo Dixon, é que esse tipo de viés não é exceção no processo legislativo; é parte de seu modo habitual de operar.

Além disso, pressões econômicas e corporativas também podem gerar pontos cegos. Quando grupos poderosos conseguem capturar a agenda, temas relevantes para a maioria da população acabam ficando de fora. O problema não é apenas de acesso, mas de desproporção da influência. Isso ocorre, por exemplo, nas discussões sobre regulação ambiental. Se o *lobby* do agronegócio ou de setores industriais domina as comissões responsáveis sobre os temas, é natural que propostas que buscam proteger ecossistemas, regular o uso de agrotóxicos ou mitigar as mudanças climáticas tenham menores chance de prosperar. Um interesse concentrado pertence a um grupo pequeno e bem definido, como um setor industrial, um sindicato específico ou um grupo de grandes empresas. Nesses casos, qualquer mudança, seja para o bem ou para o mal, tem um impacto financeiro direto e muito alto para cada membro do grupo. Por causa disso, o incentivo para se organizar é altíssimo. É pouco custoso para esses poucos grupos reunir

⁶²⁵ Os quatro elementos destacados por Waldron ficaram conhecidos como o “*core case*” – ou “núcleo do argumento” – para justificar por que o controle de constitucionalidade não é uma instituição desejável em uma democracia. Ele será melhor examinado no tópico 5.1.

recursos, financiar estudos e manter uma presença constante nos bastidores do parlamento. O benefício de sua ação política é exclusivo para eles.

Em contraste, um interesse difuso é aquele que pertence à *coletividade*. São exemplos a regulação de planos de saúde, os direitos do consumidor ou a proteção de dados. Embora esses temas afetem a maioria esmagadora da população, o impacto de uma única lei sobre um único cidadão é pequeno ou indireto. O desafio, portanto, é o custo de organização. Do ponto de vista da logística organizacional, é muito difícil mobilizar milhões de cidadãos espalhados pelo país para contribuírem com tempo e dinheiro para uma causa. O interesse da sociedade nesses temas, por ser difuso, manifesta-se de forma esporádica e desorganizada. Além disso, o benefício de uma eventual vitória, como o controle mais rígido de agrotóxicos, embora seja usufruído por todos, não representa nenhum impacto direto na vida de cada um. É por isso que interesses difusos, mesmo sendo tecnicamente *majoritários*, não ecoam com a mesma força. O resultado é um desequilíbrio na representação: o sistema responde mais rapidamente a quem grita mais alto, com mais recursos e de forma mais sistemática. De forma didática, Dixon explica que

[c]ientistas políticos, nas últimas décadas, têm destacado o papel significativo que grupos de interesse organizados exercem na definição dos rumos da democracia. Muitas vezes, os processos políticos democráticos são moldados não apenas por cidadãos ou eleitores, mas por grupos de interesse organizados; e essa dinâmica tende a favorecer sistematicamente grupos pequenos ou médios – como corporações ou setores da indústria – em detrimento de grupos maiores e mais difusos, como consumidores ou demandantes de direitos. Grupos maiores podem até dispor de mais recursos e reunir um número maior de eleitores, mas frequentemente enfrentam sérios problemas de “ação coletiva” ao tentar influenciar decisões políticas. O tamanho do grupo e a dificuldade de monitorar as contribuições individuais fazem com que nenhum membro tenha um incentivo real para pressionar por mudanças legislativas que beneficiem o grupo como um todo. Assim, esses grupos menores, por mais que representem menos pessoas, muitas vezes influenciam mais as decisões políticas do que o seu tamanho faria supor.⁶²⁶

Um outro fator destacado por Dixon é a dificuldade natural em antecipar todos os efeitos

⁶²⁶ Tradução livre. No original: “Political scientists in recent decades have highlighted the powerful role interest groups can play in shaping democratic outcomes. Often, democratic political processes will be influenced by organized interest groups, not just citizens or voters; and these interest group dynamics will systematically benefit small- to medium-sized groups such as corporate or industry groups, over larger, more diffuse groups—such as consumers or democratic rights-claimants. Larger groups may have access to more resources, and a larger number of voters, but will often face significant “collective action” problems in attempting to influence democratic outcomes. The size of the group, and difficulty monitoring individual contributions to it, often mean that no individual member has any real incentive to press for legislative change benefiting the group as a whole. Smaller groups, in contrast, will often be better positioned to monitor the contributions of individual members, and thus to overcome “free rider” problems of this kind. Small- to medium- sized groups, with access both to monitoring technologies and greater resources, will thus often have far greater influence over democratic outcomes than would be predicted by their size or numbers alone”. *Ibidem*, p. 98-99.

de uma norma jurídica⁶²⁷. Leis são aprovadas sob pressão de tempo, em meio a agendas extensas e complexas, que dificultam a análise de todas as repercussões para os direitos fundamentais. Isso força o debate a se concentrar nos objetivos principais e mais óbvios da lei, deixando as consequências secundárias ou indiretas sem a devida análise. Além dessa pressão, Dixon menciona que por vezes faltam ao parlamento as ferramentas necessárias para fazer previsões de impacto⁶²⁸. Isto é, pode não haver dados suficientes ou estudos que simulem como aquela norma afetará distintos grupos sociais em contextos regionais ou econômicos específicos. O resultado é que o parlamento pode aprovar leis com a melhor das intenções, mas que, na prática, acabam violando direitos fundamentais. Essa violação não é deliberada; é um subproduto da incapacidade do processo legislativo de enxergar todas as suas ramificações. Dixon chama esse tipo específico de falha de “pontos cegos de aplicação”. São normas que parecem neutras e adequadas no papel, mas que, quando aplicadas no mundo real, geram impactos prejudiciais que não foram previstos e, portanto, não foram debatidos durante a sua criação.

Há também os chamados “pontos cegos de perspectiva”, mais sutis, associados à composição social do parlamento⁶²⁹. O núcleo da ideia é simples: como visto anteriormente, mesmo em democracias com eleições livres e sufrágio universal, o parlamento raramente funciona como um espelho fiel da população que representa. Na prática, barreiras estruturais dificultam que certos grupos cheguem aos espaços de poder. Essas barreiras podem ser econômicas, ligadas ao custo proibitivo de financiar uma campanha eleitoral, sociais, associadas ao preconceito e a discriminação que afastam certos candidatos, ou partidárias, relacionadas à falta de espaço e de investimento dos partidos em candidaturas que fogem do perfil dominante. Qualquer que seja a causa, o resultado é a sub-representação: grupos que são maioria na sociedade, como mulheres, ou que são demograficamente muito relevantes, como grupos étnicos, moradores de periferias e a comunidade LGBTQIAPN+, têm uma presença muito diminuta no Legislativo. Por essa razão, assuntos cruciais para grupos marginalizados permanecem invisíveis. Não por má-fé, mas porque simplesmente não fazem parte da realidade da maioria dos legisladores.

Dixon cita que, antes da mobilização feminista e das ações afirmativas, quase não se ouvia falar nos parlamentos sobre saúde reprodutiva, violência doméstica ou igualdade de gênero⁶³⁰. Não porque esses problemas não existissem, é claro, mas porque as pessoas que os

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁶³⁰ *Ibidem*.

viviam não estavam ali para exigir respostas. Há inúmeros outros exemplos: pensemos na urgência de políticas de acessibilidade, que só é plenamente compreendida por quem convive diretamente com essa realidade, ou em pautas como o combate à violência obstétrica ou a necessidade de creches públicas, que ganham outro peso quando debatidas por mulheres que vivenciam essas dificuldades. Sem uma representação adequada desses grupos, ou sem mecanismos que compensem essa ausência, a tendência é que as necessidades desses segmentos sejam ignoradas ou compreendidas de maneira distorcida.

Um traço essencial da teoria de Dixon é que esses pontos cegos ocorrem sem que haja captura autoritária do sistema político ou concentração de poder⁶³¹. Mesmo em democracias consolidadas, problemas assim continuarão a ocorrer ordinariamente. Mas, apesar de “banais”, seus efeitos podem ser perversos, sobretudo para grupos sem acesso a outros canais de influência política. O argumento parte da suposição de que o sistema legislativo, por suas próprias características, pode deixar de cumprir promessas constitucionais centrais – e que, nesse caso, os tribunais podem exercer uma função legítima e necessária. Por isso, mapear esses pontos se torna fundamental para repensar a função do controle de constitucionalidade em democracias reais, com suas imperfeições estruturais.

Repetindo o que Ely já havia defendido, Dixon entende que os tribunais já detêm atributos que os tornam particularmente adequados para atuar como canais *complementares* de escuta e resposta a demandas sociais⁶³². Portanto, ela não propõe uma reinvenção das cortes, porque essa já seria uma vocação que decorre de seu próprio funcionamento. Em suas palavras:

[...] juízes também têm um treinamento institucional e um ponto de vista distintos que podem permitir-lhes coletivamente desacelerar ou dissuadir certas tentativas de erodir o núcleo mínimo democrático e promover a atenção a, ou ação em resposta a, várias reivindicações constitucionais de maneiras que podem ajudar a combater pontos cegos legislativos e encargos de inércia.⁶³³

A primeira característica relevante que ela destaca é a estrutura aberta do litígio judicial⁶³⁴. Diferente da política representativa – que tem todos os seus méritos destacados por Waldron –, o processo judicial permite que indivíduos afetados por violações a direitos fundamentais tenham acesso direto ao sistema jurídico. Isso transforma os tribunais em “pontos de

⁶³¹ Vale observar que, mesmo ocorrendo de forma independente, o monopólio político e a degradação institucional podem tornar os pontos cegos institucionais ainda mais graves. Cf. *ibidem*, p. 101.

⁶³² *Ibidem*, p. 25.

⁶³³ Tradução livre. No original: “[...] judges also have a distinctive institutional training and vantage point which can allow them collectively to slow down or deter certain attempts to erode the democratic minimum core and to promote attention to, or action in response to, various constitutional claims in ways that can help counter legislative blind spots and burdens of inertia”. *Ibidem*.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 94, nota de rodapé 124.

acesso” à arena pública, capazes de captar reivindicações que não encontram ressonância nas instâncias de representação política. A partir de casos concretos, pessoas e grupos marginalizados conseguem articular suas demandas com base em experiências vividas de injustiça.

A ideia de Dixon se assemelha à famosa descrição de tribunais como “fóruns de protestos”, desenvolvida por Lobel⁶³⁵. Para ele, os tribunais podem ser vistos como arenas simbólicas de contestação política e mobilização social. Assim, litígios nem sempre visariam apenas à vitória judicial; em muitos casos, funcionariam também “como arenas onde movimentos políticos e sociais promovem e comunicam suas agendas jurídicas e políticas”⁶³⁶, amplificando vozes marginalizadas. Nesse sentido, o valor do processo judicial não estaria restrito ao conteúdo decidido na sentença; estender-se-ia, em especial, aos efeitos indiretos que a ação pode produzir no debate público e na pressão política que nasce do litígio.

Lobel destaca que muitas ações judiciais movidas por grupos minoritários têm objetivos implícitos: difundir uma interpretação constitucional diferente, confrontar a distância entre os valores proclamados pelo direito constitucional e a realidade social, provocar a sociedade e o sistema político a enfrentar injustiças ou fortalecer o senso de pertencimento de comunidades minoritárias⁶³⁷. Como ele diz:

[o]s litigantes que utilizam os tribunais para promover um diálogo público ou um movimento político trazem o sistema jurídico diretamente para a arena política. Ao fazerem isso, tensionam a conexão entre a articulação de significado e o exercício do poder. Esses casos criam a possibilidade de um tribunal articular um princípio constitucional, mas, ao mesmo tempo, recusar-se a agir com base nesse princípio no caso específico que está diante dele.⁶³⁸

O tribunal faria isso para promover o objetivo dos autores de aumentar a compreensão pública dos princípios constitucionais envolvidos. Faria também para emprestar seu peso e prestígio ao diálogo público sobre os valores constitucionais em questão, e para pressionar agentes do executivo ou outros atores a se alinharem à sua visão constitucional.

⁶³⁵ LOBEL, Jules. Courts as Forums for Protest. *UCLA Law Review*, v. 52, n. 2, dez. 2004, p. 478.

⁶³⁶ Tradução livre. No original: “[...] as arenas where political and social movements agitate for, and communicate, their legal and political agenda”. *Ibidem*, p. 479.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 480.

⁶³⁸ Tradução livre. No original: “Plaintiffs who use courts to further a public dialogue or political movement draw the legal system directly into the political arena, and by doing so strain the connection between the articulation of meaning and the exercise of power. These cases lend themselves to the possibility of a court articulating a constitutional principle, but refusing to act on that principle in the particular case before it. The court would do so to further the plaintiffs’ goal of increasing the public’s understanding of the constitutional principles involved, to lend its weight and prestige to the public dialogue on the constitutional values at issue, and to put pressure on executive officials or other defendants to comply with its constitutional vision”. *Ibidem*, p. 530-531.

Para Dixon, essas funções se tornam especialmente relevantes quando o Legislativo falha em captar essas demandas ou se mostra insensível a elas⁶³⁹. Em ambos os casos, o tribunal pode funcionar como um espaço de *reverberação* simbólica e de reforço de lutas sociais. O que importa, para ambos, é o modo como o Judiciário pode interagir com atores sociais, ampliar o espectro de vozes ouvidas e sinalizar que certas demandas não podem ser ignoradas. Isto é, o tribunal reinscreve o conflito no espaço público. Esse modo de acesso torna o Judiciário especialmente sensível a questões que escapam ao horizonte da política majoritária.

Além disso, há um segundo traço muito importante: tribunais são *obrigados* a decidir. Uma vez acionados, não podem ignorar a controvérsia por conveniência, cálculo ou custo político. Ao contrário do Legislativo – que pode simplesmente negligenciar as demandas que lhe são apresentadas –, o Judiciário precisa formular uma resposta fundamentada⁶⁴⁰. Essa obrigação de resposta amplia a visibilidade de certas pautas e pode induzir o sistema político a revisitar posições ou enfrentar questões anteriormente ocultadas.

Por fim, há uma função de *tradução* que os tribunais exercem⁶⁴¹. Em muitos casos, grupos marginalizados não têm os instrumentos e o vocabulário político necessários para enquadrar suas demandas nos termos esperados pelo sistema político. Mas esses grupos podem acionar o sistema judicial, que capta e redireciona a mensagem de reivindicação na gramática dos direitos. Quer dizer, permite que os tribunais sirvam como *mediadores* entre experiências sociais reais e os compromissos assumidos pelo Estado.

É claro, essas capacidades não são infalíveis. Como ela diz,

[a]o argumentar que os tribunais podem desempenhar um papel valioso no enfrentamento de bloqueios democráticos, não estou sugerindo que possam ou devam fazê-lo em todos os casos. A ideia da revisão judicial responsiva é que os tribunais devem buscar enfrentar bloqueios democráticos quando tiverem a capacidade e a legitimidade necessárias para isso – e não que devam fazê-lo de maneira insensível ao contexto jurídico e político específico, especialmente aos limites de sua própria capacidade ou legitimidade. E, é claro, os próprios juízes podem discordar quanto à presença dessas condições, de modo que, mesmo juízes geralmente favoráveis à ideia de reforço da representação democrática, podem divergir sobre quando e como devem assumir essa tarefa. Isso, no entanto, não reduz o valor da revisão judicial responsiva como ideia orientadora para os tribunais em uma série de democracias constitucionais reais.⁶⁴²

⁶³⁹ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age... op. cit.*, p. 144-146.

⁶⁴⁰

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 148.

⁶⁴² Tradução livre. No original: “In arguing that courts can play a valuable role in countering democratic blockages, therefore, I do not suggest that courts can or should seek to do so in all cases. The idea of responsive judicial review is that courts should seek to counter democratic blockages where they have the necessary capacity and legitimacy to do so—not that they should attempt to do so in ways that are insensitive to the specific legal and political context, and especially limits on their own capacity or legitimacy. And of course, judges themselves may

Mas, quando tais características funcionam, mostram por que os tribunais estão bem posicionados para atuar em zonas de falha institucional que a democracia representativa, por seu desenho, tende a deixar abertas. A legitimidade dessa atuação, portanto, não dependeria de uma suposta superioridade dos juízes, mas do reconhecimento de que eles estão institucionalmente equipados para operar como um canal *complementar* de inclusão democrática, sobretudo nos casos em que os compromissos constitucionais continuam válidos, mas que, por alguma razão previsível, foram esquecidos.

4.2.3 Ônus da inércia

O terceiro tipo de déficit democrático analisado por Dixon é o mais silencioso e, talvez por isso, o mais subestimado. Ela o denomina “ônus da inércia”, uma categoria que busca descrever os diversos obstáculos que impedem a concretização de direitos fundamentais mesmo em democracias estáveis e funcionais⁶⁴³. Trata-se de uma construção importante porque mais uma vez revela que a omissão política não se limita a sistemas capturados por oligarquias partidárias ou corroídos por autoritarismos disfarçados. Mesmo quando não há má-fé nem lacunas oriundas de exclusão deliberativa, a democracia pode falhar por pura paralisia política. Leis e políticas públicas podem ficar defasadas em relação às convicções atuais da sociedade, e as instâncias democráticas nem sempre conseguem reagir da forma adequada a novas demandas ou corrigir rumos obsoletos.

Em outras palavras, a inércia, segundo Dixon, é uma patologia natural da própria rotina democrática. Ainda que haja eleições livres, liberdade de expressão, alternância de poder e respeito formal à legalidade – todos os princípios democráticos que, em tese, caracterizam uma democracia saudável –, os compromissos constitucionais podem simplesmente permanecer no papel, e os direitos fundamentais não se concretizarem. Nesses casos, o controle de constitucionalidade pode funcionar como um gatilho institucional, forçando o sistema político a reagir diante de demandas que foram proteladas ou desvalorizadas.

disagree about when these conditions are present, so that even judges that are generally open to the idea of democratic representation-reinforcement may disagree about when and how they should go about this task. But that does not detract from the value of responsive judicial review as a guiding idea for courts in a range of realworld constitutional democracies”. Ibidem, p. 167-168.

⁶⁴³ Ibidem, p. 97.

O primeiro tipo de inércia descrito por Dixon é a “inércia por prioridades”⁶⁴⁴. O diagnóstico começa pela percepção de que mesmo nos sistemas legislativos mais representativos, o tempo e os recursos políticos são limitados. Parlamentos operam sob uma lógica de seleção; só conseguem deliberar e votar uma fração dos temas que chegam às suas mesas. Demandas baseadas em direitos fundamentais muitas vezes perdem espaço para projetos que mobilizam maior interesse público ou oferecem retorno eleitoral imediato. Pior, quando os direitos em jogo dizem respeito a grupos minoritários ou a causas que não mobilizam o eleitorado, a tendência é que sejam postergadas. Isso não significa que a maioria da população se oponha a tais demandas – pode haver, inclusive, apoio tácito ou difuso –, mas o baixo grau de urgência percebida faz com que essas questões não entrem na agenda política. O resultado é que mesmo direitos reconhecidos socialmente podem ficar décadas sem atenção, enquanto outras prioridades se impõem.

Dixon reforça, mais uma vez, que esse tipo de bloqueio é uma consequência natural da política eleitoral⁶⁴⁵. Em democracias competitivas, partidos e legisladores tendem naturalmente a buscar a maximização de seus votos. Por isso, priorizam temas com grande apelo popular ou com impacto nas suas bases eleitorais. Nesses casos, demandas minoritárias, por mais legítimas que sejam, tendem a ser adiadas ou tratadas de maneira superficial. A consequência é que o sistema político, mesmo operando conforme as regras democráticas, tem dificuldade em acompanhar a evolução cultural dos direitos ou as transformações sociais que exigem reconhecimento legal. Como ela explica:

[...] legisladores têm fortes incentivos para priorizar as questões que mais importam ou que despertam maior preocupação na maioria dos cidadãos. (A premissa das eleições competitivas é que, se não o fizerem, uma maioria diferente será eleita.) Isso não significa, porém, que a maioria dos cidadãos rejeitaria ou se oporia necessariamente ao reconhecimento de determinada reivindicação de direitos. Eles podem apoiar esse reconhecimento de modo tácito, mas considerar que a legislação correspondente tem prioridade relativamente baixa. Por isso, mesmo processos legislativos que funcionam bem podem deixar de responder de forma adequada às transformações nas compreensões sociais sobre direitos, comprometendo a capacidade de resposta – e a legitimidade – do sistema constitucional como um todo.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁴⁶ Tradução livre. No original: “[...] legislators have strong incentives to prioritize those issues which are of greatest or strongest concern to a majority of citizens. (The premise of competitive elections is that if they fail to do so, a different majority will be elected.) This need not mean that a majority of citizens would necessarily reject or oppose the recognition of a particular rights claim. They may tacitly support the recognition of rights but regard legislation that does so as having relatively low priority. Because of this, even well-functioning legislative processes can fail to respond adequately to evolving understandings of rights in the broader culture, in a way which undermines the responsiveness—and legitimacy—of the constitutional system as a whole”. *Ibidem*.

Há ainda um segundo tipo de bloqueio, que Dixon chama de “inércia por coalizão”⁶⁴⁷. Essa forma de paralisia, bastante comum, decorre da lógica dos partidos políticos. Em quase todas as democracias modernas, ser eleito depende de fazer parte de uma legenda com visibilidade e recursos. Uma vez eleitos, os atores políticos dependem ainda da coesão de seu partido para se manterem atuantes. Todavia, esse sistema cria “incentivos” naturais para evitar temas polarizados. Quando uma demanda por mudança legislativa divide um partido, a tendência da liderança partidária é evitar que o tema entre na pauta, por receio de perdas eleitorais. Assim, mesmo quando há base cultural e social apoiando a ação legislativa, ela não se concretiza, porque os líderes políticos preferem não arriscar fragmentações internas. Em suas palavras,

[m]esmo que a maioria dos cidadãos apoie o reconhecimento de determinada reivindicação, e até manifeste com veemência a necessidade de uma mudança legal para que esse entendimento se concretize, os legisladores podem decidir que, a longo prazo, preservar a coesão do partido é mais importante do que obter ganhos eleitorais imediatos ao atender essa demanda. O resultado, para o sistema constitucional democrático como um todo, é que, salvo se houver alguma quebra na disciplina partidária da maioria, os legisladores mais uma vez deixarão de acompanhar a evolução da compreensão democrática sobre os direitos – mesmo diante de um apoio ainda mais forte à sua proteção constitucional.⁶⁴⁸

Esse ponto leva a um cenário desconfortável: mesmo quando há forte apoio social a determinadas garantias constitucionais, elas podem não ser implementadas porque ameaçam o equilíbrio estratégico dos partidos. Não por acaso, Dixon afirma que os partidos dominantes tendem a “despolitizar” temas divisivos, adotando estratégias de contenção ou de adiamento⁶⁴⁹. O resultado é que o sistema representativo, embora plural, por vezes funciona como um campo de inércia: certas demandas, embora sejam *majoritárias*, simplesmente não entram em pauta.

Um terceiro tipo de bloqueio é a “inércia composta”, que se forma quando a lentidão legislativa se combina com a paralisia administrativa⁶⁵⁰. Certos direitos constitucionais – especialmente os sociais, mas também muitos direitos civis e políticos – não se concretizam com a simples promulgação de uma norma. Normalmente, exigem políticas públicas, alocação de recursos, estruturas de gestão e de fiscalização. Quando o Legislativo demora a regulamentar, cria-se um vácuo de efetivação. E, mesmo quando há boa vontade, o Estado pode simplesmente

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁴⁸ Tradução livre. No original: “A majority of citizens may well support the recognition of a particular claim and even feel quite strongly about the need for legal change to give effect to that understanding. However, legislators may still decide that their medium- to long-term interests in preserving party integrity outweigh the short-term electoral gains in responding to this demand for legal change. The consequence for the broader constitutional democratic system will be that absent some breach in majority party discipline, legislators will once again fail to respond to evolving democratic understandings of rights—but this time, in the face of even stronger support for constitutional protection”. *Ibidem*.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

não ter capacidade técnico-burocrática para dar conta da tarefa. Essa situação é comum em democracias jovens, que dispõem de aparato estatal precário, mas também pode ocorrer em democracias consolidadas que operam sob pressão fiscal, fragmentação política ou excesso de demandas. Nesse tipo de cenário, os direitos permanecem reconhecidos, mas inoperantes.

A análise de Dixon é importante pois mostra que, em todos esses casos, a inércia não é um *acidente*, mas produto de incentivos institucionais previsíveis: limites de tempo, cálculos eleitorais, autodefesa partidária, sobrecarga de trabalho, *etc.* Esses fatores não eliminam a legitimidade global do sistema democrático, mas reduzem consideravelmente sua responsividade.

Dando seguimento ao projeto de Ely, o papel dos tribunais, para Dixon, seria criar aberturas institucionais para que temas paralisados possam ser reintroduzidos no circuito democrático. Isto é, quando os direitos ficam presos nesse limbo entre o reconhecimento e a implementação, o controle judicial poderia exercer uma função muito importante. A autora propõe, assim, uma concepção de controle de constitucionalidade que não está alicerçada em uma oposição entre juízes e legisladores, mas na observação empírica de como as democracias reais funcionam, ou deixam de funcionar. O instituto, nesses casos, poderia ser visto como um mecanismo de exposição de omissões deliberadas ou estruturais – uma forma de recolocar na agenda o que foi artificialmente excluído dela⁶⁵¹.

Mais uma vez, o caso do aborto é didático e serve para ilustrar o argumento de Dixon acerca do problema da inércia⁶⁵². A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, discutida anteriormente⁶⁵³, alegou promover um gesto de respeito à democracia, ao “devolver ao povo” a responsabilidade de decidir sobre o aborto. Em princípio, o argumento parece fortalecer a democracia: sendo um tema moralmente complexo, deveria ser resolvido pelo debate político, não por juízes.

No entanto, tal discurso esconde uma armadilha, pois há uma série de bloqueios estruturais que impedem que a suposta devolução se traduza em uma genuína deliberação democrática. Como sustentam Dixon e Landau, a decisão negligenciou totalmente os ônus da inércia⁶⁵⁴. Conforme explicado, mesmo em ambientes de normalidade eleitoral e pluralismo partidário, como é o caso dos estados norte-americanos, o sistema político pode ser incapaz de revisar

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁵² Cf. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Dobbs, Democracy, and Dysfunction*. *Wisconsin Law Review*, n. 5. p. 1569-1614, dez. 2023, p. 1572.

⁶⁵³ Cf. tópico 3.4.

⁶⁵⁴ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Dobbs, Democracy, and Dysfunction...* *op. cit.*, p. 1569.

normas antigas ou formular novas respostas em tempo hábil, especialmente quando o tema envolve polarização intensa. Em temas assim, muitos representantes preferem simplesmente não agir, para evitar o desgaste eleitoral.

Um dos exemplos mais graves diz respeito à repriminção de antigas leis que proibiam qualquer forma de aborto, as chamadas “leis zumbis” [“*zombie laws*”]⁶⁵⁵. Essas normas, muitas delas oriundas do século XIX, foram promulgadas por representantes que não tinham qualquer semelhança com a sociedade atual, em contextos historicamente excludentes, quando mulheres não votavam, pessoas negras eram escravizadas em vários estados e o sistema político operava com níveis baixíssimos de representação social. Essas leis são, portanto, o produto de um sistema político que hoje seria considerado fundamentalmente antidemocrático. Mas, com a derubada dos precedentes *Roe* e *Casey*, voltaram a produzir efeitos de forma automática, sem qualquer revisão por parte dos legisladores atuais.

É o caso do Wisconsin, cuja proibição ao aborto data de 1849, ou do Arizona, que conta com uma norma de 1864 que criminaliza o procedimento mesmo em casos de estupro⁶⁵⁶. Após a decisão de *Roe*, essas leis deixaram de ser aplicadas; mas, por não terem sido revogadas pelos legislativos estaduais, sobreviveram em “estado latente”. Ao restaurar sua vigência sem exigir nenhuma confirmação democrática, *Dobbs* permitiu que legislações arcaicas passassem a valer como se tivessem sido objeto de escolha política atual. O resultado é uma clara disfunção democrática: o direito penal, um dos ramos mais delicados do sistema jurídico, passou a ser regido por normas herdadas de períodos anteriores até mesmo ao sufrágio universal. Como dizem Dixon e Landau, o problema evidente é que a total proibição no tema do aborto chega a ser “bizarra”⁶⁵⁷, já que não tem qualquer respaldo com a vontade democrática contemporânea, inclusive dentro das parcelas mais conservadoras do eleitorado norte-americano.

Além disso, o tribunal ignorou o fenômeno igualmente preocupante das “leis de mensagem” [“*messaging bills*”]⁶⁵⁸. Durante as décadas em que *Roe* e *Casey* estavam em vigor, qualquer lei estadual que proibisse o aborto antes da viabilidade fetal seria considerada inconstitucional e não seria aplicada pelo Judiciário. A despeito disso, muitos parlamentos estaduais continuaram aprovando novas leis com tal conteúdo. O ponto é que, embora democraticamente promulgadas, essas leis não tinham a intenção real de ser implementadas. Seu objetivo era sinalizar oposição política, uma espécie de mensagem à base eleitoral mais conservadora, ou

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 1591-1593.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 1595.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 1592.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 1597-1598; 1600.

provocar uma nova avaliação judicial da questão. Como nunca se esperou que entrassem em vigor, essas normas não passaram pelos filtros habituais de formulação de políticas públicas. Não houve, por exemplo, análises de impacto ou efetiva participação social, justamente por serem tratadas apenas como símbolos. Com *Dobbs*, contudo, essas leis foram automaticamente “ativadas”, sem terem sido redesenhadas ou submetidas a novo escrutínio legislativo.

O caso da Geórgia ilustra esse ponto⁶⁵⁹. Em 2019, o estado aprovou uma lei proibindo o aborto após seis semanas de gestação, medida sabidamente incompatível com o precedente então vigente. A proposta era uma clara medida de “*test case*”, desenhada para contestar a jurisprudência constitucional dominante da Suprema Corte. Com a queda de *Casey*, a norma passou a vigor de imediato, embora nunca tenha sido debatida como política pública viável. Situação semelhante ocorreu no Tennessee e em vários outros estados que haviam aprovado leis de proibição total ou quase total do aborto como desafio simbólico à Suprema Corte.

O problema, segundo Dixon e Landau, é que *Dobbs* foi decidido sem qualquer sensibilidade a esses efeitos, que eram previsíveis⁶⁶⁰. A corte não estabeleceu qualquer regime de transição, tampouco exigiu ação legislativa positiva para a restauração das proibições. Bastou a reversão do precedente para que normas desatualizadas ou improvisadas se tornassem direito vigente. Isso criou um cenário em que não há incentivos políticos reais para que os parlamentos estaduais enfrentem o tema de modo explícito. Em muitos casos, o custo de revogação é alto demais, especialmente em estados que já têm distritos eleitorais distorcidos por *gerrymandering*⁶⁶¹ ou com composição legislativa ideologicamente cristalizada.

Na avaliação de Dixon e Landau, *Dobbs* não se trata de nenhum aceno à democracia; é, na verdade, um ótimo exemplo de como os ônus da inércia podem transformar decisões judiciais em catalisadores de retrocessos⁶⁶². Leis ultrapassadas ou simbólicas passaram a reger direitos fundamentais não por escolha atual do povo, mas pela ausência de mecanismos democráticos que obriguem o sistema político a deliberar de forma responsável. A Suprema Corte não apenas ignorou essa realidade, como se absteve de qualquer medida para mitigá-la.

O casamento homoafetivo é outro exemplo fácil de como os ônus da inércia se instalam. Em diversas democracias ocidentais, o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo foi adiado por anos, mesmo diante de respaldo popular positivo – identificado, por exemplos,

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 1600-1601.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 1610-1611.

⁶⁶¹ Cf. nota de rodapé 317.

⁶⁶² DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Dobbs, Democracy, and Dysfunction...* op. cit., p. 1612-1613.

em diversas pesquisas de opinião⁶⁶³. O problema, mais uma vez, esteve na dificuldade dos sistemas políticos em atualizar a legislação de forma compatível com as transformações culturais da sociedade. Trata-se de um exemplo claro de inércia legislativa, em que a omissão decorre de um acúmulo de obstáculos institucionais, como o cálculo eleitoral, o receio de divisões internas nos partidos, a ausência de pressão organizada ou a simples falta de prioridade na pauta legislativa. Quer dizer, a título de síntese, que ainda que os direitos sejam constitucionalmente reconhecidos e tenham apoio social, sua implementação pode ficar suspensa por tempo indefinido se não houver um impulso que force o sistema democrático a se mover.

4.3 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Identificados os déficits democráticos que demandam resposta judicial, a teoria de Dixon se preocupa em *como* os tribunais devem agir. Não basta dizer que certas situações legitimam a intervenção, é preciso delinear os remédios constitucionais adequados, isto é, as formas e a intensidade de uma atuação judicial mais compatível com a promoção da democracia. Dixon enfatiza dois aspectos centrais nessas soluções. Primeiro, a ideia de adotar direitos fortes, mas remédios fracos, conciliando a afirmação de princípios constitucionais com uma implementação gradativa ou flexível, de modo a envolver os atores democráticos na construção das decisões. Segundo, a importância da autoria, do tom e do respeito nas decisões judiciais, ou seja, elementos qualitativos que podem reduzir a resistência às decisões e integrar o Judiciário em um diálogo institucional, em vez de antagonizá-lo contra os demais poderes. Em conjunto, esses componentes formam uma espécie de metodologia para uma atuação judicial responsiva: os juízes devem calibrar não apenas *quando* intervir, mas *como* o fazer, escolhendo os instrumentos e a linguagem que maximizem a correção do déficit democrático com o mínimo de custos em termos de *backlash* ou usurpação de competências democráticas.

4.3.1 Os controles judiciais de tipo “forte” e “fraco”

Para compreender a alternativa proposta por Dixon, é preciso dar um passo atrás e apre-

⁶⁶³ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 90-95.

sentar uma tipologia que se tornou bastante conhecida na literatura constitucional, e que condiciona a lente pela qual a autora enxerga o controle de constitucionalidade⁶⁶⁴. Essa classificação serve como fundamento para a sua ideia de “calibragem” dos remédios judiciais e se baseia na distinção entre os controles judiciais “forte” (“*strong-form*”) e “fraco” (“*weak-form*”).

Embora as denominações “forte” e “fraco” tenham sido cunhadas por Tushnet⁶⁶⁵, o responsável por destrinchar as principais características de cada modelo foi Garbbaum⁶⁶⁶. Segundo ele, o controle fraco nasce no final do século XX como uma reação ao modelo forte, e “promete ser para os modelos de constitucionalismo o que a economia mista é para formas de organização econômica: uma terceira via distinta e atraente, entre dois extremos mais puros, porém falhos”⁶⁶⁷. Normalmente, essa alternativa é apresentada por meio da análise de três sistemas jurídicos com trajetórias relativamente semelhantes: Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido.

Os três países, vinculados à tradição da *Commonwealth*, são historicamente conhecidos pela ideia de *supremacia parlamentar*⁶⁶⁸. Isso fez com que o controle judicial das leis, tal como desenvolvido nos Estados Unidos, não encontrasse o mesmo espaço. No centro dessa tradição está uma clássica doutrina formulada por juristas como William Blackstone e Albert Venn Dicey, segundo a qual o Parlamento britânico detém autoridade soberana. Dicey, por exemplo, afirmou que “[a] soberania do Parlamento é, do ponto de vista jurídico, a característica dominante das nossas instituições políticas”, e que o Parlamento possui “o direito de criar ou revogar qualquer lei, seja qual for; e, além disso, que nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pelo direito inglês como tendo autoridade para invalidar ou ignorar a legislação do Parlamento”⁶⁶⁹.

Consolidada desde o século XVIII, essa doutrina moldou as instituições britânicas e foi replicada nos domínios coloniais e pós-coloniais da *Commonwealth*. Desse sistema surgiu uma

⁶⁶⁴ “[A] forma fraca de controle possui uma capacidade importante de opor ‘bloqueios’ no processo político democrático que podem, de outra forma, debilitar o gozo de direitos individuais, mesmo de um tipo defendido por maiorias democráticas”. DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade... *op. cit.*, p. 10.

⁶⁶⁵ TUSHNET, Mark V. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, 2003.

⁶⁶⁶ *Cf.*, especialmente, GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; e GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. Trad. de Luís Moreira. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 220-273, dez. 2017.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 220.

⁶⁶⁸ “Antes de 1945, o modelo de supremacia legislativa, tal como exemplificado não apenas pela teoria britânica de soberania parlamentar, mas também pela doutrina francesa de que leis do parlamento são a expressão suprema da vontade geral do povo, era o modelo dominante de constitucionalismo em todo o mundo, particularmente no que diz respeito à questão dos direitos individuais e das liberdades civis”. *Ibidem*, p. 224.

⁶⁶⁹ Tradução livre. No original: “The sovereignty of Parliament is, from a legal point of view, the dominant characteristic of our political institutions. [...] ‘Parliament’ has ‘the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament’”. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. Edited by Roger E. Michener. Londres: MacMillan, 1915, p. xxxvi.

tradição conhecida como constitucionalismo *político* – ou “modelo de *Westminster*” – marcada pela centralidade do Parlamento e pela ausência de limites judiciais à autoridade legislativa. A proteção de direitos fundamentais era confiada ao próprio processo político-legislativo, sem atribuição de papel decisivo aos tribunais. Mais uma vez, Dicey:

[n]ão existe, em nenhuma parte do Império Britânico, qualquer pessoa ou órgão executivo, legislativo ou judiciário que possa declarar nula uma lei aprovada pelo Parlamento Britânico com base no argumento de que tal lei se opõe à constituição, ou por qualquer outro motivo, exceto, é claro, se for revogada pelo próprio Parlamento. Estes são, então, os três traços da soberania parlamentar como ela existe na Inglaterra: primeiro, o poder do legislador de modificar qualquer lei, fundamental ou não, com a mesma liberdade e da mesma forma que outras leis; segundo, a inexistência de qualquer distinção legal entre leis constitucionais e outras leis; terceiro, a inexistência de qualquer autoridade judicial ou de outro tipo que tenha o direito de anular um Ato do Parlamento ou de considerá-lo nulo ou inconstitucional.⁶⁷⁰

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário se restringia à revisão de atos administrativos ou, no máximo, à verificação do cumprimento de regras de competência, em especial nos sistemas federativos, como o Canadá. O controle do mérito legislativo em face de princípios substantivos era considerado impróprio, uma vez que não havia, até então, um catálogo de direitos com *status* superior às leis ordinárias. Em geral, tentativas de introduzir limites materiais ao poder legislativo enfrentavam resistência. Essa reação refletia um consenso relativamente coeso de que a revisão judicial de leis é uma interferência na soberania parlamentar e, por isso, motivo de profunda desconfiança.

Esse cenário começou a mudar nas últimas décadas do século XX. A pressão por formas mais eficazes de proteção aos direitos humanos, somada à influência de tratados internacionais e ao novo constitucionalismo do pós-guerra, levou alguns países da *Commonwealth* a repensarem seu sistema constitucional. Influenciados por intelectuais e políticos mais liberais⁶⁷¹, pas-

⁶⁷⁰ Tradução livre. No original: “[...] there does not exist in any part of the British Empire any person or body of persons, executive, legislative or judicial, which can pronounce void any enactment passed by the British Parliament on the ground of such enactment being opposed to the constitution, or on any ground whatever, except, of course, its being repealed by Parliament. These then are the three traits of Parliamentary sovereignty as it exists in England: first, the power of the legislature to alter any law, fundamental or otherwise, as freely and in the same manner as other laws; secondly, the absence of any legal distinction between constitutional and other laws; thirdly, the non-existence of any judicial or other authority having the right to nullify an Act of Parliament, or to treat it as void or unconstitutional”. *Ibidem*, p. 39.

⁶⁷¹ Dworkin é o caso mais evidente. Como norte-americano, via com naturalidade a prática do controle judicial de constitucionalidade, algo ainda estranho à tradição inglesa da época. Era, inclusive, um entusiasta da atuação progressista da Suprema Corte dos Estados Unidos sob a presidência de Earl Warren. Ocupando por décadas a cadeira de *Jurisprudence* em Oxford, Dworkin influenciou bastante o debate local. Um exemplo dessa postura está num famoso opúsculo de sua autoria, em que defende mecanismos mais fortes de proteção às liberdades fundamentais no Reino Unido. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection*. Londres: Chatto & Windus, 1991.

saram a adotar cartas de direitos e mecanismos de controle judicial, mas com um desenho atípico. Como Gardbaum diz, “embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra”⁶⁷². Em vez de estabelecer uma hierarquia definitiva entre constituição e parlamento, o modelo aposta em um equilíbrio entre ambos.

De acordo com Gardbaum, dos três países, o Canadá foi o primeiro a revisitar a doutrina da soberania parlamentar⁶⁷³. Durante a maior parte de sua história constitucional, o país seguiu a tradição típica do modelo britânico. Apesar de a Constituição de 1867 ter dividido competências legislativas entre os níveis federal e provincial, não havia nenhuma limitação substantiva ao conteúdo das leis. Não existia, portanto, qualquer reserva de direitos que efetivamente escapasse à autoridade dos legisladores.

A virada ocorreu no início dos anos 80, com o movimento de reforma liderado pelo então primeiro-ministro Pierre Trudeau⁶⁷⁴. O Canadá “repatriou” sua constituição, até então formalmente uma lei britânica, e aprovou o *Constitution Act* [“Ato Constitucional”] de 1982. A Parte I do novo texto, a *Charter of Rights and Freedoms* [“Carta de Direitos e Liberdades”], instituiu um regime jurídico inteiramente novo. O que é mais relevante, foi formalmente incorporada à constituição, adquirindo *status* de norma suprema, e passou a se aplicar não apenas ao governo federal, como também aos governos provinciais. O rol de direitos é abrangente e inclui garantias fundamentais, como liberdades de consciência, pensamento, expressão e associação, e direitos democráticos, de circulação, garantias processuais e proteção contra discriminação, *etc.*

Com a adoção da Carta, os tribunais canadenses passaram a exercer a revisão de constitucionalidade baseada em direitos (“*rights-based*”). Ainda que a Constituição não declare explicitamente tal poder, a competência é inferida da combinação entre as seções 24⁶⁷⁵ e 52⁶⁷⁶.

