

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-212-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

A DISPUTA PELA PALAVRA FINAL: ARGUMENTOS CONTRA A SUPREMACIA JUDICIAL E PELA SUPREMACIA PARLAMENTAR EM WALDRON E VERMEULE

THE DISPUTE FOR FINAL WORD: ARGUMENTS AGAINST JUDICIAL SUPREMACY AND FOR THE PARLIAMENTARY SUPREMACY IN WALDRON AND VERMEULE

Ramaís de Castro Silveira ¹
Claudio Ladeira De Oliveira ²

Resumo

O artigo inicia-se por salientar a trajetória de ocaso da soberania parlamentar, desde a sua sustentação teórica inicial pelos teóricos do liberalismo clássico. A seguir, com base nas obras de Jeremy Waldron e Adrian Vermeule, desenvolve-se a crítica contemporânea à supremacia judicial acerca da adjudicação do sentido da Constituição, em paralelo com a defesa da alocação da palavra final com o poder legislativo. Por fim, tecem-se algumas abordagens críticas sobre a possibilidade de aporte dos debates internacionais abordados na realidade constitucional brasileira.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Supremacia judicial, Supremacia parlamentar

Abstract/Resumen/Résumé

The article begins by pointing out the decline trajectory of parliamentary sovereignty, since its initial theoretical support by the theorists of classical liberalism. Next, based on the works of Jeremy Waldron and Adrian Vermeule, develops contemporary criticism of judicial supremacy in interpreting the meaning of the Constitution, in parallel with the defense of the allocation of the last word in legislatures. Finally, are made some critical approaches about the possibility of use of international discussions in Brazilian constitutional reality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Judicial supremacy, Legislative supremacy

¹ Doutor em Direito (Unb). Advogado. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS).

² Doutor em Direito. Professor da UFSC.

1 Introdução

No Brasil, recentemente importamos uma preocupação já antiga nos Estados Unidos: a de como considerar legítima – na democracia - uma decisão final sobre o sentido da lei maior do Estado tomada por uma instituição que não é controlada diretamente pelo povo e que não deve explicações a ninguém.¹ Nos EUA o debate sobre o assunto remonta a 1960, com *The Least Dangerous Branch*, de Alexander Bickel² (FRIEDMAN, 1993, p. 578). No Brasil, a década de 1990 foi de consolidação do STF, com seus novos poderes oriundos de 1988, e os anos 2000 viram florescer uma jurisprudência ativista e autoconfiante. Não, contudo, sem que as mesmas inquietudes dos norte-americanos vicejassem ao pé dessa frondosa árvore da supremacia judicial.

As críticas ao poder do tribunal constitucional dizer a última palavra questionam inúmeras justificativas para querer-se um tal desenho institucional, salientando a zona de atrito e mesmo de eventual incompatibilidade entre democracia e constitucionalismo. Atacam desde a ideia de que cortes deliberem moralmente melhor sobre direitos até a própria suposição de que conseguíssemos determinar o que é a “decisão correta”.

O presente artigo busca apreciar uma síntese destas críticas e dos argumentos de defesa da supremacia parlamentar, com base, sobretudo, nas obras de Jeremy Waldron e Adrian Vermeule, para perceber a aplicabilidade ao contexto nacional. A análise permitirá sustentar, na conclusão, posição normativamente favorável a que a última decisão sobre o significado da Constituição reste nas mãos dos representantes do povo.

2 Suma do ocaso da supremacia parlamentar

Na era dos Códigos (séc. XIX), a palavra final era sobre a interpretação das leis, não da Constituição. Esta se tratava apenas de uma “*proclamação política, que deveria inspirar o Poder Legislativo*” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 120), mas não uma norma

¹ “[...] A legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade é uma questão difícil para a política liberal-democrática em que ao judiciário foi dada a responsabilidade de fazer a revisão de princípios constitucionais e o poder de revogar decisões parlamentares daqueles que foram democraticamente eleitos. [...]” (HIEBERT, 2002, p. 21, tradução nossa).

² É também clássica, por exemplo, a ideia da corte como protetora, apenas, das pré-condições da democracia, no sentido de Ely (1980, p. 103), para quem o controle de constitucionalidade é válido quando os que estão no poder não deixam (ilegitimamente) os que não estão entrar. Souza Neto e Sarmento (2013, p. 151-152) arrolam as condições de funcionamento da democracia como temas em que, mesmo num sistema de deferência judicial às posições dos poderes políticos, requerem postura ativista por parte do judiciário.

cogente. Os parlamentos eram os únicos a dizer o direito. Nada mais plausível diante do lugar de honra então ocupado pela teoria de Montesquieu, que dissera no clássico *Do Espírito das Leis* que:

[...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. [...] Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. [...] (1973, p. 157-160)

Antes dele, Locke defendia no *Segundo Tratado Sobre o Governo* (LOCKE, 2005, p. 503) que:

[...] Esse *legislativo* é não apenas o *poder supremo* da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de *lei* se não for *sancionado pelo legislativo* escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à *lei*, o *consentimento da sociedade*, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida. Portanto, toda *obediência* a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes termina finalmente nesse *poder supremo* e é regida pelas leis que ele promulga. Não pode um juramento a um poder externo qualquer ou a algum poder interno subordinado dispensar nenhum membro da sociedade de sua *obediência ao legislativo*, que delibera segundo seu encargo, nem obrigá-lo a nenhum tipo de obediência contrária às leis assim promulgadas ou mais além do que o admitido por estas, pois é ridículo imaginar alguém definitivamente obrigado a *obedecer a* qualquer *poder* dessa sociedade que não seja o *supremo*.³

Bercovici e Lima (2013, p. 793) chegam a dizer, citando Kant, que:

[...] Somente soluções fora da democracia é que poderiam estranhar a supremacia do Poder Legislativo ao longo do pensamento político moderno. Na sua *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant não deixa dúvidas quanto à preponderância do Legislativo sobre o Judiciário. Pertence a Kant (*Metaphysik der Sitten*. Darmstadt: WBG, 1983, p. 431-432) a seguinte afirmação:

“Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa

³ Não deixa de ser irônico o termo usado (*supremo*). Os itálicos são do original.

de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz [...]” [Grifo nosso].

Até o final da Segunda Guerra, o mundo praticamente não conheceu jurisdição constitucional relevante e, sobretudo, não reconheceu força normativa às Constituições (BARROSO, 2014, p. 240), com a confirmadora exceção do caso norte-americano.

Quando se conclui que parte da culpa pelo avanço do nazismo fora da ausência de freios às decisões majoritárias tomadas pelas instâncias políticas, se resolve, no pós-guerra, que a magistratura deveria poder aferir se os limites constitucionais dos direitos fundamentais e dos desígnios do poder permaneciam hígidos a cada decisão parlamentar e governamental (FAVOREAU, 2004, p. 23), o que é feito por meio da instalação de tribunais constitucionais – vitória de Kelsen⁴ – na Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e tantos outros (NINO, 1997, p. 258). O nascente controle de constitucionalidade, conferido na maior parte dos casos ao judiciário (lembrar sempre a França como ponto fora da curva), trazia consigo o germe do fim daquela primazia dos parlamentos em dizer o significado das leis e da própria Constituição.

