

**IV CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

DIREITO CONSTITUCIONAL II

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

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

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

QUEM TEM DIREITO À ÚLTIMA PALAVRA? O INSTITUTO DA REVISÃO JUDICIAL À LUZ DAS TEORIAS DE DWORKIN, DAHL E WALDRON

WHO HAS THE RIGHT TO GIVE THE LAST WORD? THE JUDICIAL REVIEW IN THE LIGHT OF THE THEORIES OF DWORKIN, DAHL AND WALDRON

Ana Tereza Duarte Lima de Barros

Resumo

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, quem 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. 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. 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 poderiam ser plenamente debatidas, com igualdade, no âmbito legislativo. Por fim, contrapõe-se as visões dos autores trabalhados.

Palavras-chave: Revisão judicial, Dworkin, Dahl, Waldron

Abstract/Resumen/Résumé

Judiciary or legislative power? Who is entitled to give the last word on important and controversial political issues is a subject on which, from the historical work of Dahl, written in 1957, several political theorists, lawyers and constitutionalists have positioned themselves. The first chapter explored the vision of Ronald Dworkin, which stands for the judiciary to be the competent institution to decide policy issues involving morality as it would be more neutral than the legislative and thereby would arrive at the correct answer. Also argues that the Court would be more able to protect the minority against the "tyranny of the majority", since the majority premise does not imply democracy. In the second chapter, we analyze the understanding of Robert Dahl, who, unlike Dworkin, considers fallacious the argument that the judiciary is neutral and serves to protect the rights of minorities. Dahl shows that the

Supreme Court always is allied to the ruling National Alliance and, in very few cases, ruled against the majority. The third chapter discusses the vision of Jeremy Waldron - the greatest critic of Dworkin's argument - who believes that, with regard to moral issues, there will always be disagreement, so there is no correct answer. The only way to ensure a democratic decision would be through the procedure, not the content. The judiciary is non-responsive to voters and therefore illegitimate to decide political questions that can only be fully debated, equally, in the legislative arena. Finally, we contrast the views of the authors worked.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Dworkin, Dahl, Waldron

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.

Primeiramente 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. 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”.

Igualmente, é abordada 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.

Também é analisado 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.

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

1. Revisão judicial como elemento da democracia (ou não): as visões de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron

Para os defensores da revisão judicial, como Ronald Dworkin, dito instrumento aprofundaria a democracia, ao proteger os direitos das minorias contra a “tirania da maioria”. Dworkin defende que 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. (DWORKIN, 2006, p. 18-21).

A tese principal de Dworkin ataca a premissa majoritária, ou seja, a premissa de que as decisões políticas a que se chega devam ser as favorecidas pela maioria dos cidadãos. Tal premissa não implicaria democracia. Conforme sua concepção comunitária - segundo a qual as decisões políticas deveriam ser tomadas pelo “povo” enquanto tal, e não por “indivíduos encarados um a um” - “uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima” (DWORKIN, 2006, p. 24-26/ 31/ 38-39).

Se a democracia fosse entendida no sentido subminimalista, como o fazem Schumpeter (1961) e Przeworski (1999), a proteção ao direito das minorias pouco importaria, pois, democracia existiria em todo lugar onde houvessem eleições limpas, sendo este o único requisito democrático.

Porém, Dworkin, contrariamente a Schumpeter e Przeworski, defende que democracia é conteúdo, não procedimento. O que importa é o conteúdo da decisão a que se chega, não importando “quem” seja a autoridade que a profira. 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 substância (MENDES, 2008, p. 34/ 59/ 76-77).

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 Waldron. Para evitar que a maioria se torne juíza da própria causa, não deveria ser ela quem decide quais decisões majoritárias devem ser aceitas (DWORKIN, 2010, p. 222-223).

Uma das principais críticas feitas à revisão judicial, e que será feita por Waldron, 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 políticas (LEIBIR; DUTRA, [s.d], p. 8-9). Nas palavras de Dworkin (2005, p. 17): “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”.

Dahl, como veremos, irá derrubar esse argumento de Dworkin, ao provar que o Judiciário sempre se alia à aliança nacional dominante, logo, não seria neutro.

Contrariamente a Dworkin, Jeremy 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 declarar que determinada norma não será aplicada, transformando-a em letra morta. Waldron parte do pressuposto de que existe um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus funcionários em respeitar os direitos individuais e das minorias (WALDRON, 2006, p. 1354/ 1360). 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.

Assim, Waldron, diferentemente de Dworkin, acredita que os membros de uma sociedade sempre irão discordar a respeito de se determinada decisão viola ou não direitos, não existindo uma única decisão correta. Como resposta a esse problema de desentendimento moral, Waldron defende a legitimidade do procedimento, contrapondo-se à visão de Dworkin, que preza pelo conteúdo (WALDRON, 2006, p. 1369- 1370).

Waldron salienta o insulto que é considerar que os cidadãos não deveriam dirimir seus conflitos por meio do procedimento majoritário, outorgando a um seletivo 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 (WALDRON, 2001, p. 15). Assim, já que ambos decidem de forma majoritária, antes todos os cidadãos decidindo por maioria do que um seletivo grupo de juízes fazendo o mesmo. Dessa forma, para o Waldron, a Suprema Corte não seria uma instituição contramajoritária. Tampouco teria o argumento dos juízes ou a qualidade de suas decisões, peso no seu voto (MENDES, 2008, p. 102).

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, seriam 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 garantiria justiça e tratamento igualitário a todos. Assim, todas as opiniões têm peso igual (WALDRON, 2006, p. 1387-1388).

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. Já para Dworkin, uma decisão legislativa que não reconhecesse esse direito estaria ferindo o direito de uma minoria e precisaria passar pelo crivo do Judiciário.

Waldron, igualmente, deveria levar em consideração que, embora a deliberação legislativa supostamente deixe todos em situação de igualdade, nem todos possuem a mesma capacidade de influência, restando claro que o legislativo também sofre pressões políticas e econômicas. Este foi um dos argumentos trazidos por Dworkin em seu livro “A virtude soberana”, em que reconhece que há uma diferença de influência, no processo político, que determinados grupos possuem em relação a outros. Dessa forma, embora o voto dos eleitores tenha o mesmo impacto, nem todos conseguem exercer a mesma influência no processo político (DWORKIN, 2005, p. 270-271). Assim, considerando que o parlamento pode traduzir uma desigualdade considerável de representação, defende Dworkin 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 comum (DWORKIN, 2005, p. 288).

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 tirânica (WALDRON, 2006, p. 1395-1396).

2. O Judiciário seria realmente neutro e imparcial? 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, 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 fato (DAHL, 1957, p. 279-280).

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. Inclusive, uma maioria legislativa forte sempre conseguiria superar o veto da Corte. Conclui alegando que a Corte não é eficiente protegendo direitos fundamentais e que tem poucos poderes para afetar o curso da política nacional (DAHL, 1957, p. 284-286/ 288/ 292-293).

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 econômicas. Ao demonstrar que o entendimento da Suprema Corte tende a se alinhar com o da aliança nacional dominante, o status de “neutralidade” da instituição é posto, claramente, em cheque.

3. Considerações finais

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 responsivos 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 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.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Uma questão de princípios**. 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.].

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

WADLRON, Jeremy. **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.

PRZEWORSKI, Adam. Minimalist conception of democracy: a defense. In: Shapiro, Ian e Hacker-Cordón, Casiano (org); **Democracy's Value.** Cambridge University Press, 1999, p. 23-55.

SCHUMPETER, Joseph A. [1942] **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 305-344.