

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

HORÁCIO MONTESCHIO

MAYARA DE CARVALHO SIQUEIRA

EDINILSON DONISETE MACHADO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Horácio Monteschio, Mayara de Carvalho Siqueira, Ednilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-350-3

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

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. XXXII Congresso

Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Nos Grupos de Trabalho CONPEDI – São Paulo, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das relações humanas diante dos desafios constitucionais. Os desafios se potencializam na medida em que a sociedade se transforma e fica cada vez mais exigente e carecedora de tutelas e de restrições aos seus direitos.

Na tarde do dia 26/11/2024, no XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP, realizado na Universidade Presbiteriana Mackenzie, sendo que no Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foram apresentados os seguintes artigos:

O DUALISMO DEMOCRÁTICO DE BRUCE ACKERMAN: A ÚLTIMA PALAVRA REPARTIDA? No qual Vinicius José Poli formula a apresentação no sentido de realçar o aspecto histórico inserido no ideal democrático o qual a visão do autor foi apropriado pelo Poder Legislativo para se expressar. Por sua vez expõe que o messianismo judicial presente em autores substancialistas como Dworkin acaba travestido em um certo paternalismo judicial, ambos criticáveis a partir da impossibilidade de se pensar um indivíduo como portador de direitos e, concomitantemente, julgá-lo desprovido da capacidade necessária para decidir como decidir quais seriam e o que acarretaria tais direitos.

Thaís Silva Alves Galvão, Raquel Cavalcanti Ramos Machado elaboraram o artigo: **O DIREITO DOS GRUPOS MINORIZADOS NAS DEMOCRACIAS PLURALISTAS: UMA PERSPECTIVA À LUZ DA DEMOCRACIA AMBIENTAL** e destacam os desafios da democracia representativa pluralista é amenizar os efeitos negativos da regra da maioria. O artigo investigou os mecanismos podem ser utilizados nas democracias pluralistas com a finalidade de proteger os direitos dos grupos minorizados. Em suas conclusões sustenta a presença de mecanismos nas democracias pluralistas que permitem a proteção dos direitos dos grupos minorizados e que a democracia ambiental se apresenta como alternativa promissora para a promoção dos direitos de participação dos grupos em situação de vulnerabilidade.

Joel de Freitas apresentou o trabalho denominado: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES: ENTRE A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA, A SEGURANÇA JURÍDICA no qual ressalta que na vida nada é estático e imutável, e não seria diferente com o Direito, eis que se trata de uma construção humana, edificada sobre determinada cultura, de determinado local e em um determinado momento da história. A mutação constitucional como instrumento de atualização interpretativa da Constituição Federal de 1988, em vários ramos do direito. Concluiu exposto que a mutação constitucional é ferramenta legítima e necessária para a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção plural da família, embora demande balizas claras para evitar insegurança jurídica.

Cleydson Costa Coimbra e Roseli Rêgo Santos Cunha Silva elaboraram o artigo: CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E AUTONOMIA DA VONTADE: LIMITES E POSSIBILIDADES NA SOCIEDADE ALGORÍTMICA DE ADESÃO, segundo o qual formula investigação a transformação da autonomia individual em contexto onde algoritmos opacos e assimetrias informacionais comprometem o consentimento livre e esclarecido, convertendo usuários em "dados-mercadoria", conclui a exposição afirmando que a consolidação de um constitucionalismo digital é condição necessária para restabelecer o equilíbrio entre inovação tecnológica e liberdades fundamentais.

Renan Soares de Araújo apresentou o trabalho: A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SEUS IDEAIS NO CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA, no qual analisa as características da democracia deliberativa que se tornam úteis para compreensão do paradigma do constitucionalismo cosmopolita. Expõe a abrangência e reflexão sobre outras democracias, o artigo destaca a característica marcante da modalidade deliberativa, que enxerga, na característica do processo deliberativo de debate e incentivo constante ao diálogo, a melhor forma de se chegar a decisões que melhor atenda aos interesses da coletiva em detrimento da individualidade. Conclui que o caminho de tomada de decisões para se chegar a um processo deliberativo de dimensão internacional só se materializa se for conectada a procedimentos de publicidade, reciprocidade e accountability.