3 O combate à supremacia judicial e a defesa dos legisladores: Waldron e Vermeule

3.1 Waldron e o procedimentalismo

Há muitos, contudo, que defendem até hoje a supremacia parlamentar na interpretação da Constituição. Provavelmente o mais conhecido detrator do ativismo judicial seja Jeremy Waldron.

Ele repele a possibilidade de um controle de constitucionalidade que permita ao judiciário invalidar uma lei num caso concreto, ou mesmo estipular, como se diria no modelo brasileiro, uma interpretação conforme a Constituição que dê um sentido à norma que o texto, *a priori*, não continha e que o legislador não cogitou adotar (essas seriam características de

⁴ Kelsen (2003), quando do debate com Carl Schmitt sobre quem deveria dizer o sentido da Constituição. As críticas que promove Schmitt a ideia do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição são extremamente interessantes (ver-se, por exemplo, 2007). Não aprofundaremos aqui suas posições porquanto, a uma, estão largamente abarcadas pelas críticas dos autores mais contemporâneos e, a duas, ele não era um defensor da supremacia parlamentar, ao contrário, era um crítico. Para ele o guardião da Constituição deveria ser o presidente do *Reich*. Para um bom resumo do debate entre Kelsen e Schmitt, ver Batista (2015). Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 205-206) considera que não havia um embate real entre Kelsen e Schmitt, sobretudo porque o conceito de constituição a ser “guardada” e o “inimigo” de quem protegê-la não seriam os mesmos para os dois: “*Nesse sentido, percebe-se que o embate entre Kelsen e Schmitt é mais simbólico do que real.*”

um “controle forte” de constitucionalidade – *strong judicial review*⁵). Waldron defende que a opinião mais relevante deve ser do parlamento, em homenagem ao princípio majoritário e à democracia. Ele considera que juízes não eleitos – e não controláveis popularmente – não têm legitimidade para decidir em última instância (dar a palavra final) sobre questões constitucionais que, no mais das vezes, são desacordos políticos não resolvidos no texto das constituições. Caso o façam, subtraindo a decisão do legislador, Waldron entende que a própria vontade popular estaria sendo atacada.

Como um defensor arguto do procedimento como forma de legitimar o resultado, ele entende que mesmo um produto positivo, ou seja, uma “boa” sentença (que seria aquela que satisfaria, no caso concreto, evidentes valores de justiça ou mesmo garantiria melhor, sem sombra de dúvida, os direitos fundamentais), não se justificaria e não deveria ser considerada legítima se tomada por juízes em detrimento da decisão da maioria parlamentar.

E, se seria ilegítima mesmo quando a decisão parece inequivocamente gozar de um bom conteúdo, o que dizer das sentenças que resolvem definitivamente temas altamente controversos na própria sociedade, como valores morais e melhores formas de implementar políticas públicas? Ora, nestes casos, Waldron, com ainda mais vigor, rechaça a ação do judiciário. Do que se poderia concluir que, para o autor, o direito à participação política, direta ou indireta, na tomada de decisões é supremo, não podendo ser mitigado em nome de seja o que for, mesmo que se trate de querer “boas” decisões ou defesas das minorias.⁶

⁵ Em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), Waldron estipula uma definição do que seja um “controle forte de constitucionalidade”, contrapondo-o ao “controle fraco”: primeiramente, o controle forte tem como base material as leis decididas por um parlamento democraticamente eleito (e não as políticas públicas levadas a cabo pelo executivo ou mesmo as decisões de níveis inferiores do próprio poder judiciário). O controle forte existe quando uma corte tem o poder de não aplicar uma lei a um caso concreto, mesmo que a ela ela se destine claramente; ou quando pode dar uma sentido à lei, sob o argumento de resguardo dos direitos individuais, não pretendido pelos legisladores e talvez até mesmo em contradição com o texto em si do estatuto. Além disso, em sistemas em que vige o *strong judicial review*, a corte constitucional pode declarar uma lei inconstitucional, com efeito vinculante a toda sociedade para casos futuros. Numa forma fraca de controle judicial, a corte pode considerar que uma determinada lei não é adequada à defesa dos direitos fundamentais, mas uma tal consideração não leva, automaticamente, ao afastamento da norma do sistema jurídico; serve, antes disso, apenas de anúncio ao parlamento para que cogite alterar a lei (caso britânico). Também na *weak-form* o tribunal poderá buscar indicar uma, dentre as várias interpretações possíveis do texto, o que mantenham compatível com os direitos fundamentais (caso neozelandês). Também se consideraria, formalmente, uma forma fraca de controle judicial o caso canadense, em que há poder para a corte suprema decidir não aplicar uma lei por sua incompatibilidade com previsões da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), mas desde que o próprio parlamento não tenha se precavido e ali imposto a *notwithstanding clause*, que, quando presente, afasta um tal poder. Diz-se formalmente acima porquanto Waldron reconhece a raridade do uso efetivo desta cláusula na legislação do Canadá. Por outro lado, é de se reconhecer que a mera existência desta previsão tem o condão de mudar a postura dos magistrados quando têm à sua frente decisões sobre direitos fundamentais, ainda que haja um grande custo político para os legisladores colocarem em marcha esta cláusula (pela qual admitem, de certa forma, que estariam descumprindo a Carta de Direitos).

⁶ Richard Bellamy (2008, p. 97, tradução nossa) aponta, com certa ironia, que: “Para os antigos gregos, a participação política era parte intrínseca da cidadania. Para gozar da promessa de igualdade cívica que o

Em todos os casos em que haja desacordos razoáveis entre pessoas bem intencionadas que buscam resolver problemas constitucionais, Waldron defenderá que nada mais se pode querer além de um procedimento justo de tomada dessa decisão. Este percurso, ao seu turno, somente logrará êxito se basear-se no princípio da decisão majoritária, pelo qual todas as opiniões gozam de mesmo valor e, portanto, se possa aferir um resultado que considere igualmente o direito do indivíduo de participar.⁷

Em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), Waldron busca um argumento universal contra o controle de constitucionalidade judicial e o ativismo de magistrados. Essa universalidade adviria da possibilidade de se o aplicar em qualquer sistema político em que haja a divisão de poderes e em que exista uma Constituição, não importando particularidades históricas, políticas e culturais. Sendo irrelevante, sobretudo, a forma como os juízes exercem o controle de constitucionalidade e sua atitude particular, se de autocontenção ou de desbragado ativismo. Ele deixa mais claro que sua maior objeção se dá contra o controle forte de constitucionalidade, o que talvez pudesse absolver as formas “fracas” (*weak-form of judicial review*), pois naquele o parlamento não poderia superar, de maneira alguma, a interpretação judicial, nestas, sim. O controle de constitucionalidade seria justificável, ainda em algumas hipóteses: “*Pode eventualmente ser o caso de que o controle de constitucionalidade judicial seja necessário como medida protetiva contra patologias legislativas em relação a questões de gênero, raça ou religião em determinados países.*” (2006, p. 1352, tradução nossa).