⁶⁷² GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 97.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 101, nota de rodapé 14.

⁶⁷⁵ *Constitution Act*, seção 24: “(1) Qualquer pessoa cujos direitos ou liberdades, conforme garantidos por esta Carta, tenham sido violados ou negados pode recorrer a um tribunal de jurisdição competente para obter a reparação que o tribunal considerar adequada e justa nas circunstâncias”. Tradução livre. No original: “(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art241.html>. Acesso em: 8 maio 2025.

⁶⁷⁶ *Constitution Act*, seção 52: “(1) A Constituição do Canadá é a lei suprema do Canadá, e qualquer lei que seja incompatível com as disposições da Constituição é, na medida da incompatibilidade, sem força ou efeito”. Tradução livre. No original: “(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art521.html>. Acesso em: 8 maio 2025.

Segundo Gardbaum, a Suprema Corte reconheceu esse papel, que já era compreensão majoritária na doutrina, e vem exercendo-o desde então⁶⁷⁷.

Tais características, em tese, pareceriam levar o sistema canadense a um funcionamento semelhante ao modelo norte-americano, cristalizado na argumentação de John Marshall a respeito da supremacia constitucional/judicial⁶⁷⁸. A grande diferença, que o tornou digno de estudo, está nas salvaguardas que permitem reações democráticas organizadas. Isso foi feito, em especial, pela emblemática seção 33⁶⁷⁹ da Carta Canadense, que traz um instituto que ficou conhecido como “*cláusula não obstante*” (“*notwithstanding clause*”). Esse dispositivo autoriza o Parlamento e as assembleias provinciais a declararem, de forma expressa, que determinada norma vigorará *apesar* de certas disposições da Carta. Quando utilizada, a declaração suspende temporariamente a decisão judicial em relação à norma em questão pelo prazo de cinco anos, renovável por igual período.

Esse instrumento constitui uma forma peculiar de superação *legislativa* das decisões judiciais, referido como “*override*”. A razão de sua criação decorre de um compromisso político que viabilizou o *Constitution Act* canadense em 1982⁶⁸⁰. Diante da resistência de diversas províncias à imposição de uma carta de direitos, o primeiro-ministro Trudeau aceitou incluir a

⁶⁷⁷ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 100-101.

⁶⁷⁸ Cf. tópico 2.3.

⁶⁷⁹ *Constitution Act*, seção 33: “(1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode declarar expressamente, por meio de um Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que tal Ato ou uma de suas disposições terá efeito não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta; (2) Um Ato ou disposição de um Ato em relação ao qual tenha sido feita uma declaração conforme esta seção terá o mesmo efeito que teria se não existisse a disposição desta Carta mencionada na declaração; (3) Uma declaração feita nos termos do parágrafo (1) deixará de ter efeito cinco anos após sua entrada em vigor, ou em data anterior que possa ser especificada na própria declaração; (4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode revalidar uma declaração feita nos termos do parágrafo (1); [...]”. Tradução livre. No original: “(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter; (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration; (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration; (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1); [...]”. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-cddl/check/art33.html>. Acesso em: 8 maio 2025.

⁶⁸⁰ Segundo Choudhry, o fantasma da *Era Lochner* também contribuiu para a adoção desse mecanismo. Durante as negociações que levaram à Constituição de 1982, havia um receio de que a introdução de uma carta de direitos levasse o Judiciário a assumir funções legislativas, como fazia a Suprema Corte norte-americana no início do século XX. A decisão em *Lochner* era bem conhecida entre os juristas canadenses, sempre citada como exemplo de uso indevido da cláusula do “devido processo” para invalidar políticas sociais e econômicas. Por isso, a redação da Carta evitou termos ambíguos, justamente para não abrir caminho ao tipo de revisão judicial associado a *Lochner*. A seção 33 complementa esse arranjo, permitindo que o legislador, de forma expressa e temporária, preserve certas normas mesmo quando declaradas incompatíveis com os direitos constitucionais, de forma pacífica. Trata-se, segundo Choudhry, de um mecanismo pensado para neutralizar os riscos de um conflito prolongado entre cortes e legisladores, como o que marcou a crise constitucional americana das décadas iniciais do século passado. CHOUDHRY, Sujit. *The Lochner era and comparative constitutionalism...* op. cit., p. 16-18; 46-48.

seção 33 como espécie de válvula de escape. A cláusula permitiria, em casos excepcionais, a manutenção de normas declaradas incompatíveis com certos direitos fundamentais, desde que essa manutenção ocorresse de forma aberta, temporária e politicamente responsável.

O funcionamento da cláusula foi desenhado para criar um equilíbrio entre a reação legislativa e uma espécie de controle social sobre a decisão. Isso é feito através de dois mecanismos que funcionam em conjunto. O primeiro é a exigência de uma declaração *expressa*, que força os legisladores a assumirem publicamente a responsabilidade por sua decisão de suspender certas decisões⁶⁸¹. Ou seja, a medida não pode ser tomada de forma implícita ou oculta; deve ser clara e visível para toda a sociedade, permitindo que o público saiba exatamente quem votou e por quê. O segundo mecanismo, e talvez o mais importante, é a caducidade da decisão após o transcurso de cinco anos⁶⁸². Este prazo não é aleatório, pois foi deliberadamente pensado para submeter a decisão ao julgamento popular, por meio do voto. Como o mandato de uma legislatura é de quatro anos, o prazo de cinco anos garante que, antes que a suspensão de direitos possa ser renovada, pelo menos uma eleição geral terá ocorrido.

Na prática, isso significa que os representantes que aprovaram a medida excepcional terão de defender essa decisão durante suas campanhas e serão julgados pelo eleitorado. Quando o prazo de cinco anos expirar, a responsabilidade de renovar ou não a cláusula caberá a uma nova legislatura, que terá sido eleita já ciente do impacto e da repercussão da decisão anterior. Mesmo que a cláusula possa ser renovada indefinidamente, cada renovação exige uma nova deliberação e expõe os parlamentares a um novo risco político, reforçando a lógica de um controle social sobre as “exceções” à proteção de direitos. Como Gardbaum esmiúça,

[d]e acordo com a intenção daqueles que insistiam em sua inclusão como o preço a ser pago por se consentir a constitucionalização dos direitos da Carta, a disposição anulatória (*override provision*) preservaria ao menos aquele elemento essencial e básico da soberania parlamentar que garante aos legislativos (mais do que aos tribunais) o poder máximo para determinar se uma promulgação é ou não direito nacional. Desta maneira, a Seção 33 limitaria formalmente o poder judiciário. Como previsto de forma mais positiva por alguns, a Seção 33 forneceria a base institucional para uma nova concepção de tutela de direitos no contexto do sistema político democrático, uma alternativa contextualmente atrativa para a supremacia judicial no estilo dos Estados Unidos. Enquanto constitucionalmente se presume que os direitos da Carta prevaleçam quando entrem em conflito com uma promulgação legislativa, tal pressuposição pode ser expressamente refutada por um parlamento atuando com maioria simples, o que cria um papel tanto para os tribunais quanto para os deputados eleitos no equilíbrio entre direitos e outras reivindicações da sociedade.⁶⁸³

⁶⁸¹ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 101-102.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 102.

⁶⁸³ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica... op. cit., p. 231.

Desde sua adoção, o uso da seção 33 tem sido raro, o que confirma seu caráter excepcional⁶⁸⁴. A principal explicação está no alto custo político associado ao uso da cláusula. Para muitos legisladores, declarar explicitamente que uma lei irá operar apesar de *contrariar* direitos fundamentais é um gesto politicamente arriscado. Em vez disso, as assembleias costumam tentar justificar suas medidas com base na seção 1 da Carta⁶⁸⁵, que admite limitações a direitos, desde que razoáveis e justificáveis em uma sociedade livre e democrática. Esse caminho é menos oneroso politicamente e mais compatível com a linguagem constitucional vigente.

De forma geral, a literatura associada ao tema vê na cláusula “não obstante” um modelo de interação baseado na deliberação e no respeito recíproco entre Judiciário e Legislativo. Ao contrário do modelo norte-americano de supremacia judicial, o modelo canadense consagra o que alguns autores chamam de “modelo de parceria”⁶⁸⁶. Nele, os tribunais interpretam e aplicam os direitos constitucionais, mas o Parlamento pode decidir se afastar temporariamente dessas decisões ou definir um novo curso de ação, em resposta ao alerta judicial.

Além disso, costuma-se dizer que esse sistema favorece uma atuação judicial mais respeitosa. Como a última palavra não pertence ao Judiciário, os magistrados se sentiriam compelidos a adotar uma postura cautelosa, muitas vezes convidando os parlamentares a uma atuação conjunta na interpretação da Constituição. O diálogo acontece, portanto, porque o Judiciário sabe que precisa *convencer* a sociedade, e por tabela os legisladores, para que sua decisão não seja suspensa. O raciocínio por trás dessa dinâmica é pragmático, a fim de evitar conflitos abertos entre os Poderes. Caso a Corte optasse por instalar um monólogo, em tom de imposição e com pouco apreço pela autoridade e pelas razões do Legislativo, provavelmente criaria um ambiente hostil às suas decisões. Nesse cenário de confronto, as reações parlamentares seriam muito mais bem aceitas política e socialmente. Por sua vez, diante de uma postura judicial mais contida, o Parlamento tenderia a acatar as sugestões dos juízes e empreender um diálogo na solução das controvérsias, reservando o uso da seção 33 apenas para situações extremas. Ou seja, ainda que a cláusula “não obstante” tenha sido utilizada poucas vezes, sua existência fez nascer uma cultura constitucional muito mais equilibrada.

O segundo país a adotar uma “terceira via” entre supremacia legislativa e judicial foi a

⁶⁸⁴ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 109.

⁶⁸⁵ *Constitution Act*, seção 1: “A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades nela estabelecidos, sujeitos apenas às limitações razoáveis prescritas por lei que possam ser demonstradas como justificáveis em uma sociedade livre e democrática”. Tradução livre. No original: “The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccd1/check/art1.html>. Acesso em: 10 maio 2025.

⁶⁸⁶ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 109.

Nova Zelândia⁶⁸⁷. A terra natal de Waldron criou um modelo *interpretativo* de proteção de direitos, que rejeita a possibilidade de o Judiciário anular as leis democraticamente aprovadas, mas, ao mesmo tempo, impede que a soberania do Legislativo seja absoluta e sem controle.

A principal diferença entre o *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990 e a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* está na natureza jurídica e no *status* do documento, já que o texto neozelandês é uma lei ordinária aprovada por procedimento legislativo comum⁶⁸⁸. Ou seja, trata-se de um estatuto sem hierarquia superior, podendo ser alterado ou revogado pelo mesmo processo ordinário que criou qualquer outra lei. Segundo Gardbaum, essa escolha legislativa foi proposital: a proposta original de conferir *status* constitucional à declaração de direitos foi rejeitada, e o Parlamento optou por uma fórmula deliberadamente mais fraca, diante da resistência popular à criação de um “superestatuto” judicialmente aplicável.

De maneira contraintuitiva, o *New Zealand Bill of Rights* [“*Declaração de Direitos da Nova Zelândia*”] estabelece um tipo de *judicial review* que impede expressamente que os tribunais invalidem ou desconsiderem normas em conflito com os direitos protegidos pelo documento⁶⁸⁹. Essa diretriz está explícita na seção 4 do texto, que proíbe a invalidação ou a não aplicação de leis aprovadas pelo Parlamento com fundamento apenas na sua incompatibilidade material com os direitos fundamentais⁶⁹⁰. Assim, nos casos concretos, mesmo quando há inconsistência entre uma norma e um direito protegido, os tribunais não podem simplesmente deixar de aplicar a norma, como se a estivessem retirando do ordenamento.

O que torna o caso da Nova Zelândia digno de estudo é que a proteção dos direitos feita pelos juízes ocorre no âmbito da *interpretação* das leis. A seção 6 da Carta neozelandesa estabelece que, sempre que possível, os tribunais devem *interpretar* as leis de forma compatível com os direitos fundamentais⁶⁹¹. Todavia, caso esse exercício de compatibilização não seja viável, aplica-se a seção 4, segundo a qual a norma em aparente conflito não poderá ser afastada.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ *Ibidem*.

⁶⁹⁰ *New Zealand Bill of Rights*, seção 4: “Nenhum tribunal deve, em relação a qualquer ato legislativo (seja ele aprovado ou elaborado antes ou depois do início da vigência desta Declaração de Direitos): (a) considerar qualquer disposição do ato legislativo como implicitamente revogada ou anulada, ou de qualquer forma inválida ou ineficaz; ou (b) recusar-se a aplicar qualquer disposição do ato legislativo; pela única razão de que a disposição é incompatível com qualquer disposição desta Declaração de Direitos”. Tradução livre. No original: “No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225500.html>. Acesso em: 15 maio 2025.

⁶⁹¹ *New Zealand Bill of Rights*, seção 6: “Sempre que for possível atribuir a um ato legislativo um sentido que seja compatível com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos, esse sentido deverá ter preferência

Em essência, os tribunais devem tentar *harmonizar* as normas jurídicas com os direitos reconhecidos, mas não têm competência para reescrevê-las nem para rejeitá-las com base em seu conteúdo.

Além da diretriz interpretativa, o modelo neozelandês também incorpora mecanismos *políticos* para a proteção dos direitos – mas que contêm uma linguagem *jurídica*, própria dos direitos fundamentais. A seção 7 estabelece que, na apresentação de um projeto de lei ao Parlamento, o *Attorney-General* – de forma muito genérica, poderíamos compará-lo ao Advogado-Geral da União brasileiro – deve elaborar um relatório sobre sua compatibilidade com os direitos garantidos na Declaração, momento em que pode apontar, com base em um raciocínio jurídico, qualquer inconsistência do texto⁶⁹². Essa exigência cria uma instância pré-legislativa, dentro do Executivo, com a finalidade de antecipar e mitigar violações a direitos fundamentais.

Segundo Gardbaum, o modelo neozelandês combina três elementos centrais⁶⁹³: (i) a ausência de poder judicial de anulação de leis incompatíveis com os direitos; (ii) o dever de interpretação conforme os direitos, desde que possível; e (iii) um mecanismo político de controle prévio, com participação do Executivo e do *Attorney-General*. Esses elementos estruturam uma arquitetura que busca proteger os direitos fundamentais sem retirar a decisão das mãos do Parlamento. A Declaração funciona, assim, como uma espécie de diretriz que fornece parâmetros para a interpretação judicial, sem criar hierarquia formal entre os direitos e as leis ordinárias.

Apesar das limitações institucionais e do ceticismo sobre sua efetividade, o modelo produziu efeitos reais no sistema jurídico neozelandês⁶⁹⁴. Tribunais passaram a interpretar leis penais e de liberdade de expressão, por exemplo, de forma mais sensível aos direitos fundamentais. Em casos como *Brooker* e *Morse*, a Suprema Corte neozelandesa reinterpreto

sobre qualquer outro”. Tradução livre. No original: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225502.html>. Acesso em: 15 maio 2025.

⁶⁹² *New Zealand Bill of Rights*, seção 7: “O Procurador-Geral deve relatar ao Parlamento quando um Projeto de Lei parecer inconsistente com a Declaração de Direitos. Sempre que qualquer Projeto de Lei for apresentado à Câmara dos Representantes, o Procurador-Geral deverá: (a) no caso de um Projeto de Lei do Governo, no momento da apresentação desse Projeto; ou (b) em qualquer outro caso, tão logo seja viável após a apresentação do Projeto de Lei; chamar a atenção da Câmara dos Representantes para qualquer disposição no Projeto que pareça ser inconsistente com qualquer dos direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos”. Tradução livre. No original: “Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights. Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill, bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights”. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225503.html>. Acesso em: 15 maio 2025.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 148-149.

de “comportamento desordeiro” e “conduta ofensiva” à luz do direito à liberdade de expressão, afastando entendimentos anteriores e ampliando a proteção a manifestações públicas.

O que é um fato curioso, ao menos aos olhos brasileiros, o Parlamento neozelandês foi bastante responsivo às decisões judiciais⁶⁹⁵. Em vários casos, como no debate sobre a união civil homoafetiva e na discussão sobre as penas retroativas, os legisladores acataram os alertas dos tribunais e de fato reformularam as leis que haviam sido judicialmente questionadas. Em outros, como nos casos de distribuição de drogas, decidiram manter normas consideradas incompatíveis pelos juízes, demonstrando que o modelo adota a prevalência da vontade política sobre as decisões judiciais. Ainda que esse tipo de resposta esteja aquém do ideal deliberativo esperado, Gardbaum explica que ele comprova a possibilidade de uma espécie de “dissenso institucional”, um dos pilares do modelo fraco de revisão, pois demove a ideia de que ninguém pode discordar legitimamente do Judiciário⁶⁹⁶.

Em síntese, a Nova Zelândia estruturou uma forma de *judicial review* que reconhece a competência do Judiciário para interpretar as leis à luz de direitos fundamentais, mas sem lhes conferir o poder de revogar atos legislativos. Essa limitação é compensada por mecanismos interpretativos e políticos que, quando bem acionados, criam um sistema de diálogo assimétrico entre os Poderes, em prestígio à democracia. O modelo neozelandês, nesse sentido, exemplifica a lógica do “*New Commonwealth Model*” por possibilitar um certo tipo de revisão judicial que não se limita a impor a supremacia judicial. Gardbaum adverte, entretanto, que sua eficácia depende da disposição prática de seus atores em tratar com seriedade os alertas gerados no processo, o que parece ter acontecido no país⁶⁹⁷.

Por fim, o terceiro país analisado por Gardbaum é o Reino Unido⁶⁹⁸. Berço da doutrina da soberania parlamentar, foi um dos sistemas mais resistentes à ampliação do poder judicial. Foi apenas com a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos à ordem jurídica interna, por meio do *Human Rights Act* [“*Lei dos Direitos Humanos*”] de 1998, que o cenário começou a mudar. Para Gadbaum, representou uma solução inovadora, cujo objetivo foi compatibilizar o respeito aos direitos fundamentais com a manutenção da supremacia legislativa. Ao invés de consagrar um controle judicial forte, o estatuto também instituiu um modelo interpretativo, ainda que com algumas características singulares. A estratégia adotada pelo Reino

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 141-142.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 150-151.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 156.

Unido foi a de dar uma espécie de “efeito adicional” às normas da Convenção Europeia⁶⁹⁹.

Gardbaum explica que o modelo se estrutura em torno de três instrumentos centrais⁷⁰⁰. O primeiro é a obrigação imposta aos tribunais de interpretar toda legislação, sempre que possível, de forma compatível com os direitos da Convenção, à maneira da Nova Zelândia. Esse comando, previsto na seção 3 do *Human Rights Act*⁷⁰¹, traduz a expectativa de que a proteção aos direitos ocorra prioritariamente por meio de uma reinterpretação do direito infraconstitucional, e não pela invalidação da norma⁷⁰². O segundo instrumento é a possibilidade de os tribunais superiores emitirem uma “declaração de incompatibilidade” nos casos em que a norma não possa ser interpretada de forma compatível⁷⁰³. Essa declaração, prevista na seção 4⁷⁰⁴, não afeta formalmente a validade da lei, nem suspende seus efeitos, apenas funciona como um *alerta* ao Parlamento sobre a existência de uma tensão com os direitos protegidos pelo documento. O terceiro mecanismo, e talvez o mais importante, está previsto na seção 10⁷⁰⁵, que permite ao

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 157.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 157-158.

⁷⁰¹ *Human Rights Act*, seção 3: “(1) Na medida em que for possível fazê-lo, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser lidas e ter efeito de uma maneira que seja compatível com os direitos da Convenção. (2) Esta seção: (a) aplica-se à legislação primária e à legislação subordinada, independentemente de quando tenham sido promulgadas; (b) não afeta a validade, a vigência contínua ou a aplicação de qualquer legislação primária incompatível; e (c) não afeta a validade, a vigência contínua ou a aplicação de qualquer legislação subordinada incompatível se (desconsiderando qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária impedir a remoção da incompatibilidade”. Tradução livre. No original: “(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3>. Acesso em: 16 maio 2025.

⁷⁰² GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 157; 171.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 158.

⁷⁰⁴ *Human Rights Act*, seção 4: “[...] (4) Se o tribunal estiver convencido: (a) de que a disposição é incompatível com um direito da Convenção; e (b) de que (desconsiderando qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária em questão impede a remoção da incompatibilidade, poderá fazer uma declaração dessa incompatibilidade. [...]. (6) Uma declaração sob esta seção (‘uma declaração de incompatibilidade’): (a) não afeta a validade, a vigência contínua ou a aplicação da disposição em relação à qual é dada; e (b) não vincula as partes no processo em que é feita”. Tradução livre. No original: “[...] (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility”. [...]. (6) A declaration under this section (‘a declaration of incompatibility’) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>. Acesso em: 16 maio 2025.

⁷⁰⁵ *Human Rights Act*, seção 10: “[...] (2) Se um Ministro da Coroa considerar que existem razões imperiosas para proceder sob esta seção, ele poderá, por meio de ordem, fazer as alterações na legislação que considerar necessárias para remover a incompatibilidade”. Tradução livre. No original: “[...] (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>. Acesso em: 16 maio 2025.

Gabinete corrigir a incompatibilidade apontada por meio de um procedimento legislativo simplificado, desde que esta tenha sido precedida por uma declaração de incompatibilidade judicial ou por decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos. Nenhuma dessas ferramentas, porém, desloca a autoridade final sobre a norma para o Judiciário.

Gardbaum explica que o *Human Rights Act* também instituiu um procedimento político de revisão de compatibilidade dos projetos de lei com os direitos da Convenção⁷⁰⁶. Nos termos da seção 19, o ministro responsável por uma proposição legislativa deve apresentar uma declaração expressa indicando se, em sua visão, o projeto é compatível com os direitos da Convenção. Esse procedimento estimulou a incorporação de considerações jurídicas sobre direitos fundamentais ainda nas fases iniciais da elaboração legislativa, com a exigência de pareceres internos e memorandos sobre os riscos de litígio em tribunais britânicos e na Corte de Estrasburgo⁷⁰⁷.

Em geral, Gardbaum entende que as declarações de incompatibilidade emitidas pelos tribunais superiores têm sido bem atendidas⁷⁰⁸. A maioria dessas decisões levou o Parlamento a alterar ou revogar as normas incompatíveis, por meio de legislação ordinária ou decisões abreviadas expedidas com base na seção 10. Houve também situações em que o Parlamento optou por não tomar nenhuma providência, como no emblemático caso sobre o direito de voto de pessoas presas, no qual a declaração de incompatibilidade permaneceu sem resposta legislativa, apesar da condenação do Reino Unido pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

O autor também explica que nas primeiras decisões houve divergência entre os juízes sobre o alcance interpretativo permitido pela seção 3, especialmente diante da ausência de diretrizes explícitas na lei sobre limites interpretativos⁷⁰⁹. Com o tempo, consolidou-se a orientação segundo a qual a interpretação à luz do *Human Rights Act* deve ser usada sempre que pos-

⁷⁰⁶ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 158-159.

⁷⁰⁷ *Human Rights Act*, seção 19: “(1) Um Ministro da Coroa encarregado de um Projeto de Lei em qualquer uma das Casas do Parlamento deve, antes da Segunda Leitura do Projeto: (a) fazer uma declaração no sentido de que, em sua opinião, as disposições do Projeto são compatíveis com os direitos da Convenção (‘uma declaração de compatibilidade’); ou (b) fazer uma declaração no sentido de que, embora não possa fazer uma declaração de compatibilidade, o governo ainda assim deseja que a Casa prossiga com o Projeto. (2) A declaração deve ser por escrito e publicada da maneira que o Ministro que a fizer considerar apropriada”. Tradução livre. No original: “(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (‘a statement of compatibility’); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill. (2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/19>. Acesso em: 16 maio 2025.

⁷⁰⁸ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism...* op. cit., p. 174-175.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 171-172.

sível, mesmo que isso implique afastamento da intenção legislativa original, mas sem comprometer a estrutura textual da norma interpretada. Quando a adaptação por interpretação exigiria reformulação substancial do conteúdo ou mesmo criação de regras novas *ex nihilo*, os tribunais passaram a preferir a emissão de uma declaração de incompatibilidade. Gardbaum identifica nessa prática uma tentativa de respeitar a separação de funções, reservando ao Parlamento a decisão sobre como solucionar as deficiências legislativas apontadas judicialmente⁷¹⁰.

O que todo esse percurso histórico deixa claro é que o modelo gestado nesses países tem uma natureza peculiar. Embora continue sendo um exame de *constitucionalidade*, não detém a mesma força do modelo norte-americano. Nos países da *Commonwealth*, o poder de revisão judicial costuma atuar de modo mais contido, com decisões sujeitas a reavaliação ou reversão por parte do parlamento.

Em termos genéricos, o modelo “forte” de controle judicial se caracteriza por conferir aos tribunais o poder de invalidar leis incompatíveis com a constituição, com efeitos impositivos, inatingíveis por mecanismos legislativos ordinários. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, o legislador não pode simplesmente reinscrevê-la no ordenamento jurídico sem modificar a constituição. Em países como o Brasil, o cenário é ainda mais restritivo: diante de cláusulas pétreas, nem mesmo emendas constitucionais são viáveis para restaurar o conteúdo invalidado. Nesses casos, resta apenas aguardar uma eventual revisão de entendimento por parte do próprio tribunal, ou uma mudança em sua composição.

O exemplo paradigmático do controle forte é o sistema dos Estados Unidos. Desde a decisão tomada em *Marbury v. Madison*, consolidou-se a ideia de que a constituição adquire seu sentido apenas a partir do que os juízes afirmam que ela significa. A reversão, quando possível, exige mudanças no próprio texto constitucional, cuja aprovação depende de supermaiorias⁷¹¹. Por esse motivo, diz-se que os tribunais têm *primazia* sobre o Legislativo em matéria constitucional. É nesse contexto que aparece a já referida “dificuldade contramajoritária” de Bickel: juízes não eleitos têm o poder de frustrar a vontade democrática, sem que haja recurso político fácil ou eficaz contra essas decisões.

Já no controle judicial “fraco”, embora as cortes também examinem leis à luz dos direitos fundamentais, não detêm a *palavra final* sobre a conformidade da lei com a constituição. Os tribunais podem se pronunciar sobre a invalidade ou incompatibilidade de uma lei, mas o sistema oferece meios para que a decisão judicial seja revista ou contornada por uma maioria

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 172.

⁷¹¹ No caso norte-americano, em função do Artigo V, o rito de alteração constitucional é extremamente difícil e gera um significativo poder de veto para estados pequenos.

legislativa simples, em prazo relativamente curto. Em suma, o traço do controle fraco é que as cortes fiscalizam a legislação frente a parâmetros constitucionais, mas não têm a última palavra sobre se as leis os atendem. O legislador ordinário pode desfazer ou modificar os efeitos da interpretação judicial sem necessidade de mudança constitucional – por exemplo, mantendo a lei vigente ou a reeditando, a fim de afastar a vinculação social à decisão. Como ele diz,

[n]o lugar dos excessos de poder judicial, tem-se tentado criar, entre os tribunais e os parlamentos, equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo deliberativo quanto à proteção e aplicação dos direitos fundamentais que, acreditam esses países, são aquilo que as reivindicações fundamentais e legítimas da soberania parlamentar exigem.⁷¹²

Segundo Gardbaum, há pelo menos quatro argumentos que tornam os modelos fracos preferíveis aos modelos fortes. O primeiro deles diz respeito ao enfrentamento do problema da “debilitação democrática”: “[a]o tentar criar responsabilidade conjunta e diálogo genuíno entre tribunais e parlamentos a respeito dos direitos fundamentais, o novo modelo promete tanto trazer importantes questões de princípio de volta ao debate legislativo e popular”⁷¹³. Isto é, retomando a clássica crítica de Thayer⁷¹⁴, o autor defende que o controle judicial forte tende a enfraquecer a responsabilidade política. Quando os legisladores sabem que a decisão final cabe aos tribunais, tenderiam a deixar as questões de constitucionalidade e de direitos fundamentais de lado, delegando essa tarefa aos juízes, que assumirão os custos políticos das decisões.

O modelo fraco, ao contrário, promete “quebrar esse círculo vicioso e revitalizar o debate político legislativo e popular”⁷¹⁵. Por devolver ao parlamento o poder de ter a última palavra, criar-se-ia um incentivo para que o sistema político não se omita. Como explica o autor, nesse cenário, “o exame pelos tribunais deixa de ser necessariamente o exame final”, forçando o Legislativo a deliberar com base em princípios e a justificar perante o eleitorado por que, naquele caso específico, os direitos individuais não deveriam prevalecer – ou ao menos não com a interpretação definida pelo Judiciário⁷¹⁶.

O segundo benefício está na qualidade da interação entre os poderes. O modelo tradicional de supremacia judicial muitas vezes resulta no que Gardbaum chama de “monólogo judicial”, em que apenas a voz dos tribunais importa na definição dos sentidos constitucionais⁷¹⁷.

⁷¹² GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica... *op. cit.*, p. 222.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 223.

⁷¹⁴ O pensamento de James Bradley Thayer será discutido no tópico 5.1.1.

⁷¹⁵ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica... *op. cit.*, p. 247.

⁷¹⁶ *Ibidem*.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 247.

O novo modelo, por sua vez, fomentaria um “diálogo interinstitucional mais rico e mais equilibrado”⁷¹⁸. Por estabelecer uma responsabilidade compartilhada, substituiria a exclusividade judicial pela colaboração interpretativa, o que tenderia a enriquecer a interpretação constitucional e evitar a “superjudicialização” do discurso político.

Em terceiro lugar, Gardbaum argumenta que o novo modelo promoveria uma divisão de trabalho mais racional entre juízes e legisladores⁷¹⁹. Para o autor, uma coisa é definir quais são os direitos que o texto constitucional estabelece, ou seja, definir o “padrão constitucional” em abstrato. Outra, bem diferente, é decidir como esses direitos, que muitas vezes têm estrutura de princípio, devem se concretizar quando entram em conflito. Gardbaum sustenta que essa segunda etapa – típica dos testes de proporcionalidade, por exemplo – exige escolhas que soam políticas ou discricionárias demais, pois envolvem sopesar prioridades e interesses sociais, uma função que deveria ser do Legislativo e não de um tribunal. Por isso, ao transferir a responsabilidade para o parlamento, o modelo geraria maior liberdade para o Judiciário: sem o peso de ter que realizar tais cálculos, os juízes se sentiriam encorajados a interpretar o conteúdo dos princípios constitucionais de forma muito mais ampla⁷²⁰.

Por fim, o quarto argumento é o mais direto: para Gardbaum, o modelo resolveria a tensão entre democracia e controle de constitucionalidade. Por submeter a revisão judicial à possibilidade de uma resposta majoritária, o sistema “dissolveria” a dificuldade contramajoritária. Nas palavras do autor, o novo modelo demonstraria que a proteção judicial não é necessariamente incompatível com a democracia, pois o *judicial review*, embora existente, ficaria sujeito ao escrutínio democrático, garantindo que, em último caso, a soberania popular, expressa pelo parlamento, possa prevalecer⁷²¹.

Em conclusão, Gardbaum é didático ao explicar:

A respeito da questão da aplicação judicial, os países da Comunidade Britânica deixam perceber que, de maneira semelhante, não é necessariamente verdade que os tribunais ou têm o poder final para invalidar leis conflitantes com direitos fundamentais, e consequentemente os legislativos são impotentes para reinstituí-las, ou então eles não têm o menor poder para aplicá-los. Mais uma vez, cada um dos três países da Comunidade Britânica produziu algo que se situa a meio caminho dessas duas posições: os tribunais têm uma função na aplicação dos direitos fundamentais que não

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 248.

⁷²⁰ “[O]s tribunais podem na verdade ficar mais encorajados a interpretar o conteúdo e o âmbito de aplicação dos direitos, sabendo que não terão necessariamente a responsabilidade final de restabelecer o equilíbrio ou de rejeitar os pontos de vista majoritários. Isso pode diminuir a percepção de que os tribunais estão empenhados na política discricionária, o que, por sua vez, pode ocasionar tanto uma tomada de decisão constitucional melhor e mais apropriada, quanto uma maior atribuição de legitimidade às funções dos tribunais”. *Ibidem*.

⁷²¹ *Ibidem*, p. 249.

corresponde aos plenos poderes do controle de constitucionalidade. Assim, no Canadá, os tribunais exercem o controle de constitucionalidade, mas estão sujeitos ao poder dos parlamentos para imunizar leis conflitantes ou reinstituir leis invalidadas. Na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação de leis, mas pela interpretação que dão a elas em consonância com os direitos, sempre que possível. Na Grã-Bretanha, os tribunais fazem o mesmo e, além disso, têm o poder de questionar uma lei conflitante declarando-a incompatível com um direito fundamental e provocando a expectativa (embora não a exigência jurídica) de que a lei será emendada ou revogada pelo legislativo.⁷²²

O longo passeio deste tópico se justifica pela constatação de Dixon de “que a capacidade dos tribunais para este papel não depende de eles terem qualquer poder final para invalidar leis ou fazer cumprir suas decisões”⁷²³. Uma vez esclarecida a origem histórica do modelo fraco, no qual o tribunal atua mais como um parceiro de diálogo do que uma autoridade que impõe sua palavra final, é possível avançar para o exame detalhado da proposta de “calibragem” sugerida pela autora.

4.3.2 Direitos fortes, remédios fracos

Um dos pontos centrais da teoria de Dixon é a proposta de uma resposta judicial ajustada à natureza do déficit combatido. Para a autora, sempre que necessário, os tribunais devem afirmar os direitos e princípios constitucionais, da forma como a doutrina constitucional dominante os entende, especialmente diante de violações ou omissões graves. No entanto, a decisão deve ser calibrada conforme o caso, com a adoção de remédios menos intrusivos ou de aplicação mais gradual⁷²⁴. Quer dizer, a decisão pode ser enfática em seu conteúdo, mas sua execução deve levar em conta o contexto político, a abertura para deliberação democrática e os riscos de confronto entre os Poderes. Assim, resguarda-se a autoridade da constituição e a proteção dos direitos – mostrando à sociedade e ao legislador que determinado conteúdo tem proteção constitucional – ao mesmo tempo em que se abre espaço para a atuação do processo democrático na concretização ou no ajuste da decisão.

Como visto no tópico anterior, modelos fracos de controle de constitucionalidade permitem soluções intermediárias, como declarações de incompatibilidade que não invalidam a lei ou decisões cuja implementação se suspende para aguardar reação legislativa. Dixon se baseia nessas experiências comparadas para advogar uma ideia muito interessante. Segundo ela, mesmo em jurisdições que detêm formalmente um controle de tipo forte, os tribunais deveriam

⁷²² *Ibidem*, p. 244.

⁷²³ DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade... *op. cit.*, p. 20.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 34.

se valer de remédios mais flexíveis, como os modelos fracos, para mitigar o conflito com as arenas democráticas⁷²⁵. Para ela, calibrando os efeitos de suas decisões, os tribunais preservariam o compromisso com os direitos e os princípios constitucionais, mas o fariam de modo compatível com a lógica da deliberação democrática.

Em contraste com os sistemas analisados no tópico anterior, que admitem apenas o uso de remédios fracos, Dixon defende que o uso de remédios fortes ou fracos deveria ser *dinâmico* e variar conforme a natureza do déficit identificado⁷²⁶. Ou seja, embora dê preferência pelos remédios fracos, Dixon entende que ambos deveriam estar à disposição dos tribunais; são os déficits democráticos que ditarão qual intensidade se deve utilizar. Por exemplo, em situações envolvendo o “núcleo mínimo” da democracia, a autora sugere que remédios fortes são em geral necessários⁷²⁷. Nesses casos, o risco de permitir que normas claramente inconstitucionais sigam produzindo efeitos supera os problemas decorrentes de uma intervenção judicial mais incisiva. Se a questão afeta diretamente a integridade de eleições livres, a competição política ou os direitos políticos, o tribunal deveria ter menos hesitação em invalidar a medida ofensiva.

Segundo ela, há alguns fatores que reforçam a necessidade de uma resposta judicial firme e a tornam menos problemática⁷²⁸. Em geral, situações de erosão democrática provocam maior consenso sobre a legitimidade da intervenção judicial, inclusive entre atores sociais e políticos que seriam cautelosos quanto à atuação das cortes. O tempo é uma variável relevante, pois uma decisão morosa pode equivaler à omissão, deixando prejuízos graves.

Além disso, como ressalta Dixon, é preciso considerar que a esperança de correção legislativa nem sempre é razoável⁷²⁹. Em boa parte das situações em que o núcleo democrático está sob ameaça, o próprio parlamento se encontra cooptado por forças interessadas em preservar o arranjo problemático. A continuidade pode, inclusive, ser benéfica para essas majorias, que buscam se blindar contra a oposição e impedir a alternância no poder. Esperar que esse mesmo Legislativo repare o déficit equivale a ignorar os incentivos políticos em jogo. Aqui,

⁷²⁵ “[A] capacidade dos tribunais de enfrentar os bloqueios [...] geralmente não dependerá que as decisões judiciais tenham qualquer pretensão a uma finalidade legal ao estilo dos Estados Unidos. Para enfrentar os pontos cegos do legislativo, os tribunais frequentemente irão precisar simplesmente chamar a atenção dos legisladores para instâncias não intencionais ou desnecessárias de violação de direitos, enquanto que o Legislativo irá procurar então aprovar legislação corretiva para casos futuros”. *Ibidem*, p. 39.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷²⁷ “[H]á, de fato, circunstâncias em que um compromisso com a democracia política pode favorecer um controle de constitucionalidade que seja superforte, não apenas forte na forma. Um exemplo está nos casos em que as elites políticas dominantes estão buscando [...] entrincheirar a sua manutenção no poder, ou corroer os compromissos básicos com a democracia eleitoral, e os tribunais têm a capacidade de evitar isso”. *Ibidem*, p. 24.

⁷²⁸ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* *op. cit.*, p. 214.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 101; 264.

um remédio fraco poderia comprometer o próprio direito que se busca proteger.

Por sua vez, quando o caso envolve direitos ou políticas substantivas que não dizem respeito à integridade do processo democrático, Dixon defende que os tribunais adotem uma postura mais contida, à maneira dos remédios da *Commonwealth*⁷³⁰. Nessas situações, a intervenção judicial continua sendo legítima, mas deve ocorrer por meio de mecanismos constitucionais de caráter dialógico ou gradual. A ideia é que, ainda que o tribunal reconheça a existência de uma violação constitucional, sua decisão não precisa produzir efeitos imediatos e impositivos. Em vez disso, deveria abrir espaço para que o Legislativo participe da resposta, formulando soluções por meio do debate político e da deliberação democrática. A função da corte, nesses casos, seria apenas indicar que certo direito foi violado, sem monopolizar o modo como ele será implementado.

Além disso, Dixon sustenta que os tribunais devem superar a postura defensiva comum ao controle forte, em que a reação legislativa a uma decisão judicial é lida como uma afronta à autoridade da corte ou à supremacia constitucional. De maneira diversa, os sistemas de controle fraco possuem uma arquitetura desenhada para a abertura, pressupondo que a reação parlamentar é uma etapa natural e até saudável do funcionamento democrático. Seguindo essa lógica, Dixon defende que a resposta do Legislativo seja encarada como uma continuidade do diálogo, e não como enfrentamento. Especialmente ao lidar com pontos cegos ou problemas de inércia, caberia à corte verificar se a reação política foi devidamente fundamentada e se as razões apresentadas na decisão judicial foram consideradas e enfrentadas pelo legislador.

Todavia, conforme Gardbaum já havia adiantado, um dos dilemas mais recorrentes desse tipo de solução é o risco de *inefetividade*⁷³¹. Como sua aplicação depende da posterior atuação do Legislativo, há sempre a possibilidade de que o tribunal seja ignorado e a violação permaneça sem resposta. Esse risco é especialmente elevado em contextos marcados por baixa responsividade política.

Dando continuidade ao seu criativo projeto, Dixon oferece uma contribuição original ao debate sobre a eficácia dos modelos fracos. Para contornar esse obstáculo, ela propõe que os tribunais condicionem o remédio fraco à adoção de uma medida alternativa mais forte caso o parlamento não reaja dentro de um prazo razoável. Trata-se de uma fórmula híbrida: a decisão judicial seria inicialmente deferente, mas não indefinidamente. O tribunal suspenderia os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, por um ano, e informaria desde já

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 234-235.

⁷³¹ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica... *op. cit.*, p. 257.

qual será a consequência em caso de inércia legislativa.

Essa consequência pode assumir diferentes formas, a depender do contexto: a invalidação da norma inconstitucional após o escoamento de certo prazo; a entrada em vigor de uma interpretação judicial já fixada pela corte; ou mesmo a imposição de uma medida temporária, aplicável até que o parlamento delibere. O objetivo é evitar que a deferência judicial se transforme em omissão permanente. Segundo ela, estruturando essa condicionalidade, o tribunal conferiria “dentes” aos remédios fraco, garantindo que ele funcionaria como um convite sério ao diálogo institucional, e não como uma simples manifestação simbólica⁷³². Equilibrando firmeza e moderação, esse modelo permitiria que os tribunais corrigissem déficits democráticos sem abdicar do protagonismo necessário do Legislativo.

