

INTRODUÇÃO

Judiciário ou legislativo? Quem tem direito à última palavra em questões políticas relevantes e controversas é assunto sobre o qual, desde a obra histórica de Dahl, escrita em 1957, vários teóricos políticos, juristas e constitucionalistas têm se posicionado.

No primeiro capítulo é explorada a visão de Ronald Dworkin - que se opõe claramente à de Dahl e Waldron – que defende ser o Judiciário a instituição competente para decidir questões políticas que envolvam moralidade, pois seria mais neutro que o legislativo e, dessa forma, chegaria à resposta correta. Igualmente, defende que a Corte estaria mais apta a proteger a minoria contra a “tirania da maioria”, uma vez que a premissa majoritária não implica democracia. O procedimento democrático também não definiria qual autoridade é a legitimada para proteger direitos, importando mais o conteúdo da decisão do que “quem decide”.

No segundo capítulo, analisamos o entendimento de Robert Dahl, quem, contrariamente a Dworkin, considera uma falácia o argumento de que o Judiciário é realmente neutro e serve para proteger o direito das minorias. Dahl demonstra que a Suprema Corte sempre se alia à aliança nacional dominante e que, em muitos poucos casos, decidiu contra a maioria, pondo, por água abaixo, o argumento de Dworkin.

O terceiro capítulo aborda a visão de Jeremy Waldron - o maior crítico de Dworkin – quem considera que, no que diz respeito às questões morais, sempre haverá discordância, não havendo uma resposta correta. A única forma, portanto, de se garantir uma decisão democrática seria através do procedimento, não do conteúdo. Seria o Judiciário não-responsivo perante os eleitores e, portanto, ilegítimo para decidir questões políticas, que só poderão ser plenamente debatidas, com igualdade, no âmbito legislativo.

Por fim, faz-se uma breve conclusão, contrapondo a visão dos autores trabalhados.

1. Contra a tirania da maioria: a revisão judicial na visão de Ronald Dworkin

Dworkin se opõe à estratégia “originalista” ou da “intenção original”, que crê na leitura moral, mas nega aos juízes a autoridade suprema de fazê-la. Para o autor, a leitura moral realizada pela Suprema Corte é extremamente necessária. Como exemplo, cita o caso *Brown*, em que a atuação da Corte foi necessária para que se pudesse extinguir a segregação oficial nas escolas. O autor, igualmente, defende que uma alternativa intermediária é impossível, e que resta aos juristas e constitucionalistas aceitar a leitura moral realizada pelos juízes¹.

Citando Conrado Hübner Mendes:

Para Dworkin, a política do mundo civilizado deve estar subordinada ao império do direito, do princípio, da integridade. Deve respeitar não apenas o direito posto, legislado, mas também suas premissas morais. E os juízes seriam um veículo institucional adequado para carregar e impor a dimensão de princípio às decisões políticas. Não nega que o legislador também deva ser guardião de princípios, e que tenha responsabilidade de não produzir decisões institucionais. Mas o ambiente legislativo não seria o ideal para questões de escolha sensível.

Dworkin não admite uma cultura jurídica leniente, segundo a qual o Direito é uma questão de força e autoridade, e os argumentos baratos intercambiáveis. É possível buscar o melhor argumento, a resposta certa, ainda que não demonstráveis².

A tese principal de Dworkin ataca a premissa majoritária, ou seja, a premissa de que as decisões políticas a que se chega devem ser as favorecidas pela maioria dos cidadãos, sendo injusta qualquer decisão que contrarie a vontade dessa maioria. Dworkin defende uma concepção constitucional da democracia. Para ele, a premissa majoritária não implica democracia, pois o que a define é o fato de que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. Dworkin, obviamente, reconhece que as decisões políticas do dia-a-dia devem ser tomadas por representantes eleitos, não havendo problema quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas. O problema surgiria no momento em que as instituições majoritárias não respeitassem essas condições. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que

¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.18-21.

² MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 77.

determinasse que só os membros de determinada raça pudessem se candidatar aos cargos públicos. Nesse caso, a premissa majoritária deve ser comprometida em prol da democracia³.

Dworkin distingue dois tipos de ação coletiva: a estatística e a comunitária. A ação coletiva estatística diz respeito à soma dos atos individuais dos membros de um grupo, quando não agem enquanto tal. Já na ação coletiva comunitária, os indivíduos estariam agindo e pensando enquanto grupo, como em um time de futebol. Desses dois tipos de ação coletiva, pode-se extrair duas ideias distintas de que a democracia seria o governo do “povo”. Segundo a concepção estatística, as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos de cidadãos individuais. Já para a concepção comunitária, as decisões políticas deveriam ser tomadas pelo “povo” enquanto tal, e não por “indivíduos encarados um a um”. Dworkin, claramente, defende esta última concepção⁴.

A concepção constitucional de democracia de Dworkin pressupõe algumas condições democráticas, são essas condições que precisam ser atendidas para que a vontade da maioria reste legitimada. Ditas condições democráticas seriam as condições de participação moral em uma determinada comunidade política. São dois os tipos de condição: estrutural e de relação. Estruturais “são condições que determinam o caráter que a comunidade como um todo tem de ter para que possa ser considerada uma verdadeira comunidade política”. Já condições de relação são as que “determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa ser um membro moral dessa comunidade”. A participação moral acarretaria, então, uma reciprocidade: “um indivíduo não pode ser um membro (...) a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas”. Assim, a concepção comunitária de democracia supõe a ideia de que “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima”⁵.

A democracia possuiria duas dimensões: a dimensão da *policy* e a dimensão dos princípios. No plano dos princípios, “não há melhor instituição, mas somente a boa decisão a ser tomada”. Ou seja, o que garante a filiação moral dos cidadãos é o conteúdo da decisão, não

³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-27.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36-39.

importando o procedimento. Mais importante, a democracia, na visão de Dworkin (que vai nitidamente de encontro à de Waldron, como veremos), não determina “quem” será a autoridade legítima a proteger os direitos⁶.

Para que evitar que a maioria se torne juíza da própria causa, não deve ser ela quem decide quais decisões majoritárias devem ser aceitas.

As decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor⁷.

Para Dworkin, quando juízes anulam uma decisão tomada pelo legislativo, em lugar de estarem indo de encontro à democracia, estão aprofundando-a, uma vez que a democracia não se reduz à regra da maioria, mas é resultado da combinação entre procedimento e substância⁸.

A Corte, então, seria considerada o “fórum do princípio”, de modo que não haveria necessidade de representação nos moldes tradicionais, ao contrário do que defendem os que se opõem à revisão judicial.

Como bem explica Luchini:

Para Dworkin é um verdadeiro nonsense falar em caráter antidemocrático da revisão judicial, já que democracia não é só vontade da maioria, nem só representação, é governo pelo povo no sentido comunal, de modo que cada membro sente-se parte de uma comunidade e responsabiliza-se por suas decisões coletivas, mesmo quando não concorda com elas⁹.

Uma das principais críticas feitas à revisão judicial é justamente essa aparente falta de legitimidade dos juízes. No entanto, para seus defensores, como é o caso de Dworkin, a proteção aos direitos individuais, ou seja, ao conteúdo, compensa. Além do mais, teriam os juízes melhor formação técnica e não estariam subordinados às pressões políticas¹⁰. Nas palavras de Dworkin:

⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 76-77.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martin Fontes, 2010, p. 222-223.

⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 34.

⁹ LUCHINI, Natália. **Democracia e controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. 2007. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007, p. 10.

¹⁰ LEIBIR, Mauro; DUTRA, Letícia. **Direitos das minorias e pressupostos democráticos: um paradoxo da jurisdição constitucional**. [S.l.], [s.d.], p. 8-9.

“os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular”.