Waldron postula que mesmo os defensores do *judicial review* admitem que juízes muitas vezes erram e que sua legitimidade para certas decisões é eivada de déficit democrático. Não se deveria exagerar, porém, tais problemas – dizem os defensores do controle judicial de constitucionalidade – até mesmo porque tais dificuldades não seriam relevantes frente à *tiranía da maioria* (2006, p. 1348). A resposta destes, assim, seria que os problemas do *judicial review* seriam preços a pagar em alguns casos para que, em tantos outros, pudéssemos contar com boas sentenças que apenas um corpo, supostamente não sujeito às pressões políticas e (também supostamente) melhor aparelhado argumentativamente, poderia tomar em favor dos direitos fundamentais.

estatuto da cidadania sustenta, todos os cidadãos devem tomar parte no processo político. Caso contrário, ao invés de uma situação em que regrava e era regrado, o cidadão deveria ser simplesmente regrado. Na verdade, nossa palavra ‘idiota’ vem do grego ‘idiotes’, um termo usado para descrever alguém que se concentra inteiramente em seus assuntos privados e negligencia a arena pública. Hoje em dia, no entanto, a maioria de nós é propensa a ser idiota nesta acepção.”

⁷ É importante perceber que as decisões, nos tribunais, também são tomadas por maioria, o que faz com que os detratores da supremacia parlamentar em nome da última palavra judiciária tenham maiores dificuldades em criticar a tomada de decisões pelo princípio majoritário por esta razão em si.

Esta forma de decisão final não seria adequada numa sociedade livre e democrática. O ideal de um regime democrático não conviveria bem com a necessidade dos parlamentos serem constantemente vigiados por juízes não eleitos. Neste ponto, de lembrar-se do termo, aparentemente cunhado por Alexander Bickel (1986, p. 16-17), “dificuldade contramajoritária”, que sabia não ser fácil justificar o papel de defesa de direitos fundamentais por cortes que, ao fim e ao cabo, subtraem das maiorias parlamentares a decisão final sobre a aplicação jurídica. Países em que não se aceita o controle judicial de constitucionalidade têm sociedades que sabem ser a arena parlamentar o *locus* adequado para discutir e decidir sobre direitos.

Há exemplos que levam Waldron a crer firmemente que os parlamentos são capazes, sobretudo quando suas decisões tem o condão de determinar cogentemente regras de conduta social, de realizar aprofundados debates sobre direitos e mesmo de garantir liberdades às minorias. Em sistemas em que há, por outro lado, o *judicial review*, os legislativos até poderão realizar bons debates, mas nada garante que suas resoluções permaneçam, pois sempre haverá a possibilidade de um juiz discordar e cassar, por diversos meios, o conteúdo da “sentença” parlamentar.

The Core of the Case centrará em dois aspectos principais a crítica ao controle judicial de constitucionalidade: a) que ele não permite à sociedade realizar o debate sobre as questões reais que envolvem a disputa por direitos, pois, entre magistrados, acabam prevalecendo pormenores como precedentes, textos e interpretação; e b) que é ilegítimo politicamente, pois as decisões na seara judicial, apesar de também serem tomadas majoritariamente (como no parlamento), o são por uma maioria extraída de um pequeno número de juízes não eleitos e não controláveis pela população, ferindo de morte o princípio representativo e de igualdade política na resolução de conflitos sobre direitos (WALDRON, 2006, p. 1353).

Waldron estipula quatro pré-condições para que a crítica que faz ao *judicial review* seja válida:

1- Que a sociedade em questão tenha instituições democráticas em bom funcionamento, com um parlamento eleito pelo voto adulto universal;⁸

⁸ Waldron (2006, p. 1361) explicita o que seria este parlamento a garantir o bom funcionamento da democracia: ele seria um grande corpo com capacidades deliberativas, acostumado a lidar com difíceis questões valores. Os procedimentos de legiferância seriam elaborados e responsáveis e se guarneceriam de “salvaguardas”, como o bicameralismo, seguro processo de apuração de votos, vários níveis de apreciação, debate e votação. A existência de partidos políticos e a afiliação dos parlamentares também seria essencial, pois ela tem o condão de mobilizar em certas direções o próprio funcionamento do legislativo. De se notar que a maioria dos regimes políticos ocidentais estaria aí enquadrado, segundo Waldron, não se podendo querer tratar, apenas, de casos

2- Que haja um aparelho judiciário politicamente independente também em funcionamento real, com juízes não eleitos empoderados para julgar ações individuais e defender o Estado de Direito;

3- Que exista um compromisso da maioria da população e dos detentores de parcela do poder público com a defesa de direitos individuais, inclusive das minorias;⁹ e

4- Que se verifique a ocorrência de desacordos de boa-fé, persistentes e substanciais, acerca da interpretação da extensão de direitos entre os membros da sociedade com eles comprometidos.¹⁰

Se qualquer destas condições não estiver presente, não valerá, também, a crítica que Waldron faz ao controle judicial forte de constitucionalidade, passando a ser legítima a existência de um grau mais elevado de ativismo judicial. Se, por outro lado, estiverem presentes tais supostos, então não haveria razão para que as divergências sobre direitos fossem resolvidas por uma corte (o que afeta a legitimidade política da decisão em si), ao invés de um parlamento democrático.

Quando o parlamento de um país em que as pré-condições estão presentes toma uma esclarecida decisão sobre uma disputa de direitos, notadamente pela edição de uma lei, como se poderia sustentar que o judiciário cassasse tal decisão? Uns dirão que a corte somente poderia fazê-lo quando a lei violasse a Constituição, mas isso é um sofisma, posto que estamos a tratar exatamente de um caso em que a Constituição não definiu os limites de tal direito. Então a divergência que há, após a aprovação de lei, é exatamente acerca da violação ou não de direitos por esta lei. Waldron dirá, então, que o que se precisa é de um

“perfeitos” ou em que jamais o parlamento vivenciasse vicissitudes. Ademais, é salientado que o autor não caracteriza o bom funcionamento do parlamento em razão de leis justas ou injustas que são produzidas, até pelo grau de subjetividade disso, ou seja, importa o adequado procedimento de feitura, não seu resultado. Diz Waldron (2006, p. 1389, tradução nossa): “[...] *nosso núcleo de objeção não se dirige a situações em que os sistemas legislativo e eleitoral são patológica ou incorrigivelmente disfuncionais.*”

⁹ Diz Waldron: “*Não busquei mostrar que a prática do controle judicial de constitucionalidade é imprópria em todas as circunstâncias. Ao invés disso, tentei mostrar porque um controle de constitucionalidade de direitos fundamentais é inapropriado para sociedades razoavelmente democráticas cujo maior problema não é que suas instituições legislativas sejam disfuncionais, mas que seus membros discordem sobre o significado dos direitos.*” (2006, p. 1406, tradução nossa).