Ou seja, o tribunal indicaria uma espécie de “direção constitucional”, mas permitiria que as autoridades eleitas navegassem até lá com seus próprios instrumentos. Como já ressaltado, isso teria várias vantagens: aumentaria a legitimidade política da decisão, pois reconheceria a autoridade democrática dos representantes eleitos e os envolveria no processo de implementação do direito afirmado; produziria soluções mais detalhadas e técnicas, aproveitando a capacidade institucional do Legislativo e Executivo de implementar políticas públicas; e reduziria a probabilidade de confronto ou desobediência, uma vez que envolveria os demais poderes em espírito de cooperação.

Para elucidar seu ponto, Dixon apresenta exemplos muito interessantes. Entre eles, um dos mais ilustrativos é o caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul em 2005⁷³³. A Constituição sul-africana, adotada em 1996, proibia expressamente qualquer forma de discriminação baseada em “orientação sexual”. Mesmo assim, quase uma década depois, o ordenamento ainda silenciava sobre o casamento civil homoafetivo. Essa demora, porém, não se explicava por forte resistência social – pesquisas da época indicavam crescente aceitação do tema na sociedade –, tampouco por falta de fundamento constitucional, já que a Constituição não poderia ser mais clara a respeito do assunto. O que se via, na prática, era um bloqueio típico de inércia legislativa: o tema dividia lideranças políticas e religiosas e gerava desconforto em segmentos do eleitorado, o que levava os partidos a evitá-lo.

Diante da omissão persistente, a Corte Constitucional interveio de modo criativo. Reconheceu que a exclusão dos casais homoafetivos do regime do casamento civil violava os prin-

⁷³² DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* op. cit., p. 258.

⁷³³ *Ibidem*, p. 180.

cípios constitucionais da igualdade e da dignidade. Mas, em vez de impor uma solução imediata, concedeu ao parlamento o prazo de um ano para aprovar uma legislação mais compatível com os preceitos constitucionais. Com isso, a Corte acionou um mecanismo de pressão política; rompeu o ciclo de inércia legislativa, mas sem suprimir a deliberação democrática. Estabeleceu a responsabilidade do processo democrático de resolver a questão. O resultado foi o reconhecimento legal do casamento homoafetivo pela via parlamentar, por meio do *Civil Union Act* de 2006, em resposta à provocação judicial.

A experiência colombiana seguiu linha semelhante⁷³⁴. Em 2011, a Corte Constitucional julgou o caso *C-577* e reconheceu que a ausência de reconhecimento legal para uniões homoafetivas violava os princípios da igualdade, da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade. A decisão, no entanto, não declarou de imediato a nulidade das normas em vigor. Em vez disso, concedeu ao Congresso o prazo de dois anos para criar uma figura jurídica que conferisse proteção equivalente à das uniões heterossexuais. Mais uma vez, o tribunal apontou a falha constitucional e deu início a um processo deliberativo, sem monopolizar a solução.

Mas, diferentemente do que ocorreu na África do Sul, o Congresso colombiano não respondeu; ao fim do prazo, nenhuma legislação havia sido aprovada. Além disso, a omissão do Congresso acabou gerando certa incerteza jurídica. Notários e juízes passaram a divergir se casais do mesmo sexo poderiam se casar civilmente, diante da omissão parlamentar. Em 2016, a Corte foi chamada a decidir o caso *SU-214/16* e afirmou que a ausência de resposta legislativa não poderia desconsiderar a violação constitucional previamente reconhecida. Determinou que os cartórios registrassem os casamentos homoafetivos normalmente, assegurando os mesmos direitos e deveres já garantidos às uniões heterossexuais. Ainda que mais enérgica, a Corte colombiana buscou preservar a legitimidade e a preferência do sistema político. Primeiro convocou o Congresso a deliberar; depois, apenas supriu o vácuo deixado por sua omissão. Protegeu o direito sem ignorar o importante papel da divisão de poderes, em especial quanto à legitimidade do parlamento para deliberar e traduzir os compromissos constitucionais. A resposta judicial só se intensificou quando ficou evidente que a inércia legislativa comprometeria a eficácia da decisão anterior.

Esses casos contrastam com o exemplo brasileiro, no julgamento da ADPF 132, em que o Supremo Tribunal Federal estendeu o instituto da união estável aos casais homoafetivos⁷³⁵. Embora o resultado tenha sido positivo sob a ótica da proteção de direitos fundamentais, a forma

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 180-181.

⁷³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011. DJe, 13 de outubro de 2011.

como o tribunal alcançou seu objetivo foi distinta e, sob a lente da teoria de Dixon, problemática. Diferentemente das cortes sul-africana e colombiana, o Supremo utilizou um remédio forte e de aplicação imediata. Para isso, o tribunal precisou realizar uma manobra interpretativa sobre o art. 1.723 do Código Civil e sobre o art. 226, §3º, da Constituição, ignorando a redação, que citava “homem e mulher”, para aplicar a norma a casais homoafetivos. Com essa atitude, a corte não se limitou a apontar a omissão inconstitucional, como também resolveu a questão de forma impositiva e instantânea, substituindo a deliberação política por uma intervenção judicial que não deixou espaço para qualquer tipo de resposta parlamentar.

Essa postura revela os riscos de se adotar remédios fortes em situações que poderiam se beneficiar do diálogo democrático. O Supremo assumiu para si o monopólio da última palavra, esvaziando o papel dos representantes eleitos e eliminando os incentivos para que o Legislativo amadurecesse o debate. A decisão, portanto, é vulnerável às críticas de Waldron: temos uma instância não eleita resolvendo sozinha uma questão moral complexa, à revelia do parlamento. O caso brasileiro demonstra que, mesmo quando a intenção é nobre, o uso de remédios fortes pode sufocar a política, impedindo o desenvolvimento de uma cooperação institucional saudável, que Dixon defende como ideal para a legitimidade do controle de constitucionalidade.

A comparação com os exemplos sul-africano e colombiano ajuda a evidenciar que havia caminhos alternativos. Em ambos os casos, os tribunais agiram para afirmar os direitos dos casais homoafetivos, mas evitaram ocupar sozinhos o papel de intérpretes exclusivos da constituição. Deram espaço para o Legislativo, criaram incentivos e, quando necessário, assumiram um papel mais firme diante da omissão. Mesmo na Colômbia, onde o Congresso se omitiu, a resposta judicial ocorreu com base em um processo previamente instaurado de provocação e abertura política. Protegeu o direito, mas o fez sem desautorizar o processo democrático.

Outro exemplo vem da experiência indiana⁷³⁶. Em 2014, a Suprema Corte do país decidiu o caso *NALSA*, reconhecendo que a omissão do Estado em adotar medidas para o reconhecimento da identidade transgênero criava um conflito constitucional relevante. Mas a Corte também não ofereceu uma resposta exaustiva; apenas sinalizou que o Estado tinha uma obrigação de agir e indicou a necessidade de uma legislação que traduzisse os compromissos constitucionais já assumidos. Ou seja, a decisão não antecipou os termos dessa resposta, nem ocupou o espaço da política. Criou, na verdade, um *impulso* político. A reação veio cinco anos depois, com a aprovação do *Transgender Persons (Protection of Rights) Act*, que formalizou esses di-

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 181-182.

reitos e passou a orientar diversas ações administrativas. Órgãos públicos começaram a reconhecer um terceiro marcador de gênero em documentos oficiais, como passaportes e carteiras de identidade. Mais importante, o julgamento de *NALSA* estimulou a organização do movimento trans no país, favorecendo o surgimento de articulações coletivas e o fortalecimento de uma agenda política.

O mais relevante é que esses exemplos não representam uma repetição dos modelos tradicionais. Trata-se de reconhecer, com Waldron, que nem sempre o Judiciário está em condições de fornecer uma solução definitiva, mas, contra Waldron, que isso não o exime de apontar quando problemas constitucionais estão sendo negligenciados.

Em primeiro lugar, porque esse modelo dispensa as grandes teorias morais e hermenêuticas que dominam o direito constitucional. Na direção oposta, assume que o texto constitucional impõe certos compromissos fundamentais, mas que, no geral, deixa espaço para que o conteúdo desses direitos seja politicamente definido. Isso tem o propósito explícito de evitar que a decisão judicial seja fundada em premissas filosóficas contestáveis ou em doutrinas abrangentes sobre justiça ou moralidade. Juízes não devem agir como intérpretes idealizados, dotados de um conhecimento moral superior, capazes de extrair significados implícitos de disposições abertas. A intervenção judicial pode se limitar a afirmar que a situação atual talvez não se coadune com aquilo que é exigido pela constituição, sem pretender oferecer a *única* solução.

Em segundo lugar, há um respeito à arena legislativa como espaço preferencial para a resolução dos desacordos políticos. Quando um tribunal reconhece um conflito constitucional e opta por um remédio fraco, não está simplesmente abandonando a defesa dos direitos; na verdade, está articulando-a com a consciência da necessidade de que as decisões devem ser tomadas, sempre que possível, por representantes eleitos e a partir de processos legítimos de deliberação democrática. Isso permite que o desacordo não seja silenciado por uma decisão igualmente controversa, mas canalizado para o debate político, local onde argumentos podem ser apresentados, ajustados, recusados ou aceitos com base no espírito democrático.

Em terceiro, esse tipo de intervenção parte da ideia de que os juízes são atores com capacidades limitadas e papéis específicos dentro do sistema democrático. Tribunais que adotam remédios fracos reconhecem que o sistema político pode falhar, mas também que sua própria atuação deve se ater a um nível de intervenção proporcional à gravidade do problema e às possibilidades reais de correção. É válido insistir que a força desse modelo está justamente em sua modéstia: em vez de uma imposição judicial fundada em pretensões ilusórias, o que se propõe é uma atuação calibrada, politicamente consciente e voltada a reestabelecer o funcionamento do processo democrático.

Uma possível objeção ao modelo proposto por Dixon deve ser considerada. Como discutido no capítulo anterior, a crítica de Waldron ao controle de constitucionalidade não se limita à forma como ele se organiza aqui ou ali. Seu argumento diz respeito à prática do *judicial review*, que, segundo ele, envolve premissas problemáticas diante do desacordo presente nas sociedades democráticas. Waldron questiona, por exemplo, a ideia de que juízes poderiam decidir de maneira mais adequada sobre direitos fundamentais do que legisladores eleitos. Para ele, decisões judiciais que se apoiam em concepções controversas de justiça ou direitos não superam as alternativas debatidas e aprovadas em processos políticos abertos. A objeção, então, seria a seguinte: se esse é o problema, não estaríamos apenas trocando de embalagem ao propor modelos fracos? Mesmo que tenham *menos* poder, juízes continuariam a decidir com base em visões morais contestadas. Afinal, o que mudaria⁷³⁷?

Dixon responde a esse tipo de objeção⁷³⁸. O problema apontado por Waldron surge porque juízes partem da premissa de que sua decisão deve *prevalecer* sobre a escolha legislativa e de que sua concepção de direitos deve ser tratada como final. Esse é o traço característico dos modelos tradicionais de controle de constitucionalidade. Neles, o tribunal se coloca como intérprete exclusivo da constituição, mesmo diante de controvérsias razoáveis, e impõe uma resposta final.

Já o modelo calibrado, como proposto por Dixon, recusa essa postura. Não exige que o tribunal esteja *certo* do ponto de vista moral, nem que sua leitura seja tomada como a *única* admissível. Exige apenas que os tribunais atuem como pontos de acesso dentro do sistema político, chamando a atenção para temas que têm sido ignorados pelos demais poderes. Isso dispensa, por exemplo, a aposta em verdades morais objetivas, sejam elas reais ou não. Tribunais não precisam se apoiar em uma longa cadeia argumentativa que justifique porque detêm tanto poder; basta que exerçam um papel de *alerta e pressão*, abrindo caminho para o debate democrático.

⁷³⁷ Embora não se refira exatamente à proposta de Dixon, Waldron parece adotar uma postura cética sobre as teorias do diálogo, pois entende que “cualquier diálogo posible entre legislaturas y tribunales probablemente repetirá diálogos que ya tuvieron lugar entre los legisladores, entre los jueces, o entre ambos. En cualquier caso, todos habrán sido ya instruidos de cualquier enseñanza que pueda fluir de la confrontación de las posturas relevantes. Es evidente que quienes finalmente forman la mayoría legislativa no habrán enfrentado a la opinión de la mayoría judicial en una forma que posee toda la autoridad de un tribunal con el poder de invalidar leyes. Sin embargo, si lo que queremos es diálogo, no veo por qué deberíamos preferir una forma de diálogo en que la opinión de una de las partes conlleve una autoridad política especial, en vez de una forma de diálogo en que —como en el recinto de la legislatura— las opiniones deban competir con otras por sus propios méritos”. WALDRON, Jeremy. Algunos modelos de diálogo entre jueces y legisladores. Trad. de Federico Jorge Gaxiola. In: WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018, p. 215.

⁷³⁸ DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age...* op. cit., p. 213.

Essa concepção fica ainda mais clara quando se observa que, para Dixon, o único momento em que uma decisão judicial deve ter efeitos mais fortes é quando está em risco a própria continuidade da democracia. Nesses casos, o tribunal poderia interferir de modo mais incisivo, não para impor um valor moral específico, mas para garantir que o sistema democrático possa continuar existindo. É uma intervenção em defesa do próprio espaço onde as disputas devem ocorrer. Nesse caso, pouco importam as concepções morais do tribunal; o que se preserva não é uma doutrina em particular, mas as condições para que a política majoritária volte a funcionar.

4.3.3 Autoria, tom e respeito

Além do conteúdo das decisões constitucionais, Dixon também se interessa pela *forma* como são elaboradas⁷³⁹. Em geral, esse ponto costuma receber pouca atenção na literatura constitucional. Não são elementos centrais no argumento a favor do controle de constitucionalidade, nem são capazes de justificá-lo por si sós. Ainda assim, segundo a autora, podem ter efeitos positivos. Em essência, ela diria, se queremos ter o *judicial review*, que o utilizemos de forma cuidadosa. Essa visão parte da premissa de que a maneira como o tribunal se expressa – quem redige a decisão, que tom adota e como formula os argumentos – afeta como o público e o sistema político reagem. Sua ideia subjacente é que decisões formuladas de forma agressiva ou impositiva tenderiam a gerar forte rejeição e desconfiança públicas. Já uma decisão redigida com parâmetros mais saudáveis tenderia a ser mais bem aceita e cumprida.

Em primeiro lugar, Dixon sustenta que o tribunal deve atribuir a redação da decisão a um dos juízes cuja identidade ou experiência de vida se aproxime da dos “perdedores”⁷⁴⁰. Essa estratégia visa sinalizar aos vencidos que, mesmo “derrotados” no mérito, suas perspectivas foram *realmente* ouvidas pela corte. Segundo ela, um magistrado percebido como pertencente ao mesmo grupo ou contexto dos litigantes que tiveram sua pretensão negada, ao assinar a opinião da corte, enviaria uma espécie de “mensagem de reconhecimento”. Isso indicaria que a decisão, de mérito distinto, não decorre de incompreensão dos argumentos derrotados, mas de um julgamento honesto das ideias em discussão.

Na prática, isso significaria que o voto prevalecente do tribunal seria atribuído a um juiz associado ao lado minoritário da controvérsia ou identificado com os grupos sociais mais impactados pela decisão. Dixon exemplifica essa técnica com casos de direitos LGBTQIAPN+⁷⁴¹.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 277.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 280.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 289.

Nos Estados Unidos, por exemplo, casos marcantes envolvendo reconhecimento de direitos de casais do mesmo sexo tiveram seus acórdãos redigidos por magistrados de perfil conservador, alinhados ao público resistente a tais direitos.

Por exemplo, a decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges*⁷⁴² foi redigida pelo Justice Anthony Kennedy, o membro de orientação mais conservadora dentre os que votaram a favor do reconhecimento do casamento civil homoafetivo. Do mesmo modo, no caso *Bostock v. Clayton County*⁷⁴³, que estendeu a proteção legal contra discriminação a pessoas LGBTQIAPN+ no âmbito trabalhista, o acórdão foi assinado pelo Justice Neil Gorsuch, o primeiro indicado da administração Trump. Para ela, a redação dessas decisões por Justices nomeados pelo Partido Republicano enviou um sinal aos setores conservadores desapontados – especialmente os mais religiosos – de que a Corte compreendia suas preocupações e as levou a sério na fundamentação de sua conclusão. É claro, isso não garante que os opositores da decisão serão convencidos, mas ao menos fortalece sua disposição em respeitar a autoridade do tribunal.

De forma semelhante, na África do Sul, a Corte Constitucional adotou essa estratégia no julgamento que invalidou a criminalização das relações homossexuais, no caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*⁷⁴⁴. O acórdão foi redigido pelo Justice Laurie Ackermann, um dos poucos membros da corte de origem *afrikaner*. Esse detalhe, que não costuma chamar muita atenção, é fundamental porque a comunidade *afrikaner*, de tradição conservadora, figurava entre os grupos com maior objeção à descriminalização do crime de “sodomia”. Ter um juiz *afrikaner* como autor da decisão ajudou a conferir legitimidade ao resultado perante esse público, dado os laços culturais e linguísticos compartilhados. Em outras palavras, a autoria do voto vencedor por um membro associado ao grupo derrotado teria atenuado a percepção de *imposição*, reforçando a ideia de que a decisão foi tomada com respeito pelas diferentes comunidades afetadas.

Esse modelo de alocação da autoria se destinaria sobretudo a cortes constitucionais e supremas cortes que admitem votos dissidentes e concorrentes, isto é, nos quais cada juiz pode proferir sua própria opinião. Nesses tribunais de cúpula, a identidade do autor do acórdão é conhecida, permitindo o uso estratégico desse recurso. Além disso, a possibilidade de opiniões separadas daria margem para que mesmo os votos vencidos funcionem como representação das perspectivas minoritárias. Como observa Dixon, votos dissidentes respeitosos poderiam demonstrar aos perdedores que seus argumentos foram devidamente considerados, contribuindo

⁷⁴² *Ibidem*.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 289-290.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 285-286.

para a legitimidade do julgamento⁷⁴⁵. Por outro lado, votos dissidentes agressivos ou desdenhosos tenderiam a surtir efeito oposto, aprofundando a sensação de injustiça dos derrotados.

De todo modo, é a opinião principal da corte – aquela que exprime o resultado vinculante – que atrai maior atenção e significado para os litigantes desapontados. Por isso, selecionar adequadamente quem fala pela maioria é fundamental. Sempre que houver discricionariedade na distribuição da autoria, uma corte atenta a sua legitimidade sociológica deveria ponderar qual de seus membros possui maior capacidade de diálogo com o público vencido, sem prejuízo do reconhecimento da eventual conveniência de decisões unânimes em contextos excepcionais.

O segundo aspecto enfatizado por Dixon é o tom empregado na decisão, que deveria primar pela moderação e pelo respeito⁷⁴⁶. Isso significa que, na redação dos fundamentos, o tribunal deveria evitar uma linguagem que menospreze os vencidos e seus valores, abstendo-se de termos inflamados ou juízos de reprovação contra uma das visões em conflito. Um discurso judicial respeitoso buscaria, na verdade, achar pontos em comum e demonstrar consideração pelas posições derrotadas, mesmo ao rejeitá-las. Tal cautela evitaria a impressão de que a corte está impondo uma concepção moral ou política particular sobre toda a sociedade. Em outras palavras, adotando um tom sóbrio – reconhecendo a boa-fé dos que pensam de forma diversa – o tribunal evitaria caracterizar a decisão como uma vitória de uma facção ideológica sobre outra.

No caso *Obergefell*, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos fez questão de afirmar explicitamente que muitos opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo agiam por premissas religiosas honráveis, sem que nem eles nem suas crenças fossem desrespeitados pelo reconhecimento judicial do novo direito⁷⁴⁷. Esse tipo de declaração de respeito aos vencidos atenuaria a sensação de derrota moral e reforçaria a compreensão de que o Judiciário não está fechando as portas a um futuro diálogo.

Para embasar a importância do tom respeitoso, Dixon recorre à noção de cortesia e às dinâmicas de reciprocidade que regem as relações sociais⁷⁴⁸. Ela sugere que demonstrações de respeito de um órgão tenderiam a gerar respeito no destinatário. Assim como a troca de gestos cordiais incentiva a cooperação nas interações sociais, no contexto judicial um acórdão que trata a parte vencida com deferência aumentaria a probabilidade de que esta, por sua vez, respeite a decisão. Ainda que a relação entre o tribunal e os litigantes não seja igualitária, haveria

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 281.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 281-282.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 289.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 282.

um aspecto comunicativo importante na forma como a decisão é redigida. Ao contrário, um tom de desprezo ou rigidez por parte da maioria julgadora tenderia a ampliar a resistência dos vencidos, nutrindo a impressão de que seus argumentos não receberam a devida consideração.

Dixon chega a sugerir que os julgamentos constitucionais fossem redigidos como uma “carta dirigida ao perdedor” – isto é, estruturados de modo a responder, ponto por ponto e com respeito, às ansiedades e objeções dos que saem vencidos⁷⁴⁹. Esse esforço de engajamento com a perspectiva oposta seria importante para que os vencidos se sintam respeitados, ainda que suas pretensões sejam rejeitadas pelo tribunal.

As escolhas de autoria e tom examinadas convergem para aumentar o respeito institucional pela jurisdição constitucional, fortalecendo o lastro sociológico e político das decisões judiciais. Trata-se de uma estratégia para aumentar tanto a legitimidade percebida quanto a efetiva autoridade das decisões, encorajando os cidadãos e os atores políticos a aceitá-las voluntariamente. Essa estratégia não garante unanimidade de aprovação – ela jamais *assegurar*á que os oponentes mudem de convicção, nem elimina todas as críticas –, mas elevaria a disposição de conformidade e reduziria a margem de contestação puramente emotiva ou política.

Em última análise, adotando uma “comunicação judicial responsiva” comprometida com o respeito e a inclusão dos vencidos no discurso da decisão, os tribunais melhorariam as condições de aceitação de seus julgados e preservariam a confiança no papel do Poder Judiciário. Essa abordagem se reveste de especial relevância em contextos de disfunção democrática, nos quais os riscos de polarização e de não cumprimento das decisões judiciais são elevados. Nesses cenários de elevada tensão, mostrar deferência às partes derrotadas contribuiria para a estabilidade do sistema constitucional, incentivando a aceitação dos remédios judiciais mesmo por aqueles momentaneamente contrariados. Em suma, o tom moderado e a autoria representativa seriam ferramentas prudenciais que reforçam a legitimidade sociopolítica das cortes e favoreceriam a eficácia das respostas legislativas diante de patologias naturais da democracia.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 279.

5 TRANSPOSIÇÕES PARA O BRASIL

“Não será possível responder plenamente a tudo o que se diz contra o controle judicial. As questões de governo não funcionam assim. Só podemos preencher o outro lado da balança com argumentos que contrapesem as necessidades reais e o funcionamento concreto de nossa sociedade e, claro, com nossas próprias parcelas de fé e de esperança. Depois disso, podemos avaliar o quanto o ponteiro se moveu”.

- Alexander Bickel⁷⁵⁰

A etapa final desta dissertação explora as possibilidades de aplicação dos argumentos analisados nos capítulos anteriores. Após a revisão crítica do modelo dominante do controle judicial de constitucionalidade, bem como de alternativas engenhosas, serão apresentadas reflexões sobre como esse debate pode influenciar a teoria e a prática constitucional no Brasil. Ainda que as experiências estrangeiras tenham servido como ponto de partida, o objetivo é avaliar em que medida as críticas e propostas podem inspirar interpretações mais democráticas e conscientes do nosso próprio sistema constitucional.

A essa altura, o leitor atento talvez tenha chegado a uma posição incômoda. As críticas e alternativas até podem ser convincentes, mas parecem contornar um problema óbvio. Diante da presença do controle de constitucionalidade na Constituição Federal, é válido perguntar se esse debate tem alguma repercussão para o Brasil. Para muitos, poderia se tratar de uma discussão inútil: se o modelo está consagrado constitucionalmente e incorporado à vida política do país⁷⁵¹, por que voltar a discutir seus fundamentos ou cogitar outros caminhos? Embora a reflexão especulativa tenha seu valor, o caso brasileiro soa desconcertante: a própria previsão constitucional parece, à primeira vista, encerrar o debate. O constituinte decidiu assim e, por mais que as dificuldades apontadas no trabalho sejam reais, esse seria um ponto já resolvido.

⁷⁵⁰ Tradução livre. No original: “It will not be possible fully to meet all that is said against judicial review. Such is not the way with questions of government. We can only fill the other side of the scales with countervailing judgments on the real needs and the actual workings of our society and, of course, with our own portions of faith and hope. Then we may estimate how far the needle has moved”. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics...* op. cit., p. 24.

⁷⁵¹ Esse ponto ajuda a esclarecer, inclusive, por que alguns autores resistem ao debate sobre “importações teóricas”. Para Latham, a despeito das importantes contribuições que os teóricos fizeram em torno da “dificuldade contra-majoritária”, essa “obsessão acadêmica” seria estéril por ignorar que o traço mais importante do debate não está nas justificativas *teóricas* do controle de constitucionalidade, mas no imaginário social que o sustenta. O autor defende que pouco adianta discutir a desejabilidade de um arranjo específico, como a democracia plena proposta por Waldron ou o modelo responsivo de Dixon, se não levarmos em conta o ambiente político e social em que tais arranjos se enraízam. Daí decorre, segundo Latham, a pequena utilidade do tipo de debate que se segue neste capítulo, pois a tendência brasileira de reafirmar a supremacia judicial no discurso jurídico e político reduziria qualquer alternativa a um exercício meramente abstrato. Um dos propósitos deste capítulo é responder a este tipo de crítica. Para maiores detalhes, cf. LATHAM, Alexander. Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism: An Imaginary Opposition? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 40, n. 4, 2020, p. 737-763.

Essa não é uma visão anômala. O constituinte deixou seu objetivo claro quando previu diversas hipóteses do instituto no texto de 1988. Mais do que isso: diante da experiência prática e da forma como o controle passou a interferir na vida política, teria sido possível reagir restringindo sua abrangência ou seus instrumentos. Por meio do poder reformador, uma mudança no desenho do controle de constitucionalidade seria uma óbvia mensagem de que os representantes estão insatisfeitos com sua utilização; ou de que, após alguma reflexão política e acadêmica, percebeu-se que tamanha expansão estaria transigindo com o princípio democrático de forma inaceitável.

Mas essa não foi a escolha feita. Desde a promulgação, novas ferramentas foram *acrescentadas*, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade em 1993 e a Súmula Vinculante em 2004, que ampliaram o alcance da jurisdição constitucional. O mesmo espírito pode ser observado no nível infraconstitucional: as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 regulamentaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e deixaram poucas dúvidas quanto ao propósito de fortalecer o *judicial review* dentro do sistema brasileiro. A ADPF exemplifica de forma notória essa expansão, estendendo o controle de constitucionalidade a hipóteses que antes permaneceriam fora de sua jurisdição.

O questionamento é legítimo e deve ser enfrentado. O objetivo dos próximos tópicos é mostrar que, mesmo com um modelo forte já consolidado, o debate teórico continua relevante e necessário. Em vez tratar o modelo atual como questão encerrada, é importante reconhecer que ainda há tensões ainda subjacentes ao instituto. Duas linhas de argumentação reforçam a utilidade da discussão e serão objeto de apresentação.

5.1 UM PASSO (MUITO) ATRÁS: ESSE DEBATE É REALMENTE ÚTIL?

A primeira resposta a esse questionamento é de natureza teórica. A proposta é sutil e indireta. Em boa medida, diz respeito à utilidade da teoria constitucional para a prática judicial. Em síntese, o argumento defende que compreender os fundamentos e as críticas ao controle de constitucionalidade não é apenas um exercício acadêmico especulativo; é um modo de compreender como as decisões judiciais se formam e quais premissas as sustentam. Trata-se da ideia segundo a qual, embora a teoria nem sempre seja o único elemento que explica uma decisão, ela se encontra lá, escondida, moldando o raciocínio⁷⁵². Como observou Dworkin, a teoria é o

⁷⁵² O argumento precisa ser cuidadoso, pois também não pode deixar de reconhecer que as decisões judiciais são construídas em meio a dinâmicas complexas, nas quais a teoria é apenas uma das peças do jogo. Juízes decidem

“prólogo silencioso” de toda decisão judicial – uma premissa implícita que antecede o julgamento e condiciona suas conclusões⁷⁵³.

Para tornar o argumento mais claro, é possível se servir de uma analogia, baseada na tese dos “desacordos teóricos”. Em *O império do direito*, Dworkin a emprega para descrever controvérsias judiciais na solução de casos difíceis⁷⁵⁴. Ao contrário de divergências sobre fatos ou sobre a vigência das normas, desacordos *teóricos* ocorrem quando magistrados concordam sobre os fatos e sobre as normas aplicáveis, mas divergem quanto à interpretação do direito ou aos princípios que conduzem à decisão. Com esse argumento, Dworkin busca contestar a ideia de que o direito se sustenta em uma regra de reconhecimento convencional – a que ele chama de “teste de *pedigree*” –, como propõe Hart em sua formulação do positivismo jurídico⁷⁵⁵.

Embora o conceito não tenha sido desenvolvido por Dworkin para tratar do tema deste trabalho, ele é útil para iluminar um ponto relevante: decisões judiciais se apoiam em certas compreensões sobre o direito e a política, mesmo quando esses pressupostos não são assumidos conscientemente pelos juízes. Se isso é verdade, então há boas razões para examinar o papel da democracia dentro do raciocínio constitucional.

De forma geral, como observa Dworkin, juízes não decidem apenas com base em dispositivos legais ou precedentes. Ao interpretar as leis e a constituição, juízes recorrem, de forma consciente ou não, a certas concepções políticas e filosóficas. Essas concepções orientam escolhas interpretativas e determinam como o texto legal ou constitucional será aplicado a casos concretos. No campo do controle de constitucionalidade, isso significa que a “arquitetura” institucional pode permanecer idêntica, mas diferentes pressupostos conduzirão a resultados distintos. O caso norte-americano é um exemplo fácil: a Constituição pouco se alterou entre a *Era Lochner* e a *Era Warren*, mas as decisões de cada período expressam visões de mundo radicalmente diferentes. O que mudou não foi o texto constitucional, mas a compreensão de seu alcance e de seu papel na prática, ainda que escondida nos “bastidores”.

Por conta da sutileza da ideia, Dworkin recorre a casos históricos da jurisprudência norte-americana⁷⁵⁶. Para tornar seu argumento mais claro, selecionou decisões em que os magistrados chegaram a conclusões opostas apenas por abraçarem diferentes posições filosóficas.

cercados por fatores institucionais, estratégicos e humanos que escapam aos limites da teoria, que vão desde cálculos sobre *timing* político até o comportamento dos outros membros da corte. Para um ótimo resumo dessa crítica, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, ago. 2018.

⁷⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito...* op. cit., p. 113.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 52-54.

⁷⁵⁵ Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito...* op. cit.

⁷⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito...* op. cit., p. 19-25.

No célebre caso *Riggs v. Palmer*⁷⁵⁷, por exemplo, discutiu-se se um neto que havia assassinado o próprio avô poderia herdar seus bens, conforme determinava o testamento que havia sido deixado em seu favor. A lei sucessória então vigente não continha nenhuma exceção para exclusão de herdeiros – como há na legislação brasileira, por exemplo⁷⁵⁸ –, o que levou o *Justice* John Clinton Gray, em voto dissidente, a defender que, mesmo sendo moralmente repugnante, o beneficiário do testamento ainda teria direito à herança, pois assim determinava a lei.

Mas a maioria do tribunal, liderada pelo *Justice* Robert Earl, recusou-se a aplicar o estatuto. Invocando princípios gerais de justiça – como o brocardo de que “ninguém deve se beneficiar da própria torpeza” –, a corte decidiu que permitir ao assassino lucrar com seu próprio crime contrariaria os pressupostos éticos do ordenamento, um resultado que o legislador não previu quando formulou a lei. Em outras palavras, embora nenhuma regra positiva proibisse o neto de receber a herança, a maioria interpretou teleologicamente as normas aplicáveis para lhe negar o direito de herdar, presumindo que o próprio legislador o faria se tivesse antecipado tal situação. Em suas palavras:

[T]odas as leis, bem como todos os contratos, podem ser controlados em sua aplicação e efeito por máximas gerais e fundamentais do *common law*. A ninguém é autorizado lucrar com sua própria fraude, ou tirar proveito da própria conduta ilícita, ou basear qualquer reivindicação em sua própria iniquidade, ou adquirir bens por meio de seu próprio crime. Essas máximas são ditadas pelo interesse público, têm sua base em princípios universais do direito aplicados em todos os países civilizados e não foram suplantadas por nenhuma legislação.⁷⁵⁹

O desacordo entre Gray e Earl nesse caso exemplifica um desacordo *teórico*. O motivo da dissidência não estava nos fatos, que eram incontroversos, nem nas normas sucessórias, igualmente aceitas por todos. Tampouco havia divergência *moral* quanto à iniquidade do homicídio; ninguém questionava que, do ponto de vista moral, Elmer não deveria jamais receber a herança. Ambos divergiam realmente quanto à *função* do direito e do Poder Judiciário. Formalistas como Gray entendem que seu papel é preservar a autoridade da lei positiva. Para um raciocínio formalista, o magistrado não deveria se perguntar qual seria o resultado mais justo – uma espécie de raciocínio “*todas-as-coisas-consideradas*” –, mas apenas aplicar o comando

⁷⁵⁷ 115 N.Y. 506 (1889).

⁷⁵⁸ Código Civil, art. 1.814: “São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar [...]”.

⁷⁵⁹ Tradução livre. No original: “[A]ll laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes”. 115 N.Y. 506 (1889).

oriundo da autoridade competente. Embora soe “frio”, esse é um tipo de raciocínio que provavelmente resolverá boa parte dos problemas jurídicos cotidianos. Na grande maioria dos casos, a segurança jurídica depende dessa deferência: uma vez que a norma foi formulada por quem tinha legitimidade para fazê-lo, qualquer “correção” judicial abriria espaço para que preferências pessoais substituíssem a decisão política já tomada. O desconforto moral seria um preço que pagamos pelo modelo político escolhido.

Earl, por sua vez, partia de uma convicção distinta. Para ele, aplicar a lei de modo literal, permitindo que o assassino herdasse os bens de sua vítima, seria distorcer o *propósito* da ordem jurídica. Para ele, a missão do juiz não se esgotaria na repetição do texto legal; incluiria também resguardar a *finalidade* a que o sistema serve. Por isso, a interpretação deveria ser conduzida por princípios que impedem conclusões moralmente insustentáveis. No caso concreto, o brocardo de que ninguém pode lucrar com a própria torpeza seria a expressão de uma exigência implícita que sustentaria a coerência do direito. Para Earl, isso não o colocava acima do legislador, pois apenas pressupunha que o próprio legislador não teria admitido tamanho contrasenso se houvesse antecipado a hipótese.

Outro exemplo utilizado por Dworkin é o famoso caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*⁷⁶⁰, conhecido como o caso do peixinho “*snail darter*”⁷⁶¹. Nele, grupos ambientalistas obtiveram uma liminar para interromper a conclusão de uma grande barragem hidroelétrica – que tinha 95% das obras já concluídas e cuja execução consumiria 100 milhões de dólares em recursos públicos – porque o projeto ameaçava exterminar uma espécie de peixe protegida pela recém-aprovada *Endangered Species Act* [“*Lei das espécies ameaçadas*”] de 1973. O texto da lei era categórico ao proibir qualquer ação governamental que pusesse em risco uma espécie animal em perigo, sem exceções. Diante disso, a Suprema Corte, por seis votos a três, deu razão aos ambientalistas e ordenou a interrupção da obra.

No voto que conduziu a maioria, o *Chief Justice* Warren Burger admitiu que determinar a paralisação resultaria em um enorme desperdício de recursos e, do ponto de vista das políticas públicas, não havia dúvida de que seria desastroso. Contudo, enfatizou que a clareza do texto legal não lhe dava alternativa, por mais infeliz que fosse o desfecho. Burger também observou que não havia indício de que o Congresso pretendia abrir exceções à proteção das espécies diante de preocupações orçamentárias. Portanto, caberia ao próprio Congresso modificar a lei, caso considerasse o resultado inadequado.

⁷⁶⁰ 437 U.S. 153 (1978).

⁷⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito... op. cit.*, p. 25-29.

Já no voto minoritário, o *Justice* Lewis Powell adotou uma filosofia diferente. Para ele, os tribunais não deveriam interpretar um texto de modo a gerar consequências absurdas, a menos que o legislador tivesse manifestado explicitamente a intenção de assumir tal consequência. No caso em discussão, seria uma insensatez impedir a finalização de um empreendimento público quase concluído apenas para salvar um peixinho sem valor estético ou comercial. Como não havia indícios de que o parlamento teria endossado tal sacrifício, Powell argumentou que caberia à Corte interpretar a lei com um mínimo de bom senso e atenção ao interesse público.

Novamente, nota-se que os *Justices* não discordaram sobre os fatos. Todos concordavam que a barragem levaria o peixinho à extinção e que o Congresso não previra aquela situação. Também não discordavam sobre qual norma jurídica aplicar; todos estavam de acordo sobre a incidência da *Endangered Species Act* ao caso. Na verdade, Dworkin conclui, os *Justices* discordavam sobre qual filosofia judicial seguir. Burger seguiu um tipo de formalismo, priorizando a supremacia do texto e a separação dos poderes, deixando ao legislador a correção de eventuais problemas da lei. Já Powell advogou uma postura mais finalística e pragmática, ponderando valores de equidade e razoabilidade. Dworkin observa que essa divergência foi, portanto, de natureza *teórica*. Os juízes compartilhavam a mesma lei e os mesmos fatos, mas divergiam sobre qual diretriz filosófica deveria guiar a decisão⁷⁶².

Ainda que não tratem do controle de constitucionalidade, esses exemplos iluminam o ponto desenvolvido por Dworkin: toda decisão jurídica repousa sobre uma teoria, mesmo quando ela permanece implícita. O *insight* é facilmente aplicável ao tema desta dissertação, sobretudo em sua parte propositiva. Como já repetido, a teoria constitucional brasileira abraçou um olhar de desconfiança em relação à democracia. Os motivos são variados e escapam ao objetivo deste trabalho⁷⁶³. Mas é preciso reconhecer que essa desconfiança se tornou quase um

⁷⁶² Poucos textos ilustram os desacordos teóricos com a clareza do clássico opúsculo *O caso dos exploradores de cavernas*, de Fuller. Na narrativa, juízes de uma suprema corte fictícia precisam decidir o destino de um grupo de exploradores que, presos em uma caverna após um desmoronamento, mataram e comeram um de seus companheiros para sobreviver. O ponto do exercício de Fuller é que todos os juízes concordam sobre os fatos e sobre a norma aplicável, um estatuto que diz simplesmente: “Quem quer que intencionalmente prive a outrem da vida será punido com a morte”. O desacordo, portanto, não é sobre o que aconteceu ou sobre qual lei usar, mas sobre o que o direito é e qual a verdadeira função do juiz. Cada voto na decisão representa uma filosofia jurídica distinta: há o juiz formalista, que defende a aplicação literal da lei, independentemente da dureza do resultado; o juiz jusnaturalista, para quem os exploradores estavam em um “estado de natureza” e, portanto, fora do alcance daquela lei; o juiz realista, preocupado com a opinião pública e as consequências práticas da decisão; e assim por diante. O que Fuller deixa evidente é que são suas convicções subjacentes sobre justiça, moralidade e o papel do Judiciário que os levam a conclusões radicalmente opostas. Cf. FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

⁷⁶³ Os motivos da desconfiança são, provavelmente, muito variados, mas um deles é particularmente curioso e merece atenção. Como mostra Leal, a tradição constitucional brasileira é influenciada pelo enraizamento da chamada “lenda do positivismo”, uma narrativa que, por associar o positivismo jurídico a um formalismo cego e à legitimação de regimes autoritários, transformou-o em inimigo teórico. Essa leitura consolidou uma espécie de senso comum acadêmico e judicial segundo o qual o direito “positivo” seria intrinsecamente suspeito, e a sua

traço cultural. Supõe-se que o poder político precisa ser contido, que as majorias tendem ao abuso, que o processo democrático é corrompido por interesses privados e que, por isso, apenas o Judiciário é capaz de oferecer uma resposta “sóbria” e “racional” aos dilemas constitucionais. Essa visão, repetida à exaustão em livros e tribunais, tem efeitos práticos: por tabela, legitima a ideia de que o juiz é o intérprete natural da constituição, enquanto o parlamento é o local de conchavos obscuros e da tentação populista.

Como deve ter ficado claro, é ingênuo imaginar que tais premissas não influenciam a maneira como o controle de constitucionalidade é exercido. Assim como as concepções sobre o papel do direito determinam o desfecho de casos difíceis, diferentes concepções sobre a democracia determinam o modo como se avalia a constitucionalidade das leis. Ou seja, juízes que partem do mesmo texto constitucional, dos mesmos precedentes e dos mesmos fatos podem chegar a conclusões opostas porque carregam visões distintas sobre o que significa tomar uma decisão pelo procedimento democrático.

Um juiz que vê a democracia majoritária com desconfiança, tratando-a como fonte de riscos a serem contidos, tenderá a exercer o controle de forma “maximalista”. Sua teoria implícita o levará a crer que sua função é “corrigir” os resultados do processo democrático em nome de valores que considera superiores ou, ao menos, mais bem interpretados por ele. Diante de uma lei que apresenta problemas de constitucionalidade, a primeira opção desse juiz, que raciocina segundo a teoria da desconfiança, é a total invalidação – situação que muitas vezes incentiva o Judiciário a legislar para preencher a lacuna que criou –, substituindo a deliberação política por sua própria interpretação sobre o que a constituição exige.