É verdade que grande parte das críticas à jurisdição constitucional vem da arena conservadora, contrária às decisões progressistas dos tribunais. Dworkin exemplifica esses críticos na figura do ex-presidente norte-americano Richard Nixon, quem defendia que o juiz deveria limitar sua interpretação ao texto estrito. Dworkin segue afirmando que, mesmo se os tribunais tentarem ser fiéis ao texto constitucional, seriam forçados a decidir entre concepções diferentes de moralidade política¹¹.

Conclui Dworkin que os tribunais devem ser ativistas, de modo que estejam preparados a formular e dar respostas a questões de moralidade política¹².

Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam, mas correremos o risco de que os juízes venham a fazer as escolhas erradas. Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o *New Deal*, é provável que abomine as decisões liberais da última década¹³.

Assim, Dworkin reconhece que, também as decisões judiciais se sujeitam a critérios ideológicos e à composição do tribunal, porém, o autor acredita que decisões tomadas por um tribunal tem risco reduzido de erro¹⁴.

Outro aspecto importante a se reconhecer é a diferença de influência, no processo político, que determinados grupos possuem em relação a outros, questão que Dworkin trabalha bem em seu livro “A virtude soberana”.

Parafraseando o autor:

Mesmo em uma sociedade igualitária as diferenças de interesses, compromissos, formação e renome poderiam ser fontes de diferenças em

¹¹ MONTEIRO, Fernando Luís Teles Carneiro. **O Supremo tem a prerrogativa de errar por último?** Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas. 2014. Monografia (Bacharelado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 26-29.

¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 231.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232.

¹⁴ MONTEIRO, Fernando Luís Teles Carneiro. **O Supremo tem a prerrogativa de errar por último?** Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas. 2014. Monografia (Bacharelado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 29.

influência política. Uma distribuição mais simétrica não eliminaria totalmente as diferenças das fontes que o autor citou. Algumas pessoas continuariam muito mais interessadas e informadas politicamente, e muito mais eficazes para convencer e liderar as outras¹⁵.

Dessa forma, embora o voto dos eleitores tenha o mesmo impacto, nem todos conseguem exercer a mesma influência no processo político. Assim, considerando que o parlamento pode traduzir uma desigualdade considerável de representação, defende o autor que a revisão judicial

Proporciona um fórum político no qual os cidadãos possam discutir, se desejarem, e, por conseguinte, o faz de maneira mais diretamente ligada à sua vida moral do que o voto. Além disso, nesse fórum aumenta muito o incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum¹⁶.

Em suma, o que Dworkin defende em suas obras sobre revisão judicial é que esta “assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político”. Ou seja, enquanto no debate legislativo prevaleceriam questões de interesse particular, na revisão judicial, o debate se daria de forma neutra¹⁷.

2. A Suprema Corte como *policy-maker*: a visão de Robert Dahl

Dahl inovou ao ter sido o primeiro a reconhecer a Suprema Corte norte-americana como sendo, também, uma instituição política. Afinal, a mais alta Corte do país frequentemente se via tendo de decidir questões em que o critério legal não se aplicava. É comum que a Suprema Corte tenha de decidir casos em que há severos desacordos dentro da sociedade, como nos casos em que estão em questão a regulação da economia pelo Estado ou a segregação racial. Nesses casos, a decisão da Corte é política, e a sociedade precisa aceitar esse fato¹⁸.

Há três possíveis resultados para a decisão de uma Corte, quando as pessoas divergem quanto à melhor alternativa: (I) concordar com as preferências de uma minoria de cidadãos e contrariar as preferências da maioria; (II) concordar com as preferências da maioria e contrariar

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 270-271.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288.

¹⁷ MONTEIRO, Fernando Luís Teles Carneiro. **O Supremo tem a prerrogativa de errar por último?** Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas. 2014. Monografia (Bacharelado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 32.

¹⁸ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **The Journal of Public Law**, n. 6, 1957, p. 279-280.

as preferências de uma minoria; e (III) concordar com as preferências de uma minoria e ir de encontro às preferências de outra minoria. Os defensores da revisão judicial costumam usar o resultado tipo I para defender dito instituto, alegando que a Corte serve para proteger minorias contra a “tirania da maioria”. Dahl busca demonstrar, empiricamente, que não é isso o que acontece na maioria dos casos¹⁹.