¹⁰ Tais desacordos, evidentemente, não se esgotam em aspectos meramente interpretativos (mesmo que com as técnicas jurídicas) dos textos legais e constitucionais, mas remontam ao próprio âmago das divergências político-axiológicas não resolvidas no âmbito do direito positivo. Waldron dá esclarecedores exemplos de temas dessa natureza, que perpassam diversas sociedades modernas: aborto, ações afirmativas, legitimidade dos governos para promover a redistribuição de riquezas e a para intervir no mercado, direitos de suspeitos de crimes, conceito de tolerância religiosa, direitos culturais de minorias e regras de propaganda e gastos de campanhas eleitorais (2006, p. 1367). Tushnet (1999, p. 14) vai na mesma linha, considerando o desacordo como inerente às sociedades humanas: “*Desacordo vigoroso sobre o que estes princípios [fundamentais] significam em relação a um específico problema de política pública não significa que nós, como sociedade, não tenhamos direitos fundamentais em comum. Eu argumento [...] que desacordos sobre o significado da Constituição fina [thin Constitution] são melhor conduzidos ‘pelas pessoas’, nas veias ordinárias da discussão política.*”

procedimento decisório que promova o acordo (decisão) necessário sobre o tema. Então, embora os cidadãos possam divergir sobre o conteúdo dos direitos em si, serão obrigados a convergir para legitimar uma determinada forma de tomada de decisão sobre a disputa. E aqui o autor perfaz crítica direta aos defensores do ativismo judicial:

[...] uma teoria política normativa precisa incluir mais do que apenas uma base para justificar certas decisões apenas por seus méritos. Ela precisa ser mais do que, digamos, uma teoria da justiça ou uma teoria do bem comum. Ela ainda precisa lidar com a questão normativa da legitimidade dos procedimentos decisórios que são usados para produzir as decisões políticas em face dos desacordos. Uma teoria política normativa que não faça isso é seriamente incompleta. (2006, p. 1371, nota 65, tradução nossa).

Jeremy Waldron diz que qualquer que seja o procedimento decisório escolhido, ele muitas vezes será falho em garantir “bons” resultados (substancialmente falando). Isso vale para a forma legislativa de decidir e mesmo para o *judicial review*. Ou seja, é possível que as pessoas aceitem resultados que consideram injustos porque concordam que são oriundos de procedimentos que consideram justos.¹¹ O problema estaria, se assim podemos resumir, em não ser provável que pessoas que discordam sobre o conteúdo de direitos consigam concordar sobre o que seria o conteúdo justo de uma decisão sobre eles – se é exatamente nisso que divergem. Mas os “substancialistas” do ativismo judicial insistem em que devemos favorecer o procedimento que melhor garanta essa quimera chamada decisão “boa”, “justa”, a “melhor decisão”. Saber de antemão que decisão seria a “correta” acaba com a chance de adesão ao resultado daqueles que, *a priori*, discordam dela. É por isso, sustentará Waldron, que só podemos almejar um procedimento que seja considerado legítimo por todas as partes, sem que se saiba de antemão o resultado.

Haveria, ainda, argumentos “instrumentalistas”, pró-resultado, que não defenderiam “a resposta certa”, mas o melhor aparelhamento do judiciário, pela forma como está organizado (independência dos juízes em comparação com os legisladores, maneiras como os

¹¹ Tushnet (1999, p. 31, tradução nossa) adota argumento semelhante: “*Um direito constitucional popular deita-se sobre um apego à democracia, um apego ele mesmo abarcado pelos princípios da Declaração [aqui ele fala da Declaração de Independência dos Estados Unidos]. Ninguém pode garantir que os processos democráticos vão sempre produzir resultados com os quais eu concordarei. Pessoas razoáveis podem discordar com os julgamentos que eu faço sobre o que os princípios da Declaração prevêm. Democracia é uma forma de resolver estes desacordos sem colocar quotidianamente em risco a ordem social. Claro que se a democracia produzir rotineiramente resultados desagradáveis, ou ocasionalmente produzir verdadeiras vilanias, eu posso repensar minha adesão à democracia. Mas o simples fato de que em algumas questões as pessoas possam adotar políticas – ou interpretações constitucionais – com as quais eu discordo é dificilmente tão incômodo. Esse fato postula, ao invés, que se eu me preocupo o suficiente, eu devo tentar persuadir as pessoas de que uma política diferente poderia ser melhor para fazer avançar o projeto da Declaração.*”

argumentos são defendidos pelos interessados em cada fórum, procedimentos internos de tomada de decisões). Waldron considera essa sorte de teses favoráveis ao *judicial review* mais sólida que as anteriores que buscam a “boa” decisão. Contudo, assevera que aqui está em jogo o princípio da autodeterminação, presente quando alguém, diante de uma decisão de uma corte sobre a amplitude de um direito fundamental, questiona (2006, p. 1375) “[c]omo diabos eles excluem minha voz – desvestem-me de direitos – desta decisão que me afeta e à qual eu me sujeito?”

Waldron afirma não haver argumento conclusivo a demonstrar que “bons” resultados ou “decisões corretas” são mais prováveis no judiciário;¹² por outro lado, os argumentos que propendem ao procedimento mais legítimo conduzem, com algum grau de clareza, à seara legislativa como a adequada. Ele elenca, além dos já mencionados, três argumentos que costumam ser prolatados a favor das cortes como searas em que há mais propensão às “boas” decisões (substancialmente falando):

O primeiro, que os debates sobre direitos apresentados perante os tribunais têm o formato de casos específicos. Waldron dirá que, quando se está a debater controle de constitucionalidade e, sobretudo, quando está em tela o controle concentrado, não mais podemos pensar em casos concretos e individuais, mas apenas em ações representativas da controvérsia jurídica de fundo, que em pouco ou nada serão avaliados em suas peculiaridades e idiosincrasias. Por outro lado, a formulação parlamentar teria boas condições de trabalhar os casos individuais, seja por *lobbys*, audiências públicas e nos debates entre os legisladores. Ademais, diz Waldron, muitas leis atualmente são prolatadas a partir de casos individuais que, por representativos, ganham notoriedade.¹³

O segundo argumento favorável é de que a abordagem do judiciário às questões que envolvem direitos é moldada pela referência a uma Constituição ou catálogo de direitos (*Bill of Rights*). Ainda que os membros de determinada sociedade diverjam sobre o conteúdo dos direitos em si, podem adotar – e costumam fazê-lo – enumerações positivadas destes direitos, que, quando acionada a estrutura de controle de constitucionalidade, certamente serão

¹² Isto adviria de demonstrações empíricas e argumentos sociológicos, tal como perceber que o distanciamento, como característica marcante do judiciário, pode não ser sempre útil para a tomada de decisões, posto que, em muitos casos, a alienação da realidade vivida por aqueles que pleiteiam em juízo é antes um mal do que um bem para a tomada de decisão. Igualmente, àqueles que apontam a incapacidade dos legislativos para lidar com direito e prover “boas” decisões, inclusive que resguardem as minorias, Waldron afirma ser isto um “nonsense” (2006, p. 1378), pois a própria estrutura de eleição dos representantes e de tomada de decisões teria grande propensão a tomar em conta as diversas posições existentes na sociedade. A existência real de participação e de ponderação de interesses faria com que não se pudesse acusar as legislaturas de ausência de preocupação com os resultados deliberativos ou com uma atenção exclusiva ao procedimento majoritário.