Carolina Fabiane De Souza Araújo apresentou o trabalho: CONSTRUINDO CIDADANIA E SUSTENTABILIDADE: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL CRÍTICA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, no qual formula uma análise sobre a Educação Ambiental Crítica (EAC) como instrumento essencial para a construção de uma sociedade sustentável no Brasil, considerando o contexto constitucional vigente. Conclui ao afirmar que a pesquisa demonstra que a Educação Ambiental Crítica não se limita à transmissão de conteúdos, mas atua como um meio de capacitar cidadãos, fomentando práticas sustentáveis,

engajamento comunitário e a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e ecologicamente equilibrada.

Claudia Maria da Silva Bezerra e Fredson de Sousa Costa elaboraram o artigo denominado: **A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL E O ITR COMO INSTRUMENTO INDUTOR: UMA ANÁLISE JURÍDICO-TRIBUTÁRIA À LUZ DO DIREITO AGRÁRIO, DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E DOS ODS DA AGENDA 2030**, no qual formulam análise crítica sobre o potencial jurídico-tributário do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) como instrumento de efetivação da função socioambiental da propriedade rural, considerando os fundamentos do Direito Agrário, os princípios do Constitucionalismo Transformador e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030. O pioneiro articula ITR, função socioambiental da propriedade rural e ODS da Agenda 2030, desenvolvendo perspectiva inovadora sob o constitucionalismo transformador aplicado ao direito agrário e tributário. Ao final demonstram que o ITR reformulado pode contribuir simultaneamente para democratização do acesso à terra, sustentabilidade ambiental e cumprimento de compromissos climáticos internacionais, articulando política tributária nacional com objetivos globais de desenvolvimento sustentável.

Emília Mirtes Albuquerque Escaleira e Marcelo Fernando Borsio elaboraram o artigo **ADPF COMO INSTRUMENTO PARA SUPRIR AS FALHAS ESTRUTURAIS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO: UMA ANÁLISE DA DUPLA FUNÇÃO DA ADPF PARA TRANSFORMAÇÃO E O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS DO SEGURADO DO INSS** no qual os autores formulam uma análise sobre as diversas falhas do sistema previdenciário brasileiro que gera grave violação aos direitos sociais e fundamentais, e podem ser efetivadas pelo controle de convencionalidade por ADPF. Em suas conclusões ponderam que a recepção do ECI no Brasil através da ADPF, servindo como instrumento processual para transformar e fortalecer o direito previdenciário no Brasil, por conseguinte, os direitos do segurado do INSS.

Gustavo Alberto Silva Coutinho e Mariana Barbosa Cirne elaboraram o artigo: **AÇÃO E REAÇÃO SOBRE O MARCO TEMPORAL: EXTRAPOLANDO O DIÁLOGO NA RELAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO** no qual expõem que Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o marco temporal no tema 1031. O Congresso Nacional, em sentido inverso, aprovou a Lei nº 14.701 para regulamentá-lo destacam que o ano 2023 foi marcado pelo embate entre o Legislativo e o Judiciário. Concluem asseverando que o diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário não se limitou ao tema do marco temporal, partindo para reações institucionais para a restrição dos poderes judiciais em

propostas de alterações constitucionais, bem como, chamar atenção para os riscos da reação entre poderes, de outro, incitar mais pesquisas sobre as possibilidades construtivas desse diálogo entre poderes.

Paulo Roberto Barbosa Ramos, Alexsandro José Rabelo França e José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa elaboraram o artigo: **ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS LIMITES E DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no qual formularam análise crítica sobre o ativismo judicial no Brasil, examinando seus fundamentos teóricos, manifestações jurisprudenciais e limites constitucionais, com vistas a identificar parâmetros para sua legitimidade democrática. Em suas conclusões os autores propõem critérios objetivos para avaliação da legitimidade democrática do ativismo judicial, baseados em testes de legitimidade democrática, no princípio da proporcionalidade e na exigência de fundamentação adequada.

Gabrielle Leal Pinto apresentou o artigo: **O JUIZ COMO GESTOR DA VIDA: BIOPOLÍTICA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO** cujo texto tem por objetivo analisar criticamente como a judicialização da política e o ativismo judicial, no contexto do Estado Democrático de Direito, operam como mecanismos de racionalidade biopolítica, atribuindo ao Judiciário funções de gestão da vida. Ao final expõe que o ativismo judicial, quando exercido sem limites claros e sem fundamentação racional suficiente, deixa de ser apenas uma postura interpretativa expansiva e passa a representar um modo de governo sobre a vida.