Por outro lado, um juiz que reconheça a dignidade do processo legislativo e o valor da decisão majoritária como expressão da igualdade política, como Waldron sugere, adotará uma postura mais deferente. Ele buscará, primeiro, caminhos que preservem a decisão legislativa, tratando-a como o produto de um processo que ponderou interesses e valores sociais. Ademais, um juiz que adotasse tal filosofia ecoaria a ideia de que desacordos não se resolvem quando uma autoridade impõe sua própria visão sobre o que é certo. Para serem legítimas, decisões

correção moral, um gesto de redenção. No Brasil, essa herança se fixou por meio de autores que importaram do pós-guerra alemão uma visão moralizada da teoria do direito, convertendo Hans Kelsen em bode expiatório e projetando sobre o positivismo as culpas do autoritarismo. O resultado foi a naturalização de uma atitude desconfiada em relação ao poder político e, ao mesmo tempo, reverente ao Judiciário, tomando-o como instância de salvação ética, especialmente por meio da constituição. Na linha do que vem sendo argumentado no texto, essa lenda também compõe um “*background* teórico” que explica como o raciocínio judicial se desenvolve de modo implícito. Para uma análise minuciosa e interessantíssima dessa hipótese, cf. LEAL, Fernando. Entre a utilidade e o repúdio: a persistente lenda do positivismo e os seus reflexos no constitucionalismo brasileiro. In: VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. Cap. final, p. 495-529.

públicas devem processar o desacordo *no meio da política*, não fora dela. Por isso, Orunesu diz que “propuestas como las de Waldron son valiosas pues ayudan a formarse una perspectiva más equilibrada de las instituciones mayoritarias, evitando estereótipos”⁷⁶⁴. Mesmo quando a inconstitucionalidade se mostra inevitável, a postura de respeito à democracia favorece soluções colaborativas, em oposição ao monólogo judicial. Em vez de anular a norma e criar um vácuo legal, o tribunal poderia adotar filosofias que convidam o parlamento a participar da solução.

Essa reflexão propõe uma mudança de atitude diante da democracia, que começa pelo reconhecimento de que a democracia não é um *obstáculo* à jurisdição constitucional. É preciso abandonar a suposição de que a democracia é um risco a ser administrado pelos tribunais e substituí-la pela ideia de que ela é, em si mesma, uma forma legítima de resolução de desacordos. Mesmo que esteja apenas no campo teórico, uma compreensão dessa natureza representaria uma verdadeira mudança de paradigma em relação à forma como o controle de constitucionalidade é compreendido no Brasil.

Além disso, essa visão também deixa claro que a existência formal do controle de constitucionalidade não determina, por si só, a intensidade e a forma com que ele deve ser praticado. Mesmo em países que o adotam, a opção por um modelo de revisão judicial forte, em oposição a um modelo mais dialógico ou deferente, não é uma decorrência do texto constitucional. Nada na Constituição brasileira, por exemplo, impede uma leitura que valorize e respeite o espaço deliberativo do parlamento. Na verdade, como Ely disse⁷⁶⁵, seria um contrassenso imaginar que o texto constitucional tenha se dedicado a arquitetar um processo legislativo tão detalhado – envolvendo a deliberação de centenas de representantes, a passagem por duas casas legislativas e pelo crivo chefe do Executivo – para, ao final, permitir que o resultado dessa complexa engenharia seja desfeito pela vontade de um pequeno colegiado, muitas vezes decidido pela margem estreita de um único voto. O verdadeiro obstáculo, portanto, é uma dogmática implícita que sustenta uma cultura de desconfiança em relação à democracia.

Uma mudança de atitude importante pressupõe uma leitura mais democrática das *finalidades* do controle de constitucionalidade. Ter uma visão mais positiva da democracia, como defendido neste trabalho, significa reconhecer que o controle judicial não precisa ser exercido de maneira monológica, e que os próprios tribunais podem, dentro dos parâmetros constitucionais já existentes, adotar posturas mais flexíveis ou colaborativas. Significa, ainda, que os tri-

⁷⁶⁴ ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales...* op. cit., p. 193.

⁷⁶⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade...* op. cit., p. 79.

bunais tendem a se fortalecer quando demonstram compreender o caráter político de suas decisões e agem com responsabilidade em contextos nos quais há preferência por soluções gestadas pelo processo democrático. Tomada nesse sentido, a reflexão aqui desenvolvida pode ser, na verdade, surpreendentemente *útil*. Por essa razão, os tópicos seguintes examinam possíveis implicações das duas teorias esmiuçadas neste trabalho.

5.1.1 Os ensinamentos e os impasses do Ministro Jeremy Waldron

“Não há quem diga na retórica constitucional brasileira que os outros poderes estão imunes do respeito à Constituição. No entanto, há uma mentalidade sutil menos aparente que inspira uma prática totalmente subordinada e deferente à opinião judicial sobre a Constituição. Não se trata de desafiar a autoridade da decisão judicial, mas somente de negar-lhe a exclusividade para formular bons argumentos constitucionais e, sobretudo, a possibilidade de encerrar o debate público por meio de decisões que se impõem como únicas respostas plausíveis a esses dilemas de fundo político ou moral. Uma cultura política e jurídica que exime os outros agentes políticos de um posicionamento constitucional consistente e deliberado, e que não os responsabiliza politicamente por decisões constitucionais infelizes, perde a chance de aprofundar o papel da Constituição numa comunidade.”

- Conrado Hübner Mendes⁷⁶⁶

Por mais que ele traga críticas inovadoras, que criam um verdadeiro percalço para os constitucionalistas, a dificuldade mais evidente é estabelecer uma conexão entre as propostas teóricas de Waldron e o contexto brasileiro. Se o Brasil claramente optou por ter o controle de constitucionalidade, e o autor é um ferrenho crítico de sua existência, que sentido teria dedicar tanto esforço para aplicar suas ideias? Para contornar uma objeção tão óbvia, o único recurso disponível é abusar da criatividade.

Em artigo de natureza provocativa, Allan utiliza a figura do *Justice* Jeremy Waldron para imaginar o mais proeminente crítico do *judicial review* obrigado a vestir a toga e decidir casos constitucionais⁷⁶⁷. Seu propósito é investigar, por meio de um exercício hipotético, se as objeções de Waldron têm alguma repercussão prática, e como se aplicariam diante das situações que costumeiramente chegam ao Judiciário. Inspirado nesse exercício, este tópico busca repetir a proposta de Allan para responder à questão antes levantada: quais seriam as consequências teóricas de se adotar uma filosofia *waldroniana* na solução de controvérsias constitucionais? Quer dizer, como se comportaria um hipotético Ministro Jeremy Waldron do Supremo Tribunal

⁷⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia...* op. cit., p. xxvii.

⁷⁶⁷ Cf. ALLAN, James. The Travails of Justice Waldron. In: HUSCROFT, Grant (org.). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Cap. 7, p. 161-183.

Federal brasileiro⁷⁶⁸?

Em primeiro lugar, um argumento de natureza pragmática logo vem à tona. A filosofia *waldroniana* encontraria no Brasil um ambiente pouco receptivo, marcado por uma cultura jurídica que tende a enaltecer o juízo de constitucionalidade e tratá-lo como um instrumento capaz de oferecer soluções imparciais para conflitos morais ou políticos⁷⁶⁹. Atribuiu-se aos tribunais a missão de orientar a história, assumir papéis de vanguarda e compensar a inércia das instituições representativas. Essa imagem gera uma confiança pública – e especialmente acadêmica – no Judiciário, levando à conclusão de que suas decisões estariam acima da política. Benvindo capturou esse espírito quando disse:

[...] se a decisão decorre de um ato de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, por mais polêmica que ela possa revelar-se, existe uma ideia de que, ao menos, ela se originou de um juízo refletido, calculado, devidamente fundamentado e racional – e que, portanto, como “último a dizer o direito”, o Supremo Tribunal Federal, aqui representado por um de seus Ministros, não fez outra coisa senão seu mais estrito dever. Por outro lado, o desenho que imediatamente se pinta a respeito [...] de uma decisão parlamentar é o de uma nítida ação política atentatória dos mais relevantes princípios democráticos e do maior sinal de uma reação política – e, portanto, irracional, desarrazoada, inconsequente – a um agir natural e correto do Supremo Tribunal Federal. De um lado, a decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente; do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático. O conflito, portanto, não se dá apenas no nível da ação; ele atinge, sobretudo, o próprio discurso. [É] interessante perceber que há, sim, uma pressuposição generalizada de que o desacordo político sobre direitos [...] parece mais legitimamente – ao menos no que se refere ao respeito aos princípios mais centrais do constitucionalismo democrático – resolvido pelo Judiciário.⁷⁷⁰

Nesse sentido, pode-se imaginar que a investidura do Ministro Waldron exerceria uma função *pedagógica*. Suas ideias poderiam atuar como “antídoto” contra essa percepção, mostrando que as escolhas judiciais também são baseadas em pressupostos controvertidos sobre o

⁷⁶⁸ O próprio Waldron realizou exercício semelhante ao redigir um hipotético voto dissidente para o caso *Obergefell v. Hodges*. No texto, que compõe uma coleção em que renomados juristas foram convidados a reescrever a decisão da Suprema Corte norte-americana, ele diz expressamente que apoia o mérito moral e político do caso, mas sustenta que a alteração do regime do casamento cabe ao povo e seus representantes, não a juízes. O texto corrobora a hipótese deste capítulo ao demonstrar que o autor distingue suas convicções pessoais sobre o tema da análise sobre a autoridade legítima para implementá-lo. Cf. WALDRON, Jeremy. Dissenting. In: BALKIN, Jack M. (org.). *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision*. New Haven: Yale University Press, 2020. Cap. 14, p. 281-302.

⁷⁶⁹ Brando sugere que essa postura decorre da difusão de um corpo teórico associado ao neoconstitucionalismo, que elevou a jurisdição constitucional a um patamar de superioridade moral e argumentativa, e que ajudou a consolidar a imagem do Supremo Tribunal Federal como único guardião da constituição, quase sempre associado à ideia de avanço social e de correção dos rumos políticos. Cf. BRANDO, Marcelo Santini. Neoconstitucionalismo e o encanto de Narciso. In: NOJIRI, Sergio; ALMEIDA, Gabriela Perissinotto; COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram (orgs.). *Direito, Psicologia e Interdisciplinaridades*. São Carlos: Pedro e João Editores, 2025. Cap. 10, p. 249-290.

⁷⁷⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, mar. 2014, p. 77-78.

raciocínio constitucional. Deixariam claro que, por mais que nem sempre se perceba, o exercício do controle de constitucionalidade exige uma transigência com o princípio democrático. Se vamos aceitá-lo, que ao menos tenhamos plena consciência de seu custo, e do que está sendo sacrificado em prol de seu exercício. Essa vigilância teria efeitos importantes: revelaria os problemas do modelo superforte vigente no Brasil, explicitaria seus dilemas para a igualdade política e alertaria para as consequências de se transferir a um grupo de juízes a palavra final sobre questões fundamentais. No mínimo, tal transparência fortaleceria a cultura democrática.

Isso não é trivial. O propósito do Ministro Waldron seria incutir a ideia de que a jurisdição constitucional, na maioria dos casos, não tem legitimidade para se erguer contra a democracia de forma tão agressiva. A ideia foi bem capturada por Huscroft. Segundo o autor, em sistemas constitucionais, consolidou-se uma filosofia judicial que pode ser resumida na expressão “[g]raças a Deus estamos aqui”⁷⁷¹. A frase cristaliza uma visão segundo a qual os tribunais assumem a tarefa de decidir temas delicados porque os legisladores se mostram incapazes ou desinteressados em os enfrentar, e que a sociedade pode se sentir tranquila, porque os juízes estão ali para salvá-la.

O que é pior, são os próprios juízes que se apresentam como aqueles que garantem que a constituição não seja reduzida a um “texto sem efeito”. Para Huscroft, essa mentalidade produz efeitos cumulativos e circulares. De um lado, parlamentares passam a agir com a expectativa de que controvérsias difíceis serão resolvidas em sede judicial, o que incentiva a fuga de tais temas. De outro, o Judiciário, aceitando o papel de “última trincheira”, reforça sua própria importância e remodela o ambiente político, alterando a longo prazo os incentivos dos atores políticos. O resultado é um círculo vicioso: quanto mais as cortes decidem, mais a política se retrai; quanto mais a política se retrai, mais as cortes se tornam o foro natural para a decisão de questões constitucionais.

Mudar essa visão provavelmente seria o principal objetivo do Ministro Waldron. Qualquer um que leia sua obra sairá com a sensação de que a democracia, se bem realizada, é o caminho mais legítimo para resolvermos nossos desacordos. Por mais que nunca que se alcance tal estado ideal de coisas, sua obra deixa evidente que não é adotando o caminho oposto que se conseguirá um resultado melhor. Por mais difícil e idealista que seja, lutar por uma política verdadeiramente democrática é o único caminho que nos resta.

Quanto ao exercício propriamente dito do controle de constitucionalidade, é intuitivo

⁷⁷¹ HUSCROFT, Grant. “Thank God We’re Here”: Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and Its Consequences... *op. cit.*, p. 243.

que as críticas de Waldron o levariam a uma postura de autocontenção. Diante de sérias controvérsias morais, o hipotético Ministro consideraria ilegítimo substituir a decisão de uma maioria formada por representantes escolhidos pelo povo por uma decisão também majoritária de juízes não eleitos. Se em ambos os espaços as deliberações se apoiam em posições sempre sujeitas ao fato do desacordo, Waldron diria que não há motivo legítimo para preferir a decisão judicial. Logo, é provável que, diante de casos em que as cláusulas constitucionais não oferecessem uma solução inequívoca, o Ministro Waldron entendesse pela improcedência das ações, preservando a autoridade legislativa como espaço preferencial de deliberação.

Sua postura provavelmente revelaria também uma desconfiança em relação à pretensão judicial de solucionar desacordos que, por natureza, não admitem soluções incontroversas. Logo, imaginá-riamos um Ministro cauteloso diante de complexas teorias morais ou hermenêuticas construídas para ornamentar votos judiciais. Para ele, a decisão judicial não deveria se apresentar como a voz final da razão nem como a descoberta de uma verdade transcendental – como se todos tivéssemos a obrigação de concordar com ela, caso levássemos a empreitada a sério –, mas como uma posição situada no interior dos desacordos sociais. No lugar de recorrer a doutrinas labirínticas para fundamentar suas escolhas, o Ministro Waldron admitiria que a decisão judicial seria, quando muito, apenas uma entre várias posições possíveis, sem reivindicar qualquer superioridade em relação às deliberações do Legislativo.

Tomada nesses termos, pode parecer que uma filosofia *waldroniana* se contentaria com certas prescrições abstratas de como um magistrado cauteloso deveria atuar. Para evitar tal imagem, vejamos uma aplicação mais concreta do argumento. Mais atrás, foi dito que Waldron apresenta um excelente argumento a favor da legislação democrática, por força de sua natureza *transparente*⁷⁷². Em contraste com o controle de constitucionalidade, que se apoia em disposições ambíguas e decide como se o desacordo sobre seu conteúdo não existisse, o processo legislativo deixa evidente sua natureza política. Ele existe, aliás, *porque* discordamos sobre qual é o melhor caminho a ser seguido. Mas esse é um argumento do acadêmico Waldron. Supondo que ele tivesse aceito a incumbência de exercer o controle de constitucionalidade, como reagiria o Ministro diante de práticas frequentes no Supremo Tribunal Federal, como o uso da interpretação conforme a constituição?

Em consideração das críticas já detalhadas no capítulo 3, é bastante provável que o hipotético Ministro fosse um dos seus mais ferrenhos críticos, ao menos do modo como o Supremo a utiliza. Mais uma vez, Waldron diria que se a revisão judicial das leis será exercida,

⁷⁷² Cf. tópico 3.3.2.

que ela seja manejada de modo mais transparente e compatível com os ideais democráticos. Ou seja, manter o controle de constitucionalidade exige torná-lo responsável e aberto ao escrutínio público, rejeitando ferramentas afastam a deliberação das arenas democráticas. Na visão *waldroniana*, justamente por decidir temas constitucionais complexos, é fundamental que os magistrados o façam com máxima transparência e honestidade sobre os critérios empregados, para mitigar a perda da participação popular.

Sendo assim, ele diria que, se isso é verdade, então precisamos rejeitar a interpretação conforme como *subterfúgio* para reescrever as leis. Talvez ele dissesse sem rodeios que a técnica altera o sentido da norma, de modo silencioso, sem o devido escrutínio democrático. Por conta dela, a sociedade passa a depender de especialistas para compreender o direito vigente, pois o texto da lei, que lhe deveria servir como norte, já não reflete mais o seu conteúdo real. Waldron observaria que essa prática alimenta um caráter “esotérico” da jurisprudência constitucional, em que escolhas políticas são camufladas sob uma linguagem jurídica. Em última instância, isso fragiliza o ideal do *rule of law* de que as decisões públicas devem ser acessíveis a todos. Para Waldron, esse expediente seria duplamente problemático: primeiro, porque a norma criada não passou pelo crivo do debate público e da votação parlamentar – o que já é problemático por si só; segundo, porque o cidadão comum dificilmente consegue identificar o que foi decidido, diante do jargão jurídico e da pretensa neutralidade interpretativa.

Sua hipotética crítica pode ser ilustrada com um episódio recente do Supremo Tribunal Federal. No julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 1.037.396 e 1.057.258⁷⁷³, o tribunal examinou a constitucionalidade do art. 19, *caput*, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)⁷⁷⁴. O dispositivo estabelecia a prévia emissão de ordem judicial específica que determinasse a indisponibilização de um conteúdo como condição para a responsabilização dos provedores. A opção do legislador nesse diploma, portanto, foi em favor da liberdade de expressão e da neutralidade da empresa gestora, destinando ao Judiciário um filtro para coibir abusos e evitando que as próprias plataformas atuassem como árbitros do que é ou não permitido.

Entretanto, por oito votos a três, a corte decidiu que o modelo desenhado no dispositivo

⁷⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE* nº 1.037.396. Relator: Ministro Dias Toffoli. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux, j. 26 de junho de 2025. DJe, 4 de agosto de 2025; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE* nº 1.057.258. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 26 de junho de 2025. DJe, 4 de agosto de 2025.

⁷⁷⁴ Lei nº 12.965/14, art. 19, *caput*: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

não é compatível com a Constituição Federal. O Supremo entendeu que o texto não protege adequadamente os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os direitos de mulheres, crianças, minorias, além do funcionamento regular das instituições democráticas, diante da ampla disseminação de conteúdos ilícitos na *internet*.

Mas, em vez de invalidar o dispositivo e devolver a questão ao legislador, o Supremo optou por reformular a lei por conta própria⁷⁷⁵. Por meio de uma suposta interpretação conforme a constituição – ou seja, do ponto de vista formal, a corte reconheceu a *constitucionalidade* do dispositivo –, o Supremo estabeleceu que a regra da ordem judicial não se aplicaria a certos conteúdos que o tribunal reputou como graves. Para essa categoria de ilícitos, os provedores seriam obrigados a adotar um dever de cuidado proativo, e poderiam ser responsabilizados pela omissão em moderar ou remover tais conteúdos, mesmo na ausência da prévia ordem judicial prevista expressamente na lei.

O cerne da decisão foi estabelecer diferentes regimes, afastando a regra geral. Por exemplo, para alegações de crimes contra a honra, o *caput* do art. 19 continua a ser aplicado, exigindo-se a ordem judicial para a responsabilização da plataforma. Contudo, para uma série de outros ilícitos, a responsabilidade civil das plataformas passou a ser aplicar no caso de elas não atuarem imediatamente para retirar os conteúdos, independentemente de notificação judicial. Para esse fim, o tribunal fixou um rol de práticas consideradas gravíssimas, que incluem atos antidemocráticos, terrorismo, racismo, homofobia, indução ao suicídio ou automutilação, pornografia infantil, e crimes contra mulheres e crianças, diante dos quais o provedor passou a ter o dever de agir autonomamente, sob pena de responder civilmente.

O novo regime estabelecido pelo Supremo também impôs responsabilização quando os conteúdos são impulsionados, no caso de anúncios pagos, ou distribuídos por redes artificiais, como *bots*. Essa regra presume o conhecimento da ilicitude por parte do provedor, salvo se

⁷⁷⁵ O episódio é ilustrativo porque até o discurso empregado pelos advogados deveria deixar claro o quão problemático é o contexto da interpretação conforme. Nas audiências públicas, os patronos das plataformas digitais estruturaram suas falas seguindo um roteiro mais ou menos uniforme: primeiro, sustentaram que o Supremo não deveria declarar a inconstitucionalidade do art. 19, *caput*, por força de argumentos relacionados à liberdade de expressão e à possível dificuldade de fiscalização por parte das redes sociais; em seguida, subsidiariamente, indicaram qual interpretação a Corte deveria fixar caso não aceitasse os primeiros argumentos e considerasse necessário “ajustar” a lei. O problema é que a cena descrita representa o típico cotidiano parlamentar, em que se debate, com base em argumentos políticos e morais, qual orientação deve prevalecer e qual redação melhor traduz o compromisso. Mas, se as duas práticas são assim tão semelhantes, resta a pergunta: por que razão o Supremo deveria ter precedência como espaço de formulação das políticas públicas? Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública - Marco Civil da Internet (tarde). *YouTube*, 28 mar. 2023. 4h 28 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q-yd8DrGfXk>. Acesso em: 24 set. 2025; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública - Marco Civil da Internet (manhã). *YouTube*, 29 mar. 2023. 2h 56 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pEFJYIqflGs>. Acesso em: 24 set. 2025.

comprovar que agiu de forma diligente e em tempo razoável para tornar o conteúdo indisponível. Ademais, impuseram-se obrigações a todos os provedores, como implementar sistemas de notificação e *due process* [*devido processo*], publicar relatórios de transparência e manter canais de atendimento e de representação judicial no Brasil. Em resumo, o Supremo criou um novo marco regulatório para a *internet* e para as redes sociais.

O problema evidente é que tudo isso foi feito à revelia do processo democrático, sem nenhuma determinação constitucional explícita para tanto. Como em muitos outros casos, a Constituição Federal brasileira é, nesse tema, propositalmente lacônica, pois o problema da regulação das plataformas é de alta complexidade técnica e moral, exigindo um nível de detalhamento que não se espera de uma constituição. O texto constitucional se limita a estabelecer princípios abrangentes, como a liberdade de expressão, a proteção da honra e a dignidade da pessoa humana. A delicada ponderação entre a responsabilidade civil dos provedores e o dever de cuidado para coibir ilícitos é uma escolha política que, em tese, deveria ser feita pelos representantes eleitos, responsáveis pela formulação de políticas públicas. Quando o Supremo decide utilizar a interpretação conforme – uma técnica que, em tese, seleciona uma interpretação da norma, dentre as possíveis, que se coaduna com a constituição –, ele transmite a mensagem de que a sua interpretação escolhida é a *única* possibilidade constitucional legítima.

Essa postura ilustra a hostilidade e a desconfiança em relação à democracia, porque presume que, se a questão for devolvida ao Congresso, este será incapaz ou relutante em encontrar uma solução satisfatória. Ao invés de reconhecer a complexidade do tema e o fato de que a liberdade de expressão é por demais controvertida para aceitar que o modelo estabelecido pelo tribunal era o único possível, o Supremo impôs o seu arranjo detalhado com a roupagem de uma verdade constitucional.

Talvez Waldron dissesse que, de fato, é possível reconhecer que a regra original não respondia plenamente aos desafios da vida digital. Não há nenhum problema em admitir que, no confronto entre liberdade de expressão e outros direitos igualmente fundamentais, talvez o legislador tenha dado especial primazia ao primeiro. Mas Waldron também diria veementemente que, por mais que discordemos, essa era uma escolha legítima feita por representantes democráticos. Para o bem ou para o mal, não se pode nem mesmo dizer que havia uma omissão legislativa. Existia uma escolha política que, dentre as delicadas alternativas em jogo, parecia refletir a compreensão predominante sobre responsabilidade civil e liberdade de expressão à

época da promulgação⁷⁷⁶. Pode-se até mesmo argumentar que os princípios da Constituição Federal talvez apontassem para outra direção, caso em que o Judiciário poderia alertar o Congresso sobre problemas de aplicação da regra. Mas, ignorando essas considerações, o Supremo recorreu a uma problemática técnica para afirmar que a Constituição não admitia o regime escolhido e que um modelo distinto deveria ser ditado pelo próprio tribunal.

No cenário hipotético, o Ministro Waldron provavelmente levantaria a voz contra essa decisão e manifestaria sua indignação. Seu voto ressaltaria que o tribunal não se limitou a *interpretar* a lei. Diria que o Supremo assumiu o papel de legislador em uma matéria marcada por intensos desacordos sociais. Lembraria, ainda, que a Constituição não exige que cada lacuna seja preenchida pelo Judiciário, sobretudo quando as soluções possíveis dependem de escolhas valorativas que envolvem um delicado equilíbrio entre direitos fundamentais. Nesse sentido, Waldron insistiria que, se houvesse inconstitucionalidade – coisa que nem está evidente em princípio –, caberia ao tribunal declará-la de forma transparente, devolvendo ao parlamento a tarefa de encontrar a solução mais adequada.

Talvez o Ministro Waldron transformasse a controvérsia em uma lição pública. Mostraria que não há ganho democrático quando onze magistrados substituem a decisão de centenas de parlamentares eleitos. Destacaria, ainda, que a função do Supremo não é construir dispositivos detalhados, como se isso decorresse de uma simples leitura que o texto constitucional exige em estado latente. Sua posição reforçaria a ideia de que a legitimidade do controle judicial depende da clareza sobre seus limites: o Judiciário até poderia intervir para discutir políticas inconstitucionais, pois isso a Constituição brasileira claramente estabeleceu, mas não poderia pretender substituir o debate legislativo por soluções de sua própria imaginação.

Para fins práticos, é plausível imaginar que o Ministro Waldron seguiria uma cartilha bastante próxima à que foi delineada por Thayer em seu clássico ensaio⁷⁷⁷. Publicado no final do século XIX, na esteira das controversas decisões sobre direitos civis tomadas pela Suprema

⁷⁷⁶ Basta notar que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a decidir questão semelhante em *Twitter, Inc. v. Taamneh* [598 U.S. 471 (2023)] e chegou a conclusão oposta. O processo envolvia a responsabilidade de plataformas digitais por manifestações terroristas publicadas por usuários, especificamente pela disseminação de conteúdo vinculado ao grupo Estado Islâmico. O tribunal, em decisão unânime, recusou expandir a responsabilidade das empresas de tecnologia além do que o Congresso havia estabelecido no *Anti-Terrorism Act* [“Lei antiterrorismo”]. A corte reconheceu a gravidade do problema, mas entendeu que não caberia ao Judiciário redesenhar o modelo de responsabilização de modo a impor às plataformas um “dever geral de vigilância” não previsto pelo legislador. Essa função, afirmou o tribunal, pertence ao Congresso, que possui meios políticos e democráticos para ponderar os riscos e benefícios de alterar o equilíbrio entre segurança e liberdade de expressão no ambiente digital.

⁷⁷⁷ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, 25 out. 1893

Corte norte-americana, defendia que o poder de declarar leis inconstitucionais deveria ser exercido apenas como último recurso. Para Thayer, uma lei só poderia ser invalidada quando sua violação à constituição fosse manifesta, a ponto de não deixar espaço para nenhuma dúvida razoável (“*beyond a reasonable doubt*”). Em trecho que atravessou os séculos, Thayer disse:

[s]ó se pode desconsiderar a legislação quando aqueles que têm o direito de legislar não apenas cometeram um erro, mas um erro muito evidente – tão evidente que não se admite dúvida razoável. Esse é o padrão de dever ao qual os tribunais submetem os atos legislativos; esse é o critério que aplicam – não apenas seu próprio juízo quanto à constitucionalidade, mas sua conclusão sobre qual juízo é admissível por outro poder ao qual a constituição atribuiu esse dever. Essa regra reconhece que, tendo em vista as grandes, complexas e sempre crescentes exigências do Estado, muito do que parecerá inconstitucional a um homem, ou a um corpo de homens, pode razoavelmente não parecer sê-lo a outro; que a constituição frequentemente admite diferentes interpretações; que há frequentemente uma margem de escolha e de juízo; que em tais casos a constituição não impõe ao legislativo nenhuma opinião específica, mas deixa aberta essa margem de escolha; e que qualquer escolha que seja racional é constitucional.⁷⁷⁸

A presunção, portanto, deveria ser a de *legitimidade* dos atos legislativos, cabendo ao Judiciário apenas intervir quando o desvio fosse tão claro que se impusesse de maneira incontestável. A resposta ao questionamento inicial do capítulo é, portanto, afirmativa: Waldron demonstra que sua filosofia particular tem, de fato, grande utilidade para casos práticos.

Mas também haveria dificuldades. No mundo real, as coisas não seriam tão fáceis para o hipotético Ministro. O impasse, notado por Roux⁷⁷⁹, é que a crítica de Waldron parte de quatro condições que delimitam a validade de seu argumento. O próprio autor, em um de seus textos, reconhece que sua posição não é *incondicional* e depende da presença de certos pressupostos políticos e culturais⁷⁸⁰. São eles: (i) que a sociedade detenha instituições democráticas em bom funcionamento, com eleições regulares, sufrágio universal e um Legislativo representativo; (ii) que existam instituições judiciais estáveis e competentes, incumbidas de aplicar o direito ordinário e resolver controvérsias judiciais; (iii) que haja um compromisso social generalizado com

⁷⁷⁸ Tradução livre. No original: “It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, — so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring- legislative Acts; that is the test which they apply, — not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it. This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitution”. *Ibidem*, p. 144.

⁷⁷⁹ ROUX, Theunis. In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron’s Case against Judicial Review. In: LEVY, Ron *et al* (orgs.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Cap. 15, p. 203-219.

⁷⁸⁰ WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial... *op. cit.*, p. 14.

os direitos fundamentais, de modo que a maioria dos cidadãos e autoridades públicas leve os direitos a sério; e (iv) que existam divergências persistentes, substantivas e de boa-fé sobre direitos fundamentais, travadas entre pessoas igualmente comprometidas com a ideia de direitos, mas em desacordo quanto à sua interpretação. Em outras palavras, mesmo para Waldron só faz sentido rejeitar um controle de constitucionalidade forte se a democracia for suficientemente sólida para lidar com os desacordos que nascem em seu interior.

Embora soem bastante exigentes, Waldron não trata essas condições como inalcançáveis. O autor deixa claro que acredita que muitas democracias contemporâneas, mesmo com certas imperfeições, já atendem a esses parâmetros⁷⁸¹. É nesse intervalo entre o ideal e o real que sua teoria pretende atuar, mostrando que a defesa da deliberação legislativa não é uma utopia, mas uma possibilidade concreta quando as instituições democráticas funcionam de modo minimamente confiável.

Roux, por sua vez, critica a construção e afirma que ela é ambígua⁷⁸². Se as condições forem interpretadas de forma muito rigorosa, praticamente nenhuma democracia real as cumpre. Se, ao contrário, forem lidas de forma pouco exigente, quase todas as democracias as atenderiam – o que também não é uma conclusão tão aceitável, pois como Dixon deixou claro, mesmo cumprindo tais condições, democracias reais ainda se mostram defeituosas. Nesse sentido, para Roux, as condições *waldronianas* flutuam entre o idealismo e o formalismo: ou são rigorosas demais para serem empíricas, ou vagas demais para servirem de fundamento para alguma repercussão prática.

Para os fins do trabalho, o problema evidente é saber se o Brasil cumpre as condições elencadas por Waldron de forma satisfatória. Afinal, sua crítica ao controle judicial só faz sentido se pudermos assumir, com alguma tranquilidade, que as instituições democráticas e o compromisso com os direitos são enraizados o suficiente para dispensar um guardião tão vigilante e poderoso quanto o nosso controle de constitucionalidade.

A resposta a essa pergunta é delicada. Segundo o *Democracy Index* de 2024, o Brasil

⁷⁸¹ Em entrevista realizada em 2017, Waldron esclarece que sua crítica ao controle judicial forte se aplica a “estados com um sistema político forte”, citando nominalmente Reino Unido, Estados Unidos, Nova Zelândia, Alemanha, África do Sul e até mesmo a Índia. Nesses locais, ele argumenta, existem “ritmos legislativos normales de representación electoral, así como ritmos normales de rotación en el poder y de oposición leal”, o que tornaria a intervenção judicial no processo democrático mais danosa ao sistema político. Em contraste, ele aponta para o caso da Colômbia como exemplo de país em que há “patologias de um sistema político”; cita, como ilustração dos obstáculos, o fato de que “líderes de la oposición tenían que ocultarse”, justificando, assim, uma atuação mais incisiva do tribunal constitucional. Cf. WALDRON, Jeremy. El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. [Entrevista concedida a] Leonardo García Jaramillo e Vicente F. Benítez. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Cidade do México, n. 48, 2018.

⁷⁸² ROUX, Theunis. In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron’s Case against Judicial Review... *op. cit.*, p. 209.

ocupa a 57ª posição no *ranking* global que avalia a qualidade da democracia em 167 nações⁷⁸³. A classificação, que o enquadra como uma “democracia com falhas”, revela avanços na consolidação da democracia, mas, ao mesmo tempo, identifica persistentes desafios ao fortalecimento de práticas mais saudáveis.

Assumindo o risco de fazer uma análise superficial, podemos afirmar que três das condições de Waldron são bem satisfeitas no Brasil, o que daria peso ao argumento pela deferência ao Legislativo. O país conta com um Judiciário forte e independente, com tribunais organizados e profissionais qualificados, o que garante a aplicação do direito ordinário e a resolução de litígios sem tantas dificuldades. Apesar de desafios práticos, inerentes a qualquer país continental, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro é inegavelmente robusta e cumpre a função básica de um Estado de Direito. Da mesma forma, nossas instituições representativas funcionam relativamente bem. Ainda que haja problemas estruturais, o país adota um sistema proporcional que assegura o pluralismo partidário e mantém uma rotina de alternância de poder que atesta a vitalidade do regime democrático. Além disso, vivemos em um cenário de intensa pluralidade moral e política, o que gera um fluxo constante de debates e desacordos legítimos sobre o que a Constituição brasileira exige em temas como aborto, ações afirmativas, meio ambiente, direitos sociais ou novas tecnologias.

O problema surge quando olhamos para a terceira condição. O argumento de Waldron exige que haja um comprometimento disseminado com os direitos fundamentais por parte da sociedade e, principalmente, das autoridades públicas. No Brasil, no entanto, a história mostra uma fragilidade crônica na proteção de direitos de minorias e grupos vulneráveis⁷⁸⁴. São frequentes os casos de omissão legislativa em relação a temas sensíveis, de práticas discriminatórias e de desconsideração de direitos básicos pelo poder político. Ainda que tenhamos avançado muito nos últimos anos, isso sugere que o compromisso com os direitos está longe de ser um modelo para o resto do mundo democrático. Como afiança Vieira, com sua elegância habitual, “o Estado brasileiro é comumente cortês com os poderosos, insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade”⁷⁸⁵.

Esse ponto é relevante para a repercussão prática da teoria de Waldron e merece atenção. Como bom estudioso, o hipotético Ministro se esforçaria em compreender as raízes do constitucionalismo brasileiro e seu desenvolvimento ao longo do século XX. Ao fazê-lo, certamente

⁷⁸³ ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2024*. Londres: EIU, 2025. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/>. Acesso em: 15 set. 2025.

⁷⁸⁴ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 42.

se depararia com a tese da aplicabilidade das normas constitucionais, formulada por Silva⁷⁸⁶, uma das conquistas mais relevantes da tradição constitucional do país. Essa ideia marcou um avanço fundamental por afirmar que a constituição não é apenas um catálogo de intenções, mas um conjunto de normas jurídicas dotadas de *eficácia*. Antes dela, prevalecia a percepção de que o direito constitucional se limitava a estudar ideias políticas ligadas à forma de governo, à separação de poderes e à estruturação da federação. Não parecia ser, de fato, *direito*.

Aprofundando seus estudos, ele descobriria que foi a teoria de Silva que rompeu com essa visão. Ao levar a sério a discussão a respeito da eficácia das normas constitucionais, a teoria buscou conferir *juridicidade* à constituição, tornando-a, de fato, parâmetro de validade de todo o ordenamento brasileiro. Após a promulgação da Constituição Federal em 1988, muito influenciada por seu pensamento, o resultado foi uma guinada que aproximou o direito constitucional da prática cotidiana. Foi ela, portanto, que deu um passo real em direção à expansão da gramática dos direitos fundamentais – rumo ao compromisso social com os direitos fundamentais que Waldron estabelece como condição.

A partir daí, consolidou-se a ideia de que o texto constitucional pode e deve ser invocado em todos os níveis do sistema de justiça: por advogados, promotores, juízes, defensores, *etc.* Nesse caso, mesmo para alguém tão cético em relação ao protagonismo judicial, pareceria estranho defender uma posição que, na realidade brasileira, equivaleria a retornar à concepção de constituição como mera carta de intenções – quando, de fato, os direitos fundamentais não eram levados a sério e parecia haver pouco compromisso com sua proteção⁷⁸⁷. Nas palavras de Silva, em reflexão sobre sua obra:

[p]areceu-me, pois, que era necessário dar uma sinalização clara de que o Direito Constitucional [...] tinha que sofrer profunda revisão – especialmente tinha que se entender a Constituição como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, e que a própria organização do Estado só tem sentido como um aparato destinado a essa proteção. E isso deveria começar pela valorização da Constituição e das normas constitucionais [...]. Esse foi o sentido desta minha monografia de concurso. Mas, sobretudo, foi ela que, por primeiro, abriu espaço à compreensão do Direito Constitucional a mais de uma geração de constitucionalistas que hoje pontificam no constitucionalismo brasileiro com uma visão muito diferente daquela que nos precedeu. Foi sempre prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência, que a têm entendido como uma

⁷⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁷⁸⁷ Ainda assim, é preciso ter cautela com certos exageros teóricos. Lynch e Mendonça, por exemplo, explicam que existe um certo excesso em tratar a Constituição Federal como uma completa ruptura, como se ela tivesse tido a missão de refundar o país do zero e apagar a “pré-história” brasileira anterior a 1988. O problema dessa visão, segundo os autores, é que ignora as continuidades e os processos históricos do constitucionalismo no país. Tal leitura, ainda que compreensível no contexto da transição democrática, é seletiva: tende a reduzir o passado a um repertório de fracassos e a projetar sobre o presente uma aura quase intocável. Cf. LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p. 974-1007, jun. 2017.

obra clássica, concebida em um período histórico marcado por uma outra realidade jurídica (a ditadura militar), influenciada por valores democráticos até então não consolidados, e por incertezas sobre a estrutura e o alcance dos direitos individuais, além da inexistência de maiores conhecimentos sobre a eficácia de direitos sociais. Na época, é de se lembrar, as Faculdades de Direito ministravam seus cursos centrados na apresentação dos direitos privados, constituídos e regrados pelo Código Civil, que era entendido como ponto nuclear do ordenamento jurídico. A monografia, [...], tinha, pois, uma missão fundamental, qual seja a de atrair o Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988, concebida com base em novos valores sociais, foi editada como a carta “cidadã”, justamente por prestigiar os direitos fundamentais da pessoa humana; cumpre esse papel e, com certeza, é o resultado desse movimento começado a partir desta monografia.⁷⁸⁸

Portanto, pode parecer estranho – ou até um retrocesso – propor uma limitação tão grave do controle de constitucionalidade. Se a teoria de Silva consolidou a constituição como norma jurídica, tornando-a *justiciável*, questionar a centralidade do instituto pode soar como um movimento de esvaziamento desse avanço. É como se, depois de décadas de esforço para transformar a constituição em fonte de direito, retornássemos à antiga ideia de que ela seria apenas enunciação de compromissos. Essa impressão torna o debate delicado: há o risco de que uma crítica ao modelo forte seja lida como um enfraquecimento do papel da constituição. Não parece convincente um retorno a uma jurisdição constitucional marcada mais pela *passividade* do que pela ação, como ocorria antes da Constituição Federal de 1988.

O saldo do argumento é que as críticas de Waldron dão lugar a uma posição ambígua. De um lado, sua ênfase na deferência judicial se mostra muito importante, pois reafirma a centralidade do processo legislativo; incentiva-o a reassumir o protagonismo que se espera de uma arena verdadeiramente democrática. A cautela defendida também serve como espécie de antídoto contra a tendência brasileira de reduzir o espaço da política a uma etapa meramente preliminar do controle de constitucionalidade. No entanto, a mesma deferência pode suscitar algumas dificuldades. A Constituição Federal de 1988 não se limita a cláusulas abstratas, pois também contém normas de formulação mais objetiva, que reduzem a margem de desacordo. Além disso, a trajetória do constitucionalismo nacional mostra que a promulgação da Constituição de 1988 e a consolidação de sua força normativa foram avanços significativos, inclusive na consolidação da nossa democracia. Nesse sentido, parece que uma deferência nos moldes sugeridos pela crítica *waldroniana* poderia enfraquecer conquistas históricas que transformaram a Constituição brasileira de mera carta programática em parâmetro efetivo da prática judicial.

5.1.2 As promessas de um controle democrático

“[O] papel de um tribunal constitucional em reforçar os múltiplos processos

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 265-266.

da democracia representativa pode ser apropriado mesmo quando outros tipos de revisão judicial mais ‘substantivos’ [...] estejam presentes. [Também] pode exigir intervenções robustas em situações nas quais a maioria dos tribunais costuma hesitar, podendo assim servir tanto como escudo quanto como espada.”

- Stephen Gardbaum⁷⁸⁹

Talvez a decorrência teórica mais relevante para o Brasil se encontre na filosofia que inspira as propostas de reformulação do controle de constitucionalidade, aqui examinadas por meio das ideias de Dixon. Seu traço comum é a tentativa de *impulsionar* a democracia, em vez de negá-la, numa tentativa de reposicionar o controle de constitucionalidade como parte de uma arquitetura voltada à promoção do diálogo e da participação democrática.