¹³ São exemplos brasileiros, dentre tantos, a Lei Maria da Penha e a Lei Carolina Dieckmann, ou a alteração da Lei dos Crimes Hediondos para incluir o homicídio qualificado, com o caso Glória Peres.

reivindicados em seu conteúdo pelas partes em contenda. O problema aí, começa Waldron, é que a existência de textos canônicos contidos nas declarações de direitos faz com que os juízes se dediquem muito mais a tentar localizar teorias hermenêuticas e sentidos para as palavras, buscando sustentar suas posições de mérito sobre o tema em debate, do que sobre o mérito “moral” do tema em si.¹⁴ Ou seja, dizer-se que é bom que os juízes decidam com base nos direitos enumerados na Constituição, algo que poderia parecer razoável, talvez não seja, exatamente porque faz com que o debate saia do seu devido foco, argumentará o autor. E o pior seria quando o *Bill of Rights* existe e não contempla um determinado direito expressamente, *e.g.*, direitos sociais (nos EUA). Num tal caso, a corte tenderá a considerar que a omissão é proposital e dar mais relevância em seus julgamentos aos direitos individuais e desencorajar demandas por direitos sociais. Num parlamento, não se poderia dar tanto peso à omissão, pois ela sempre está aberta à colmatação.

E, por fim, o terceiro argumento favorável seria que o arrazoamento, justificação ou fundamentação tem um relevante papel nas deliberações judiciais. Contrapondo, Waldron primeiro diz que parlamentares também arrazoam seus votos, estando a fundamentação presente nos debates legislativos. O problema é que os juristas estariam acostumados a só levar em consideração, ordinariamente, a fundamentação dada por juízes ao decidir, não por legisladores. O jus-filósofo considera que a questão aqui talvez não seja a de afirmar que umas decisões são fundamentadas e outras não, mas de saber do nível de qualidade de cada arrazoamento. E quanto mais abstratos e temporalmente distantes forem os conteúdos lançados no *Bill of Rights*, mais a fundamentação da corte será um malabarismo hercúleo de história e de semântica e menos uma tentativa de justificação com base em questões políticas, morais e, inclusive, pragmáticas da sociedade.

A fundamentação das cortes também costuma dedicar grande energia, em sistemas da *common law* (e cada vez mais entre nós, caberia referir), aos precedentes. Gastam-se laudas e laudas comparando resultados e ponderações de julgamentos passados e discutindo, muitas vezes, se é ou não o caso de ultrapassar entendimentos pretéritos. E nisso se vai escapando do mérito dos direitos em questão.¹⁵ Waldron crê que essa lógica advém do fato de

¹⁴ “Tudo o que estou dizendo é que o direito da Corte prevalecer nestas circunstâncias de um desacordo com o legislativo possivelmente não pode ser baseado na superioridade de seus argumentos morais. As opiniões da Corte são exemplos perfeitos talvez de densa e complexa argumentação doutrinária, e frequentemente elas envolvem mostras pirotécnicas de mau-humor em questões de estratégias interpretativas utilizadas pelos ministros [justices]. Mas elas são risíveis como exemplos de deliberação moral. E, embora eu não possa demonstrar isso aqui, acredito que isso é verdade em muitos casos em que a Suprema Corte declarou inconstitucional a legislação.” (WALDRON, 2004, p. 43, tradução nossa).

¹⁵ “E todo o tempo, as verdadeiras questões que repousam em desacordos de boa-fé sobre direitos acabam sendo marginalizadas.” (WALDRON, 2006, p. 1383, tradução nossa).

que o judiciário sabe de seu déficit de legitimidade para decidir sobre questões morais controversas, então busca sustentar suas opiniões de fundo em Constituições, leis ou precedentes (veja-se que há, muitas vezes, uma decisão colossalmente relevante do ponto de vista moral sendo tomada, mas a justificativa dela não é dessa natureza).

Em contraste, os legisladores, com muito menos amarras, tendem a pautar seus debates – suas fundamentações - pelo próprio mérito dos direitos em questão, indo diretamente ao ponto, o que enriqueceria, ao invés de empobrecer, o nível de justificação parlamentar em comparação com o judicial. E, por fim quanto ao ponto, Waldron diz que tanto cortes como parlamentos podem produzir más fundamentações; o problema é que o judiciário as produziria quando funciona adequadamente, conforme se espera dele (argumentando com base em precedentes, palavras doutrinas e outros legalismos), ao passo que os legislativos gerariam fundamentações inadequadas apenas quando funcionassem patologicamente, com maiorias imprudentes e descomprometidas com os direitos das minorias e com os debates, o que não é o comportamento usual e esperado de tais instituições.

Vencido o debate sobre qual poder tem mais ou menos propensão às decisões substancialmente melhores, Waldron parte para tentar compreender os procedimentos decisórios do judiciário e do legislativo em linha de garantia da legitimidade de suas respectivas conclusões. Em simples e inspirado trecho, Waldron (2006, p. 1387, tradução nossa) sintetiza o que considera como a teoria da legitimidade política:

Imaginemos uma decisão sendo tomada por certo processo e imaginemos um cidadão C – que deverá estar vinculada ou afetada pela decisão – discordando da decisão e perguntando por que ele deve aceitar, concordar, ou conformar-se com ela. Alguns daqueles que sustentam a decisão podem tentar persuadir C de que ela é correta substancialmente. Mas se eles falharem, não por causa de nenhuma intransigência de sua parte, mas simplesmente porque C continua (não irrazoavelmente) a abraçar uma visão diferente nesta controversa e séria questão. O que então deve ser dito para C? Uma resposta plausível pode ser oferecida a ele acerca do procedimento em que a decisão foi tomada. Ainda que ele discorde do resultado, ele pode concordar que ele foi alcançado justamente. A teoria de uma tal forma de resposta baseada em procedimentos é a teoria da legitimidade política.