André Giovane de Castro apresentou o artigo denominado: **A POLÍTICA DEMOCRÁTICA E SEUS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NO BRASIL** no qual aborda a crise democrática estabelecida atualmente no Brasil, considerando a atuação dos Três Poderes e suas contribuições ao fomento ou ao enfrentamento da tradição autoritária constitutiva da história nacional. Ao final expõe que as regras constitucionais do jogo emergem como as condicionantes do agir humano, constituindo-se como limites e possibilidades da política, com vistas a formar sujeitos democráticos, balizar o funcionamento das instituições e arrostar as tentativas antidemocráticas inscritas na realidade brasileira.

Jaci Rene Costa Garcia e João Hélio Ferreira Pes elaboraram o artigo: **A RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O JUÍZO REFLETENTE: A OUTRA FACE DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL** no qual apresentam a evolução do conceito de Constituição Dirigente em relação aos novos desafios no âmbito da hermenêutica constitucional, ou seja, investigar se uma concepção proativa na busca da concretização dos direitos fundamentais, a partir de decisões estruturantes pelas

Supremas Cortes, é compatível com o conceito desenvolvido pelo Professor Canotilho. Ao final expõem uma percepção estética que dinamiza e mantém vivo o potencial de orientação presente no conceito de dirigismo constitucional.

Demétrius Amaral Beltrão, Bruno Augusto Pereira e José Antonio Conti Júnior elaboraram o artigo: **A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO COMO MECANISMO DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA CRISE DO IOF** no qual analisam a audiência de conciliação como instrumento de diálogo institucional no contexto da chamada “crise do IOF”, deflagrada a partir da edição do Decreto n.º 12.499/2025, que majorou significativamente as alíquotas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), e da resposta legislativa formulada por meio do Decreto Legislativo n.º 176/2025. O artigo, investigou o papel desse instrumento processual à luz da teoria do diálogo institucional, examinando sua potencialidade na mediação de conflitos institucionais em matéria tributária, bem como sua relevância para a preservação da legitimidade democrática e da cooperação entre os Poderes da República.

Vivianne Rigoldi e Thais Novaes Custodio elaboraram o artigo: **DESAFIOS À DIGNIDADE HUMANA DO IMIGRANTE E DO REFUGIADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA** no qual formula uma análise sobre a inclusão social de imigrantes e refugiados no Brasil, abordando o contexto histórico da imigração, a proteção legal prevista na Constituição Federal de 1988, na Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e na Lei de Refúgio (Lei nº 9.474/1997), bem como a efetividade das políticas públicas voltadas a essa população. Ao final destacam a necessária responsabilização estatal pela implementação de políticas públicas efetivas e contínuas, capazes de garantir trabalho, moradia, educação e participação social, assegurando aos imigrantes e refugiados uma vida plena e digna.

Maria Clara Bianchi Firmino e Fernando De Brito Alves elaboraram o artigo: **AUTONOMIA JUDICIAL EM XEQUE: AS TENTIVAS DE INTERFERÊNCIA NO STF E OS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS** no qual analisam a autonomia funcional do Supremo Tribunal Federal (STF) no contexto brasileiro contemporâneo, colocando em destaque as tentativas de interferência de outros Poderes e atores externos. Destacam a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos, examinando a atuação do STF na função de guardião constitucional e garantidor de direitos fundamentais, principalmente quando há inércia legislativa em matérias sensíveis. Ao final concluem que o fortalecimento institucional do Judiciário se faz essencial para preservação do equilíbrio republicano e para evitar retrocessos na proteção de direitos fundamentais.

Em razão dos trabalhos apresentados, cumpre destacar que pesquisas acadêmicas produzidas e apresentadas no Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, é possível concluir que a pesquisa jurídica se faz necessária no contexto nacional e internacional, para a reflexão sobre como se efetivar os direitos democráticos, isso para garantir uma sociedade fraterna, cooperativa e que sejam empáticas as problemáticas que foram apresentadas.

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado

Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Prof. Dr. Horácio Monteschio

UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR

Profa. Dr^a Mayara de Carvalho Siqueira

Universidade Presbiteriana Mackenzie

O DUALISMO DEMOCRÁTICO DE BRUCE ACKERMAN: A ÚLTIMA PALAVRA REPARTIDA?