É verdade que cada país possui um sistema constitucional próprio, e que a transposição dos modelos analisados por Dixon enfrenta dificuldades inevitáveis⁷⁹⁰. Essa limitação precisa ser levada a sério e discutida com cuidado. Ainda assim, é possível extrair de suas propostas algumas importações teóricas interessantes. Neste tópico, o argumento será desenvolvido com o objetivo de examinar quais seriam as possíveis decorrências dessas ideias para o modelo vigente no Brasil. Além disso, busca-se responder à objeção apresentada no item anterior, demonstrando de que modo tais inferências podem ser compatibilizadas com a tradição constitucional brasileira de valorização da Constituição, consolidada no período de redemocratização.

Em primeiro lugar, a nomeação de uma hipotética Ministra Rosalind Dixon traria ao Supremo Tribunal Federal uma perspectiva distinta sobre a finalidade do controle de constitucionalidade. Decerto, a afastaria tanto da filosofia de deferência de seu fictício colega de tribunal, o Ministro Waldron, como da posição maximalista que vê no instituto uma forma de remediar todos os equívocos cometidos pela democracia. Informada por sua teoria responsiva, a Ministra Dixon provavelmente veria na corte o papel de diagnosticar e remediar os déficits democráticos: falhas no processo representativo e deliberativo que impedem o sistema político de responder adequadamente às demandas sociais e aos compromissos constitucionais.

Logo, quando estivesse diante de um caso constitucional, provavelmente sua atuação seria guiada por uma pergunta central: o processo democrático funcionou adequadamente neste

⁷⁸⁹ Tradução livre. No original: “[...] a constitutional court’s role in bolstering the multiple processes of representative democracy may be appropriate even if other more “substantive” [...] types of judicial review are also [...]. [Moreover], it can call for robust interventions in situations where most courts have feared to tread, and thereby serve as a sword as well as a shield”. GARDBAUM, Stephen. Comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 4, dez. 2020, p. 1456.

⁷⁹⁰ Para uma crítica à tentativa de transplantar teorias do diálogo para o contexto brasileiro, cf. ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Does Brazil need a notwithstanding clause? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 329-345, nov. 2022. Para uma análise mais favorável, cf. HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, dez. 2020.

caso, ou há algum bloqueio que justifique a intervenção judicial para reforçar a responsividade democrática? Houve captura autoritária do processo eleitoral? Há “pontos cegos” decorrentes da sub-representação ou da falta de tempo legislativo? Há um “ônus da inércia” dentro do sistema político que impede a atualização de normas claramente defasadas?

De acordo com diagnóstico feito sobre o caso, a Ministra Dixon seria levada a defender uma recalibragem dos “remédios constitucionais” brasileiros. Ela provavelmente veria como um reflexo da cultura de desconfiança, tão denunciada por Waldron, a preferência brasileira por decisões de efeitos *erga omnes* e vinculantes, com total invalidação da norma ou mesmo com a reescrita de textos normativos. Em seu lugar, advogaria pela adoção mais frequente de remédios fracos ou dialógicos, inspirados em modelos estrangeiros, que dão ao Poder Judiciário a oportunidade de veicular uma reinvidicação social ignorada pelo processo político.

Em segundo, de maneira simbólica, a Ministra Dixon estimularia uma reflexão sobre a cultura constitucional brasileira. Sua ênfase na responsividade e no diálogo desafiaria a mentalidade do “tudo ou nada” que muitas vezes marca o controle de constitucionalidade no país. Ela nos lembraria que existem múltiplos tons de cinza entre a total ausência de controle judicial e uma atuação judicial maximalista, e que a função de uma corte em uma democracia complexa talvez seja, na verdade, a de navegar por essas nuances com prudência, criatividade e, acima de tudo, respeito pela capacidade de autogoverno do povo. Além disso, sua contribuição seria também uma tentativa de reconciliar a força normativa da constituição, tão cara à tradição brasileira pós-1988, com a vitalidade do processo democrático, desafiando-nos a imaginar um controle de constitucionalidade que sirva à democracia.

As ideias da Ministra poderiam ser comparadas aos “*rounds* deliberativos” propostos por Mendes⁷⁹¹. O autor sustenta que a separação de poderes deveria ser compreendida como um processo contínuo de interação. Assim, uma decisão judicial não deveria representar a “última palavra” sobre o sentido da constituição, mas apenas o encerramento de uma etapa – um “*round*” – dentro de um ciclo deliberativo mais amplo. Os atores institucionais deveriam, portanto, facilitar a circulação de argumentos entre o Judiciário e o Legislativo, permitindo que cada poder reaja às decisões do outro em sucessivas rodadas de deliberação, o que qualificaria o resultado final e fortaleceria a legitimidade democrática do sistema.

Para a Ministra, isso seria especialmente valioso no caso dos déficits democráticos, pois

⁷⁹¹ “A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. [...] A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações”. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... op. cit.*, p. 214.

esse tipo de falha permite que a intervenção judicial ocorra sem um juízo de valor definitivo sobre o conteúdo da norma. Quando a corte diagnostica um déficit, ela não afirma que a decisão democrática é *equivocada*; apenas sinaliza que as condições deliberativas que levaram àquela escolha não foram ideais e, por essa razão, precisam ser revistas. Ou seja, a lógica dos déficits favorece os “*rounds*” deliberativos porque o tribunal aponta uma direção e explicita os problemas encontrados, com o intuito de fomentar uma interação com o Legislativo. Tal postura exige, necessariamente, uma decisão mais propensa ao diálogo, que evite a imposição de uma suposta verdade incontestável escondida nas entrelinhas do texto constitucional e que reconheça seu caráter *provisório*, devolvendo a questão à política para que seja reexaminada sob parâmetros democráticos mais adequados⁷⁹².

Para esclarecer o argumento e deixar assentado que essas não são reflexões meramente especulativas, vejamos algumas aplicações hipotéticas ao cenário brasileiro. A controvérsia que envolve a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) é um primeiro exemplo fácil. Após a promulgação da Constituição Federal, passou-se a discutir sua recepção, por força do dever de responsabilizar as graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar. O tema já foi até objeto de condenação internacional: no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*⁷⁹³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à Lei de Anistia era incompatível com os compromissos assumidos pelo país no sistema interamericano⁷⁹⁴. Apesar disso, a decisão não pacificou a questão no plano interno, e a lei segue como um dos pontos mais controversos de nossa literatura⁷⁹⁵. A razão é que as cláusulas constitucionais que se relacionam ao caso, como as que tratam da dignidade da pessoa humana ou sobre os crimes imprescritíveis, são incertas na solução do caso.

Essa persistente controvérsia não decorre da ausência de técnicas interpretativas sofisticadas – como se pudéssemos nos esforçar mais e assim chegar a respostas consensuais –, mas do modo como ainda se visualiza o controle de constitucionalidade. Opera-se, em regra, dentro de um paradigma que insiste em confrontar a norma impugnada com o texto constitucional,

⁷⁹² “Se as instituições são falíveis, a discussão sobre a última palavra representa, na verdade, o direito de errar por último. [...] A teoria do diálogo aposta na capacidade das instituições de corrigirem seus próprios erros e os erros alheios num processo contínuo”. *Ibidem*, p. 219.

⁷⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219, San José, Costa Rica.

⁷⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 153*. Relator: Ministro Eros Grau, j. 29 de abril de 2010. DJe, 6 de agosto de 2010.

⁷⁹⁵ *Cf.*, por exemplo, MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

como se fosse possível extrair uma resposta definitiva apenas dessa comparação. Mas o resultado, inevitavelmente, é a abertura de um complicado debate moral sobre o conceito de justiça de transição, sobre o problema da memória coletiva ou sobre como lidar com a retroatividade das sanções criminais. Trata-se de um terreno em que o desacordo é inevitável, e a interpretação constitucional, sozinha, dificilmente o resolverá.

Mas como esse problema seria analisado pela Ministra Dixon? Nesse caso, a resposta constitucional pareceria mais simples. Se não é unânime, ao menos seria mais consensual: a despeito de toda a discussão moral, é fácil reconhecer que a Lei de Anistia não nasceu de um processo democrático inclusivo, nem foi produto de deliberação pública. Ela foi *imposta* pelos militares, no fim do regime, como condição para a própria saída de cena. Logo, o caráter antidemocrático da lei é evidente: ao contrário de um pacto coletivo, trata-se de uma manobra de autopreservação de agentes que buscavam blindagem contra futuras responsabilizações. Um controle de constitucionalidade responsivo, nesse caso, não se limitaria a perguntar se a lei é ou não compatível com certas cláusulas constitucionais, que inevitavelmente desaguarão em um difícil debate moral. Ele indicaria a necessidade de rediscutir a matéria em ambiente democrático, com efetiva participação popular, transparência e diálogo.

Algo semelhante poderia ser dito pela Ministra a respeito do Código de Processo Penal. Alvo constante de críticas no debate acadêmico, suas raízes estão ligadas a uma concepção autoritária e inquisitorial de processo⁷⁹⁶. As discussões costumam girar em torno da compatibilidade de suas disposições com os princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Mas, é claro, não há consenso se tais princípios, da forma como são redigidos, realmente levam à invalidação de certos dispositivos do Código. Esse modo de conduzir o debate reproduz a mesma limitação: por se restringir a uma suposta comparação entre textos, o controle de constitucionalidade oculta o aspecto mais infeliz do Código, que é sua origem antidemocrática.

O Código de Processo Penal resulta do Decreto-Lei de 1941, editado pelo então presidente Getúlio Vargas⁷⁹⁷. Não nasceu de deliberação pública, como ocorreu, por exemplo, com o Código de Processo Civil de 2015. Assim, a Ministra Dixon provavelmente diria: por mais imperfeita que seja a nossa democracia atual, os casos não podem ser igualados. Tratar ambos como equivalentes, como sugere a lógica dominante do *judicial review*, seria ignorar que um é

⁷⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 175, jun. 2007, p. 11-13.

⁷⁹⁷ MAIA, Daniele Lovatte. Em torno de Francisco Campos: ideias autoritárias, Estado nacional e democracia substancial. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 1-24, fev. 2025.

fruto de um regime ditatorial e o outro de um ambiente democrático representativo, marcado por eleições livres, pluralismo político, *etc.* Isso equivaleria a sustentar que a origem democrática de uma norma, tão cara à tradição constitucional, é irrelevante para sua interpretação. A Ministra diria que, embora suscitem discussões morais e políticas controversas, certas normas precisam ser revisadas *porque* não nasceram de um processo político legítimo.

Talvez o exemplo mais expressivo esteja na parte especial do Código Penal, ainda em vigor, igualmente imposta durante a ditadura de Vargas. Como demonstra a literatura, não houve um processo legislativo aberto, mas a mera outorga de um decreto que consolidou uma visão de mundo própria do regime⁷⁹⁸. Ali se encontra, entre tantos outros dispositivos contravertidos, o art. 124, que criminaliza o aborto. O tema, como se sabe, já rendeu bibliotecas inteiras de debates morais e jurídicos. Mas mesmo diante do mais evidente desacordo moral que nos persegue, muitos ainda defendem que o controle de constitucionalidade pode resolver o caso⁷⁹⁹.

O problema é que, se tentarmos resolver essa questão apenas em termos constitucionais, o impasse é inevitável: a Constituição Federal protege *simultaneamente* a vida, a autonomia individual, a dignidade da mulher, a proteção da família e os direitos da criança. Todas essas cláusulas são dotadas de enorme força simbólica – contra as quais ninguém razoável se oporá –, mas nenhuma delas responde de forma definitiva se o aborto deve ou não permanecer criminalizado. Mesmo entre aqueles que compartilham um compromisso sincero com essas disposições inevitavelmente surgirá um desacordo do qual é impossível fugir. Quando levado ao Judiciário, o debate se converte em uma disputa entre princípios morais, em que juízes são chamados a produzir uma decisão final – para todos os efeitos práticos, imune a controle social – a partir de categorias que não fornecem critérios claros de decisão.

Mas a Ministra Dixon explicaria a seus pares que o controle de constitucionalidade não é obrigado a ficar preso a esse paradigma. Vejamos como a tentativa de reforçar a democracia é um caminho promissor. O Código Penal de 1940 foi editado em um período em que o voto

⁷⁹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁷⁹⁹ Até o encerramento desta dissertação, o julgamento da ADPF nº 442, que discute a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, ainda não havia sido concluído pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, os votos já proferidos apontam para uma análise substantiva da controvérsia, pautada na ponderação de direitos fundamentais e na ideia de autonomia reprodutiva. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso*. Brasília, 22 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619>. Acesso em: 15 dez. 2025; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Barroso vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação*. Brasília, 17 out. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/ministro-barroso-vota-pela-descriminalizacao-do-aborto-ate-12-semanas-de-gestacao/>. Acesso em: 15 dez. 2025.

feminino havia sido reconhecido apenas alguns anos antes e ainda não tinha impacto significativo. A representação feminina no Congresso praticamente inexistia e predominava uma cultura moral e jurídica marcada por valores patriarcais e por uma ética cristã. Não surpreende, portanto, que o Código tenha estabelecido tal criminalização.

Desde então, o Brasil passou por transformações culturais profundas: a ascensão social das mulheres, o fortalecimento dos movimentos feministas, a consolidação de pesquisas críticas sobre gênero e sexualidade, além da ampliação da representação feminina nos espaços políticos. Contudo, apesar dessas transformações, o aborto permanece como um dos temas que melhor revela os ônus da inércia e os pontos cegos institucionais. A persistência da criminalização não se explica apenas por uma suposta escolha coletiva, mas pela dificuldade do Congresso Nacional em lidar com um assunto que, além de moralmente divisivo, gera altíssimo custo político. O receio legislativo em tocar nesse “abacaxi” é perceptível: mesmo quando há respaldo social crescente para uma abordagem menos punitiva, representantes preferem evitar o tema – muitas vezes, inclusive, na expectativa de que o Judiciário assuma o desgaste.

Ademais, como a Ministra explicaria, não se trata apenas de receio e cálculo eleitoral. O aborto expõe também o problema dos pontos cegos. Quem mais sofre com a criminalização raramente tem voz no processo legislativo: são sobretudo mulheres pobres, com pouco ou nenhum acesso a métodos contraceptivos, educação reprodutiva precária e serviços de saúde de qualidade duvidosa. Essas vozes permanecem invisíveis, já que dificilmente encontram espaço nas comissões parlamentares ou na pauta dos grandes partidos.

Essa combinação de inércia e cegueira cria um círculo problemático. O silêncio parlamentar reforça a ideia de que o tema é tabu, e a falta de representação de grupos afetados aprofunda a distância entre o sistema político e a realidade vivida. Enquanto isso, a criminalização segue em vigor, não por uma decisão política consciente e atualizada, mas por disfunção democrática. O quadro confirma o diagnóstico de Dixon de que, em democracias reais, não é incomum que certos compromissos constitucionais permaneçam esquecidos, não por imposição autoritária da maioria – como a literatura constitucional costuma ressaltar –, mas pela incapacidade das instituições de responder a demandas urgentes e de ouvir vozes marginalizadas.

Portanto, um controle de constitucionalidade preocupado com a democracia não deveria se limitar a perguntar se o art. 124 é compatível com certas cláusulas constitucionais. Na verdade, deveria reconhecer a origem autoritária da norma e as mudanças sociais e culturais que exigem uma nova visita ao tema, a fim de exigir que a questão seja rediscutida em ambiente democrático, com transparência e abertura ao diálogo.

O resultado dessa deliberação é incerto: pode ser que a sociedade opte por manter a

criminalização, ou pode ser que conclua pela ineficácia da proibição como política criminal. Pode ser, ainda, que se caminhe para a ampliação das exceções legais já previstas no art. 128, ainda que se mantenha uma proibição criminal genérica. O importante é que o tema seja debatido e decidido dentro de um processo democrático, e não encerrado por uma decisão judicial baseada em princípios constitucionais abstratos, sem possibilidade real de revisão política.

Além disso, a ideia de um controle de constitucionalidade responsivo, afinado com a democracia, não precisa se limitar ao tema da recepção constitucional. Como ressaltado, uma das justificativas mais intuitivas do *judicial review* está na ideia de “anti-entrenchamento”. Em casos moral e politicamente sensíveis, é comum dizer que o Judiciário enfrenta uma dificuldade contramajoritária no exercício do controle de constitucionalidade. Contudo, essa mesma dificuldade não pode ser apontada quando a decisão constitucional serve para impedir que grupos políticos capturem o processo democrático e criem barreiras artificiais à alternância de poder. Nessas situações, a intervenção judicial pode ser entendida como um gesto *pró-democracia*, ainda que circunstancialmente contralegislativo.

Esse raciocínio pode ser ilustrado a partir da controvérsia em torno das emendas parlamentares impositivas⁸⁰⁰. Figura recente na história brasileira, elas permitem que congressistas de situação direcionem parcelas do orçamento da União para obras e serviços por eles escolhidos. Em tese, poderiam ser justificadas como instrumentos de descentralização das escolhas orçamentárias. Todavia, a prática mostra outra face: ao longo do tempo, as emendas se transformaram em moeda de troca para os parlamentares. Mais recentemente, o fenômeno se agravou com a criação do chamado “orçamento secreto”, quando a destinação das verbas passou a ocorrer sem transparência, dificultando o rastreamento de quem indicou os recursos e quais critérios guiaram sua aplicação.

Antes dessas emendas, o orçamento público, embora sujeito a barganhas políticas, era conduzido com maior visibilidade. A lógica era de um controle mais rígido e, ainda que imperfeito, era sujeito a uma fiscalização relativamente transparente. Com a expansão das emendas, o orçamento federal passou a atuar com uma camada de opacidade que fortalece grupos políticos, permitindo-lhes concentrar recursos em regiões estratégicas, conquistar apoio partidário e garantir sobrevivência política. Esse mecanismo consolida redes de apoio e dificulta a renovação democrática, pois assegura vantagens desproporcionais para quem ocupa cargos de poder.

⁸⁰⁰ Para uma análise detalhada sobre a execução das emendas de relator, bem como acerca da ausência de critérios de transparência, cf. a decisão paradigma: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 854*. Relatora: Ministra Rosa Weber, j. 16 de dezembro de 2022. DJe, 13 de fevereiro de 2023.

O problema evidente é que tais emendas transigem com o princípio republicano da transparência e com o princípio democrático da alternância de mandatos. A falta de clareza sobre os critérios de distribuição de recursos e a captura orçamentária por maiorias circunstanciais distorcem a ideia de *accountability* e geram desigualdades graves na competição política. Em termos práticos, o debate público se estreita e reduz o pluralismo, pois candidatos de situação desfrutam de recursos desproporcionais para sustentar apoios eleitorais e legislativos.

Portanto, nesse caso, a Ministra Dixon provavelmente assumiria uma posição bastante proativa. Seu objetivo seria impedir que tais escolhas sejam manipuladas de modo a corroer a lógica democrática. Seu argumento seria que, quando o Judiciário atua para corrigir situações de opacidade e de uso estratégico do poder político, ele não age contra a maioria em um sentido problemático. Pelo contrário, atua de forma protetiva, impedindo que maiorias momentâneas utilizem a máquina pública para se perpetuar artificialmente no poder. Para ela, um controle de constitucionalidade assim moldado deixaria de ser visto como rival da democracia e passaria a reforçar seus ideais, por garantir transparência, *accountability* e condições mais saudáveis de competição política.

Como lembraria Dixon, esse tipo de cenário evidencia que, em certas circunstâncias, apenas o Judiciário dispõe de capacidade real para conter práticas que corroem a democracia. O Executivo, que é dependente do parlamento para formar e manter sua base de apoio, não consegue enfrentá-las de forma adequada. O Legislativo é o beneficiário direto do arranjo e, evidentemente, não tem interesse em corrigi-lo. Nessas circunstâncias, parece menos problemático afirmar que o Judiciário se aproxima da figura de um árbitro externo ao conflito, intervindo não para impor concepções pessoais sobre questões moralmente controversas, mas para assegurar que o jogo democrático não seja manipulado por tentativas de autopreservação.

O caso do art. 19 do Marco Civil da Internet, tratado no tópico anterior, é outro exemplo interessante. Embora o dispositivo seja recente, promulgado em 2014, a aceleração das transformações digitais fez com que suas premissas rapidamente se tornassem controversas. Quando a norma foi concebida, ainda não se compreendia com clareza o papel que as plataformas digitais assumiriam na circulação de informações e na formação da opinião pública. Desde então, o país atravessou uma década de intensas mudanças tecnológicas e sociais: passamos por eleições marcadas por campanhas digitais, pela experiência da pandemia e pela proliferação de desinformações em escala inédita.

Diante desse cenário, é compreensível que novas preocupações tenham surgido. O problema não é exatamente o reconhecimento da mudança, mas a forma como o Supremo Tribunal Federal decidiu enfrentá-la. Quando criou, supostamente por via interpretativa, um novo regime

de responsabilidades para as plataformas digitais, o tribunal agiu como legislador disfarçado, substituindo a deliberação política por uma construção judicial feita internamente. Um modelo responsivo teria permitido outra resposta: o tribunal poderia ter reconhecido a impertinência da norma, mas indicado ao Congresso Nacional a necessidade de reexaminá-la à luz da experiência acumulada desde sua promulgação.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser mencionados. Como Gardbaum mostrou, quando discutiu o novo modelo gestado na *Commonwealth*, o *judicial review* pode funcionar muito bem como um canal de expressão de reivindicações sociais. Em países que enfrentam os problemas típicos de qualquer sistema representativo, é natural que, mesmo após a aprovação em parlamentos eleitos, parte da população ainda sinta a necessidade de apresentar novas demandas, sobretudo quando há desalinhamento entre a política representativa e as expectativas sociais. Ou, como no caso das plataformas digitais, que a sociedade possa chamar a atenção a normas que, na prática, sofrem de patologias de aplicação, em possível confronto com o texto constitucional. Nesses casos, o controle de constitucionalidade atuaria para destravar o processo político, obrigando as instituições a responderem a problemas que preferiam ignorar.

5.2 ALGUMAS PROPOSTAS DEMOCRATIZANTES

O tópico anterior apresentou algumas implicações práticas que decorrem de uma leitura do controle de constitucionalidade mais ajustada aos ideais democráticos. O argumento defende, em síntese, que mesmo reflexões de natureza teórica podem gerar efeitos no mundo prático, desde que se alterem as lentes pelas quais o instituto é visto.

Mas, para além da reflexão teórica, este tópico busca demonstrar que uma compreensão mais contida, à maneira de Waldron, ou mais responsiva, na linha de Dixon, também pode chegar a propostas de atuação factíveis. Com esse objetivo, foram selecionadas algumas propostas cuja implementação exige pouco ou nenhum ajuste formal no desenho do controle de constitucionalidade brasileiro. São propostas de institutos e técnicas que os próprios tribunais – e especialmente o Supremo Tribunal Federal – já podem adotar, se orientados por uma filosofia mais sensível aos limites democráticos da jurisdição constitucional.

Essas práticas não constituem um modelo acabado nem têm a pretensão de esgotar as possibilidades de aprimoramento. Foram concebidas a partir de um raciocínio familiar ao direito: o brocardo de que “quem pode o mais, pode o menos”. Quer dizer, se a Constituição atribui ao Judiciário o poder de invalidar e reescrever atos do Legislativo, é natural que esse

mesmo Judiciário possa exercer tal poder com maior abertura ao diálogo democrático, em respeito às objeções teóricas que foram apontadas ao seu exercício. A proposta não implica renúncia de competências, mas a reformulação de sua prática, de modo a adotar uma postura deliberativa, orientada pela cooperação e pela construção compartilhada dos significados constitucionais.

A razão dessa escolha é que seria pouco produtivo encerrar o trabalho com uma proposta de ampla reforma do texto constitucional. A crítica ao modelo forte, aqui entendida como crítica à centralização e à rigidez que marcam a prática do controle de constitucionalidade brasileiro, não precisa se converter em projetos de ruptura institucional ou de profunda reconfiguração da Constituição. Reformas dessa natureza, além de improváveis no futuro próximo, enfrentariam inevitável resistência dentro dos sistemas político e jurídico. Por isso, mostra-se mais realista – e, em certa medida, mais saudável – apostar em mudanças graduais, assentadas em uma reinterpretação do papel dos tribunais no interior da própria cultura constitucional.

Esse ponto é mais relevante quando se observa a maneira como reformas constitucionais que propõem profundas alterações no modelo de controle judicial costumam ser recebidas. Uma vez estabelecido o controle judicial de constitucionalidade das leis, propostas de limitação tendem a ser lidas como *ataques* às instituições judiciárias⁸⁰¹. A bem da verdade, em muitos casos, essa leitura corresponde à realidade; normalmente, são iniciativas legislativas motivadas por retaliação política, impulsionadas por desacordos pontuais com decisões judiciais impopulares. Esse tipo de reação gera um problema, pois fortalece a percepção de que qualquer tentativa de repensar o modelo de controle judicial seria um risco à independência do Judiciário, interditando o debate e criando um ambiente institucional em “modo de defesa”.

Por essas razões, é mais prudente e mais legítimo que esse tipo de reflexão parta dos próprios tribunais. Tendo origem interna, é mais provável que o movimento seja interpretado como um gesto de responsabilidade, e não como submissão ou fraqueza. Uma corte que reconhece os limites do seu poder e adota, por iniciativa própria, práticas mais abertas ao diálogo democrático, contribui para restaurar a confiança política em seu papel. O tópico demonstra, por meio de propostas de atuação, que o gesto de escuta e contenção representa uma afirmação madura do lugar do Judiciário em uma democracia constitucional.

5.2.1 Levando a presunção de constitucionalidade a sério

⁸⁰¹ Para uma crítica interessante sobre a forma como os Ministros do Supremo Tribunal Federal trataram a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro... *op. cit.*

“Ninguém pode garantir que os processos democráticos sempre levarão a resultados com os quais eu concorde. Pessoas razoáveis podem discordar dos julgamentos que faço [...]. A democracia é um meio de lidar com esse tipo de desacordo sem que, a cada divergência, corra-se o risco de desordem social grave. É evidente que, se a democracia passasse a produzir com regularidade resultados inaceitáveis, ou eventualmente resultados verdadeiramente repulsivos, eu reavaliaria meu compromisso com ela. Mas o simples fato de que, em certos casos, as pessoas adotem políticas – ou interpretações constitucionais – com as quais eu não concordo está longe de ser perturbador.”

- Mark Tushnet⁸⁰²

Talvez a decorrência *waldroniana* mais nítida seja a técnica da presunção de constitucionalidade. Por ser, ao mesmo tempo, uma forma de raciocínio e uma técnica de julgamento, serão necessárias apenas algumas palavras para explicá-la. Como já defendido, levar a democracia a sério exige que, se o controle judicial deve existir, então ele deve ter, de partida, uma posição favorável à deliberação popular. Isso se concretiza por meio de uma presunção relativa de que a lei foi formulada em respeito à Constituição.

Na doutrina constitucional brasileira, esse instituto é bastante conhecido. Diversos manuais de graduação, por exemplo, o consagram. O que se propõe aqui, na verdade, é que o *levemos a sério*.

Levar esse instituto a sério exige que o tratemos como um mecanismo de regulação da intensidade do controle judicial. Mais do que mera deferência, essa técnica é fundamental porque o controle de constitucionalidade ocorre quase sempre em cenários de profunda incerteza epistemológica. Nesses casos, tanto a interpretação do direito quanto os fatos subjacentes à norma são, ao menos, duvidosos. Como os juízes lidam com argumentos complexos que apontam para direções opostas, eles precisam de uma regra prévia que determine o nível de certeza necessário para justificar a anulação de um ato parlamentar. Sem a fixação desse padrão, estaria nas mãos do próprio tribunal decidir quando intervir e quando priorizar uma posição deferente.

Segundo Tommasini, uma presunção é uma antecipação de resultado que admite uma proposição como verdadeira sem que se faça uma análise definitiva sobre seu conteúdo⁸⁰³. Nos vários ramos do direito, ela é fundamental para lidar com situações de incerteza, pois permite

⁸⁰² Tradução livre. No original: “No one can guarantee that democratic processes will always yield results I agree with. Reasonable people can disagree with the judgments I make [...]. Democracy is a way of resolving such disagreements without routinely risking severe social disorder. Of course if democracy regularly produced disagreeable results, or occasionally produced truly vile ones, I would rethink my commitment to democracy. But the simple fact that on some issues people would adopt policies—or constitutional interpretations—I disagree with is hardly bothersome”. TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution Away From the Courts...* op. cit., p. 31.

⁸⁰³ TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 59.

que decisões sejam tomadas ainda que não haja prova definitiva sobre um fato ou sobre um direito. Elas definem quão fortes devem ser os argumentos para mudar um estado de coisas inicial e oferecem uma forma segura de decidir nos casos em que a incerteza persiste. Além disso, presunções também podem servir para suprir a falta de informações ou para proteger a parte que tem mais dificuldade em produzir provas. Um exemplo clássico é a presunção de inocência no direito penal. Nele, o valor da liberdade individual é tão alto que o sistema prefere absolver um culpado ao risco de condenar um inocente.

As presunções também aparecem em outros ramos, como no direito tributário ou no direito civil⁸⁰⁴. Um exemplo ilustrativo pode ser encontrado nas regras de interpretação dos contratos. O Código Civil brasileiro, em seu art. 114, estabelece que os negócios jurídicos benéficos devem ser interpretados estritamente. No caso dos contratos de doação, essa diretriz cria uma presunção em favor do doador, pois exige que qualquer dúvida sobre a amplitude da liberalidade seja resolvida de maneira a proteger o seu patrimônio. Como a doação implica um sacrifício patrimonial sem uma contraprestação, o direito civil presume que o doador não quis se despojar de mais bens do que aquilo que declarou expressamente.

Além da valorização do processo democrático, Tommasini explica que as presunções de constitucionalidade são necessárias por três razões⁸⁰⁵. A primeira delas é a justificativa indutivo-probabilística, que se baseia na ideia de que as leis promulgadas democraticamente tendem a ser constitucionais devido ao rigor do seu processo de criação⁸⁰⁶. Antes de chegar ao Judiciário, uma norma passa por diversos filtros, tanto no parlamento, por meio de suas diversas comissões, quanto no Executivo, formado por um corpo de especialistas nas diversas áreas do conhecimento. Como é esperado em um sistema constitucional, presume-se que esses órgãos atuam com competência e fidelidade à constituição. Dessa forma, admite-se que, em um cenário de incerteza, devemos confiar que é *estatisticamente* mais provável que uma lei que sobreviveu

⁸⁰⁴ Embora o texto empregue a expressão “presunção de constitucionalidade”, dada sua difusão na doutrina e na jurisprudência brasileiras, convém registrar a crítica de Silva à impropriedade técnica do conceito. No direito ordinário, como o civil, uma presunção permite a produção de prova em contrário. Por exemplo, o art. 1.597, I, do Código Civil presume que filhos nascidos pelo menos 180 dias após o início da convivência conjugal foram concebidos na constância do casamento, mas tal presunção pode ser afastada por evidências científicas, como um exame de DNA. No entanto, a constitucionalidade de uma norma não constitui um fato observável ou inerente à lei, passível de “prova” em sentido técnico. Não há um “código genético” da norma que possa ser descoberto por análise probatória. Em vez disso, trata-se de um juízo interpretativo, decorrente de argumentação jurídica que avalia a compatibilidade da lei com o ordenamento constitucional. Por isso, para Silva, transpor o conceito de presunção fática para o âmbito constitucional representaria uma simplificação equivocada, que ignora a natureza argumentativa e interpretativa do controle de constitucionalidade. Todavia, apesar de a crítica ser válida, optou-se por manter a terminologia usual. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jun. 2006, p. 197-198.

⁸⁰⁵ TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis...* op. cit., p. 99.

⁸⁰⁶ Ibidem, p. 100 et seq.

a tantas etapas de verificação seja constitucionalmente válida. Nessa linha, Tommasini observa, ainda, que a força dessa presunção pode variar: leis aprovadas por maiorias qualificadas, por exemplo, teriam mais probabilidade de serem constitucionais, em razão do consenso superior que se formou sobre seu conteúdo.

A segunda justificativa é processual⁸⁰⁷. Esse argumento se origina da preocupação com a organização e com a eficiência do processo constitucional. Segundo Tommasini, a justificativa processual está relacionada à ideia de que o litigante “está em melhor posição de produzir e apresentar provas, de modo a permitir que a decisão do juiz seja melhor fundamentada. Assim, a chance de erro diminui porque a decisão final é tomada com informações que, caso contrário, não seriam apresentadas em juízo”⁸⁰⁸. Em termos práticos, isso significa que o sistema jurídico precisa escolher quem deve começar o debate e quem tem o dever de argumentar que está certo. A lógica é pragmática e visa ao uso racional dos processos judiciais. O sistema inverte o ônus da prova e o atribui a quem está questionando a validade da norma. Essa regra serve para definir quão fortes devem ser os argumentos para mudar um estado de coisas inicial, garantindo que as leis produzidas pelo parlamento não sejam descartadas sem um esforço argumentativo convincente por parte de quem as ataca.

A terceira razão apresentada pelo autor, considerada por ele a mais forte, é a justificativa valorativa⁸⁰⁹. Esse argumento fundamenta a presunção de constitucionalidade na escolha sobre qual tipo de erro o sistema jurídico está mais disposto a tolerar. Como as decisões judiciais em temas complexos ocorrem sob condições de incerteza, o tribunal enfrenta um dilema: é preferível manter uma lei que, no futuro, pode ser reconhecida como inconstitucional ou anular uma norma que é, na realidade, constitucional? Tommasini explica que o direito constitucional não deveria ser indiferente a essas falhas e que a presunção de constitucionalidade também serviria para decidir qual o erro que se prefere tolerar. Embora soe contraintuitivo, o autor explica que o custo de o tribunal invalidar erroneamente uma lei é muito maior do que o custo de manter, também por engano, uma lei inconstitucional. No primeiro caso, a decisão judicial representa uma interferência grave na soberania popular, e sua reversão exige o árduo processo de aprovação de uma emenda constitucional. No segundo caso, o erro pode ser corrigido com mais facilidade, seja por uma nova deliberação do próprio parlamento, que pode revogar a lei, seja por uma futura revisão do precedente pelo próprio tribunal.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 103-104.

Os argumentos de Tommasini corroboram a crítica democrática de Waldron por oferecerem justificativas pragmáticas que fundamentam o uso de graus fortes de presunção em favor do Legislativo⁸¹⁰. Em especial, suas justificativas detalham as razões pelas quais o controle de constitucionalidade não pode assumir uma postura *neutra* em relação à primazia das decisões democráticas. Como se defende neste trabalho, o valor conferido à democracia exige um novo olhar sobre o modo como a jurisdição constitucional é exercida. Nesse sentido, a técnica da presunção de constitucionalidade apresenta-se como um instrumento adequado para equacionar essas questões. Como resume o autor, as presunções concretizam diferentes opções sobre a própria função dos juízes em uma democracia constitucional⁸¹¹.

Mas é preciso cuidado. Uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que a presunção de constitucionalidade serve apenas ao propósito de enfraquecer ou dificultar o controle de constitucionalidade. Embora essa seja uma possível consequência, tal visão é incompleta. A *contrario sensu*, o fundamento democrático que sustenta a presunção pode, em certos contextos, funcionar exatamente ao contrário: como um incentivo para a atuação judicial.

Um exemplo já foi ventilado anteriormente, referente ao fenômeno da recepção constitucional. Do ponto de vista pragmático, uma nova ordem constitucional precisa recepcionar leis editadas em período anterior. Do contrário, teríamos um enorme vácuo legislativo e um cenário de anomia em áreas como o direito penal, o direito civil e o direito administrativo. Não há dúvidas de que a continuidade do ordenamento é uma necessidade prática.

Entretanto, sob a ótica da democracia, a recepção suscita várias dificuldades. Para que a presunção de constitucionalidade seja coerente, é preciso presumir que o legislador, quando atuou, interpretou a constituição vigente, levou-a a sério e manifestou sua legítima opinião sobre como aplicar aqueles valores. Como as disposições constitucionais são incertas, apostamos na capacidade e na legitimidade do legislador para concretizá-las.

Como é fácil perceber, esse raciocínio não pode se aplicar a uma lei promulgada *antes* da vigência da nova Constituição. Não faz sentido afirmar que o legislador de uma ordem constitucional passada – especialmente se se trata de uma ordem com valores constitucionais muito distintos, como é o caso da ditadura militar iniciada em 1964 – tenha criado uma lei em atenção a uma nova cultura constitucional que o país só adotaria anos ou décadas depois. Sendo assim,

⁸¹⁰ “Fixar a presunção sobre a constitucionalidade de acordo com a democracia significa, em essência, dizer que decisões ‘contramajoritárias’ que indevidamente anulam uma decisão legítima da maioria constituída são especialmente graves e, por isso, devem ser evitadas”. *Ibidem*, p. 104.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 104-107.

é defensável afirmar que, embora o instituto seja uma necessidade pragmática, leis recepcionadas carregam um certo “estigma democrático”. Nesses casos, o Judiciário estaria autorizado a um controle mais rigoroso, pois a lei é recebida sob suspeita, quase com uma presunção de *inconstitucionalidade*. Comella é um dos que melhor explica esse problema:

[...] no puede desconocerse que hay casos en los que la inercia es el único o el principal factor que hace que una ley antigua se mantenga inalterada. En la medida en que ello sea así, desaparecen las razones democráticas que justifican que se reconozca a la ley una presunción de constitucionalidad. El juez puede entonces actuar con menor deferencia: si existen argumentos constitucionales en contra de la ley, el juez puede dar el paso de invalidarla, a pesar de que esos argumentos no sean de tanto peso como para ser capaces de destruir la presunción moderada de validez que de otro modo se habría de reconocer a la ley.⁸¹²

Algo semelhante pode ser dito a respeito das normas que dificultam ou entravam o processo democrático. Como vimos, a presunção de constitucionalidade é uma técnica de deferência que se fundamenta no prestígio que atribuímos à democracia. Presumimos que uma lei é válida porque confiamos que ela é o resultado de um processo legítimo de deliberação democrática, em que os desacordos morais e políticos puderam ser publicamente debatidos e decididos por representantes eleitos. Se isso é verdade, é possível sustentar que é incoerente apontar essa mesma presunção a uma norma cujo objetivo é corromper o processo democrático. Não se pode usar um privilégio nascido da confiança na democracia para proteger uma lei que busca fragilizá-la.

Esse cenário é o que Dixon descreve como o mais grave dos déficits democráticos, o “controle autoritário do sistema político”. Tal patologia ocorre quando o grupo no poder utiliza a máquina legislativa para aprovar normas que, de forma paulatina ou explícita, minam a futura competição política: leis que capturam o sistema eleitoral, que criam barreiras desproporcionais para a oposição, que obstaculizam a liberdade de expressão e a livre circulação de ideias, ou que dificultam severamente as manifestações políticas. Essas normas não são um exercício legítimo de desacordo moral, no sentido *waldroniano*, mas um ato de “entrincheiramento” ou “autopreservação” no poder. Elas atacam o “núcleo mínimo democrático” e, ao fazê-lo, destroem a premissa que justificaria a deferência judicial.

Nesses casos, a presunção não apenas deixa de fazer sentido, como deveria ser invertida. Como Dixon sugere, em situações de grave ameaça às condições da competição democrática, a norma deveria nascer com uma presunção de *inconstitucionalidade*. A coerência exige que, diante de leis que atacam a democracia, a atuação judicial seja mais firme. Ou seja, a atuação

⁸¹² COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia... op. cit.*, p. 206.

do Judiciário deveria ser lida como uma ação em defesa da democracia constitucional, garantindo que os canais de participação e contestação permaneçam abertos para futuras maiorias⁸¹³.

Essa conclusão também se ajusta ao pensamento de Tommasini sobre a distribuição de riscos no controle de constitucionalidade. Como visto, o autor defende que as presunções servem para escolher qual erro o sistema prefere tolerar quando não há certeza sobre uma questão constitucional. Ocorre que, no caso das normas que atacam a democracia, o risco mais grave muda de lado. Quando uma lei ameaça o processo eleitoral ou a liberdade de expressão, o risco ocasionado pela omissão judicial é muito mais alto do que o risco de anular a norma, ainda que haja alguma incerteza sobre seu conteúdo. Nesse caso, a presunção funciona com sinal contrário, por uma questão de prudência. Para proteger a sobrevivência do regime, o Judiciário deve suspeitar da validade dessas leis.

Além disso, a ideia de que a presunção de constitucionalidade não é um conceito monolítico, mas uma ferramenta que deve ser aplicada em diferentes graus, também é importante no contexto das chamadas “respostas legislativas”. Para ilustrar, pensemos numa continuação do problema da recepção constitucional. Imaginemos que o Poder Judiciário tenha se deparado com uma norma antiga e a considerado duplamente suspeita: não apenas seu texto parecia transgir com alguma cláusula da nova Constituição, segundo uma interpretação doutrinária dominante, mas, além disso, sua promulgação havia ocorrido em um contexto de baixa legitimidade democrática. Diante dessa dupla fragilidade, o tribunal decide pela não recepção da norma, devolvendo a matéria para a arena democrática.