Sempre que há desacordo na sociedade, um conjunto de pessoas (às vezes uma só) deve tomar uma decisão. Discutir legitimidade do processo decisório é querer saber, antes de mais nada, porque estas pessoas – e não outras – tomarão a decisão em nome de toda população. E isso não é suficiente para a legitimidade, porque aqueles que tiveram a decisão tomada em seu nome (sobretudo os contrários ao resultado) quererão que o procedimento pelo

qual ela foi tomada tenha levado, adequadamente, em consideração seus pontos de vista, argumentando porque não devem prevalecer.

Em sistemas democráticos, sustenta Waldron, os parlamentos são instituições que conseguem responder bem às duas questões anteriores (seus membros são escolhidos em eleições livres e justas, em que o peso de voto de cada cidadão adulto é igual e o processo decisório que comportam é baseado no princípio majoritário, pelo qual vencem as opiniões sustentadas por, no mínimo, mais de metade dos votantes). O mérito da decisão majoritária não é muito discutido por Waldron, que considera ponto relativamente pacífico na teoria em razão de ser um procedimento neutro quanto às posições em disputa, tratar de forma igual os participantes do debate, dando-lhes, também, o máximo peso de voz possível. Então o autor compara estas condições decisórias com as de uma corte suprema: faz a esta as mesmas duas perguntas sobre legitimidade dos seus membros para decidir e acerca do procedimento decisório que privilegia um ponto de vista em detrimento de outro(s). A resposta, diz Waldron, é muito mais difícil e embaraçosa para o judiciário. Dizer que os membros das cortes supremas são indicados pelo executivo e aprovados pelo Senado não resolve, pois ainda que isso lhe confira certa legitimidade, ela é absolutamente fraca se comparada ao grau de sindicabilidade direta que o voto popular proporciona aos legisladores. É, assim, uma questão de comparação do grau de legitimidade.

Já quanto ao procedimento decisório da corte, Waldron não crê viável a deferência ao princípio majoritário, pois os juízes não representam ninguém e, assim, não haveria uma necessidade de igualdade entre seus votos. Talvez até o contrário, fosse necessário matizar os resultados decisórios, pois atualmente o que se faz é derrotar integralmente posições muitas vezes sustentadas por quase a metade dos membros das cortes com argumentos frontalmente contrários aos vencedores (e lembremo-nos de que uma das grandes características que se usa para defender o *judicial review* é a suposta supremacia argumentativa e de persuasão do judiciário, que, neste caso, se perde completamente).

A decisão da corte pode, em alguns sistemas, ser superada, ultrapassada (*overriden*), por uma emenda ao *Bill of Rights*, mas isso não é um argumento favorável ao *judicial review*. Sobretudo, porque emendas à Constituição costumam ser realizadas por procedimentos que exigem uma maioria qualificada, que não é necessária para a decisão judicial (isso, se se estivesse comparando em pé de igualdade os fóruns decisórios). E, em sistemas como o brasileiro, devemos lembrar, decisões sobre direitos provavelmente serão consideradas tão pétreas como as cláusulas que supostamente os contêm, o que faz com que tais sentenças se tornem, na prática, indevassáveis até mesmo por Emenda Constitucional.

Ao fim, Waldron dedica-se àquilo que ele percebe como sendo um errôneo consenso acrítico acerca de pressuposta “tirania das maiorias” na seara parlamentar. Parte-se, de antemão, em qualquer debate, da concepção de que as maiorias parlamentares tenderiam sempre a oprimir as minorias, que somente teriam a chance de encontrar defesa de seus direitos fundamentais no judiciário. Tirania, diz o autor, é quando um direito é negado a alguém. O problema é que, quando há disputas sobre o significado de um direito – sua existência ou sua extensão – o lado que for derrotado em sua pretensão de sentido tenderá a considerar a decisão como potencialmente tirânica. A questão é que muitas vezes as instituições cometem erros ao interpretar direitos, erros comumente evidentes. Só que isso não é típico, apenas, de parlamentos; cortes, talvez com a mesma frequência, também errem. “*Tirania, na acepção que estamos usando, é mais ou menos inevitável*”, diz textualmente Waldron (2006, p. 1396, tradução nossa).

Assim, que possível tirania seria menos pior: aquela das cortes ou a dos parlamentos? Waldron, sem sequer entrar no mérito de que a corte também toma decisões majoritárias, afirma que a potencial tirania (negação de direitos) oriunda do legislativo é menos grave, pois, pelo menos, permite a participação igualitária daqueles que serão afetados pela decisão.¹⁶ Ainda que seja evidente, o autor chama atenção para o fato de que muitas vezes as decisões das maiorias são corretas e, mesmo que contrariem as minorias, não suprimem dessas últimas direitos legítimos, liberdade ou bem estar. Às vezes, as minorias estão erradas sobre seus direitos. Ademais, diz, um dos pressupostos dos casos típicos considerados por ele é que a maioria da sociedade em análise tenha apego por direitos, inclusive os das minorias. Isso fará com que casos de abusos de direitos pelas maiorias sejam exceções em tais sociedades, não a regra (e lembremos que outro pressuposto é que os desacordos sobre direitos sejam de boa-fé, por pessoas que não estão auto-interessadas nos resultados diretos da contenda). Em suma, se a tirania das maiorias é algo com que devemos nos preocupar, a devida consideração acerca do seu significado nos conduz à conclusão de que ela é uma característica dos “*non-core cases*”, aqueles em que um ou mais dos pressupostos não está presente.

Waldron conclui sua defesa afirmando que as quatro pré-condições para a análise de casos de controle de constitucionalidade forte de leis não são nada irrealistas, como alguns detratores poderiam afirmar. Muitos exemplos de sociedades reais foram dados por ele. A despeito disso, quando uma ou mais das condições não se verifica, então os argumentos

¹⁶ E, quanto ao ponto, afirma Tushnet (1999, p. 57, tradução nossa): “*De qualquer ponto de vista, legislativos e cortes estão sujeitos a produzir erros constitucionais. A questão real é se em geral legislativos ou cortes produzem mais e mais relevantes erros constitucionais. E nós devemos ter uma teoria decente da interpretação constitucional fora das cortes até mesmo para sermos capazes de nos colocar uma tal questão.*”

contra o controle judicial de constitucionalidade não se aplicam, aceita Waldron. Isso não conduz, por outro lado, à conclusão de que sempre, nestes casos, deverá haver uma tal palavra final do judiciário. Um judiciário tão corrupto quanto o respectivo legislativo não parece oferecer mais esperanças à sociedade de que ele é parte. Há argumentos que conduzem até mesmo à conclusão contrária: sociedades com legislativos de atuação distorcida (sem apego aos direitos das minorias, opressivos, não representativos etc.) teriam mais dificuldades para mudar seus corpos parlamentares exatamente quando há o *judicial review*, em razão da baixa necessidade sentida pelos legisladores para alterarem suas práticas, já que suas decisões têm a importância diminuída, inclusive aos olhos da sociedade que supostamente representam.