BRUCE ACKERMAN S DEMOCRATIC DUALISM: THE LAST WORD DIVIDED?

Vinicius José Poli ¹

Resumo

Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do poder legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no instituto da revisão judicial um grave obstáculo para sua tarefa. Quem deve ser o detentor da última palavra na conformação política da sociedade? Em uma sociedade livre e democrática, sob qual justificativa um conjunto de juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis perante o povo deveria poder derrubar uma decisão tomada pela maioria de seus representantes? O artigo analisa criticamente essas questões à luz das contribuições que Bruce Ackerman ofereceu em “Nós, o Povo Soberano”. Como linha argumentativa principal, procura-se demonstrar que (a) existem alguns problemas no modelo de Ackerman, que não se mostra inteiramente capaz de contornar a dificuldade contramajoritária aludida por Bickel, e (b) que o messianismo judicial presente em autores substancialistas como Dworkin acaba travestido em um certo paternalismo judicial, ambos criticáveis a partir da impossibilidade de se pensar um indivíduo como portador de direitos e, concomitantemente, julgá-lo desprovido da capacidade necessária para decidir como decidir quais seriam e o que acarretaria tais direitos.

Palavras-chave: Democracia, Controle judicial de constitucionalidade, (i)legitimidade, Bruce ackerman, Constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Historically, the democratic ideal has appropriated legislative power to express itself. Imbued with the difficult mission of making the aspiration for self-government feasible, this branch seems to find in the institution of judicial review a significant obstacle to its task. Who should hold the final say in the political shaping of society? In a free and democratic society, under what justification should a group of unelected judges, politically unaccountable to the people, be able to overturn a decision made by the majority of their representatives? The article critically analyzes these questions in light of the contributions offered by Bruce Ackerman in "We the People - Foundations" As its main argumentative line, it seeks to demonstrate that (a) there are several problems in Ackerman's model, which does not prove entirely capable of overcoming the counter-majoritarian difficulty alluded to by Bickel, and (b) the judicial messianism present in substantialist authors like Dworkin ultimately disguises

¹ Pós-doutorando em Constituição e Democracia (UnB). Doutor e Mestre em Direito do Estado (FD-USP). Foi advogado e assessor de Ministro do STF. Atualmente, é Procurador da Fazenda Nacional.

itself as a form of judicial paternalism—both of which are subject to criticism based on the impossibility of conceiving an individual as a bearer of rights while simultaneously judging them to lack the necessary capacity to decide how to determine what those rights would be and what they would entail.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Judicial review, (i)legitimacy, Bruce Ackerman, Constitutionalism

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade livre e democrática, pode um conjunto de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes? A adoção do instituto da revisão judicial em inúmeros países ao redor do mundo responde positivamente a essa questão (Ginsburg, 2008; Hirsch, 2004; Waldron, 1998, p. 335). Deveria o poder judiciário gozar de tamanha autoridade? Significativamente diversa, essa questão ocupa um lugar de destaque neste artigo.

Nesse contexto normativo, a própria conexão entre revisão judicial e democracia parece problemática. Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do poder legislativo para se expressar. Imbuído da difícil missão de tornar factível a aspiração de autogoverno, esse poder parece encontrar no controle judicial de constitucionalidade um grave obstáculo para sua tarefa. Seria possível justificá-lo?

As propostas são muitas e variadas. Genericamente consideradas, porém, elas podem ser distribuídas em duas grandes categorias: “teoria democrática” e “teoria constitucional”¹. Nesta, proliferam as expectativas de superação da dificuldade que Bickel (1986) denominou de contramajoritária, vale dizer, “a dificuldade que surge quando o órgão com menor legitimidade democrática, dentro da separação de poderes, impõe sua autoridade sobre os demais” (Gargarella, 1996, p. 13). No extremo oposto, teoria democrática caracteriza-se pelo ceticismo quanto àquelas expectativas ao reiterar, como inexorável, o embaraço de se justificar a prevalência da autoridade de um corpo *quasi* aristocrático em um regime que funda sua legitimidade na participação popular. Assim compreendidas, teoria constitucional e teoria democrática digladiam entre si em busca de uma solução para o seguinte problema: na conformação política da sociedade, quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo?