Nesse cenário hipotético, o legislador contemporâneo pode optar por promulgar uma nova lei de idêntico teor àquela que foi invalidada, ou pode alterar significativamente o conteúdo que ela veiculava. Entretanto, o ponto fundamental é que, qualquer que seja a resposta legislativa escolhida, não podemos mais alegar a existência de um problema de origem democrática. O legislador atual, agindo sob a égide da nova ordem constitucional, parece ter cumprido exatamente seu papel: considerou as razões de inconstitucionalidade apontadas pelo Judiciário, debateu o tema publicamente e decidiu com base nas novas disposições constitucionais que regem a matéria. A nova lei, mesmo que tenha texto idêntico ao da antiga, é fruto de um processo legislativo legítimo. Mais uma vez, Comella:

Precisamente por esta razón, el juez puede invalidar la ley y dejar abierta la posibilidad de que si el Parlamento actual decide aprobar una ley del mismo o similar contenido, esa nueva ley deba aceptarse como constitucionalmente válida en un ulterior proceso

⁸¹³ “[C]uando existan razones para pensar que la mayoría tiene un interés en la causa, [...], debe el juez presumir la inconstitucionalidad de la ley y, por tanto, escuchar con sospecha las razones que aduce el legislador, pues éstas pueden ser meras racionalizaciones del interés de la mayoría en mantenerse en el poder”. *Ibidem*, p. 255-256.

de control judicial. Al haber actuado con menor deferencia en el primer caso, nada se ha dicho acerca de lo que habrá de ocurrir en el segundo caso, en el que la ley se habrá de examinar con mayor deferencia. Otra posibilidad es que el juez mantenga la validez de la ley antigua provisionalmente, dando un plazo al legislador para que delibere acerca de si debe o no mantenerse.⁸¹⁴

Com todos os méritos que o processo democrático tem, o máximo que poderíamos dizer é que, caso os magistrados venham a discordar novamente do que foi decidido, não estamos mais diante de uma lei sob suspeita, mas de um legítimo desacordo sobre a melhor interpretação da constituição. Em um cenário de normalidade institucional – desconsiderando, por exemplo, os déficits que por vezes prejudicam o bom funcionamento da democracia –, esse desacordo deveria ser resolvido em favor daquele ator que detém as credenciais democráticas para decidir o tema. Por essa razão, as respostas legislativas que surgem desse diálogo institucional deveriam ser tratadas com uma deferência especial, gozando de uma presunção *forte* de constitucionalidade.

5.2.2 Supermaiorias judiciais

A presunção de constitucionalidade, embora seja técnica autônoma, também inspira outros caminhos de democratização do direito constitucional. A ideia, defendida com primazia no Brasil por Pereira⁸¹⁵, é que, se partirmos de um compromisso sério com a deferência ao legislador, o quórum de decisão do controle de constitucionalidade precisa ser reavaliado.

A teoria dos quóruns parte do pressuposto de que as diversas formas de votação servem a propósitos distintos⁸¹⁶. Em geral, costuma-se referir que a regra da maioria simples ou absoluta é o motor da política ordinária. Sua principal virtude é garantir a governabilidade e permitir que a vontade da maioria conjuntural se traduza em decisões públicas, favorecendo a mudança e a alternância de poder. Ela também se justifica pela necessidade de dar uma resposta rápida aos desacordos, fundamentando-se no valor da igualdade política. Além disso, como explica Caviedes, a regra da maioria é *neutra*, isto é, ela não favorece nenhum tipo de *status quo*⁸¹⁷. Quando aplicada ao controle de constitucionalidade, trata ambas as opções – declarar ou não a inconstitucionalidade – como se tivessem igual chance de serem tomadas.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 206.

⁸¹⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal*. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁸¹⁷ CAVIEDES, Cristóbal. Is Majority Rule Justified in Constitutional Adjudication? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 2, dez. 2020, p. 379.

Por outro lado, a supermaioria – como os quóruns de dois terços ou três quintos – serve ao propósito oposto: a *estabilidade*⁸¹⁸. Normalmente, é empregada para as decisões mais fundamentais do Estado, como acontece com as reformas constitucionais, para proteger a ordem constitucional de maiorias ocasionais e para forçar a construção de um consenso mais consistente. Sua principal função é criar um custo político mais elevado, privilegiando a manutenção do *status quo* e exigindo um nível mais elevado de deliberação. Também se pressupõe que quóruns mais qualificados favorecem a inclusão de minorias no processo decisório, já que seus votos podem impedir a aprovação de uma medida, ainda que haja uma maioria contingente favorável.

A partir dessas ideias, o argumento da supermaioria judicial defende que, se partirmos de uma posição original que privilegia a deliberação democrática, então o quórum atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal para invalidar uma lei é inadequado.

Uma das principais razões de inadequação é a característica de neutralidade da regra da maioria⁸¹⁹. Para que haja, de fato, uma presunção de constitucionalidade, o ponto de partida deveria ser *não neutro*, de modo a favorecer a manutenção da lei. Ou seja, desde o princípio, as decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não deveriam ser tratadas como se fossem opções igualmente desejáveis. Se o compromisso do controle de constitucionalidade é com a democracia, então a neutralidade é exatamente o que deve ser *evitado*. Não havendo o consenso necessário para justificar a inconstitucionalidade, a presunção deveria obstá-la.

O problema que o argumento destaca é que uma decisão constitucional dividida, como acontece em um placar de seis a cinco, é exatamente a manifestação dessa dúvida⁸²⁰. É contraditório afirmar que uma lei é inconstitucional quando quase metade de um tribunal composto por especialistas na matéria discorda da conclusão. Nesse cenário, a invalidação da lei não se assemelharia a um raciocínio jurídico; aos olhos da sociedade, a preferência de um único magistrado estaria se sobrepondo à deliberação coletiva de todo o parlamento.

Além disso, como Pereira defende, quando a própria corte se mostra dividida, ela sinaliza para a sociedade e para os demais poderes que a questão constitucional não conta com uma solução razoável⁸²¹. Isso enfraquece a autoridade do tribunal, que deveria se basear na razão argumentativa e no consenso, e não na esperança de um único voto a mais para um lado ou para

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 393.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 379, nota de rodapé 21.

⁸²⁰ PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal...* op. cit., p. 118.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 133.

outro. A manutenção da presunção de constitucionalidade, nesse cenário de divisão, seria a postura mais prudente e respeitosa diante do processo legislativo, que, vale lembrar, também detém um caráter supermajoritário implícito, por exigir aprovação em duas casas legislativas e a sanção do Poder Executivo⁸²².

Como Pereira destaca, os tribunais, ao contrário do Legislativo e do Executivo, não dispõem de força “material” para impor suas decisões⁸²³. Sua autoridade é essencialmente “imaterial”, baseada na confiança pública, na racionalidade jurídica de seus argumentos e na percepção de que suas decisões expressam o que constituição exige, e não uma maioria ocasional de magistrados. Uma decisão tomada por uma maioria estreita, especialmente em temas que dividem a sociedade, expõe o tribunal como uma instituição frágil e transmite a mensagem de que a interpretação constitucional é um jogo de poder, incentivando o contínuo questionamento da decisão e a ocorrência de *backlash*, pois os atores sociais se sentem legitimados a desafiar a decisão judicial por a considerarem juridicamente frágil. Como ela diz, “a imagem de um tribunal dividido potencializa características negativas como fragilidade da sua força institucional e de sua autoridade, e potencial influência de fatores ideológicos e políticos”⁸²⁴.

A inadequação do quórum de maioria absoluta também se fundamenta nas diferentes funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal⁸²⁵. Pereira argumenta que a regra prevista no art. 97 da Constituição Federal⁸²⁶ foi concebida para o controle difuso, em que o tribunal atua na resolução de um caso concreto, com efeitos meramente *inter partes*. No entanto, a realidade atual é outra: no controle concentrado, e especialmente a partir da repercussão geral, o Supremo não está apenas resolvendo uma disputa jurídica; está criando uma norma de caráter geral e vinculante, como verdadeiro “legislador negativo” ou, muitas vezes, positivo mesmo. Para essa função, que é materialmente legislativa e impacta a ordem constitucional, a exigência de um quórum simples ou de maioria absoluta é incoerente e politicamente frágil. Em face disso, Pereira argumenta que a criação de um precedente com força de lei não pode depender da mesma regra usada para resolver um litígio particular; por sua excepcionalidade, ela demanda um grau de legitimidade e consenso que apenas uma supermaioria judicial pode conferir.

⁸²² “[U]ma votação por maioria estreita, resolvida pela diferença de um voto, configura efetiva situação de dúvida objetiva, em que a instituição enquanto colegiado aparenta uma imagem de arbitrariedade decisória não compatível com deferência ao processo legislativo e, por conseguinte, insuficiente para desconstituir a presunção de inconstitucionalidade”. *Ibidem*, p. 122.

⁸²³ *Ibidem*, p. 119.

⁸²⁴ *Ibidem*.

⁸²⁵ *Ibidem*, p. 175-176.

⁸²⁶ Constituição Federal, art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

De forma semelhante ao argumento a favor da presunção de constitucionalidade, a adoção de uma regra de supermaioria também encontra justificativa em um cálculo de prudência sobre as consequências do erro judicial. Como Pereira aponta, os impactos de uma decisão judicial equivocada são assimétricos⁸²⁷. Por isso, assume-se que é menos grave para a democracia conviver com uma lei duvidosa do que permitir que juízes anulem, por engano, uma norma legítima. Prefere-se o risco de manter uma lei inconstitucional porque, nesse caso, o erro ainda pode ser corrigido pelo debate democrático; já uma anulação judicial equivocada interrompe abruptamente o exercício da vontade popular sem a mesma facilidade de reversão.

Além disso, Pereira defende que a mudança para um quórum mais exigente também teria o benefício de incentivar um processo deliberativo mais rico dentro dos tribunais⁸²⁸. A necessidade de construir um consenso mais amplo para atingir oito votos, por exemplo, forçaria os ministros a construir um diálogo mais profundo, em vez da tradicional agregação de votos individuais e isolados. Uma regra de supermaioria estimularia a moderação e desencorajaria posições extremas, pois os ministros saberiam que uma interpretação “radical” dificilmente alcançaria o quórum necessário. O resultado provável seria a produção de decisões mais ponderadas, capazes de melhor resistir à crítica pública e às pressões políticas⁸²⁹.

O princípio da simetria decisória é outra justificativa para a adoção de supermaiorias judiciais, a fim de evitar o que Pereira chama de “custo de substituição”⁸³⁰. Se o procedimento para alterar o sentido da constituição pela via judicial – muitas vezes, por meio de uma interpretação constitucional controversa – for mais fácil do que pela via política ordinária, cria-se um incentivo para que os atores políticos abandonem o difícil processo deliberativo do Congresso e busquem “atalhos” na jurisdição constitucional. Por que um parlamentar se daria ao trabalho de construir um difícil acordo entre seus pares se ele pode simplesmente “terceirizar”

⁸²⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal...* op. cit., p. 123.

⁸²⁸ “O limiar mais alto da regra decisória, configurado nas maiorias qualificadas, ao não se conformar com o número imediato superior à metade, estimula e incentiva a participação ativa dos decisores, ao mesmo tempo em que constrange maior tempo de deliberação para que uma votação maior seja alcançada. Nessa dimensão de julgamento, a regra de maioria qualificada oferece resposta ativa e mais institucional dos tribunais, com a participação ativa dos decisores, o debate prolongado e o consenso mais amplo, fatores que, com efeito, produzem uma resposta de melhor qualidade. Assim, a maioria qualificada atua como verdadeira técnica processual decisória de tutela do diálogo e do engajamento próprios dos órgãos coletivos, como os tribunais constitucionais, na medida em que obriga os participantes a efetivamente cooperar e participar no debate para além da primeira resposta majoritária. O diálogo é a chave para a unidade social e estabilidade”. *Ibidem*, p. 113.

⁸²⁹ Aliás, de acordo com Pereira, a história constitucional brasileira já conhece essa preocupação: a proposta de exigir uma maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade foi debatida na Assembleia Constituinte de 1933-1934, mostrando que o receio de que o “voto de um único homem” prevalecesse sobre a vontade dos poderes eleitos é um dilema antigo e fundamental da nossa República. *Ibidem*, p. 20.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 94-96.

a decisão para o tribunal? Isso transforma a corte em uma espécie de “assembleia constituinte permanente”⁸³¹, desvalorizando o papel do Legislativo e corroendo a rigidez constitucional. A exigência de um quórum de supermaioria garantiria, portanto, que a alteração constitucional, seja pela via formal ou pela via interpretativa, permaneça um processo árduo.

A proposta de criação de supermaiorias é ainda mais imperativa no contexto do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. O processo de aprovação de uma emenda já é, em si, supermajoritário, exigindo um quórum de três quintos em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional. Trata-se de um procedimento mais rigoroso, que expressa uma vontade qualificada dos representantes populares. Uma decisão judicial que invalida uma emenda constitucional representa o ponto máximo de tensão entre a jurisdição constitucional e a soberania popular, pois coloca o tribunal em oposição ao poder constituinte reformador⁸³².

Todavia, pelo princípio da simetria decisória, é difícil justificar por que um ato aprovado por um processo tão qualificado possa ser desfeito por simples maioria de seis votos. Teoricamente, a coerência exigiria que os níveis de dificuldade para criar ou modificar normas constitucionais guardem proporção entre si. Se o parlamento, para reformar a constituição, precisa costurar amplos acordos políticos e enfrentar ao menos duas rodadas deliberativas, por tabela, então o mesmo dever de prudência e reflexão deveria recair sobre quem pretende invalidar ou reconstruir esses resultados. Como observa Pereira, a simetria entre criação e anulação é uma exigência de integridade constitucional: quem “destrói” deveria operar sob um fardo argumentativo igual, ou até maior, do que aquele que apenas propõe mudanças⁸³³.

Portanto, considerando que a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda é, na prática, uma palavra final e irreversível, contra a qual não há mais instância de controle democrático, a cautela deveria ser máxima. Para situações de tamanha excepcionalidade, talvez até mesmo a unanimidade dos membros do tribunal fosse o quórum legítimo para justificar um ato de tamanha transigência com o princípio democrático, garantindo que fosse exercido apenas

⁸³¹ Expressão utilizada pelo próprio tribunal, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, ago. 2016, p. 408-409.

⁸³² “O povo, quando discorda de um posicionamento da Suprema Corte, pode emendar a Constituição. No sistema brasileiro, se inclusive emendas podem ser declaradas inconstitucionais, não resta outro canal para nova manifestação. O procedimento de emenda previsto na Constituição brasileira é às vezes considerado pouco rigoroso. Por esse motivo, há certo temor de deixá-lo livre de controle externo. Se esse temor for justificável empiricamente, no entanto, não é sinal de que não haja outra saída senão adotar a revisão judicial, mas sim que o sistema de emenda deva ser repensado, redimensionado, reinventado. Várias soluções podem ser criadas, como novas categorias normativas, novas modalidades de procedimentos etc. Só não parece cabível afirmar que a soberania permanece com o povo quando, para se manifestar, esse tem que ir ao ponto de subverter a Constituição”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia... op. cit.*, p. 185.

⁸³³ PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal... op. cit.*, p. 120-122.

em casos de violação inequívoca e incontestável das cláusulas pétreas.

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado à interpretação conforme a constituição e às decisões manipulativas. A despeito das controvérsias que circulam essas técnicas, se formos aceitá-las, que o seja com a consciência deliberada de sua excepcionalidade. É preciso deixar claro que a preferência deve recair sobre a legislação democrática, fruto da deliberação do Congresso Nacional, o que deixaria apenas para último caso uma atuação judicial “corretiva”.

Isso significa dizer, do ponto de vista prático, que o quórum para o emprego dessas técnicas deveria ser desenhado para *evitá-las*, e não para tratá-las como uma possibilidade de igual peso frente à simples declaração de inconstitucionalidade. Isso garantiria que tais ferramentas, por sua natureza intrusiva e por sua opacidade, fossem reservadas apenas a situações extremas, em que um consenso sólido dentro da corte atestasse sua indispensabilidade, desencorajando seu uso como expediente para contornar o processo democrático.

Dessa forma, a exigência de um quórum qualificado para declarar a inconstitucionalidade das leis, como uma supermaioria de dois terços – oito dos onze ministros –, apresenta-se como uma decorrência mais compatível com a presunção de constitucionalidade. Adotar uma regra mais rigorosa significaria que a invalidação de um ato legislativo só ocorreria diante de um vício tão manifesto que fosse capaz de gerar amplo consenso dentro da própria corte. Isso não apenas fortaleceria a autoridade e a legitimidade das decisões do tribunal, afastando a percepção de politização e arbitrariedade, como também incentivaria um diálogo mais respeitoso, em que o Judiciário só interviria nos casos mais graves, preservando o espaço da política para a resolução dos desacordos razoáveis.

5.2.3 O controle semiprocedimental de constitucionalidade

Uma das propostas mais originais para democratizar o controle de constitucionalidade consiste em alterar o foco da intervenção judicial: em vez de analisar apenas o conteúdo da lei, o Judiciário também deveria examinar a qualidade deliberativa do processo legislativo que a produziu. Essa modalidade é conhecida na literatura como controle *semiprocedimental* de constitucionalidade.

Segundo Bar-Siman-Tov, o controle semiprocedimental “é um modelo de controle judicial que combina a análise do processo de elaboração da lei com a decisão judicial substantiva

sobre a constitucionalidade da norma”⁸³⁴, a fim de formar um *tertium genus*. Ou seja, o tribunal, além de analisar o conteúdo substantivo, também avaliaria se a lei questionada foi fruto de um processo legislativo suficientemente deliberativo, transparente e inclusivo. Caso identifique falhas nesse processo, a corte poderia declará-la inconstitucional não apenas pelo seu conteúdo, mas também pelo déficit deliberativo do processo que a originou.

Sem abandonar o exame convencional de constitucionalidade, esse modelo acrescenta uma segunda camada de análise, que se assemelha a um teste de “*racionalidade procedimental*”⁸³⁵. Na primeira etapa, o tribunal realiza um exame substantivo para identificar se a legislação questionada infringe, *prima facie*, algum direito ou valor constitucional protegido. Se a resposta for afirmativa ou, no mínimo, duvidosa, o escrutínio avança para o segundo estágio. Nele, o tribunal investiga o grau de responsabilidade com que o Legislativo conduziu o processo deliberativo. A pergunta que norteia o juízo, afora a tradicional “esta lei é constitucional?”, é: “o parlamento deliberou de forma adequada e cuidadosa ao aprovar esta lei que afeta direitos fundamentais?”⁸³⁶.

A depender da qualidade da condução do processo democrático, duas situações podem surgir. Se a investigação judicial concluir que o processo legislativo foi bem conduzido, com debates aprofundados, consultas públicas e consideração de diferentes pontos de vista, o controle semiprocedimental recomenda que a corte adote uma postura de deferência e decida pela constitucionalidade da lei. A premissa é que, se os representantes eleitos examinaram as questões constitucionais de forma responsável, uma eventual discordância o tribunal sobre o mérito da lei seria apenas uma manifestação do desacordo razoável que caracteriza as democracias contemporâneas. Conforme destacaria Waldron, o tribunal não deve sobrepor suas próprias preferências às do legislador, e o mero fato de terem visões distintas não significa que a decisão democrática é patológica ou ilegítima.

Por outro lado, se o tribunal constatar que suas dúvidas iniciais sobre o mérito constitucional da lei são acompanhadas por um processo legislativo deficiente, a declaração de inconstitucionalidade teria uma justificativa mais convincente. Um processo apressado, sem debate

⁸³⁴ Tradução livre. No original: “[...] is a model of judicial review which merges the examination of the statute’s enactment process with the substantive judicial determination of the statute’s constitutionality”. BAR-SIMANTOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, set. 2015, p. 272.

⁸³⁵ Por essa razão, Nascimento diz que talvez “fossem preferíveis as denominações ‘controle de racionalidade’ ou ‘controle do devido processo legislativo’, mas essas expressões acabaram não se consolidando na literatura”. NASCIMENTO, Roberta Simões. O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo – Controle da Administração Pública: diagnósticos e desafios*. São Paulo: Editora FGV, 2023. Cap. 7, p. 109, nota de rodapé 4.

⁸³⁶ BAR-SIMANTOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review... *op. cit.*, p. 279.

público ou carente de justificativas razoáveis, enfraquece a presunção de legitimidade da norma defendida nos tópicos anteriores. A falha deliberativa seria um sinal de alerta, indicando que a norma provavelmente carrega vícios substantivos que não foram levados em conta no debate parlamentar. Nesse cenário, a intervenção judicial representaria uma resposta a uma falha dupla: um problema de compatibilidade constitucional potencializado por um déficit democrático.

Um dos pontos mais importantes para Bar-Siman-Tov é que o controle semiprocedimental não propõe substituir os modelos tradicionais, mas atuar como forma de *calibração* do escrutínio judicial⁸³⁷. Ou seja, o autor argumenta que a qualidade do processo legislativo deve servir como uma variável que determina o grau de deferência: um processo democrático em bom funcionamento “ganharia” uma presunção de constitucionalidade mais forte, enquanto um processo deficitário justificaria um escrutínio mais invasivo por parte dos tribunais. De acordo com Bar-Siman-Tov, o modelo semiprocedimental busca o “melhor dos dois mundos”⁸³⁸.

A principal justificativa para o controle semiprocedimental é seu compromisso com a democracia deliberativa⁸³⁹. Muitas vezes, pensamos na democracia apenas como um sistema para agregar vontades individuais por meio da votação. A vertente deliberativa da democracia, por outro lado, ressalta o aspecto da argumentação e da troca de ideias. Defende que a essência do processo democrático não está apenas no cômputo dos votos; está, especialmente, nos diálogos que o antecedem. Isso significa valorizar o debate público, a disputa de argumentos e a necessidade de justificar as escolhas políticas com base em razões públicas. Para essa concepção, o que torna uma decisão legítima não é simplesmente o selo da aprovação da maioria; a real legitimidade nasce da qualidade do processo de discussão pública que levou à sua criação.

O constitucionalismo deliberativo nasce, segundo Giuffré, como um desdobramento da teoria da democracia deliberativa, consolidada no final do século XX⁸⁴⁰. A premissa dessa abordagem é ressignificar o papel das instituições, e especialmente dos tribunais constitucionais, para que sirvam ao propósito maior de aprofundar o diálogo democrático. Dentre outros aspectos, isso representa uma mudança na forma de enxergar o controle judicial de constitucionalidade. O objetivo explícito é convertê-lo em uma ferramenta que estimula a conversa democrática, em vez de silenciá-la. A atuação do tribunal, não deveria ser um ponto final no debate político, mas um convite para que o Legislativo e a sociedade reexaminem e justifiquem melhor

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 274.

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 285.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 284.

⁸⁴⁰ *Cf.*, por exemplo, GIUFFRÉ, Ignacio. The Coming of Age of Deliberative Constitutionalism. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 37, n. 2, ago. 2024, p. 397-426.

suas posições.

É fácil perceber a afinidade entre o controle semiprocedimental e a teoria de Dixon. Quando a autora detalha os problemas inerentes à democracia parlamentar, que justificariam a existência do controle de constitucionalidade, ela descreve, em boa medida, déficits *deliberativos* do parlamento. Os pontos cegos institucionais, por exemplo, surgem porque o tempo para debate é escasso e a representação social nas discussões legislativas é deficiente. Certas perspectivas, especialmente as de minorias ou de grupos cujas pautas não geram apelo eleitoral, acabam não recebendo a atenção necessária e são simplesmente ignoradas.

Nesse sentido, o controle semiprocedimental é uma ferramenta especialmente adequada para enfrentar tais déficits. Na verdade, essa abordagem pode até ser mais eficiente do que um controle puramente substantivo. Em vez de transferir a responsabilidade de corrigir os pontos cegos para um pequeno grupo de magistrados – o que seria não apenas questionável, dada a composição sociocultural dos tribunais, como também potencialmente ineficaz –, o controle semiprocedimental adota uma estratégia diferente e bastante moderada. Permite que o tribunal identifique o déficit deliberativo e, em vez de impor uma solução final, exija que o Legislativo realize uma nova rodada de debates, desta feita com devida atenção à perspectiva que havia sido negligenciada.

Além disso, o controle semiprocedimental defende que a qualidade da deliberação não depende somente de *quem* participa do debate, mas também das *condições* em que ele ocorre. Nas democracias modernas, há diversas estratégias legislativas que podem ser empregadas para corroer a qualidade do debate. A manipulação da pauta legislativa para promover votações inesperadas, por exemplo, impede que os parlamentares e a sociedade civil se preparem adequadamente para a discussão de temas complexos. Outra tática pouco saudável é a modificação de um projeto de lei já em sua fase final de votação. Isso faz com que o texto que vai à votação seja muito diferente daquele que foi debatido nas comissões e em audiências públicas. Essa prática inclui a inserção de emendas sem qualquer pertinência temática com o projeto original – os conhecidos “jabutis” –, que são aprovadas aproveitando-se do consenso construído em torno da proposta principal.

Dentre essas condições deliberativas, a destinação de tempo suficiente é um dos fatores mais importantes⁸⁴¹. Um processo legislativo conduzido de maneira acelerada, sem espaço para a maturação das ideias e a devida análise das propostas, compromete a qualidade do debate

⁸⁴¹ PACOLA, Bernard Assef. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 61, n. 244, dez. 2024, p. 98-99.

democrático.

A relação entre tempo e qualidade da decisão é uma percepção que compartilhamos intuitivamente, mesmo em nossas decisões mais triviais. Reconhecemos que a cognição humana, quando submetida ao estresse e à urgência, tende a operar por meio de atalhos mentais que sacrificam a reflexão. Em geral, uma decisão considerada “bem refletida”, seja individual ou coletiva, é superior porque permite o distanciamento crítico; o tempo parece atuar como um filtro que separa o ruído emocional envolvido, possibilitando que diferentes ângulos de um mesmo problema sejam sopesados. Isso garante que a conclusão não seja apenas uma reação instintiva, mas um juízo amadurecido que sobrevive ao teste do contraditório e da análise de consequências de longo prazo.

No cenário brasileiro, a elaboração de reformas penais em momentos de crise é uma ilustração bastante fácil do argumento. Logo após eventos traumáticos que geram clamor nacional e forte exposição midiática, o parlamento normalmente se sente compelido a oferecer uma resposta para aplacar o sentimento de insegurança ou de vingança da opinião pública⁸⁴². Uma deliberação séria, que seria fundamental em tema tão delicado, passa a ser vista como um luxo incompatível com a urgência do momento. Sob essa pressão, o processo legislativo é atropelado: ritos são abreviados mediante a adoção de regimes de urgência – instrumentos lícitos, mas que dispensam prazos e etapas ordinárias de deliberação – e o debate é substituído por discursos de ocasião. Esse ambiente reduz o espaço para análises empíricas mais consistentes, avaliações de impacto e para a consideração de alternativas mais racionais. Sob o impacto do trauma, o legislador ignora que uma resposta rápida raramente é uma solução eficaz, produzindo leis que, por não terem sido pensadas com a devida sobriedade, acabam por agravar as distorções do sistema carcerário, sem atacar as causas reais da criminalidade. Os resultados são conhecidos: em geral, envolvem aumento de penas, criação de novos tipos penais ou restrição de garantias processuais, mesmo quando a evidência acumulada indica sua baixa eficácia.

Acerca da utilização do controle semiprocedimental diante da variável do tempo, a exigência de dois turnos de votação no processo de mudança constitucional é um outro exemplo⁸⁴³. Essa regra, prevista no art. 60, § 2º, da Constituição Federal, representa um pré-compromisso

⁸⁴² Esse fenômeno pode ser analisado à luz do conceito de “pânico moral”, descrito por Garland, que explica como eventos traumáticos, amplificados pela mídia, geram reações sociais desproporcionais e urgentes, levando a decisões precipitadas que priorizam a aparência de ação imediata em detrimento de soluções estruturais. Cf. GARLAND, David. On the concept of moral panic. *Crime, Media, Culture*, v. 4, n. 1, p. 9-30, abr. 2008.

⁸⁴³ A relação entre o controle semiprocedimental de constitucionalidade e a exigência de dois turnos de votação para a promulgação de emendas constitucionais foi analisada de forma mais detalhada em artigo específico. Cf. FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara. Uma interpretação democrática dos dois turnos de votação das emendas constitucionais. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 27, n. 2, p. 1-22, ago. 2025.

constitucional de natureza procedimental⁸⁴⁴: trata-se de uma escolha deliberada do constituinte para proteger a estabilidade da ordem constitucional. Sua finalidade é criar um momento de reflexão que permita aos parlamentares reavaliar seus posicionamentos e, de forma ainda mais importante, que possibilite à sociedade civil – por meio da imprensa, da academia e dos debates públicos em geral – tomar conhecimento da proposta, debater suas consequências e pressionar seus representantes. Trata-se de uma ferramenta para incentivar a responsividade e o amadurecimento das decisões, garantindo que alterações na estrutura fundamental do país não sejam fruto de impulsos momentâneos ou de acordos políticos de curto prazo.

Mas, apesar dessa finalidade explícita⁸⁴⁵, a prática de realizar os dois turnos em sequência, com intervalos de apenas alguns minutos, tornou-se comum no Congresso Nacional. Argumenta-se que, de um ponto de vista formal, essa atitude não apresenta irregularidades. No entanto, quando se analisa o propósito democrático da norma, vê-se que a regra foi completamente esvaziada de sentido. Qualquer um que a leia com o mínimo bom senso dirá que uma pausa de dez minutos é insuficiente para construir reflexões adequadas ou um debate público sério. Na prática, o que ocorre é a anulação do pré-compromisso estabelecido pelo constituinte, transformando uma salvaguarda deliberativa em um ritual sem propósito aparente.

Nesse tipo de situação, o controle semiprocedimental exhibe sua melhor luz. Ele permite que o Judiciário vá além dos requisitos procedimentais para avaliar se o espírito deliberativo que lhes inspira foi respeitado. Um tribunal que adotasse essa perspectiva não se limitaria a perguntar se houve, de fato, o cumprimento dos dois turnos, mas se o intervalo entre os turnos foi suficiente para cumprir a função deliberativa para a qual foi criado. Como Pacola explica, “deve-se avaliar se houve tempo adequado para apreciar o projeto de lei ou se o processo legislativo teve um ritmo acelerado, que permitiria apenas uma consideração superficial das questões implicadas na proposta”⁸⁴⁶.

O que é mais importante para este trabalho, a aplicação do controle semiprocedimental

⁸⁴⁴ Os pré-compromissos costumam ser associados apenas ao mérito substantivo das leis, vistos como restrições baseadas no conteúdo ou na qualidade das normas jurídicas. No entanto, o próprio Holmes, em sua obra mais conhecida, enfatiza que as normas de mordaça (“*gag rules*”) são também, e em muitos casos majoritariamente, normas procedimentais. HOLMES, Stephen. *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy...* *op. cit.*, p. 202-203.

⁸⁴⁵ De acordo com Silva – ele que participou pessoalmente do processo de elaboração do texto constitucional –, “esse interstício tem por finalidade não só propiciar maior reflexão dos próprios parlamentares, para uma nova rodada de discussão”, mas também visa evitar “emendas precipitadas que surpreendem a expectativa da Nação”. Ele explica que por essa mesma razão as Constituições brasileiras de 1891 (art. 90, § 2º), 1934 (art. 178, § 1º) e 1946 (art. 217, § 2º) já estabeleciam que os dois turnos não poderiam acontecer na mesma sessão legislativa ordinária. Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 448-449.

⁸⁴⁶ PACOLA, Bernard Assef. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo... *op. cit.*, p. 98.

ao processo de produção de emendas não resultaria em usurpação da função legislativa. A resposta judicial mais adequada seria invalidar a votação e determinar que o segundo turno fosse realizado novamente, desta vez se respeitando um interstício razoável que permitisse o debate e a reflexão. Essa decisão teria um caráter *dialógico*, pois não imporá uma solução substantiva; como Pacola afirma, “é uma forma de a corte estimular a justificação no parlamento, ao sinalizar que dará maior margem de atuação autônoma para o parlamento na medida em que melhore seu desempenho deliberativo”⁸⁴⁷.

Há também algumas justificativas pragmáticas. Como aponta Haidt, a chegada da *internet* e das redes sociais deu origem ao que ele chama de “tribalismo moral”⁸⁴⁸. No mundo contemporâneo, pessoas se unem em torno de narrativas compartilhadas e, uma vez que as aceitam, tornam-se cegas para opiniões divergentes. Nesse ambiente “tóxico”, o sistema político parece esquecer que se pretende uma arena pública destinada à saudável disputa entre ideias, passando a se comportar como um palco de batalha maniqueísta entre o bem e o mal. Cada lado acredita sinceramente que quer o melhor para a nação, ao mesmo tempo em que crê que a vitória do outro lado inevitavelmente a levaria à ruína⁸⁴⁹.

O problema evidente é que, no contexto de uma de guerra moral, a lógica do “amigo-inimigo” se sobrepõe a qualquer compromisso com o processo democrático. Quando o outro lado é visto como um inimigo que ameaça os valores da comunidade, a tendência é adotar a máxima de que os fins justificam os meios. Dentro dessa lógica problemática, as exigências formais e os procedimentos deliberativos, que foram desenhados para garantir a reflexão e o debate plural, são vistos como obstáculos que devem ser contornados na busca pela vitória. Como Bar-Siman-Tov diz, “[p]artidarismo e polarização pioram o conflito entre os ideais pro-

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 87.

⁸⁴⁸ “[A] guerra tem sido uma característica constante da vida humana desde muito antes da agricultura e da propriedade privada. Por milhões de anos [...] nossos antepassados enfrentaram o desafio adaptativo de formar e manter coalizões que poderiam afastar desafios e ataques de grupos rivais. Nós somos descendentes dos tribalistas bem-sucedidos, e não de seus primos mais individualistas”. HAIDT, Jonathan. *A mente moralista*: por que pessoas boas são segregadas por política e religião? Trad. de Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2020, p. 194.

⁸⁴⁹ “Muitos americanos notam as coisas ficando piores. O país agora parece polarizado e prejudicado até o ponto da disfunção. E estão certos. Até alguns anos atrás, havia alguns cientistas políticos que alegavam que a chamada guerra cultural era limitada a Washington, e que os americanos não haviam se tornado mais polarizados em suas opiniões em relação à maioria das questões políticas. Mas nos últimos doze anos, os americanos começaram a se separar ainda mais. Houve um declínio no número de pessoas que se chamavam centristas ou moderadas (de 40% em 2000 para 36% em 2011), um aumento no número de conservadores (de 38% para 41%) e um aumento no número dos liberais (de 19% para 21%)”. *Ibidem*, p. 386-387.

cedimentais e os interesses dos legisladores e dos partidos. Isso acontece porque esses elementos intensificam a pressão sobre o partido majoritário para manipular o processo legislativo”⁸⁵⁰.

Diante desse problema atual, o controle de constitucionalidade substantivo se mostra não apenas ineficaz, como também ingênuo. Quando um tribunal intervém em um debate polarizado e anula uma norma com base em uma certa interpretação – por exemplo, declarando que viola um princípio moral que o tribunal considera fundamental –, está, na prática, tomando um lado na guerra cultural. Para o grupo político que teve sua visão preterida, a decisão não será vista como aplicação do direito constitucional, mas como uma imposição da moralidade do inimigo. As prováveis reações serão de revolta, de deslegitimação do tribunal e de aprofundamento da polarização. A corte, em vez de atuar como um árbitro, torna-se apenas mais um no campo de batalha, intensificando a desconfiança mútua entre os grupos.

Nesses casos, o controle semiprocedimental oferece uma proposta bastante moderada. Sua mensagem não é “essa visão de mundo está equivocada e não deveria jamais ser debatida pela sociedade”, mas “a maneira como vocês chegaram a esta decisão foi falha e pouco democrática”. Quer dizer, o Judiciário devolve a questão ao Legislativo com a exigência de que debatam de novo, com mais cuidado, com mais tempo e de forma mais inclusiva. Mesmo que não seja infalível, essa abordagem ao menos tem o potencial de “baixar os ânimos” e forçar os atores políticos a saírem do “modo de combate”.

Como ocorre com toda construção teórica, o controle semiprocedimental não é imune a críticas. A objeção mais recorrente aponta o risco de ampliação da intervenção judicial⁸⁵¹. Se o problema do controle substantivo reside na ampla margem de discricionariedade judicial, seria contraditório enfrentar esse problema propondo uma nova forma de controle igualmente dependente de juízos discricionários. A crítica alerta para a necessidade de reconhecer que, ao definir o que constitui um processo deliberativo adequado, o Judiciário estaria criando critérios cuja origem não é evidente e tampouco consensual. Isso significa admitir, de modo transparente, que “os próprios tribunais desenvolvem doutrinas judiciais que integram a análise do processo de-

⁸⁵⁰ Tradução livre. No original: “Partisanship and polarisation worsen the clash between procedural ideals and legislators’ and party interests, because they intensify the pressure on the majority party to manipulate the legislative process in order to push through its legislative agenda in a swift fashion”. BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The role of courts in improving the legislative process. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 3, n. 3, fev. 2016, p. 300.

⁸⁵¹ Segundo Nascimento, por exemplo, o problema “é que não se dispõe de uma doutrina clara em torno de quais elementos do processo legislativo interno devem ser considerados relevantes, em que medida devem ser cumpridos e o que conta como um bom debate legislativo. Sem isso, o ‘giro procedimental’ pode gerar muita insegurança jurídica e duplos padrões”. NASCIMENTO, Roberta Simões. O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios... *op. cit.*, p. 114.

cisório do Legislativo aos testes judiciais usados para determinar a permissibilidade das restrições constitucionais”⁸⁵². Quer dizer, as cortes estariam interpretando o ideal de democracia deliberativa como um componente constitucional, ainda que a própria constituição não o tenha feito expressamente.

Trata-se de uma crítica séria e que merece ser considerada. Ainda assim, o controle semiprocedimental oferece respostas interessantes à objeção. Em primeiro lugar, apresenta uma defesa de natureza empírica: discussões sobre procedimentos tendem a ser mais consensuais do que discussões sobre valores, especialmente aquelas que se referem a temas moralmente sensíveis. Embora sempre possa haver desacordo, é mais fácil fazer com que adversários políticos concordem sobre a legitimidade de um procedimento – por exemplo, que um debate deve ser aberto e não fechado, ou que as partes afetadas pela decisão devem ser ouvidas – do que fazê-los concordar sobre o mérito de uma questão controversa, como a legalização das drogas ou a tributação de grandes fortunas. Como Waldron já havia deixado claro, na presença de desacordos insolúveis, razões relacionadas ao procedimento são mais persuasivas.

Em segundo lugar, a crítica da discricionariedade perde força quando a comparamos com o modo como o controle substantivo já é utilizado pelos tribunais. Juízes exercem rotineiramente o poder de invalidar leis e até emendas constitucionais com base em juízos substantivos bastante controvertidos. Essa afirmação é facilmente visualizada no fato corriqueiro de que o processo judicial também é finalizado por uma maioria apertada, mesmo quando composto por onze especialistas na matéria. Se essa já é a realidade judicial, a introdução de uma perspectiva semiprocedimental não parece representar uma expansão do poder judicial, mas apenas uma forma de moderá-lo.

Essa linha de raciocínio também oferece uma resposta a outra crítica, direcionada às tentativas de controle do processo legislativo: a de que tal prática violaria a doutrina dos atos *interna corporis*. Segundo essa concepção clássica, o Judiciário estaria proibido de interferir nos assuntos internos do parlamento, pois as decisões sobre o modo de funcionamento do Legislativo seriam de competência exclusiva dos próprios representantes. O raciocínio não é sem propósito, afinal, a separação de poderes exige que cada um deles tenha autonomia para se organizar e conduzir seus trabalhos autonomamente. Quando um tribunal avalia, segundo seus próprios padrões, se o tempo de debate foi suficiente, ou se a deliberação foi inclusiva o bastante, está, de fato, emitindo um juízo sobre a organização interna do Legislativo, algo que, em

⁸⁵² Tradução livre. No original: “[...] courts themselves develop judicial doctrines that integrate an examination of the legislature’s decisionmaking process into the judicial tests for determining the permissibility of constitutional infringements”. BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review... *op. cit.*, p. 274.

tese, estaria fora de sua alçada.

Contudo, embora a preocupação com a autonomia parlamentar seja legítima, a melhor forma de avaliar o controle semiprocedimental não é isoladamente, mas comparando as alternativas que estão em jogo na prática do controle de constitucionalidade. Mais uma vez, a verdadeira questão não é apenas se o Judiciário deve ou não intervir, pois, como vimos, essa intervenção já é uma realidade consolidada. A pergunta mais adequada é: dadas as opções em jogo, qual tipo de intervenção judicial é mais compatível com os ideais democráticos?

De um lado, temos a abordagem semiprocedimental, em que o tribunal discute o modo como o Legislativo se comportou ao propor, deliberar e votar uma lei e, encontrando uma falha democrática, convida-o para uma nova rodada de debates. De outro lado, temos a análise puramente substantiva, em que o tribunal ignora o processo, analisa apenas o conteúdo da lei e, se discordar dele, impõe uma palavra final contra a decisão do parlamento, chegando até mesmo, em certos casos, a reescrevê-la. Quando as duas opções são colocadas lado a lado, a abordagem semiprocedimental se mostra uma alternativa mais respeitosa com as decisões democráticas.

Como defende Bar-Siman-Tov, é fundamental deixar explícito que essa conclusão deriva de uma *comparação*⁸⁵³. O principal argumento não é que o controle semiprocedimental seja isento de riscos ou que a avaliação do processo legislativo por um juiz seja uma tarefa incontroversa. Pelo contrário, a defesa desse modelo é mais convincente quando situado no mundo real, em que a alternativa não é a ausência de controle, mas sim um tipo que pode ser muito mais invasivo. Entre um tribunal que impõe sua própria visão de mundo e um tribunal que atua como um guardião das regras do jogo democrático, a segunda opção parece muito mais alinhada a um ideal de diálogo entre os poderes.

Essa abordagem pode, inclusive, ter um caráter pedagógico. Tribunais podem incentivar os legisladores a tratarem de certo tema com mais seriedade, apontando as falhas do processo anterior e sugerindo formas de debate que poderiam aumentar a qualidade da deliberação. A intervenção judicial passaria a ser guiada por perguntas como: ao se decidir sobre a demarcação de terras, os povos originários foram adequadamente ouvidos? No debate sobre as leis que regulam o aborto, as mulheres e suas perspectivas foram realmente levadas em conta? A decisão sobre uma reforma econômica complexa foi tomada sob a pressão de uma crise momentânea, sem que fossem consideradas alternativas menos invasivas ou mais proporcionais ao conflito entre os valores constitucionais em jogo?