Dahl demonstra que o entendimento da Suprema Corte está sempre alinhado com o da aliança nacional dominante. Afinal, os ministros são indicados pelo presidente, que não indicaria um juiz que fosse hostil a suas políticas públicas. Dessa forma, estaria a Corte menos propensa a obter sucesso se a iniciativa bloqueada for a de uma maioria, tendo um pouco mais de chances se essa maioria for fraca. Inclusive, uma maioria legislativa forte sempre consegue superar o veto da Corte²⁰.

Dahl conclui alegando que a Corte não era eficiente protegendo direitos fundamentais e que tinha poucos poderes para afetar o curso da política nacional²¹.

Como as investigações de Dahl se deram em 1957, questiono se ele teria tido as mesmas conclusões se dita pesquisa tivesse sido levada a cabo nos dias atuais. Decisões como a aprovação do casamento igualitário e a reforma da saúde afetaram fortemente o curso da política nacional norte-americana e protegeram direitos de minorias, mas são decisões que também estavam totalmente alinhadas com as políticas do executivo, o que talvez comprove a tese de que o judiciário se alia à aliança nacional dominante. É possível que a Suprema Corte apenas tenha protegido direitos fundamentais de minorias, nesses casos, porque a aliança nacional dominante tem viés progressista.

A teoria de Dahl também põe, por água abaixo, o argumento dos defensores da revisão judicial - como Dworkin - de que seria melhor que o Judiciário decidisse as questões importantes, pois seria uma instituição neutra, diferentemente do legislativo, que sofre pressões políticas e econômicas²². Ao demonstrar que o entendimento da Suprema Corte tende a se

¹⁹ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **The Journal of Public Law**, n. 6, 1957, p. 282-283.

²⁰ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **The Journal of Public Law**, n. 6, 1957, p. 284-286/ 288/ 293.

²¹ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **The Journal of Public Law**, n. 6, 1957, p. 292-293.

²² ROSENBERG, Gerald N. The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Emory Law Journal**, v. 50, 2001, p. 627.

alinhar com o da aliança nacional dominante, o status de “neutralidade” da instituição é posto, claramente, em cheque.

3. O centro da argumentação contra a revisão judicial: a visão de Jeremy Waldron

Waldron se opõe à chamada revisão judicial “forte”, que é a existente nos Estados Unidos da América (e no Brasil), em que os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma norma em um caso particular, ou para modificar o efeito de uma norma, a fim de que sua aplicação reste em conformidade com os direitos individuais. Mais importante ainda, a Corte tem autoridade para declarar que determinada norma não será aplicada, transformando-a em letra morta²³.

Seu argumento contra a revisão judicial é construído com alicerce em quatro condições que devem se encontrar presentes em uma sociedade (caso contrário, o argumento não se sustentará): (I) instituições democráticas em razoavelmente bom estado de funcionamento, incluindo uma legislativo representativo, eleito com base no sufrágio universal; (II) um conjunto de instituições judiciais, em bom estado de funcionamento, criado com base em critérios não representativos, para ouvir ações individuais, resolver disputas, e defender o Estado de Direito; (III) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus funcionários em respeitar os direitos individuais e das minorias; e, por fim, (IV) boa-fé nos desacordos sobre direitos entre os membros da sociedade, que estão comprometidos com a ideia de direitos. Dita sociedade deveria resolver seus desacordos pela via legislativa. Não haveria a menor necessidade de as decisões legislativas passarem pelo crivo do judiciário, o que vai de encontro aos próprios critérios de legitimidade política²⁴.

No que diz respeito à condição III, quanto aos direitos das minorias, pergunto-me em quantos países ocidentais a maioria da população os respeita e os leva em consideração para tomar suas decisões. Acredito que em poucos.

O que se faz então quando os membros de uma comunidade estão comprometidos com os direitos, mas discordam em relação a estes? Há quem diga que a decisão do legislativo deve prevalecer apenas quando não viole direitos. Ocorre que os membros de uma sociedade também discordam a respeito de se determinada decisão os viola ou não. Assim, como resposta a esse

²³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, 2006, p. 1354.

²⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, 2006, p. 1360.

problema de desentendimento moral, Waldron defende a legitimidade do procedimento, contrapondo-se à visão de Dworkin, que preza pelo conteúdo²⁵.

Nas palavras de Waldron:

Todavia, dada a inevitabilidade do desacordo sobre tudo isso, uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada por uma teoria da autoridade. Uma vez que pessoas discordam sobre o que a justiça requer e quais direitos temos, precisamos perguntar: quem deve ter poder para tomar decisões (...)? Saber o que conta como uma boa decisão é uma questão que não desaparece no momento em que respondemos à questão “Quem decide”? Pelo contrário, a função de uma teoria da justiça e dos direitos é aconselhar seja lá quem for identificado (pela teoria da autoridade) como a pessoa para tomar a decisão²⁶.

Waldron salienta o insulto que é considerar que cidadãos não deveriam dirimir seus conflitos por meio do procedimento majoritário, outorgando a um seleto grupo de juízes a autoridade de fazê-lo. Na verdade, o procedimento adotado pelos tribunais para se chegar a uma decisão é o mesmo: a votação majoritária.

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isto não é algo que se lhes permite resolver por meio de procedimento majoritário, mas que deve ser atribuído para determinação final a um pequeno número de juízes. É particularmente insultante quando descobrem que juízes discordam entre exatamente pelas mesmas linhas que cidadãos e representantes, e que juízes tomam suas decisões, também, por votação majoritária. Cidadãos podem sentir que, se desacordos nesses assuntos devem ser resolvidos pela contagem de cabeças, então são as suas cabeças ou as de seus representantes que deveriam ser contadas²⁷.

Assim, já que ambos decidem de forma majoritária, antes todos os cidadãos decidindo por maioria do que um seleto grupo de juízes fazendo o mesmo. Dessa forma, para o Waldron, a Suprema Corte não seria uma instituição contramajoritária. Tampouco tem o argumento dos juízes, nem a qualidade de suas decisões, peso no seu voto²⁸.

Em lugar de falar impessoalmente sobre “a dificuldade contramajoritária”, devemos distinguir entre a Corte decidindo por maioria, e muitos e muitos homens e mulheres comuns decidindo por maioria. Se fizermos isso, nós vemos

²⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1369-1370.

²⁶ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993, p. 32.

²⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 15.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 102.

ainda que a questão “Quem deve participar?” sempre tem prioridade sobre a questão “Como eles decidem quando discordam?”²⁹.

Dessa forma, é normal que os membros de uma comunidade se vejam constantemente submetidos a decisões que consideram injustas, mas isso faz parte dos riscos de se viver em uma comunidade política³⁰.

Estes pontos (...) são importantes para debates modernos sobre direitos, cortes e constitucionalismo. A revisão judicial baseada em direitos é geralmente defendida apontando-se a possibilidade de que o procedimento democrático majoritário pode levar a resultados injustos ou tirânicos. E assim eles podem. Mas assim pode qualquer procedimento que procura solucionar o problema da escolha social em face do desacordo sobre o que é injustiça ou tirania. A prática americana da Suprema Corte (...) já levou a decisões injustas. Qualquer um cuja teoria da autoridade dá à Corte o poder de tomar decisões precisa – assim como qualquer democracia – enfrentar o paradoxo de que a opção que ele pensa ser justa pode não ser a opção que, por essa teoria da autoridade, deveria ser seguida³¹.

A defesa do procedimento como melhor maneira de se obter uma decisão democrática levaria a duas perguntas fundamentais: “por que eles? Por que não eu?” e “no procedimento decisório, por que não foi dado maior peso aos pontos de vista dos legisladores que concordam comigo sobre o assunto?”. Primeiramente, são os legisladores quem decide, pois foram eleitos diretamente pelo povo, logo, são responsivos perante este. Nas eleições, os cidadãos decidem, em condição de igualdade, quem deverá assumir o posto privilegiado de representá-los na tomada de decisões. Em segundo lugar, o princípio majoritário garante justiça e trata os participantes com igualdade. Assim, todas as opiniões têm peso igual³².