Reconhecidamente, Ronald Dworkin é um dos carros-chefe da teoria constitucional contemporânea. Em outro contexto, reconstruí criticamente as bases desse modelo de fundamentação, testando-o, para demonstrar suas inconsistências (Poli, 2025). Inicialmente, procurei salientar a estreita conexão entre a posição teórica substancialista de Dworkin e o elitismo epistemológico (Nino, 1996, p. 189) que serve de substrato ao desconforto com a democracia enquanto sentimento dominante na teoria jurídica contemporânea (Unger, 2004,

¹ Tomo esses termos emprestados de Mendes. Tanto quando o autor, utilizarei essa nomenclatura como uma maneira didática de espelhar o debate sobre a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, sem, contudo, desconhecer a imprecisão dessas categorias, “que nem sempre se diferenciam de maneira tão nítida na literatura” especializada (2008, p. 1).

p. 95-6). De maneira mais direta, argumentei que, mesmo se desconsiderada a inaferível condição de validade que Dworkin estabelece para o seu modelo, aceitá-lo cobraria um preço muito alto e traria consigo uma consequência significativamente perversa: a conformação de um regime meramente *demótico*, em que Hércules subjuga Cratos.

Este estudo sinaliza um deslocamento na análise então empreendida para uma tradição teórica relativamente desvinculada dos referidos pressupostos elitistas. Desde uma perspectiva mais geral, pretendo indicar a existência de alternativas ao modelo substancialista de Dworkin, especificando algumas contribuições que Bruce Ackerman ofereceu ao debate em questão. Mais especificamente, o principal escopo deste artigo consiste em demonstrar que (a) existem alguns problemas no modelo alternativo de Ackerman, que não se mostra inteiramente capaz de contornar a dificuldade contramajoritária aludida por Bickel, e (b) que o messianismo judicial presente em Dworkin, embora combatido aqui, acaba travestido em um certo paternalismo judicial (Hand, 1958, p. 73-4), ambos criticáveis a partir da impossibilidade de se pensar um indivíduo como portador de direitos e, concomitantemente, julgá-lo desprovido da capacidade necessária para decidir como decidir quais seriam e o que acarretaria tais direitos (Waldron, 2004, p. 250).

2. O DUALISMO DEMOCRÁTICO DE BRUCE ACKERMAN

Em *We, the people: Foundations*, Ackerman traz novas cores ao debate sobre os fundamentos e a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Nesse trabalho, especialmente projetado com o objetivo de reabilitar o pensamento político do período fundacional americano (Ackerman, 2006, p. 3), Ackerman procura desenvolver algumas intuições fundamentais para a concretização de uma concepção bastante específica de democracia, denominada por ele de dualista.

O ponto central de sua teoria (a noção mesma de democracia dualista) pode ser identificado com a ideia de que nem todas as decisões políticas tomadas mediante votação majoritária carregam consigo o mesmo peso vinculativo, tampouco a mesma carga de legitimidade (Gargarella, 1996, p. 133). Antes de qualquer coisa, argumenta Ackerman (1989), a democracia dualista distingue entre dois tipos de decisões políticas: (a) uma tomada pelo *povo* (*a política constitucional*); e (b) outra tomada pelo *governo* (*a política comum*).

Representativas da assim chamada *política constitucional*, decisões tomadas pelo *povo* seriam bastante incomuns num regime democrático funcional. Sujeitas a rigorosas condições e dependentes de uma profunda mobilização popular para se afirmarem, elas representariam

uma espécie mais nobre de política, na qual os termos gerais do contrato social seriam estabelecidos.

Nesse contexto de política extraordinária, antes de um movimento político qualquer conquistar autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, seus partidários deveriam arregimentar um número considerável de cidadãos que estejam comprometidos com a ideia proposta, fornecer à oposição uma oportunidade justa para organizar suas forças e convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar a iniciativa, enquanto seu mérito é debatido repetidamente nos fóruns institucionalizados para a criação da lei. “É somente dessa forma”, pondera Ackerman, “que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo” (2006, p. 7).

Por sua vez, as decisões tomadas pelo *governo* seriam moedas correntes no cotidiano político de qualquer Estado democrático igualmente funcional. Constitutivas da assim chamada *política comum*, tais decisões conectariam a cidadania e o governo representativo de maneira bastante tênue: o povo confiaria ao governo a gestão dos negócios públicos, ao passo em que o governo, legitimado por essa confiança, tomaria decisões que acredita sejam as mais convenientes dentro dos marcos estabelecida pela política constitucional (Ackerman; Rosenkrantz, 1991, p. 16).