Em suma, se judiciário e legislativo podem tomar decisões substancialmente boas, mas somente o legislativo as toma legitimamente, não há porque querer o primeiro como fórum de escolha acerca de divergências sobre direitos.¹⁷

3.2 Vermeule e a constituição codificada

Outro autor a defender a supremacia do parlamento é Adrian Vermeule. Ele sustenta não haver razões para crer que juízes tomem decisões epistemicamente melhores do que aquelas dos legisladores em matéria de direitos fundamentais. Ao contrário disso, chama essa crença de “falácia do nirvana”:

Este tipo de visão gera uma figura idealizada do melhor cenário para a legiferância judicial [*judicial law-making*] e o compara ao pior cenário para a legiferância do poder legislativo. Numa comparação imparcial, a superioridade epistêmica da produção de leis no legislativo emerge numa ampla gama de aspectos. (VERMEULE, 2009, p. 4, tradução nossa).

Os legisladores estariam melhor aparelhados para a tomada de decisões sobre direitos, pensa Vermeule.¹⁸ Se juízes são mais apartados da realidade e, supostamente, menos

¹⁷ É como também pensa Tushnet (1999, p. 186, tradução nossa): “*O direito constitucional popular devolve o direito constitucional ao povo agindo por meio da política. Assim como juízes podem, as pessoas podem dar respostas erradas a questões importantes. O direito constitucional popular não oferece garantias de que venhamos a chegar ao final com resultados políticos progressistas. Mas também não o garante o direito constitucional elitista.*”

¹⁸ “[...] *Eu defendo uma constituição codificada, que resulta da superioridade epistêmica das legislaturas sobre as cortes sob um amplo arco de condições, especialmente em matérias de direito constitucional. Em comparação [...] - entre as atuais legislaturas e cortes interpretando previsões vagas ou ambíguas de constituições escritas - legislaturas têm robustas vantagens epistêmicas.*” (VERMEULE, 2009, p. 11, tradução nossa). “Constituição codificada”, em Vermeule, quer dizer que o parlamento decidiria sobre o sentido real da constituição por meio de leis, que especificariam o sentido das normas constitucionais sempre que estas fossem ambíguas ou abstratas, tais como os princípios. É um projeto pensado para um modelo em que é difícil ou improvável emendar a constituição, como o do caso norte-americano. Seriam, para a doutrina

sujeitos às influências externas em suas conclusões, eles perdem muito, por outro lado, em capacidade de cálculo e auto-responsabilização pelos resultados de seus julgamentos, exatamente em razão de não terem de prestar contas a ninguém. Vermeule (2009, p. 86) diz que a principal necessidade de balanço em desenhos institucionais é, portanto, entre a liberdade de decidir, que têm os juízes, e a informação – ou conhecimento social – dos legisladores.

Vermeule defende, convicto de que não se sustenta o discurso da superioridade judicial na definição de direitos, a capacidade dos legisladores para dar a palavra final nesta matéria. Ele utiliza para defender sua tese, primeiramente, o Teorema do Júri de Condorcet. Em suma, tem-se que tal teorema advoga a maior capacidade de grandes grupos – e quanto maiores, melhor – tomarem “boas” decisões, desde que se utilize o princípio majoritário e que seja mais provável que cada pessoa logre, individualmente, decisões corretas.¹⁹⁻²⁰

Na esteira do quanto relatado, uma segunda ordem de argumentos de Vermeule a favor dos legisladores é que seriam os parlamentos muito mais capazes de agregar informação e, se no nível individual pode haver inúmeros vieses e até radicalismos, quando da necessária simplificação para a tomada de decisão, os grandes grupos parlamentares acabariam por buscar pontos em comum, afastando os extremos do espectro e tendendo à “boa” decisão. As individualidades em parlamentos numerosos, em razão da maior multiplicidade de origem de seus membros se comparada com a pasteurizada formação e *locus* social dos juízes,²¹ ao invés

brasileira, leis interpretativas da constituição, que o STF já considerou inviáveis por aqui (ADIn 2797). É evidente que tais leis, se aceitas, retiram da suprema corte grande parte da exegese constitucional; mas é exatamente isso que defende Vermeule.

¹⁹ Não é pequeno o problema de transpor o Teorema de Condorcet, aplicável *a priori* a fatos, para questões morais, sobretudo porque talvez não se possa falar de verdades morais, como se pode tratar de verdades factuais (BARBER, 2010, p. 818). Antes ao contrário: se estamos partindo do princípio de que há desacordos morais razoáveis, então, de fato, o Teorema perde força, pois o aumento do número de vozes (e votos) não conduz a um melhor resultado, mas no máximo ao resultado mais próximo ao do que pensa a maioria. Isso, ainda assim, não invalida em nada as alegadas vantagens democráticas da deliberação majoritária, mas somente afastam dela a presunção de ser mais propensa à resposta correta. Como disse Waldron em “*The Core of The Case Against Judicial Review*”, tratado acima, o pressuposto das instituições democráticas, tanto judiciário, quanto legislativo, é que podem dar respostas “erradas”, não sendo isto que as diferencia (mas sim o grau de legitimidade daquela que dá a última palavra).

²⁰ Vermeule (2009, p. 54, tradução nossa) não pasteuriza, contudo, a ideia de que sempre muitas mentes tomarão melhores decisões do que poucas. Ao contrário, ele problematiza bastante essa presunção, dizendo que ela só é válida em termos bastante estritos: “[...] (1) ‘Muitas mentes’ é um grupo impreciso, cujas credenciais epistêmicas dependem precisamente de quem é incluído ou excluído. (2) À medida em que o número de mentes aumenta, a qualidade das mentes pode cair endogenamente, devido aos efeitos da seleção, incentivos e ignorância racional e individualismo [free riding] e influências emocionais e sociais. (3) Há um análogo epistêmico da lei de ferro da oligarquia: muitas mentes precisam da ajuda de um definidor de agenda e não podem falar ou agir exceto sob a liderança de uns poucos, o que dá origem a estrangulamentos e fraquezas epistêmicas. (4) No sistema jurídico, comparações um-muitos são raras, enquanto muitos-muitos são ubíquas.”

²¹ Vermeule (2009, p. 6) vai ao ponto de propor que não apenas juristas, mas pessoas de outras áreas do saber fizessem parte da corte constitucional com vistas a melhorar a qualidade dos julgamentos.

de reduzir, pelo contrário ampliariam muito a capacidade destes corpos de afastar os enviesamentos, justamente porque as miríades de opiniões extremadas tenderiam a se anular²². Além disso, nos parlamentos a discordância é inerente, talvez até incentivada, pelas posições de situação e oposição políticas, o que ajuda a enriquecer os debates com pontos de vista diversos, evitando o efeito cascata (aderência à opinião inicialmente manifestada) e a deferência a uma determinada personalidade com autoridade, problemas tão comuns em deliberações de grupos. Ao contrário, nas cortes o dissenso muitas vezes pode soar como uma fraqueza, pois com ele os juízes acabam admitindo que as leis e a própria Constituição não são claras, ou mesmo que algum deles não é tão hábil tecnicamente para encontrar a resposta “correta”.²³

Em suma, Vermeule quer uma corte constitucional (norte-americana) mais deferente ao parlamento e convicta de suas limitações institucionais. Isto é o que ele chama de uma “constituição codificada”, menos afeita à interpretação judicial com base em tradições, precedentes e *common law*, e mais de acordo com o texto promulgado pelo legislativo por meio de emendas constitucionais e de leis regulamentadoras:

Meu programa construtivo é propor um regime jurídico que chamo de *constituição codificada* [...]. A constituição codificada significa que leis e emendas constitucionais, ao invés de precedentes judiciais no estilo da *common-law*, farão o “grosso” do trabalho de [...] atualização do direito constitucional em circunstâncias de constante mudança. (VERMEULE, 2009, p. 4).