Aliás, como Bar-Siman-Tov explica, o controle semiprocedimental possui um mérito

⁸⁵³ BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The role of courts in improving the legislative process... *op. cit.*, p. 296.

pragmático adicional⁸⁵⁴. No modelo tradicional de controle de constitucionalidade, legisladores se encontram em uma posição desconfortável, pois é difícil prever como o Judiciário decidirá sobre temas políticos ou morais que admitem múltiplas interpretações. Dada a natural flutuação dos entendimentos jurisprudenciais sobre o que constituição exige, ninguém sabe ao certo se uma lei será mantida ou derrubada no futuro. O controle semiprocedimental, por outro lado, oferece maior previsibilidade. Como os requisitos de um devido processo legislativo são, em geral, mais objetivos, o Legislativo conseguiria antecipar com maior facilidade as etapas que precisaria seguir para blindar suas normas contra uma futura invalidação judicial.

Segundo Bar-Siman-Tov, essa previsibilidade pode até mesmo alterar a lógica de comportamento dos parlamentares⁸⁵⁵. Legisladores desejam colher os louros pela aprovação de políticas públicas que realmente permaneçam em vigor. Uma lei anulada pelo tribunal não gera benefícios eleitorais e ainda impõe ao Congresso o alto custo político de ter que reiniciar todo o trabalho do zero. Diante desse risco, a ameaça de controle semiprocedimental funcionaria como um estímulo para uma deliberação mais adequada. Ou seja, para garantir que sua agenda política produza resultados reais, a própria maioria parlamentar passaria a ter interesse em respeitar as regras do jogo democrático.

Em essência, essa nova tipologia busca promover uma deliberação parlamentar de maior qualidade, em vez de simplesmente substituir o juízo de mérito do legislador pelo do juiz. Em outras palavras, o tribunal não diria “esta política é boa ou má”, mas “esta política não foi suficientemente discutida” ou “não foram ouvidos os segmentos afetados, nem apresentadas razões claras para esta decisão legislativa”. Essa forma de controle estimularia os próprios parlamentares a agirem com mais cuidado, sob pena de verem suas leis questionadas judicialmente. Para Bar-Siman-Tov, tal modelo oferece um equilíbrio promissor: respeita-se e reforça-se a esfera democrática, por exigir que ela funcione de maneira mais saudável, e ao mesmo tempo se assegura que os direitos e princípios constitucionais sejam observados na elaboração das normas.

5.2.4 Um velho conhecido: o caso do mandado de injunção

Se o controle semiprocedimental oferece uma resposta original aos pontos cegos insti-

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 312.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 311.

tucionais, o mandado de injunção parece ser a ferramenta ideal para lidar com a inércia legislativa. Como visto, trata-se de uma consequência da política representativa, por força de cálculos eleitorais, pela necessidade de manter a coesão partidária ou pela simples falta de prioridade na agenda parlamentar. Nesses casos, direitos reconhecidos na constituição permanecem sem concretização, não por uma escolha democrática, mas pela paralisia de um sistema que, por diversas razões, prefere adiar o debate sobre temas controversos ou de baixo apelo popular.

Ainda que a categorização dos “ônus da inércia” tenha sido mais bem delineada a partir dos trabalhos de Dixon, a necessidade de combater problema semelhante não é uma preocupação estranha à história constitucional brasileira. Como narra Machado, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, havia receio quanto ao problema da inefetividade, constante nas constituições brasileiras anteriores. Por essa razão, foi discutido um mecanismo cujo propósito era “se não resolver, amenizar a ‘Crise da Aplicabilidade’ da Constituição”⁸⁵⁶.

Durante alguns anos, perdurou certa indeterminação jurisprudencial acerca dos efeitos do mandado de injunção. Embora a literatura advogasse por uma posição mais interventiva – como defendido, por exemplo, por Machado, ainda no ano de 1998⁸⁵⁷ –, a composição do Supremo Tribunal Federal, presa a uma interpretação mais conservadora, relutou em conceder mais do que o efeito de declaração da omissão. Esse cenário foi modificado a partir dos Mandados de Injunção nº 670 e nº 708, capitaneados pelo Ministro Gilmar Mendes, quando se decidiu por adotar a teoria concretista geral, passando a viabilizar judicialmente o exercício do direito obstado⁸⁵⁸. Nesses julgamentos, que tratavam do direito de greve dos servidores públicos, a corte determinou a aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989, que dispunha sobre a greve no setor privado, superando a antiga postura de apenas declarar a mora legislativa.

Finalmente, a partir da promulgação da Lei nº 13.300/16, consolidou-se a posição concretista intermediária. Em seu art. 8º, o diploma determina que, quando o Judiciário reconhece a ausência de uma norma regulamentadora indispensável ao exercício de um direito constitui-

⁸⁵⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 45.

⁸⁵⁷ “[O] presente recebe o passado para construir o futuro, um futuro que possibilite aos operadores do direito e ao povo em geral confiar em que a Constituição, em nosso Estado Democrático de Direito, será efetivamente cumprida e aplicada. Caberá, assim, ao mandado de injunção, grande parcela de contribuição, visando diminuir a distância entre a hipótese abstrata e a efetiva fruição dos direitos constitucionais. Não é possível transformá-lo em letra morta, pois, se assim for, contri-buir-se-á de forma perniciosa para a descrença na Constituição, sentimento esse que, ao longo do tempo, contribuirá para seu perecimento”. *Ibidem*, p. 139.

⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 670*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, j. 25 de outubro de 2007. DJe, 31 de outubro de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 708*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 25 de outubro de 2007. DJe, 31 de outubro de 2008.

onal, há duas possibilidades: estabelecer um prazo para que o órgão responsável adote a providência necessária; ou, caso a omissão persista ou o prazo não seja cumprido, fixar as condições em que o direito poderá ser exercido por meio de uma decisão judicial provisória⁸⁵⁹.

A filosofia subjacente ao mandado de injunção é um exemplo do modelo responsivo de Dixon, na medida em que combina a afirmação de “direitos fortes” com a adoção de “remédios fracos” ou calibrados. Com o mandado de injunção, o tribunal afirma a existência de uma omissão inconstitucional, mas, em vez de impor uma solução definitiva, abre espaço para que o Legislativo, como arena preferencial da representação democrática, construa a resposta.

Seu traço mais importante é que, quando estabelece uma alternativa provisória, o tribunal cria um incentivo para que o Legislativo delibere e tome uma decisão. Diante da possibilidade de uma regra criada pelo Judiciário passar a vigor, os parlamentares se veem diante da escolha entre aceitar a solução judicial ou se mobilizar para construir sua própria solução. Esse mecanismo quebra a inércia política por alterar os custos em jogo: a omissão deixa de ser uma opção confortável e passa a ter uma consequência concreta, incentivando a retomada do diálogo. Ou seja, o mandado de injunção transforma a decisão em algo mais do que um simples alerta que o parlamento poderia apenas ignorar – algo com que os defensores do controle de constitucionalidade sempre estiveram certos em se preocupar.

O argumento deste tópico é que, se exercido em moldes semelhantes, o controle de constitucionalidade deixaria de ser apenas um instrumento de veto contramajoritário e se converteria em mais uma engrenagem para a saúde do sistema deliberativo, equilibrando a proteção de direitos constitucionais com a vitalidade da discussão democrática.

Mais uma vez, essa proposta se sustenta sob a lógica do adágio latino “quem pode o mais, pode o menos”. Se a Constituição brasileira já confere ao Supremo Tribunal Federal o poder de invalidar leis, com muito mais razão ele poderia adotar posturas moderadas e dialógicas para lidar com as questões constitucionais que chegam a ele. Em vez de resolver cada problema constitucional com uma solução judicial, a corte poderia se valer de sua competência para criar incentivos à deliberação, estabelecendo prazos, sinalizando inconstitucionalidades e, em último caso, definindo regras provisórias – técnicas que o *writ* brasileiro sistematiza de forma particularmente clara no nosso direito constitucional.

É importante ressaltar que a proposta deste tópico não é expandir o uso do mandado de

⁸⁵⁹ Lei nº 13.300/16, art. 8º: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

injunção para áreas que ele não abarca, afinal, seu uso está ligado à concretização de direitos obstados por omissão normativa, quando previstos em normas de eficácia limitada, conforme a clássica lição de Silva⁸⁶⁰. A verdadeira contribuição está em reconhecer que a *filosofia* que o inspira, de natureza colaborativa e dialógica, já é uma velha conhecida do constitucionalismo brasileiro. Ela nos mostra que é possível exercer o controle de constitucionalidade de forma a fortalecer a democracia, e não a substituí-la.

A proposta de expandir a lógica do mandado de injunção ao controle de constitucionalidade pode ser mais bem explicada a partir das ideias de Hutt⁸⁶¹. Em sintonia com as ideias de Dixon, o autor afirma que a discussão sobre o *judicial review* parece oscilar entre críticos, que sobrevalorizam a qualidade das decisões democráticas, e entusiastas, que superdimensionam a capacidade dos tribunais. O problema evidente é que isso tende a negligenciar as dificuldades de um lado e de outro⁸⁶².

De acordo com Hutt, é preciso adotar uma visão sistêmica da democracia constitucional, segundo a qual cada instituição tem um papel específico. Segundo ele, a legitimidade democrática não se esgotaria na qualidade isolada de decisões tomadas por uma instituição, porque dependeria, essencialmente, do funcionamento articulado de todo o conjunto. Portanto, ele propõe a substituição da pergunta sobre “quem decide melhor” para a pergunta sobre como as decisões circulam, são testadas, corrigidas e reformuladas ao longo do tempo.

Para ele, as instituições representativas seriam órgãos vocacionados à formulação de *macrodecisões*, pautadas pela generalidade e pela discussão de temas abstratos, como finanças públicas, direito criminal, direito tributário, *etc.* Justamente por estarem nesse nível macroscópico, essas instituições tenderiam a perder de vista impactos individuais, assimetrias decisórias ou situações em que a abstração da norma produz efeitos desproporcionais sobre determinados grupos ou indivíduos.

Por sua vez, tribunais costumam atuar em casos concretos, ouvindo reivindicações individuais e analisando a aplicação concreta das normas gerais. Ao lidar com essas demandas, apresentados por sujeitos diretamente afetados, o Judiciário tem acesso a informações que dificilmente surgem nos processos legislativos ordinários. Pela posição singular que ocupa no sistema deliberativo, o Judiciário revela fricções que permaneceriam invisíveis se a análise se restringisse ao plano abstrato da legislação. Se isso é verdade, segundo Hutt, então há boas

⁸⁶⁰ Para uma explicação pormenorizada, cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição...* op. cit., p. 29-45.

⁸⁶¹ Cf. HUTT, Donald Bello. *Deliberation and Courts: The Role of The Judiciary in a Deliberative System. Theoria*, v. 64, n. 152, p. 77-103, set. 2017.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 95.

razões para ver a atuação judicial como um canal de transmissão de mensagens captadas no final da cadeia deliberativa⁸⁶³.

Aplicado ao controle de constitucionalidade, isso implica que o Judiciário funcione como um facilitador do diálogo sistêmico, captando demandas concretas no nível *micro* e transmitindo-as de volta ao nível *macro*, incentivando ajustes legislativos em vez de soluções definitivas. Hutt argumenta que essa dinâmica rejeita a supremacia judicial, pois o sistema deliberativo requer que as instituições se complementem, evitando que os tribunais assumam um papel de “guardiões exclusivos” da constituição, o que poderia bloquear o fluxo deliberativo. Assim, os tribunais perderiam o *status* privilegiado que autores como Rawls, Dworkin e Alexy lhes atribuem, tornando-se apenas um nó na rede deliberativa, responsável por adaptar a aplicação de normas gerais e sinalizar inconsistências.

Como deve ter ficado claro, a lógica do mandado de injunção parece se harmonizar perfeitamente com o modelo sistêmico proposto por Hutt. Sob essa visão, a decisão que concede a injunção reconhece a mora legislativa e estipula uma regra provisória abandonaria a pretensão de ser uma prescrição definitiva. Ela assumiria a feição do que Hutt denomina “sinais de alerta” (“*warning signs*”)⁸⁶⁴: em vez de reivindicar a supremacia sobre o sentido da constituição, o que encerraria o ciclo deliberativo, o tribunal oferece uma resolução para o caso que simultaneamente protege o direito vulnerado e instiga o Legislativo a retomar sua competência.

Além disso, o mandado de injunção reforça o caráter do controle de constitucionalidade como um “fórum de protestos”, na expressão de Lobel⁸⁶⁵: seu acionamento pode ser feito por qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela omissão legislativa. Diferentemente das ações do controle abstrato, cuja propositura é restrita a um seletivo grupo de autoridades e entidades, o mandado de injunção permite que o cidadão comum participe de forma mais direta da fiscalização da constituição. Essa abertura transformaria o processo judicial em um canal da cidadania, por meio do qual vozes que muitas vezes não encontram eco nos partidos ou nos movimentos sociais organizados poderiam provocar a responsividade do sistema político.

Como se vê, os argumentos são semelhantes ao que já foi exposto nesta dissertação, em especial no capítulo sobre a obra de Dixon. O que se pretende mostrar é que essa é uma técnica já disponível no sistema constitucional brasileiro. Vejamos como visualizar o controle de constitucionalidade sob as lentes do mandado de injunção levaria a algumas conclusões positivas.

Em primeiro lugar, tal interpretação conduz a uma mitigação da ideia de que a solução

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 96.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁶⁵ LOBEL, Jules. Courts as Forums for Protest... *op. cit.*

judicial constitui a *única* interpretação compatível com o texto constitucional. A própria formação processual do *writ* explicita que a interpretação judicial não tem caráter exclusivo, porque figura como uma resposta *possível* diante da inércia legislativa. O parlamento, enquanto instância legitimada para a concretização dos comandos constitucionais, pode chegar a solução diversa, e, no mandado de injunção, essa divergência não é compreendida como uma patologia do sistema, mas como uma expressão do pluralismo interpretativo inerente à democracia constitucional. Por essa razão, o *writ* funciona a partir de uma posição favorável à atuação legislativa: a intervenção judicial é concebida como subsidiária, voltada a provocar a deliberação política e a assegurar, apenas em caráter residual, uma disciplina provisória para o exercício do direito, caso a omissão persista.

Em segundo, o mandado de injunção contribui para melhorar a relação entre decisões judiciais e respostas legislativas, por evidenciar que a atuação posterior do parlamento não configura um ataque ao Judiciário, mas um momento de diálogo público entre instituições que compartilham a responsabilidade pela concretização da constituição. A decisão no *writ* não pretende encerrar o debate constitucional, mas sinalizar a existência de uma omissão incompatível com o texto constitucional e desencadear uma resposta institucional. Do mesmo modo, no âmbito do controle de constitucionalidade, uma eventual deliberação legislativa que adote solução diversa daquela escolhida pelo tribunal não deveria ser tratada como presumivelmente inconstitucional, nem submetida ao ônus extraordinário de um processo de emenda constitucional. Ao contrário, desde que resulte de um processo deliberativo responsivo, a intervenção legislativa representaria a continuação natural do ciclo democrático, reafirmando o papel do parlamento como foro primário de definição das escolhas políticas e afastando a ideia de que a jurisdição constitucional detém a palavra final sobre o sentido da constituição.

Por fim, em terceiro, visualizar o controle de constitucionalidade sob as lentes do mandado de injunção conduziria a uma revalorização do controle *difuso* como eixo de um sistema deliberativo em bom funcionamento. À luz da filosofia dialógica defendida neste trabalho, entende-se que tribunais cumprem melhor sua função constitucional nos pontos finais da cadeia deliberativa, onde normas gerais encontram casos concretos e onde falhas e tensões e produzidas pelo processo político se tornam mais visíveis.

Diferentemente do controle abstrato, que se desenvolve em um plano em que se contrapõem interpretações de textos e princípios, distante das experiências sociais, o controle difuso atua em conflitos reais, nos quais a aplicação da lei evidencia déficits deliberativos que não puderam ser antecipados pelo legislador. O mandado de injunção exemplifica esse propósito de

maneira expressiva. Por permitir que qualquer pessoa lesada pela omissão provoque o Judiciário, ele transforma a experiência individual em uma informação constitucionalmente relevante, devolvida ao sistema político sob a forma de uma decisão que pode proteger o direito e convocar o Legislativo a agir. Ao privilegiar essa lógica, o controle de constitucionalidade brasileiro poderia reforçar sua função sistêmica de detecção e comunicação de falhas deliberativas, preservando o espaço para respostas legislativas subsequentes e evitando que a decisão constitucional se converta, prematuramente, em um encerramento do debate constitucional.

De forma análoga ao *writ* brasileiro, a experiência italiana em torno das *sentenze monitorie*⁸⁶⁶ é um outro exemplo de como o Judiciário pode exercer esse papel⁸⁶⁷. Segundo Cheli, trata-se de “sentenças em que a Corte, ao acolher, rejeitar ou declarar a inadmissibilidade de uma questão de constitucionalidade, expressa também em sua fundamentação um anseio, um aviso, um conselho ou uma recomendação dirigida ao legislador”⁸⁶⁸. De acordo com ele, não se confundem nem com as decisões puramente anulatórias nem com as decisões substitutivas ou manipulativas. São, na verdade, caracterizadas pela recusa deliberada de resolver de modo definitivo o problema constitucional identificado, combinada com a emissão de um aviso ao sistema político sobre a necessidade de reação.

Ainda segundo Cheli, as *sentenze monitorie* partem do reconhecimento de uma situação constitucionalmente problemática – seja uma lacuna normativa, seja uma disciplina legal inadequada ou desatualizada –, mas concluem pela inconveniência ou ilegitimidade de uma intervenção por parte da corte. Em vez de declarar a inconstitucionalidade ou de impor uma solução provisória, o tribunal opta por manter a vigência da norma questionada, ao mesmo tempo em que formula uma advertência clara e fundamentada ao parlamento, indicando os parâmetros constitucionais que deveriam orientar uma futura reforma legislativa. Em defesa da técnica, “argumentou-se que a Corte, com suas advertências [*“moniti”*], não pretende impor diretrizes capazes de vincular o legislador, mas apenas fornecer ‘indicações do que se pode e do que não se pode fazer... para não incorrer em censuras de inconstitucionalidade’, permanecendo o legislador, em todo caso, livre para decidir se intervir, quando intervir e como intervir”⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ Na falta de tradução literal, elas podem ser definidas como “decisões de advertência ao legislador”.

⁸⁶⁷ CHELI, Enzo. *Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: il Mulino, 1996, p. 59-60.

⁸⁶⁸ Tradução nossa. No original: “Si tratta di quelle sentenze in cui la Corte, nel mentre accoglie o respinge o dichiara inammissibile una questione di costituzionalità, esprime anche nella motivazione un auspicio, un avviso, un consiglio, una raccomandazione rivolta al legislatore”. *Ibidem*.

⁸⁶⁹ Tradução livre. No original: “A difesa di questo tipo di pronunce si è detto che la Corte, con i suoi moniti, non pretende imporre direttive in grado di vincolare il legislatore, ma soltanto di dare «indicazioni di quel che si può fare e di quel che non si può fare... per non incorrere in censure di incostituzionalità?», restando in ogni caso libero il legislatore di decidere se intervenire, quando intervenire e come intervenire”. *Ibidem*.

A advertência judicial, que explica a designação alternativa de *sentenze-indirizzo*, delinea as direções possíveis ou desejáveis para a atuação legislativa. A corte aponta o problema, explicita suas razões constitucionais e sinaliza os limites dentro dos quais uma solução legislativa seria considerada compatível com a constituição, sem, contudo, substituir-se ao legislador na escolha entre as alternativas disponíveis. Ademais, em muitos casos, a advertência é acompanhada da indicação explícita de que, caso o legislador não atue em prazo razoável, o tribunal poderá, em um momento posterior, declarar a inconstitucionalidade da disciplina existente, ou mesmo fazer uso de técnicas manipulativas.

Um exemplo recente da jurisprudência italiana pode ajudar a esclarecer como a técnica se desenvolve⁸⁷⁰. No famoso caso *Cappato*, a *Corte Costituzionale* examinou a constitucionalidade do art. 580 do Código Penal italiano, que tipifica o crime de auxílio ao suicídio e prevê a pena de 5 a 12 anos de reclusão⁸⁷¹. A questão de constitucionalidade foi suscitada em um processo penal que tinha por réu Marco Cappato, ativista político que auxiliou Fabiano Antoniani a viajar para a Suíça, país onde o suicídio assistido é permitido. Antoniani havia sofrido um grave acidente de trânsito que o deixou tetraplégico, cego e totalmente dependente de aparelhos para respirar e se alimentar. Ao retornar à Itália, Cappato se autodenunciou, a fim de forçar o sistema jurídico italiano a analisar a constitucionalidade do crime mencionado, por violação a princípios constitucionais como a autodeterminação e a dignidade humana.

Em 2018, a *Corte Costituzionale*, ao analisar a questão, adotou a técnica da *sentenza monitoria* por meio da *Ordinanza n. 207/2018*⁸⁷². Nela, o tribunal reconheceu que a norma penal, ao punir indiscriminadamente o auxílio ao suicídio, deixava desprotegidas situações merecedoras de tutela constitucional, como as de pacientes em condições irreversíveis e com sofrimento intolerável. No entanto, em vez de declarar a inconstitucionalidade ou impor uma solução definitiva, a corte optou por adiar o julgamento por um ano, emitindo um aviso explícito ao Parlamento para que interviesse com uma solução democrática.

⁸⁷⁰ Cf. LAUS, Federico. Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel *Jobs Act*. *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, abr. 2020, p. 67.

⁸⁷¹ Código Penal italiano, art. 580: “(Instigação ou auxílio ao suicídio) – Quem quer que induza outra pessoa a cometer suicídio ou reforce a intenção de suicídio de outra pessoa, ou ainda facilite de qualquer modo a sua execução, é punido, se o suicídio ocorrer, com reclusão de cinco a doze anos. Se o suicídio não ocorrer, é punido com reclusão de um a cinco anos, desde que da tentativa de suicídio resulte uma lesão corporal grave ou gravíssima”. Tradução livre. No original: “(Istigazione o aiuto al suicidio) – Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, e' punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, e' punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima”. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale/575_1_1. Acesso em: 22 dez. 2025.

⁸⁷² Ibidem, p. 66.

Como o Parlamento italiano não aprovou nenhuma lei no prazo estipulado, a *Corte Costituzionale* retornou ao caso em 2019, por meio da *Sentenza n. 242/2019*⁸⁷³. Nessa ocasião, mitigou a aplicação do art. 580 em algumas hipóteses bastante restritas: o auxílio ao suicídio não seria punível quando prestado a uma pessoa mantida viva apenas por meio de suporte médico, acometida por patologia irreversível, com sofrimentos físicos ou psicológicos intoleráveis, plenamente capaz de decidir de forma livre e consciente, e desde que as condições mencionadas fossem verificadas publicamente pelo sistema de saúde nacional. Como é evidente, a *Corte Costituzionale* teve a intenção de permitir que os representantes eleitos debatessem os princípios que envolvem delicado tema do fim da vida, evitando que o tribunal criasse normas em uma área tão complexa, já que o suicídio assistido é um dos mais delicados em termos morais, sociais e religiosos, especialmente em uma sociedade cristã como a italiana⁸⁷⁴.

Ou seja, tanto o mandado de injunção como a *sentenza monitoria* partilham a premissa de que a omissão legislativa ou a inadequação normativa não podem ser ignoradas, mas tampouco devem ser necessariamente supridas por decisões judiciais monológicas.

Quanto ao caso brasileiro, para deixar claro que essa não é uma proposta de ruptura, mas de moderação, talvez um caso possa esclarecer melhor o argumento. Um exemplo da possibilidade aqui defendida pode ser encontrado no julgamento do ARE nº 1.309.642 (Tema 1.236), que tratou do regime de bens em casamentos ou uniões estáveis envolvendo pessoas maiores de 70 anos⁸⁷⁵. Independentemente da posição que se adote quanto ao mérito, o caso é ilustrativo de como o controle de constitucionalidade brasileiro tem sido exercido, não raramente, de maneira monológica, produzindo soluções que encerram prematuramente a deliberação democrática.

O art. 1.641, inc. II, do Código Civil de 2002 estabelece que, para maiores de 70 anos, o regime de bens no casamento ou união estável deve ser obrigatoriamente o de separação de bens. Essa norma tem o propósito de proteger o patrimônio individual em uniões celebradas em idade avançada, presumindo maior vulnerabilidade a abusos ou à tomada de decisões precipitadas. Concordemos ou não com seu conteúdo, o dispositivo representa uma deliberação democrática do parlamento brasileiro, realizada sob atual Constituição. O Código Civil de 2002 foi aprovado após extensos debates no Congresso Nacional, refletindo escolhas políticas sobre proteção patrimonial, autonomia individual e equilíbrio entre gerações. Trata-se, portanto, de uma

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 67.

⁸⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1.309.642. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 1 de fevereiro de 2024. DJe, 2 de abril de 2024.

macrodecisão legislativa, pautada por considerações sobre política familiar e sucessória, sem que haja qualquer indício de inconstitucionalidade flagrante em sua origem.

Todavia, em fevereiro de 2024, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a imposição da separação fere a autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e a vedação à discriminação por idade, permitindo que as partes afastem a obrigatoriedade mediante expressa manifestação, formalizada em escritura pública.

Sob as lentes do modelo dialógico, essa escolha se mostra problemática. Ao declarar, com pretensão de definitividade, o afastamento da obrigatoriedade, o tribunal substituiu o espaço da deliberação democrática por uma decisão judicial com elevado tom legislativo. A corte ocupou o papel de instância final de definição da política familiar e patrimonial, reduzindo os incentivos para que o parlamento retomasse o debate. Ainda que se reconheça o avanço em termos de autonomia individual, o custo foi o enfraquecimento do diálogo democrático em torno de um tema que, por sua natureza, demandaria uma séria deliberação coletiva sobre envelhecimento, direitos patrimoniais e igualdade etária.

O ponto é que a lógica do mandado de injunção permitiria um equacionamento distinto e, do ponto de vista democrático, mais sofisticado para esse tipo de conflito. Isso significa dizer que o Supremo não poderia ter simplesmente descartado uma legítima escolha democrática. Ao contrário: o tribunal poderia, por exemplo, estabelecer que, enquanto persistisse a omissão legislativa em atualizar a norma, o regime de separação obrigatória seria afastável em casos concretos mediante prova de plena capacidade e autonomia das partes, fixando parâmetros mínimos para proteger contra abusos, ao mesmo tempo em que determinaria prazo para que o Congresso Nacional enfrentasse a questão. Tal solução atenderia às reivindicações mais urgentes, afastando violações individuais de direitos fundamentais como a igualdade e a autonomia, sem, contudo, esvaziar o espaço para uma decisão democrática ulterior.

De modo semelhante à experiência italiana, o tribunal também poderia sinalizar caminhos alternativos para resolver o dilema constitucional envolvido, como critérios para avaliação de vulnerabilidade ou opções híbridas de regimes patrimoniais, sem descer às minúcias que uma política familiar tão sensível requer.

O ganho democrático dessa abordagem seria evidente. De um lado, reconheceria que o regime de separação obrigatória, enquanto política geral, é uma decisão que cabe primariamente ao Legislativo, respeitando a lógica das macrodecisões próprias da democracia representativa. De outro, admitiria que a aplicação dessa escolha geral pode gerar, em contextos específicos, dilemas constitucionais que exigem uma resposta imediata. O mandado de injunção, ou a lógica que o inspira, ofereceria, assim, uma intervenção judicial capaz de proteger direitos no curto

prazo, sem converter a decisão do tribunal em um ponto final do debate constitucional.

Mais importante ainda, ao explicitar o caráter provisório da solução judicial, esse modelo manteria vivos os incentivos para a deliberação política. A decisão não se apresentaria como a única leitura possível da constituição, mas como uma resposta contingente à inércia legislativa. O parlamento permaneceria livre para concordar, discordar ou redesenhar a disciplina legal, desde que o faça de maneira responsiva às razões constitucionais sinalizadas pelo Judiciário. O resultado não seria a substituição da democracia, mas sua “reativação”, agora informada pelas experiências concretas de quem sofreu os efeitos da omissão.

Além disso, o ARE nº 1.309.642 também é um exemplo de como a lógica do mandado de injunção não apenas se harmoniza, como também pode ser enriquecida pelas técnicas exploradas nos tópicos anteriores, formando um ecossistema constitucional mais democrático.

Em primeiro lugar, a presunção de constitucionalidade das leis desautorizaria uma simples invalidação judicial, ou mesmo uma manipulação do dispositivo, em desconsideração ao fato de que o Código Civil foi promulgado já sob a Constituição de Federal 1988. No contexto do caso, essa contenção reforçaria que o regime de separação obrigatória para maiores de 70 anos não é uma aberração inconstitucional, mas uma opção política legítima tomada pelos representantes democráticos. Por essa razão, a adoção da lógica do mandado de injunção permitiria respeitar a presunção sem sacrificar a proteção de direitos individuais. O tribunal, em vez de declarar a inconstitucionalidade da norma ou impor uma nova redação, poderia se limitar a mitigar sua aplicação em casos concretos, enquanto sinaliza ao Legislativo a necessidade de reexame do dispositivo diante, por exemplo, das transformações demográficas e sociais ocorridas após 2002.

Ademais, a integração da técnica com a adoção de supermaiorias judiciais poderia conferir maior legitimidade à decisão, a fim de evitar clivagens ideológicas. Essa convergência mostraria que a decisão não se baseia em visões polarizadas sobre política familiar, mas em uma análise do ângulo individual ventilado nos casos concretos. Exigir uma supermaioria para decisões como essa não apenas evitaria placares apertados que sinalizam incerteza, como também fortaleceria a imagem do tribunal como uma instituição prudente, capaz de construir pontes mesmo em temas tão divididos.

Por fim, uma resposta legislativa posterior abriria espaço para o emprego do controle semiprocedimental, permitindo que o tribunal avaliasse não apenas o mérito da nova lei, mas a profundidade e a qualidade do processo deliberativo que a promulgou. Imaginemos que o Congresso, estimulado pela decisão judicial provisória, promulgue uma lei regulando o regime de

bens para maiores de 70 anos, ou até ampliando o debate para outras hipóteses de vulnerabilidade patrimonial. Nesse momento, o Supremo poderia retornar ao caso, calibrando o escrutínio com base na deliberação parlamentar: as razões constitucionais elencadas na decisão foram consideradas com seriedade, ou ignoradas em prol de agendas polarizadas? Pessoas afetadas – idosos, por exemplo – foram ouvidas em audiências públicas, garantindo que vozes marginalizadas influenciassem o debate? Especialistas da área médica, ou de direito das famílias, contribuíram com dados empíricos sobre expectativa de vida, impactos psicológicos na autonomia e custos sociais da obrigatoriedade do regime de separação?

Se o processo fosse deficiente – marcado por votações apressadas, “jabutis” irrelevantes ou exclusão de perspectivas minoritárias –, o controle semiprocedimental justificaria uma nova rodada deliberativa, exigindo um processo legislativo mais saudável, ou até mesmo uma decisão mais interventiva do Judiciário, frente à recalcitrância. Por outro lado, um debate saudável, que tivesse todos esses elementos favoráveis, ainda que não chegasse ao resultado preferido pelos magistrados, seria um claro exemplo dos momentos em que a democracia funciona, e a votação majoritária parece, de fato, traduzir os melhores anseios por igualdade política e participação popular.

Em resumo, o exemplo revela que essas técnicas não são mutuamente excludentes, permitindo que o Judiciário busque a proteção de direitos sem asfixiar a vitalidade democrática. Em vez de decisões finais que congelam o debate, tribunais poderiam experimentar remédios híbridos – como suspensões condicionais de leis desatualizadas, prazos para respostas legislativas ou até parcerias com comissões políticas para monitorar a implementação de regras provisórias. No fim das contas, o que se defende é uma visão sistêmica, em que o controle de constitucionalidade deixa de ser um embate entre poderes para se tornar uma conversa contínua, guiada pelo compromisso com a democracia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A ciência nos convida a acolher os fatos, mesmo quando eles não se ajustam às nossas pré-concepções. Aconselha-nos a guardar hipóteses alternativas em nossas mentes, para ver qual se adapta melhor à realidade. Impõe-nos um equilíbrio delicado entre uma abertura sem barreiras para idéias novas, por mais heréticas que sejam, e o exame cético mais rigoroso de tudo – das novas idéias e do conhecimento estabelecido. Esse tipo de pensamento é também uma ferramenta essencial para a democracia numa era de mudanças.”

- Carl Sagan⁸⁷⁶

Em um contexto de supervalorização do controle de constitucionalidade, esta pesquisa procurou realizar uma análise mais cautelosa de seus fundamentos e de seus custos democráticos. Para finalizar o percurso desenvolvido, o objetivo desta seção é apresentar as principais teses defendidas em cada etapa do trabalho, partindo do diagnóstico dos impasses teóricos para a formulação de alternativas institucionais. As conclusões mais importantes da pesquisa podem ser sintetizadas conforme a sequência dos capítulos e temas abordados:

No *segundo capítulo*, o trabalho buscou traçar as origens e o desenvolvimento histórico-teórico da discussão sobre a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, apresentando-a como uma “obsessão”. Em vez de tratar o controle judicial como um dado incontestável ou uma premissa inevitável do constitucionalismo, a análise o posicionou como uma escolha política, sujeita a críticas e reformulações. Isso permitiu delimitar os principais problemas que alimentam o debate, com ênfase na tensão entre a autoridade das majorias democráticas e o poder contramajoritário de juízes não eleitos. A pesquisa chegou à conclusão de que essa obsessão acadêmica nasce da percepção de que o controle de constitucionalidade, embora amplamente adotado mundo afora, gera sérios dilemas para a teoria democrática. Essas dificuldades foram exploradas sob três ângulos, analisados nos tópicos correspondentes:

2.1) *O problema contramajoritário*: considerando a clássica formulação de Alexander Bickel sobre a “dificuldade contramajoritária”, concluiu-se que o cerne do problema reside na capacidade de juízes não eleitos invalidarem decisões tomadas por majorias legislativas. Essa tensão indica uma contradição com o princípio da soberania popular, pois permite que a vontade de uma elite judicial se sobreponha à vontade dos representantes do povo. Além disso, assentou-se que o princípio majoritário institucionaliza o respeito mútuo e a dignidade moral dos membros da comunidade. Por essa razão, quando um pequeno grupo de magistrados suspende a

⁸⁷⁶ SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Trad. de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006, p. 45.

vontade da maioria, ocorre uma ruptura na ideia de igualdade política. A pesquisa também demonstrou que essa dificuldade tem efeitos práticos na redistribuição do poder político, retirando das instâncias deliberativas a palavra final sobre temas sensíveis. Embora alguns tentem mitigar essa objeção por defender o caráter técnico das decisões judiciais, cenário em que “especialistas” teriam vantagem, concluiu-se que isso não resolve o impasse: por conta do problema interpretativo, a maioria das controvérsias relevantes envolve desacordos razoáveis sobre a interpretação constitucional.

2.2) *O problema interpretativo*: concluiu-se que o controle de constitucionalidade amplifica as ambiguidades inerentes às normas jurídicas, por conta da linguagem constitucional, permitindo que juízes imponham suas visões morais e políticas. A partir do pensamento de escolas como o realismo jurídico, explorou-se como a abertura semântica de princípios e cláusulas constitucionais muitas vezes serve de pretexto para o exercício de um poder discricionário que se mascara sob uma suposta neutralidade técnica. Firmou-se que o problema não reside apenas na subjetividade da interpretação, mas na ausência de mecanismos de controle e responsividade democrática. Diferente do processo legislativo, que permite a revisão de escolhas políticas pelo voto e pela alternância de poder, a interpretação judicial fixa sentidos que se pretendem definitivos, o que pode paralisar a deliberação pública e empobrecer o debate democrático sobre o significado da constituição. Demonstrou-se, ademais, que o problema se aprofunda no plano metaético: as controvérsias constitucionais mais relevantes envolvem desacordos morais razoáveis e persistentes, nos quais não há consenso sobre a existência de um critério objetivo compartilhado para determinar qual interpretação é a “correta”.

2.3) *O problema da supremacia judicial*: com base nas críticas de Carlos Santiago Nino, concluiu-se que a primazia do Judiciário sobre os demais poderes não é uma decorrência lógica ou necessária do constitucionalismo e da supremacia da constituição, conforme sustentam leituras tradicionais. A análise demonstrou que a identificação entre a defesa do texto constitucional e a palavra final de um tribunal de cúpula é uma construção histórica, muitas vezes impulsionada por períodos de transição política em que se buscou o Judiciário como um porto seguro. Concluiu-se que a manutenção dessa estrutura pode minar a igualdade política, uma vez que confere um peso desigual aos argumentos de cidadãos e parlamentares frente à autoridade dos juízes. A pesquisa ressaltou, ainda, que a supremacia judicial tende a substituir o diálogo institucional por um monólogo judicial, o que desestimula a responsabilidade dos órgãos políticos e reforça a percepção de que a política democrática é um ambiente de riscos que apenas o direito constitucional pode conter.

No *terceiro capítulo*, a pesquisa concentrou-se no exame das teses de Jeremy Waldron,

autor cujo pensamento oferece o contraponto mais forte ao controle de constitucionalidade. O objetivo foi demonstrar que os questionamentos de Waldron não se baseiam em uma desconfiança em relação aos direitos fundamentais, mas em uma profunda confiança na capacidade deliberativa dos cidadãos e de seus representantes. Em especial, a pesquisa apresentou os argumentos de Waldron que sustentam a superioridade do Legislativo para decidir sobre questões morais e políticas controversas. Concluiu-se que o pensamento *waldroniano* retira o controle de constitucionalidade de sua zona de conforto por denunciar o caráter “insultuoso” de se excluir o povo da definição dos direitos que regem a vida em sociedade. Esse percurso foi estruturado nos seguintes eixos:

3.1) *O valor do desacordo*: considerando as “circunstâncias da política” – marcadas pela existência de desacordos razoáveis sobre direitos fundamentais e, a despeito disso, pela necessidade de decisões coletivas –, concluiu-se que o desacordo não é um defeito a ser eliminado por uma instância superior, como os tribunais, mas um elemento inevitável da vida política em sociedades pluralistas, o que justifica o recurso ao procedimento majoritário como o mais legítimo. Waldron enfatiza que, em face de desacordos profundos e persistentes sobre questões morais, o controle judicial forte transfere a resolução desses dilemas para juízes não eleitos. Além disso, no que diz respeito ao problema metaético, Waldron destaca que, mesmo que verdades morais objetivas existam, seres humanos continuarão a discordar sobre o conteúdo dessas verdades. Portanto, a existência de uma “resposta correta” no plano da moral não ajuda a decidir qual instituição deve ter a última palavra. Para Waldron, a escolha de um método de decisão deve focar em como respeitar as pessoas enquanto elas discordam, e não em encontrar uma verdade inacessível. Na ausência de consenso sobre o que constitui a “verdadeira” moral, o procedimento majoritário é o único que trata todos como iguais, evitando a imposição de visões. Ademais, o argumento da “contagem de cabeças” revela que os próprios tribunais resolvem suas divergências internas por meio do voto majoritário, o que torna contraditória a crítica ao princípio da maioria quando exercido pelo Legislativo. Concluiu-se que essa “maioria judicial” é qualitativamente inferior à legislativa, pois carece da transparência de um fórum representativo, reforçando a preferência pelo procedimento democrático como o foro apropriado para a resolução dos desacordos.

3.2) *O argumento dos pré-compromissos constitucionais*: tendo em vista as defesas do controle judicial baseadas na ideia de pré-compromissos – como a metáfora de Ulisses se amarrando ao mastro para resistir às tentações futuras –, concluiu-se que tais argumentos falham em justificar a supremacia judicial, pois o “povo” fundador da constituição não é idêntico ao povo atual, e não há justificativa razoável para defender que as palavras vagas usadas por gerações

passadas imponham restrições à deliberação dos cidadãos atuais. Waldron critica essa visão como antidemocrática, assentando que a autoridade democrática reside na participação contínua e igualitária, não em vinculações que privilegiam juízes sobre decisões democráticas atuais.

3.3) *A essência do argumento favorável à legislação*: assentou-se que o processo legislativo, apesar de imperfeições naturais, possui virtudes procedimentais superiores ao judicial – como maior representatividade, transparência no debate público, exposição pública de argumentos e possibilidade de revisão pelo voto –, tornando-o o foro preferível para resolver desacordos morais em democracias pluralistas. Apresentou-se como Waldron defende a “dignidade da legislação” enquanto reconhecimento da capacidade dos cidadãos de deliberar racionalmente sobre direitos, rejeitando a visão depreciativa que retrata o Legislativo como egoísta e o Judiciário como guardião infalível da moralidade.

3.4) *As dificuldades de um controle de constitucionalidade em crise*: com base na análise de decisões recentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como *Dobbs v. Jackson*, que reverteu *Roe* e *Casey*, concluiu-se que o modelo de revisão judicial forte enfrenta uma crise de legitimidade, agravada pela percepção de partidarismo judicial e pelo custo democrático excessivo de remover questões morais e políticas da arena legislativa. Waldron argumenta que essa crise revela os limites do controle contramajoritário, que desestimula a deliberação pública contínua e polariza sociedades. A pesquisa assentou que, em contextos como o brasileiro e o norte-americano, a crise do *judicial review* reforça a necessidade de alternativas que equilibrem proteção de direitos com responsividade política, sem substituir a participação democrática.