Tolerada em nome da liberdade privada, esse contexto de política ordinária constituiria uma espécie inferior de deliberação democrática, pragmaticamente justificável em razão da sua reconhecida capacidade de evitar a emergência daquilo que Ackerman chama de democracia coercitiva (em resumo, um remédio pior que as doenças da apatia, da ignorância e do egoísmo), pois caberia ao próprio povo decidir “quanto tempo e energia ele deve despender para o exercício da cidadania do ponto de vista pessoal e público” (Ackerman, 2006, p. 328).

Quanto aos limites impostos à política comum, Ackerman sustenta que o grande mérito da democracia dualista estaria em impedir que políticos eleitos abusassem de sua autoridade sob o argumento de que uma contingente vitória eleitoral seria o bastante para que subvertessem garantias populares estabelecidas pela política constitucional. Caso busquem por esse tipo de legitimidade democrática superior, aponta, “deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitido pela Constituição dualista para fins de criação da lei”, de modo que apenas com o “sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores” poderiam os governantes “ter a autoridade para declarar que o povo mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção” (Ackerman, 2006, p. 7-8).

Em outros termos, ainda quando o governo esteja funcionando bem e, de uma maneira geral, seja possível reconhecer que os representantes do povo atuam em prol do interesse público, uma concepção dualista da democracia procura impedir que as decisões dos representantes sejam confundidas ou assimiladas como decisões do povo ele mesmo, enquanto protagonista da história política do seu país (Ackerman, Rosenkrantz, 1991, p. 17).

Essa dicotomia *política constitucional* (decisões do povo) / *política comum* (decisões do governo) é de suma importância para a demarcação do papel a ser desempenhado pelo judiciário numa democracia dualista. É a partir dela, igualmente, que Ackerman procura rechaçar outras duas importantes posturas teóricas que emergiram no debate sobre a (i)legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade: o monismo e o fundamentalismo de direitos, respectivamente representados, dentre outros autores, por John Hart Ely (2010) e Ronald Dworkin (1990).

3. NEM FORMA, NEM CONTEÚDO: O PODER JUDICIÁRIO COMO MANTENEDOR DAS CONQUISTAS POPULARES E SINALIZADOR DA NECESSIDADE DE MOBILIZAÇÃO POLÍTICA

Segundo Ackerman, por desconhecer a graduação característica da democracia dualista, o monismo costuma garantir aos vencedores das últimas eleições uma irrestrita autoridade para a inovação político-legislativa. Nessa perspectiva, o sistema britânico de tomada de decisões políticas costuma ser apresentado como o mais apto a captar a própria essência do ideal democrático, cujo significado político assim idealizado acabaria por compreender todo e qualquer tipo de controle institucional capaz de limitar as atribuições dos ramos representativos do poder como algo antidemocrático. O problema dos Estados Unidos da América e dos demais países cujas constituições prevejam alguma forma de controle judicial de constitucionalidade, portanto, residiria na sua incapacidade de seguir o modelo inglês.

Como consequência mais importante desse dado, a invalidação de uma decisão política de governo pelo Judiciário criaria um “obstáculo contramajoritário” que deveria ser superado. Afinal, quem “deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?” (Ackerman, 2006, p. 10).

Conforme indicado no item anterior, o modelo proposto por Ely pode auxiliar na delimitação do alvo mirado por Ackerman com essa descrição do monismo. De fato, em *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Ely assume a tarefa de apresentar uma “postura intermediária” justificadora do controle judicial de constitucionalidade que seja

capaz de “evitar os perigos de interpretacionismo estreito sem sacrificar seus pontos fortes” (Ely, 2010, p. 17). Da pretensão de aperfeiçoar a premissa majoritária, portanto, em vez de abandoná-la, Ely deriva o papel que o poder judiciário poderia legitimamente exercer em um regime democrático.