Ao dar mais valor ao procedimento que à substância, Waldron, de certa forma, termina por considerar que mesmo as decisões que contrariam os direitos das minorias, se deliberadas por uma legislatura eleita, serão consideradas democráticas. Assim, uma decisão que fosse contrária ao matrimônio igualitário continuaria sendo democrática, uma vez que passou pelo debate legislativo. Waldron, igualmente, deveria levar em consideração que, embora a deliberação legislativa supostamente deixe todos em situação de igualdade, nem todos possuem

²⁹ WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993, p. 50.

³⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 109.

³¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 247.

³² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1387-1388.

a mesma capacidade de influência, restando claro que o legislativo também sofre pressões políticas e econômicas.

Quanto ao argumento de que a revisão judicial seria eficiente para proteger direitos das minorias contra a tirania da maioria, Waldron argumenta que tirânico é sempre algo relativo. Sempre que um lado discordar de algo, achará que o lado a favor estará sendo tirânico. Como exemplo, o autor cita a lei que regula o financiamento de campanha. Os que se opõem à referida lei sempre a acharão tirânica³³.

CONCLUSÃO

É difícil se posicionar quanto a quem deve dar a última palavra, se o judiciário ou o legislativo. Tanto os argumentos de Dworkin a favor da revisão judicial, como os argumentos de Dahl e Waldron contrários a dito instituto são bastante convincentes.

Talvez os que defendam a revisão judicial, como Dworkin, em boa medida, estejam insatisfeitos com a democracia representativa. Para que se possa defender vigorosamente os legisladores, é preciso acreditar que eles realmente estão sendo representativos. É evidente que, em uma grande quantidade de casos, foi o Judiciário quem protegeu o direito das minorias, como recentemente, quando a Suprema Corte norte-americana reconheceu o matrimônio igualitário.

É verdade, igualmente, que, no citado caso do matrimônio igualitário, dita decisão estava totalmente alinhada com as políticas do presidente, o que favorece a tese de Dahl de que o Judiciário tende a se alinhar à aliança nacional dominante. Talvez a revisão judicial passe a ser mais bem vista, aceita e preferida, em tempos em que o executivo e o judiciário têm viés mais progressista, situação em que irão tender a, de fato, proteger os direitos das minorias não reconhecidos pelo legislativo.

No que diz respeito à legitimidade democrática, difícil contestar o argumento de Waldron de que os legisladores são os legitimados, uma vez que foram eleitos diretamente pelos cidadãos e, portanto, são responsáveis perante estes. Por outro lado, ao dar mais valor ao procedimento que à substância, Waldron, de certa forma, termina por considerar que, mesmo as decisões que

³³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, 2006, p. 1395-1396.

contrariem os direitos das minorias, se deliberadas por uma legislatura eleita, serão consideradas democráticas.

Por fim, não pretendo posicionar-me em favor ou contrariamente a nenhuma das posições. Os argumentos dos três autores estudados demonstram como, a depender do aspecto a ser observado, uma das posições parece mais acertada que a outra, o que torna difícil a construção de um posicionamento final.

BIBLIOGRAFIA

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **The Journal of Public Law**, n. 6, 1957, p. 279-295.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martin Fontes, 2010.

LEIBIR, Mauro; DUTRA, Letícia. **Direitos das minorias e pressupostos democráticos**: um paradoxo da jurisdição constitucional. [S.l.], [s.d.].

LUCHINI, Natália. **Democracia e controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. 2007. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MONTEIRO, Fernando Luís Teles Carneiro. **O Supremo tem a prerrogativa de errar por último?** Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas. 2014. Monografia (Bacharelado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

ROSENBERG, Gerald N. The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Emory Law Journal**, v. 50, 2001, p. 613-630.

WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, 2006, p. 1346-1406.