No *quarto capítulo*, o trabalho buscou examinar propostas teóricas que visam equilibrar a proteção de direitos fundamentais com o princípio democrático. Em vez de rejeitar completamente o *judicial review*, como faz Waldron, a análise apresentou a teoria “responsiva” de Rosalind Dixon como uma abordagem intermediária, que calibra o papel das cortes conforme sua capacidade de promover melhores resultados democráticos, considerando a existências de déficits institucionais. Isso permitiu explorar alternativas ao arranjo dominante, com ênfase na ideia de que o controle judicial pode ser ajustado para fortalecer, em vez de substituir, a deliberação majoritária. A pesquisa chegou à conclusão de que as propostas de Dixon oferecem um caminho pragmático para mitigar os dilemas democráticos identificados nos capítulos anteriores, ao propor um controle de constitucionalidade mais sensível ao contexto político e institucional. Essas alternativas foram exploradas em três tópicos principais:

4.1) *A influência de John Hart Ely*: considerando a influência da teoria de Ely, exposta ainda na década de 1980, concluiu-se que o controle judicial pode ser legitimado democraticamente quando focado em reforçar a representação e o processo político, em vez de impor juízos

substantivos sobre temas fundamentais. Dixon herda esse legado por enfatizar que cortes devem intervir para corrigir bloqueios no sistema democrático, mas critica o “fantasma” de Ely – sua visão excessivamente otimista de que juízes podem atuar quase de forma intuitiva e sem maiores preocupações com o cenário político no qual pretendem atuar. A pesquisa assentou que essa abordagem serve de fundamento para uma teoria responsiva, que reconhece os limites do Judiciário e prioriza intervenções que abram espaço para a deliberação legislativa, evitando que cortes se tornem árbitros finais de questões morais controversas.

4.2) *Déficits democráticos*: tendo em conta as falhas sistêmicas que justificam alguma forma de intervenção judicial, assentou-se que o controle responsivo deve ser manejado apenas quando no caso de existirem déficits no processo democrático, calibrando sua intensidade conforme o contexto. A primeira justificativa se refere ao controle autoritário do sistema político (subtópico 4.2.1), no qual se concluiu que, em cenários de dominação por elites ou partidos autoritários, as cortes podem intervir para restaurar a competitividade eleitoral. Dixon argumenta que essa intervenção é democrática porque visa desbloquear o sistema, permitindo que maiorias reais se expressem. A segunda se relaciona aos pontos cegos institucionais, sobre os quais se afirmou que déficits surgem quando instituições ignoram certos grupos ou questões devido a incentivos naturais da democracia. A pesquisa destacou que o *judicial review* responsivo pode corrigir esses “pontos cegos” ao forçar o Legislativo a considerar perspectivas marginalizadas, promovendo uma deliberação mais inclusiva. Por fim, a terceira diz respeito aos ônus da inércia, causados por vetos ou inação, que justifica intervenções judiciais para superar a paralisia legislativa. Em geral, quanto ao primeiro, Dixon defende ações judiciais enérgicas, em função do risco de agravamento da crise democrática. Quanto aos outros dois déficits, enfatiza que tais ações devem ser dialógicas, incentivando o Legislativo a assumir sua responsabilidade.

4.3) *Remédios constitucionais*: com base na distinção entre direitos fortes e remédios fracos, concluiu-se que as cortes podem proteger direitos sem paralisar o processo democrático, optando por decisões que incentivem respostas legislativas. Em primeiro lugar a pesquisa diferenciou os controles judiciais de tipo “forte” – típico de países como Estados Unidos, Alemanha e Brasil – e “fraco” – que surgiu mais recentemente, em países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido –, assentando que o modelo responsivo favorece formas híbridas que variam conforme o déficit, permitindo que legisladores respondam e adaptem decisões judiciais. Além disso, concluiu-se que manter direitos robustos com remédios moderados – como suspensões condicionais ou declarações de incompatibilidade – equilibra proteção e diálogo institucional. Dixon, influenciada por Garbaum, argumenta que isso promove diálogos constitucionais em

que cortes guiam, mas não ditam, o resultado final. Por fim, concluiu-se que a efetividade dos remédios depende de como as cortes se posicionam – com tom respeitoso e reconhecimento da autoria legislativa –, incentivando cooperação em vez de confronto.

No *quinto capítulo*, o trabalho buscou adaptar as reflexões dos capítulos anteriores ao contexto brasileiro, reconhecendo as especificidades do nosso sistema constitucional. Com o propósito de evitar a importação de soluções estrangeiras de forma acrítica, a análise propôs ajustes modestos e realistas. Isso permitiu discutir como as críticas de Waldron e as alternativas de Dixon podem inspirar um controle de constitucionalidade mais respeitoso com a deliberação majoritária. A pesquisa chegou à conclusão de que, mesmo a partir do texto constitucional vigente, é possível repensar a jurisdição constitucional brasileira como instrumento de fortalecimento da democracia representativa, e não como seu substituto, promovendo uma cultura constitucional em que o Judiciário atue como catalisador de debates públicos, em vez de encerrá-los unilateralmente. Essas transposições foram exploradas em dois eixos:

5.1) *Repercussões teóricas*: considerando a natureza teórica da proposta, defendeu-se que, ainda que se parta de um sistema que tenha o controle de constitucionalidade bem consolidado, compreender os fundamentos e as críticas ao instituto não é apenas um exercício acadêmico, mas uma forma de iluminar as premissas implícitas que moldam as decisões constitucionais. Inspirado na tese dos “desacordos teóricos” de Dworkin, o argumento assentou que decisões judiciais repousam sobre concepções políticas e filosóficas subjacentes, mesmo quando não assumidas conscientemente, e que por isso diferentes visões sobre a democracia levam a resultados distintos no controle de constitucionalidade. Aplicado ao Brasil, concluiu-se que a desconfiança cultural em relação à democracia legitima um controle maximalista, enquanto uma visão mais positiva, defendida no trabalho, defenderia maior respeito ao Legislativo, além de soluções mais colaborativas. Essa visão mais positiva se daria, por exemplo, por meio de uma ênfase na superioridade do processo legislativo para resolver desacordos morais em sociedades pluralistas. Já as propostas responsivas de Dixon concluem que o controle judicial pode ser recalibrado para reforçar processos democráticos, diagnosticando déficits como captura autoritária, pontos cegos e ônus da inércia no processo legislativo brasileiro. Essa abordagem privilegia “*rounds deliberativos*”, em vez de soluções finais, e tenta conciliar a força normativa da Constituição de 1988, tão cara à história brasileira, com a ideia de diálogos institucionais, adaptando-os para superar a desconfiança que marca o direito constitucional brasileiro.

5.2) *Propostas democratizantes*: partindo da premissa de que reformas radicais são inviáveis – ou mesmo indesejáveis – no curto prazo, o capítulo apresentou sugestões modestas,

porém concretas, inspiradas tanto nas objeções de Waldron quanto na teoria responsiva de Dixon, calibradas à realidade brasileira. Em primeiro lugar, propôs-se levar a sério a presunção de constitucionalidade das leis e resgatar o caráter excepcional do controle de constitucionalidade, por meio de uma técnica que concede maior grau de deferência às deliberações democráticas recentes, e que desconfia de normas oriundas de um passado autoritário, ou que tentam prejudicar o próprio funcionamento democrático. Em segundo, como decorrência do argumento anterior, sugeriu-se que decisões de inconstitucionalidade deveriam exigir um quórum mais qualificado, elevando o nível de consenso necessário para exercer um veto contramajoritário tão forte, além de dificultar reversões abruptas de políticas públicas democraticamente aprovadas. Em terceiro, defendeu-se a adoção de uma nova forma de exercer o controle de constitucionalidade, o que se convencionou chamar de “controle semiprocedimental”, que combina a análise do processo legislativo com uma revisão substantiva, priorizando a qualidade da deliberação democrática e incentivando rodadas deliberativas mais saudáveis, além de incentivar o Legislativo a aprimorar sua atuação. Por fim, revisitou-se o mandado de injunção para fornecer uma leitura de seu uso como exemplo de remédio “fraco” e responsivo, capaz de suprir omissões legislativas sem usurpar competências democráticas, incentivando o Congresso a legislar. Concluiu-se que expandir essa lógica – especialmente a partir de decisões provisórias e condicionadas – seria uma forma criativa de conciliar a proteção de direitos fundamentais com o respeito às decisões democráticas.

A título de *considerações finais*, algumas ponderações se fazem necessárias. Em primeiro lugar, repetindo o que já foi dito na introdução, é importante enfatizar que uma boa pesquisa não se mede pela quantidade de questões que consegue abarcar, mas pela consistência com que delimita seu objeto. Por isso, é importante ser explícito: as posições defendidas aqui não pretendem, de forma alguma, oferecer uma solução mágica para todos os dilemas do controle de constitucionalidade.

Mesmo que se aceitem os pressupostos teóricos e as técnicas discutidas ao longo do trabalho, isso, por si só, *não* garante um funcionamento mais saudável da democracia, nem uma maior proteção dos direitos fundamentais. A realidade do controle de constitucionalidade é atravessada por inúmeras outras variáveis – políticas, institucionais, culturais – que escapam ao alcance de qualquer modelo. Reconhecer essa limitação, porém, não enfraquece as conclusões apresentadas. Trata-se apenas de reconhecer que o modelo proposto, como qualquer outro, aponta para determinadas direções, por essas e aquelas razões, mas sua real capacidade de produzir efeitos só o tempo e a prática poderão confirmar. O que se propõe aqui é uma contribuição para o debate – e ela é necessariamente parcial.

Em segundo lugar, também é preciso enfatizar que não se pretendeu oferecer uma solução definitiva para o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Se Michael Walzer estiver correto – e há boas razões para pensar que está –, trata-se de uma tensão quase eterna entre a filosofia e a democracia: de um lado, a busca por princípios racionais e universais; de outro, o caráter plural, contingente e opinativo da vida democrática. O objetivo, muito mais modesto, foi apenas lançar alguma luz, apoiando-se nos ombros de gigantes, sobre esse problema antigo e persistente.

Não que isso seja inútil, é claro. Não se sabe ao certo o motivo, mas parece haver uma baixíssima valorização da democracia na tradição política brasileira. Basta olhar para trás, ao longo do século XX, para ver como governos de origem democrática foram depostos com uma facilidade impressionante – como se não fosse preciso grande esforço para justificar que, apesar de eleitos pelo povo, era preciso afastá-los em nome de “interesses maiores”: a Revolução de 1930, o Estado Novo de 1937, a tentativa frustrada em 1961 e, claro, o golpe de 1964. Nesses momentos, o discurso era mais ou menos o mesmo: prometia-se que um dia, quem sabe, o povo brasileiro estaria maduro o suficiente para se governar sozinho. Mas, enquanto esse dia não chegava, era preciso limitá-lo um pouquinho aqui, mais um pouquinho acolá – restringir liberdades, fechar o Congresso, intervir no Judiciário, tutelar as eleições, tudo em nome de uma democracia “futura” e sempre adiada.

Embora esse fantasma autoritário esteja no passado, é curioso como parece haver certas reminiscências de argumento. Ainda hoje, infelizmente, quase todos os discursos que exaltam a democracia vêm acompanhados de um inevitável “mas”: “a democracia é importante, mas ela também não pode tudo...” ou “a deliberação é essencial, mas é natural que haja limites...”, *etc.* Afora o fato de ser um evidente truísmo, chama atenção a facilidade com que o argumento democrático é descartado. Não parece haver muito esforço para concluir que, por mais que essa decisão tenha sido tomada por aqueles que legitimamente representam o povo – com todos os seus defeitos conhecidos –, ela não se coaduna com algum princípio constitucional de difícil interpretação, e por isso deve ser deixada de lado.

É preciso parar de pedir desculpas pela existência da democracia. É preciso parar de ressoar aquela frase que se atribui a Winston Churchill, segundo a qual a democracia seria o pior dos regimes, à exceção de todos os outros. É justamente o contrário. A democracia é o melhor regime que conseguimos inventar até agora, o único que permite ao povo errar, aprender, corrigir e seguir em frente sem nenhuma tragédia social. Portanto, os estudiosos do direito constitucional devem começar a jogar com as cartas que o constituinte efetivamente entregou: um texto que apostou alto na soberania popular, na deliberação aberta e na proteção de direitos

como contrapeso, não como substituto à vontade democrática. Temos hoje instituições que resistiram a pressões reais, uma economia mais estável e uma sociedade que, mesmo com suas rachaduras, já provou que sabe votar, protestar, julgar e se reinventar. O controle de constitucionalidade não precisa ser sinônimo de desconfiança; pode ser, sim, um aliado que torna a democracia mais inteligente, mais resiliente, mais ousada. Se este trabalho tiver algum efeito sobre esse cenário, então seu propósito estará satisfeito.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, p. 1013-1072, maio 1984. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796204>. Acesso em: 1 maio 2025.
- ACKERMAN, Bruce. *We, The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALCALÁ, Diego Moreno Rodríguez. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica*. Orientador: Augusto Martín de la Vega. 493 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008. Disponível em: <https://repositorio.usal.es/handle/10366/18597>. Acesso em: 26 abr. 2025.
- ALLAN, James. Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal's Quandary. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 337-352, ago. 1996. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/16.2.337>. Acesso em: 1 jul. 2025.
- ALLAN, James. Positively Fabulous: Why It Is Good To Be a Legal Positivist. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 10, n. 2, p. 231-248, jul. 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0841820900001521>. Acesso em: 5 jun. 2025.
- ALLAN, James. A Doubter's Guide to Law and Natural Rights. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 28, n. 1, p. 241-261, mar. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v28i1.6092>. Acesso em: 9 jun. 2025.
- ALLAN, James. The Travails of Justice Waldron. In: HUSCROFT, Grant (org.). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Cap. 7, p. 161-183.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Does Brazil need a notwithstanding clause? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 329-345, nov. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v9i2.86385>. Acesso em: 22 set. 2025.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, ago. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/23176172201617>. Acesso em: 15 nov. 2025.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023.
- AZEVEDO, Cláudia Regina de. Lochner v. New York, 1905. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 8, p. 185-204.
- BAGGIO, Antonio Maria. Introdução. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo, Cidade Nova, 2008. Cap. 1, p. 1-24.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

BARNES, Robert. Tumultuous path to sixth conservative justice puts Supreme Court in the middle of political fray. *The Washington Post*, Washington, 26 set. 2020. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-conservative-majority/2020/09/26/a7c423ce-ff7e-11ea-8d05-9beaaa91c71f_story.html. Acesso em: 6 maio 2025.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 30 abr. 2024.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, p. 271-300, 14 set. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>. Disponível em: 21 out. 2024.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The role of courts in improving the legislative process. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 3, n. 3, p. 295-313, fev. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/20508840.2015.1133169>. Acesso em: 27 out. 2025.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BAUDE, William. Teaching Constitutional Law in a Crisis of Judicial Legitimacy. *Chicago-Kent Law Review*, v. 99, n. 2, p. 377-384, 2024. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol99/iss2/4>. Acesso em: 18 maio 2025.

BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (orgs.). *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BELZ, Herman. The Realist Critique of Constitutionalism in the Era of Reform. *The American Journal of Legal History*, v. 15, n. 4, p. 288-306, out. 1971. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/844651>. Acesso em: 19 maio 2025.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 71-95, mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 22 set. 2025.

BERGER, Raoul. Ely’s “Theory of Judicial Review”. *Ohio State Law Journal*, v. 42, p. 87-130, 1981. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65127/1/OSLJ_V42N1_0087.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.

BETTS, Anna. US confidence in judicial system dropped to record low this year, data shows. *The Guardian*, Londres, 24 dez. 2024. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us->

news/2024/dec/17/judicial-system-courts-confidence-data. Acesso em: 7 maio 2025.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINDER, Guyora. Critical Legal Studies. In: PATTERSON, Dennis (org.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010. Cap. 16, p. 267-278.

BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos*. Trad. de Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BRANDO, Marcelo Santini. Neoconstitucionalismo e o encanto de Narciso. In: NOJIRI, Sergio; ALMEIDA, Gabriela Perissinotto; COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram (orgs.). *Direito, Psicologia e Interdisciplinaridades*. São Carlos: Pedro e João Editores, 2025. Cap. 10, p. 249-290. Disponível em: <https://pedrojoaoeditores.com.br/produto/dipsin-10-anos-direito-psicologia-e-interdisciplinaridades/>. Acesso em: 22 set. 2025.

BREST, Paul. Who decides? *Southern California Law Review*, v. 58, n. 1, p. 661-672, jan. 1985. Disponível em: https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/scal58&ion=31. Acesso em: 27 jul. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPIELLO, Hernán. Javier Milei: el personaje surgido de la TV que seduce a los jóvenes con su discurso violento y antissistema. *La Nacion*, Buenos Aires, 21 set. 2021. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/javier-milei-el-personaje-surgido-de-la-tv-que-seduce-a-los-jovenes-con-su-discurso-violento-y-nid05092021/>. Acesso em: 6 maio 2025.

CAVIEDES, Cristóbal. Is Majority Rule Justified in Constitutional Adjudication? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 2, p. 376-406, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa055>. Acesso em: 17 set. 2025.

CHANG, David. A Critique of Judicial Supremacy. *Villanova Law Review*, v. 16, n. 2, p. 281-399, abr. 1991. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol36/iss2/1/>. Acesso em: 20 maio 2025.

CHELI, Enzo. *Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: il Mulino, 1996.

CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, p. 1-55, jan. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.1.1>. Acesso em: 19 maio 2025.

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

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rurion Soares (orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública,

2007. Cap. 4, p. 115-144.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/issue/view/222/188. Acesso em: 14 out. 2025.

CUNHA, Bruno Santos. Citizens United v. Federal Election Commission, 2010. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 43, p. 897-930.

CUNHA, Gustavo Costa. *A fragmentação dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e o dever de fundamentação das decisões judiciais*: a justificação do controle de constitucionalidade. Orientador: Carlos Augusto Alcântara Machado. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2023. <https://ri.ufs.br/handle/riufs/18456>. Acesso em: 11 maio 2025.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. Organizado por Roger E. Michener. Londres: MacMillan, 1915. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf. Acesso em: 7 maio 2025.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive democracy and the constitutional minimum core. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (orgs.). *Assessing Constitutional Performance: Comparative Constitutional Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Cap. 10, p. 268-292.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Dobbs, Democracy, and Dysfunction. *Wisconsin Law Review*, n. 5, p. 1569-1614, dez. 2023. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/830>. Acesso em: 17 out. 2025.

DIXON, Rosalind. Constitutional ‘Dialogue’ and Deference. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (orgs.). *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Cap. 6, p. 161-186.

DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade. Trad. de Bruno Meneses Lorenzetto. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 5-55, ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i21647>. Acesso em: 8 set. 2025.

DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in The Modern Age*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

DIXON, Rosalind; HAILBRONNER, Michaela. Ely in the world: The global legacy of *Democracy and Distrust* forty years on. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 2, p. 427-438, abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab041>. Acesso em: 1 maio 2025.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Dobbs, Democracy, and Dysfunction. *Wisconsin Law Review*, v. 2023, n. 5, p. 1569-1614, dez. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.59015/wlr/ZTQH5315>. Acesso em: 1 maio 2025.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. Cap. VII, p. 153-167.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We The People In Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 324-346, fev. 1990. Disponível em: <https://doi.org/10.29173/alr1605>. Acesso em: 25 set. 2025.

DWORKIN, Ronald. *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection*. Londres: Chatto & Windus, 1991.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2024*. Londres: EIU, 2025. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/>. Acesso em: 15 set. 2025.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELSTER, Jon. Intertemporal Choice and Political Thought. In: LOEWENSTEIN, George; ELSTER, Jon (orgs.). *Choice Over Time*. New York: Russell Sage Foundation, 1992. Cap. 2, p. 35-53.

ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, vol. 45, n. 2, p. 364-396, nov. 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em: 3 out. 2024.

ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 5, p. 920-949, abr. 1973. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/795536>. Acesso em: 13 maio 2025.

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

ENOCH, David. Why I Am an Objectivist about Ethics (And Why You Are Too). In: SHAFFER-LANDAU, Russ (org.). *The Ethical Life: Fundamental Readings in Ethics and Moral*

Problems. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. Cap. 18, p. 208-221.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Direito Público, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2690>. Acesso em: 18 maio 2025.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia*. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior. 188 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15032021-223422/pt-br.php>. Acesso em: 26 abr. 2025.

FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara; NASCIMENTO NETO, Afonso Nonato do. Interpretação conforme a Constituição não é “vale-tudo”: uma reflexão sobre a fundamentação do caso do juiz das garantias. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 23, n. 42, p. 106-126, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v23i42.p106-126.2025>. Acesso em: 6 maio 2025.

FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara. Uma interpretação democrática dos dois turnos de votação das emendas constitucionais. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 27, n. 2, p. 1-22, ago. 2025. Disponível em: https://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/2976. Acesso em: 26 ago. 2025.

FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara. Quem vai decidir o futuro de Ulisses? *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1144-1171, set. 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v11i3.903>. Acesso em: 8 set. 2025.

FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3/. Acesso em: 26 abr. 2025.

FRANK, Jerome. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Jurisprudence*. Princeton: Princeton University Press, 1950.

FRIEDMAN, Barry. The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, n. 4, p. 971-1064, abr. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312839>. Acesso em: 26 abr. 2025.

FRIEDMAN, Barry. The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession. *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, p. 153-259, nov. 2002. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2307/1562239>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. de Aulyde Soares Rodrigues. São Paulo: Rocco, 2015.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. de Plauto Faraco de Azevedo.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. Trad. de Luís Moreira. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 220-273, dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p220-273.2017>. Acesso em: 29 out. 2025.

GARDBAUM, Stephen. Comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 4, p. 1429-1457, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa084>. Acesso em: 8 out. 2025.

GARGARELLA, Roberto. ‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, v. 67, n. 1, p. 1-47, ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/clp/cuu008>. Acesso em: 8 maio 2025.

GARLAND, David. On the concept of moral panic. *Crime, Media, Culture*, v. 4, n. 1, p. 9-30, abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1741659007087270>. Acesso em: 17 dez. 2026.

GINSBURG, Ruth Bader. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. *North Carolina Law Review*, v. 63, n. 2, p. 375-386, jan. 1985.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, n. 3, p. 587-622, ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jleo/ewt008>. Acesso em: 1 jul. 2025.

GIUFFRÉ, Ignacio. The Coming of Age of Deliberative Constitutionalism. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 37, n. 2, ago. 2024, p. 397-426. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/cjlj.2024.14>. Acesso em: 18 nov. 2025.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Orientadora: Vera Karam de Chueiri. 266 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 17 maio 2025.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: Uma Leitura Crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Book Review: Legislation, Interpretation, and Judicial Review. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 1, p. 75-86, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/825957>. Acesso em: 10 ago. 2024.

GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest For the Fetters That Bind Judges. *Columbia Law Review*, v. 75, n. 2, p. 359-399, mar. 1975. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1121660>. Acesso em: 25 abr. 2025.

GRIFFIN, Stephen M. Enfim a Hora da Democracia? A Nova Crítica ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. 7, p. 283-297.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.9732.2020.v121.829>. Acesso em: 22 set. 2025.

HAIDT, Jonathan. *A mente moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião?* Trad. de Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2020.

HAILBRONNER, Michaela. Combatting malfunction or optimizing democracy? Lessons from Germany for a comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 2, p. 495-514, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab043>. Acesso em: 14 maio 2025.

HART, Herbert L. A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, p. 969-989, set. 1977. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33/. Acesso em: 15 maio 2025.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOLST, Cathrine; MOLANDER, Anders. Epistemic democracy and the role of experts. *Contemporary Political Theory*, v. 18 n. 4, p. 541-561, jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/s41296-018-00299-4>. Acesso em: 30 abr. 2025.

HOWE, Amy. A close look at Judge Neil Gorsuch's jurisprudence. *SCOTUSblog*, Washington, 3 mar. 2017. Disponível em: <https://www.scotusblog.com/category/a-close-look-at-judge-neil-gorsuchs-jurisprudence-nomination-of-neil-gorsuch-to-the-supreme-court/>. Acesso em: 22 ago. 2025.

HUSCROFT, Grant. "Thank God We're Here": Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and Its Consequences. *The Supreme Court Law Review*, v. 25, p. 241-267, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.60082/2563-8505.1065>. Acesso em: 3 set. 2024.

HUTT, Donald Bello. Against judicial supremacy in constitutional interpretation. *Revus*, v. 31, p. 1-24, 10 jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4000/revus.3659>. Acesso em: 11 ago. 2024.

HUTT, Donald Bello. Deliberation and Courts: The Role of The Judiciary in a Deliberative System. *Theoria*, v. 64, n. 152, p. 77-103, set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3167/th.2017.6415204>. Acesso em: 10 ago. 2024.

HOLMES, Stephen. *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: Chicago University Press, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2022*: número de

peessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. Rio de Janeiro: IBGE, 27 out. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 12 set. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2022*: pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Rio de Janeiro: IBGE, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda>. Acesso em: 12 set. 2025.

ISSACHAROFF, Samuel. Democracy's Deficits. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 485-519, mar. 2018. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/4/>. Acesso em: 10 ago. 2025.

KATE, Jan Ten; KOPPEN, Peter J. Van. The Netherlands: Toward a Form of Judicial Review. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. Cap. 20, p. 369-380.

KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, jun. 1976. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1340104>. Acesso em: 28 abr. 2025.

KENNEDY, Duncan. The Structure of Blackstone's Commentaries. *Buffalo Law Review*, v. 28, n. 2, p. 205-382, abr. 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol28/iss2/2>. Acesso em: 28 abr. 2025.

KENNEDY, Duncan. American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist. *Nova Law Review*, v. 19, n. 3, p. 909-921, 1995. Disponível em: <https://nsu-works.nova.edu/nlr/vol19/iss3/3>. Acesso em: 28 abr. 2025.

KLARMAN, Michael J. The Puzzling Resistance to Political Process Theory. *Virginia Law Review*, v. 77, n. 4, p. 747-832, maio 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1073297>. Acesso em: 4 nov. 2024.

KLARMAN, Michael J. Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem. *The Georgetown Law Journal*, v. 85, n. 3, p. 491-553, fev. 1997. Disponível em: <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/1080795>. Acesso em: 17 jun. 2025.

KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KLARMAN, Michael J. Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court. *Harvard Law Review*, v. 134, n. 1, p. 1-261, nov. 2020. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-134/the-degradation-of-american-democracy-and-the-court/>. Acesso em: 29 abr. 2025.

KRAMER, Matthew H. When Is There Not One Right Answer? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 53, n. 1, p. 49-68, jun. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ajj/53.1.49>. Acesso em: 1 jul. 2025.

LATHAM, Alexander. From Whose Point of View: On the Undemocratic Nature of Moral Tests for Law. *Cambridge Student Law Review*, v. 7, n. 1, p. 100-110, 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/camslr7&div=11&id=&page=>. Acesso em: 5 jun. 2025.

LATHAM, Alexander. Dworkin's Incomplete Interpretation of Democracy. *Washington University Jurisprudence Review*, v. 10, n. 2, p. 155-181, 2018. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1178&context=law_jurisprudence. Acesso em: 20 maio 2025.

LATHAM, Alexander. Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism: An Imaginary Opposition? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 40, n. 4, 2020, p. 737-763. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa046>. Acesso em: 22 set. 2025.

LATHAM, Alexander. Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics. *The Review of Politics*, v. 83, n. 2, p. 242-263, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S003467052000090X>. Acesso em: 8 set. 2025.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LAUS, Federico. Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act. *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, p. 65-91, abr. 2020. Disponível em: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/federico-laus/il-rapporto-tra-corte-costituzionale-e-legislatore-alla-luce-delle-pronunce-sul-caso-cappato-e-sulle-tutele-crescenti-nel-jobs-act>. Acesso em: 22 dez. 2025.

LEAL, Fernando. Entre a utilidade e o repúdio: a persistente lenda do positivismo e os seus reflexos no constitucionalismo brasileiro. In: VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. Cap. final, p. 495-529. Disponível em: https://www.academia.edu/73043666/Entre_a_utilidade_e_o_rep%C3%BAdio_a_persistente_lenda_do_positivismo_e_os_seus_reflexos_no_constitucionalismo_brasileiro?source=swp_share. Acesso em: 8 out. 2025.

LEITE, Henrique Carlos. *Interpretação conforme a constituição ou criação judicial do direito?* Orientador: Virgílio Afonso da Silva. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002753432>. Acesso em: 31 jul. 2024.

LEITER, Brian. American Legal Realism. In: PATTERSON, Dennis (org.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010. Cap. 15, p. 249-282.

LOBEL, Jules. Courts as Forums for Protest. *UCLA Law Review*, v. 52, n. 2, p. 477-561, dez. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_articles/538/. Acesso em: 18 jun. 2025.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, jun. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>. Acesso em: 29 out. 2025.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance*. Curitiba: Appris Editora, 2017.

MACKINNON, Catharine A. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

MADISON, James; ALEXANDER, Hamilton; JAY, John. *Os Artigos Federalistas: 1787-1788*. Trad. de Maria Luiza de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA, Daniele Lovatte. Em torno de Francisco Campos: ideias autoritárias, Estado nacional e democracia substancial. *Revista Direito e Práxis*, v. 16, p. 1-24, fev. 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/74911>. Acesso em: 2 out. 2025.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARMOR, Andrei. Randomized Judicial Review. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (orgs.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. New York: Springer: 2016. Cap. 2, p. 13-28.

MARTÍ, José Luís. El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia? *Isonomía*, v. 17, p. 249-282, out. 2002. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 20 maio 2025.

MAYO, Henry Bertram. *An Introduction to Democratic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1960.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpb.v8i2.5481>. Acesso em: 8 out. 2025.

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

MENDES, Conrado Hübner. Book Review: Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review (by Christopher F. Zurn). *The Cambridge Law Journal*, v. 67, n. 1, p. 217-219, mar. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0008197308000159>. Acesso em: 30 abr. 2025.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Orientador: Álvaro de Vita. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo,

São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 27 jul. 2024.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1 dev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 12 maio 2025.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização*: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constitutional Erosion in Brazil*. Oxford: Hart Publishing, 2021.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo – controle da Administração Pública: diagnósticos e desafios*. São Paulo: Editora FGV, 2023. Cap. 7, p. 108-121.

NEVES, Emanuela de Oliveira; GOMES, Lucas Sousa. Roe v. Wade, 1973. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022, Cap. 27, p. 573-592.

NINO, Carlos Santiago. A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. *Cardozo Law Review*, v. 14, n. 3/4, p. 799-846, 1993. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/clr/vol14/iss3/17/>. Acesso em: 15 maio 2025.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PACOLA, Bernard Assef. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 61, n. 244, p. 79-107, dez. 2024. Disponível em: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n244_p79. Acesso em: 27 dez. 2024.

PARKER, Richard D. *“Here, The People Rule”: A Constitutional Populist Manifesto*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

PAULINO, Lucas Azevedo. *Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal*. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/63375>. Acesso em: 2 jul. 2025.

PINO, Giorgio. *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporâneo*. Trad. de César Moreno More. Puno: Zela Editorial, 2018.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 848-1033, set. 2025. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/issue/view/29>. Acesso em: 8 set. 2025.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

ROUSSEAU, Dominique. *Justiça constitucional francesa*. Trad. de Thomas Passos Martins. Belo Horizonte: Forum, 2021.

ROUX, Theunis. In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case against Judicial Review. In: LEVY, Ron *et al* (orgs.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Cap. 15, p. 203-219.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. Trad. de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

SANDALOW, Terrance. The Distrust of Politics. *University of Michigan Law School*, v. 56, p. 446-468, jan. 1981. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/450/>. Acesso em: 18 maio 2024.

SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited – Part One: The Contemporary Debate*. Morris: Chatham House Publishers, 1987.

SAYRE-MCCORD, Geoff. Moral Realism. In: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (orgs.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2024. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/moral-realism/>. Acesso em: 30 abr. 2025.

SCHLAG, Pierre. Authorizing Interpretation. *Connecticut Law Review*, v. 30, p. 1065-1090, 1998. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/649>. Acesso em: 28 abr. 2025.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros

Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jun. 2006. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/download/35221/34021/68196>. Acesso em: 20 dez. 2025.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021

SILVA, Cristina Maria Gama Neves da. Planned Parenthood v. Casey, 1992. In: BECKER, Rodrigo Frantz (org.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022. Cap. 32, p. 675-694.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Moral Skepticism. In: ZALTA, Edward N.; NODERMAN, Uri (orgs.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2024. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/skepticism-moral/>. Acesso em: 30 abr. 2025.

SMITH, Michael L. Disingenuous Interpretation. *Mississippi Law Journal*, v. 93, n. 2, p. 349-423, 2023. Disponível em: <https://mississippilawjournal.org/journal-content/disingenuous-interpretation/>. Acesso em: 16 maio 2025.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STANLEY-BECKER, Isaac; DAWSEY, Josh. Eight years ago, Trump vowed to ‘drain the swamp.’ Now he swims in it. *The Washington Post*, Washington, 11 out. 2024. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2024/10/11/trump-corporate-interests-drain-the-swamp/>. Acesso em: 6 maio 2025.

STRAUSS, David A. Modernization and Representation Reinforcement: An Essay in Memory of John Hart Ely. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 3, p. 761-778, dez. 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40040186>. Acesso em: 23 set. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública - Marco Civil da Internet (tarde). *YouTube*, 28 mar. 2023. 4h 28 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q-yd8DrGfXk>. Acesso em: 24 set. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública - Marco Civil da Internet (manhã). *YouTube*, 29 mar. 2023. 2h 56 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pE-FJYIqfIGs>. Acesso em: 24 set. 2025.

SUTEU, Silvia. *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

SUTEU, Silvia; CANNILLA, Ana. Ciudadanía y justicia: el control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, abr. 2023, p. 191-205. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n55.11>. Acesso em: 25 set. 2024.

TARELLO, Giovanni. *El realismo jurídico americano*. Trad. de Marcelo Troncoso. Lima: Pa-lestra Editores, 2017.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, 25 out. 1893. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2307/1322284>. Acesso em: 29 jul. 2024.

TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23102020-004221/pt-br.php>. Acesso em: 2 jul. 2025.

TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, v. 58, n. 2, p. 455-562, abr. 2010. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/judicial-review-before-marbury/>. Acesso em: 29 abr. 2025.

TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, v. 89, p. 1063-1080, maio 1980. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/15960>. Acesso em: 13 jun. 2025.

TSAL, Robert L.; ZIEGLER, Mary. Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists. *UC Davis Law Review*, v. 57, n. 3, p. 2149-2234, fev. 2024. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/3903/. Acesso em: 6 maio 2025.

TULLY, Caitlin B. The Liberal Giant Who Doomed *Roe*. *Slate Magazine*, New York, 25 jun. 2023. Disponível em: <https://slate.com/news-and-politics/2023/06/john-hart-ely-dobbs-roe-legacy.html>. Acesso em: 12 jun. 2025.

TUSHNET, Mark V. *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

TUSHNET, Mark V. Critical Legal Studies: A Political History. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 5, p. 1516-1544, mar. 1991. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796697>. Acesso em: 8 maio 2025.

TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark V. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/>. Acesso em: 21 maio 2025.

TUSHNET, Mark V. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of*

American Law. New Haven: Yale University Press, 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso, 1996.

VEGA, Augusto Martín de La. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 163-164.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>. Acesso em: 15 set. 2025.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais do poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 18-51, maio 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/13.1.18>. Acesso em: 24 abr. 2025.

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

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*. Oxford: Oxford University Press, 2001. Cap. 12, p. 411-433.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. Disagreement and Response. *Israel Law Review*, v. 39, n. 3, p. 50-68, fev. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0021223700013133>. Acesso em: 5 maio 2025.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 1, p. 2-24, jan. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon035>. Acesso em: 10 maio 2025.

WALDRON, Jeremy. Legislatures Judging in their Own Cause. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 125-145, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/17521467.2009.11424688>. Acesso em: 25 abr. 2025.

WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? *Emory Law Journal*, v. 58, p. 675-712, 2009. Disponível em: https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/Waldron%20-%20Can%20There%20Be%20a%20Democratic%20Jurisprudence_4E365337-F4C2-8E4A-18625BF0DE860C8A.pdf. Acesso em: 13 dez. 2024.

WALDRON, Jeremy. What are Moral Absolutes Like? Manuscrito apresentado na *Harvard Philosophy Club Annual Lecture*, abr. 2011. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1906850>. Acesso em: 14 maio 2025.

WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge: Harvard

University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. How Judges Should Judge. *The New York Review of Books*, New York, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2006/08/10/how-judges-should-judge/>. Acesso em: 21 maio 2025.

WALDRON, Jeremy. Algunos modelos de diálogo entre jueces y legisladores. Trad. de Federico Jorge Gaxiola. In: WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

WALDRON, Jeremy. El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. [Entrevista concedida a] Leonardo García Jaramillo e Vicente F. Benítez-R. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Cidade do México, n. 48, 2018. Disponível em: <https://www.isonomia.itam.mx/isonomia/48/363655918007/html/index.html>. Acesso em: 17 out. 2025.

WALDRON, Jeremy. Dissenting. In: BALKIN, Jack M. (org.). *What Obergefell v. Hodges Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Same-Sex Marriage Decision*. New Haven: Yale University Press, 2020. Cap. 14, p. 281-302.

WALDRON, Jeremy. Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review. Manuscrito apresentado no *New York University Summer Workshop*, jun. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4144889>. Acesso em: 25 abr. 2025.

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Trad. de Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 1-63, ago. 2022. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/86488>. Acesso em: 10 maio 2025.

WALDRON, Jeremy. The Crisis of Judicial Review. Manuscrito apresentado no *H. L. A. Hart Memorial Lecture 2023*, 25 maio 2023. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4763558>. Acesso em: 25 abr. 2025.

WALZER, Michael. Philosophy and Democracy. *Political Theory*, v. 9, n. 3, p. 379-399, ago. 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/191096>. Acesso em: 1 jul. 2025.

WOLLHEIM, Richard. A Paradox in the Theory of Democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, Walter Garrison. (orgs.). *Philosophy, Politics and Society: Second Series*. Oxford: Basil Blackwell, 1964. Cap. 4. p. 71-87.

WHITTINGTON, Keith E. In Defense of Legislatures. *Political Theory*, v. 28, n. 5, p. 690-702, out. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0090591700028005006>. Acesso em: 1 jun. 2024.

XAVIER, Marina Corrêa. *O Supremo Tribunal Federal e os limites à interpretação conforme a Constituição*. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06022014-112744/pt-br.php>. Acesso em: 31 jul. 2024.

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

BRASIL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 939*. Relator: Ministro Sydney Sanches, j. 15 de dezembro de 1993. DJ, 18 de março de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 18 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 670*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, j. 25 de outubro de 2007. DJe, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 18 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 708*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 25 de outubro de 2007. DJe, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>. Acesso em: 18 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau, j. 5 de fevereiro de 2009. DJe, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 153*. Relator: Ministro Eros Grau, j. 29 de abril de 2010. DJe, 6 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=E&source=gmail&q=https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC%26docID=612960&authuser=1>. Acesso em: 8 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3345*. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 28 de agosto de 2008. DJe, 20 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur181020/false>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011. DJe, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 21 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012. DJe, 10 de maio de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 17 de fevereiro de 2016. DJe, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Dias Toffoli, j. 6 de outubro de 2016. DJe, 24 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 1 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin, j. 7 de novembro de 2019. DJe, 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 854*. Relatora: Ministra Rosa Weber, j. 16 de dezembro de 2022. DJe, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF854.VOTO.PRESIDENTEMINISTRAROSAWEBER.pdf>. Acesso em: 29 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso*. Brasília, 22 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619>. Acesso em: 15 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 24 de agosto de 2023. DJe, 19 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 28 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.309.642*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 1 de fevereiro de 2024. DJe, 2 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em: 21 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR nº 2.876*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 24 de abril de 2025. DJe, 25 de abril de 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6220273>. Acesso em: 24 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.037.396*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux, j. 26 de junho de 2025. DJe, 4 de agosto de 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>. Acesso em: 8 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.057.258*. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 26 de junho de 2025. DJe, 4 de agosto de 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verandamentoprocesso.asp?incidente=5217273&numeroProcesso=1057258&classeprocesso=re&numerotema=533>. Acesso em: 8 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Barroso vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação*. Brasília, 17 out. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/ministro-barroso-vota-pela-descriminalizacao-do-aborto-ate-12-semanas-de-gestacao/>. Acesso em: 15 dez. 2025.

ESTADOS UNIDOS

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Prigg v. Pennsylvania, 41 U.S. 539 (1842). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/41/539/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506 (1889). Disponível em: https://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 2 jul. 2025.

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/161/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/1/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Ribnik v. McBride, 277 U.S. 350 (1928). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/350/>. Acesso em: 24 maio 2025.

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 U.S. 153 (1978). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/153/>. Acesso em: 2 jul 2025.

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/407/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/310/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529 (2013). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/529/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Burwell v. Hobby Lobby, 573 U.S. 682 (2014). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/682/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/644/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Glossip v. Gross, 576 U.S. 863 (2015). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/863/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Janus v. AFSCME, 585 U.S. 878 (2018). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-1466/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Rucho v. Common Cause, 588 U.S. 684 (2019). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/18-422/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Cedar Point Nursery v. Hassid, 594 U.S. 139 (2021). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/594/20-107/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Americans for Prosperity Foundation v. Bonta, 594 U.S. 595 (2021). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/594/19-251/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Carson v. Makin, 596 U.S. 767 (2022). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/20-1088/>. Acesso em: 24 maio 2025.

FEC v. Ted Cruz for Senate, 596 U.S. 289 (2022). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/596/21-12/>. Acesso em: 24 maio 2025.

New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. 1 (2022). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/20-843/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. 215 (2022). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023).
Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/600/21-476/>. Acesso em: 24 maio 2025.

Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S. 471 (2023). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/598/21-1496/>. Acesso em: 8 out. 2025.

Trump v. United States, 603 U.S. 593 (2024). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/23-939/>. Acesso em: 24 maio 2025.