4 Conclusão

Parece haver diversos motivos para defender a supremacia parlamentar. Há um enorme potencial educativo em ter de resolver os próprios problemas sem dispor de um superego (lembrando Ingeborg Maus, 2000) exterior para fazê-lo. A decisão parlamentar, ademais, em geral possui considerável valor epistêmico. Não bastasse, está escrito no parágrafo único do Art. 1º da CF/88 que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, ou seja, numa leitura nada absurda, há mais poder nos ramos sufragados do Estado do que no judiciário. O

²² “[...] As muitas mentes atuais de legisladores, auxiliadas pelos recursos epistêmicos e complexas estruturas de processamento de informações dos modernos legislativos, são epistemicamente superiores que a sabedoria coletiva de uma linhagem de precedentes judiciais.” (VERMEULE, 2009, p. 6, tradução nossa). Neste caso, o autor está rebatendo o argumento do *common law* (tese burkeana) de que julgamentos por precedentes são bons porque agregam a sabedoria de muitos das gerações anteriores.

²³ BARBER (2010, p. 829). De se notar que o constrangimento será tanto maior quanto mais o formato de decisão do Tribunal se aproximar do tipo “deliberação externa”, em que todos têm acesso aos debates da corte.

Art. 2º da Constituição fala em independência e harmonia entre os três poderes, mas não em horizontalidade.

Essa proposta de palavra final com o Congresso, contudo, no Brasil, esbarra na realidade de um parlamento pouco representativo e sem a confiança da população (o que não é peculiaridade nacional). Além disso, e muito mais importante (porque composições parlamentares são alteráveis), a Constituição Federal de 1988 previu expressamente o STF como guardião e o controle judicial de constitucionalidade como forma de exercer este papel. Difícil distorcer o poder que isso dá ao STF: é ele, como instituição, que terá falado por último quando, por exemplo, a decisão de uma determinada ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) transitar em julgado e for executada. É certo que os ministros do tribunal podem adotar diversas posturas, desde as mais auto-contidas, até as mais ativistas – e que o nosso sistema constitucional permite qualquer delas. Mas é inegável que são os membros do STF – e somente eles – que decidirão ter ou não deferência pela posição dos parlamentares. É por este motivo que qualquer demanda que vise a orientar a forma de julgar dos ministros do Supremo, por mais razoável e bem fundamentada que seja, não passa de uma prescrição que poderá ser ou não seguida, pelos magistrados, ao seu próprio alvedrio.

Se fosse em geral autocontida e deferente às posições do Congresso Nacional, seria mais difícil enxergar a atuação do Supremo Tribunal Federal como um problema democrático. Porém, como os tempos hodiernos têm mostrado, o tribunal crescentemente aproveitou oportunidades para fazer valer suas posições jus-políticas em detrimento daquelas aprovadas pelos representantes eleitos, o que favorece a que se levante questionamentos sobre a legitimidade democrática de seus julgados.

Parece que um bom resumo do entendimento daqueles que defendem a palavra final com o parlamento – Waldron e Vermeule aqui abordados – é que creem na substância; porém, não na substância de “boas” decisões a que seriam mais propensos os juízes, e sim no debate sobre a substância, algo que é plausivelmente divergente na própria sociedade e que somente na decisão democrática do legislativo se poderia resolver pela regra da maioria. Não se poderia chamar de meramente procedimentalista o argumento a favor dos parlamentos, portanto, mas sim de um ponto de vista que defende a incerteza quanto ao conteúdo correto da decisão.

Em casos extremos (os defensores da supremacia judicial sempre argumentarão com o nazismo), ter no tribunal a palavra final simplesmente não resolve, afinal, são casos extremos e, neles, vive-se apenas a política, no seu sentido mais violento. Maus (2000, p. 195-197) sobre o contexto alemão, mostrou que juízes não salvam países do totalitarismo. Em

tempos de exceção, a experiência germânica – e também a brasileira das diversas ditaduras – provam que não podemos contar com juízes para nos salvar.²⁴

REFERÊNCIAS

BARBER, N. W. *Two Meditation on the Thoughts of Many Minds*. Texas Law Review. 88, 4, 807-832, Mar. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. *O guardião da Constituição: uma análise de qual Poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito. PUCRS. Porto Alegre, 2014.

BELLAMY, Richard. *Citizenship: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33-2011*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory os Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review, V. 91, 577-682, 1993.

HIEBERT, J.L. *Charter Conflicts: What Is Parliament's Role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁴ Belas as palavras de Learned Hand, um conhecido juiz norte-americano (*The Spirit of Liberty*, 189, 190, 3d ed. 1960, *apud*. FRIEDMAN, 1993:682): “A liberdade mora no coração dos homens e mulheres; quando ela morre lá, nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhuma corte pode salvá-la; nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhuma corte pode sequer fazer muito para ajuda-la. Enquanto, por outro lado, ela vive lá, ela não precisa de constituição, de lei ou de corte para salvá-la.” Também Rawls (1997, p. 109) reflete bem sobre o assunto: “[...] Agora admita-se, no longo prazo, uma maioria robusta do eleitorado pode eventualmente fazer a constituição conforme sua vontade política. Isso é simplesmente um fato sobre o poder político tal qual sua natureza. Não há o que fazer sobre esse fato, nem mesmo cláusulas pétreas que busquem fixar permanentemente as garantias democráticas básicas. Não há procedimento institucional que não possa ser abusado ou distorcido para aprovar leis violando os princípios democrático-constitucionais básicos. [...]”

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000. Disponível em <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>, acesso em 10/10/2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. *Do Espírito das Leis*. Série Os Pensadores, Vol. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

RAWLS, John. *The Idea of Public Reason*. In: BOHMAN, James; REHG, William. (ed.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press, 1997.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, Vol. 250, 197-227, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão Da "Última Palavra" e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: Revista Quaestio Iuris, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VERMEULE, Adrian. *Law and The Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, in *Marbury versus Madison: Documents and Commentary* 181 (Mark A. Graber & Michael Perhac eds.), 2002.

_____. *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court Law Review*, 23 (2d), 2004.

_____. *The Core of The Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.