Como nota fundamental, o intervencionismo autorizado por esse tipo de controle só poderia tratar de questões estritamente vinculadas ao processo político, e nunca do conteúdo substantivo das decisões legislativas eventualmente impugnadas, seja ele qual for. Dessa forma, o padrão de ativismo recomendado por Ely é análogo ao que seria, em assuntos econômicos, uma orientação *antitruste*, compreendida como oposta a uma orientação *reguladora*: “em vez de ditar os resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico” (Ely, 2010, p. 136). Se isso não puder ser feito, admite Ely, será o caso de considerarmos seriamente a possibilidade de afastar os tribunais dessa tarefa (Grano, 1981, p. 168-9) - o que, como sugere Ackerman, resultaria em garantir aos vencedores das últimas eleições uma irrestrita autoridade para a inovação político-legislativa.

Para Ackerman, contudo, uma vez que a índole dualista do sistema democrático seja reconhecida, muitas das práticas que iludiriam um teórico monista passariam a ser compreendidas sob um renovado e promissor ponto de vista.

Segundo argumenta, para manter a integridade das manifestações da política constitucional, a constituição dualista atribui a uma ou mais instituições a função de *preservação* do próprio núcleo identificador desse tipo nobre de política contra as investidas da política comum². Consequentemente, aduz Ackerman, um teórico dualista compreenderá um instituto como o controle judicial de constitucionalidade de maneira significativamente diferente do que um monista.

O monista trata todos os atos de revisão normativa como algo presumidamente antidemocrático e luta, por meio de argumentos engenhosos, para poupar o Supremo do ‘obstáculo contra-majoritário’. Em contrapartida, o dualista interpreta o desempenho da *função de preservação* pelos tribunais como elemento essencial de um regime democrático bem ordenado. Em vez de ameaçar a democracia, frustrando as demandas legislativas da elite política de Washington, os tribunais a servem, protegendo princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a

² Em uma concepção dualista, portanto, uma simples eleição não seria capaz de autorizar a modificação de princípios fundamentais assinalados anteriormente pelo povo. “Se tal mudança for almejada”, argumenta Ackerman, “o cidadão deve ser notificado e a ele deve ser dada uma oportunidade de deliberar sobre as propostas transformadoras de forma sustentável; caso contrário, não é lícito aos políticos eleitos presumirem que possuem o consentimento do povo para fazer uso de um discurso demagógico baseado na promessa de um mundo melhor” (2006, p. 425).

corrosão das elites políticas que falharam na obtenção do sólido apoio popular para suas inovações (Ackerman, 2006, p. 12).

Embora discordem quanto à rigidez da conexão entre democracia e soberania *parlamentar*, portanto, tanto o monismo quanto o dualismo sustentam como necessário o reconhecimento da primazia da soberania *popular* em um regime democrático³. Esse seria o ponto de contato entre essas perspectivas contrapostas. E precisamente ele distingue monismo e dualismo do fundamentalismo de direitos.

Muito embora os adeptos dessa corrente divirjam radicalmente entre si, a constituição fundamentalista teria como traço característico a limitação radical de eventuais anseios participativos por meio de um inexpugnável pré-compromisso com direitos. Dworkin, como assinalado, talvez seja o maior expoente dessa linha de pensamento. Segundo ele, o direito constitucional como um todo estaria impossibilitado de progredir enquanto não isolasse o problema dos direitos morais contra o Estado e o tornasse parte integrante de suas preocupações (Dworkin, 2010, p. 208-9 e 233).

Uma tal proposta de fusão entre direito e moral pressuporia que direitos morais não estão sujeitos a quaisquer cálculos de custo-benefício, razão pela qual deveriam ser incondicionalmente assegurados e colocados à margem de qualquer tipo de consideração agregativa. Afinal, direitos seriam *trunfos políticos* argumentativamente prioritários (Zurn, 2002, p. 497) que o judiciário deveria proteger contra a ameaça de qualquer pretensão política expressa majoritariamente, por mais popular que seja (Dworkin, 2010, p. XV).

Em uma concepção verdadeiramente constitucional de democracia (Dworkin, 1990)⁴, decisões coletivas deveriam ser tomadas por instituições cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e o mesmo respeito. Diversamente do que sustentaria um teórico como Ely, argumenta Dworkin, essa concepção verdadeira (que Ackerman denominaria de fundamentalista de direitos) pode eventualmente aderir a procedimentos políticos majoritários em função das preocupações que nutre com a igualdade entre os cidadãos, mas não em razão de algum compromisso obscuro

³ Explicado melhor, a essência da controvérsia entre o dualismo e o monismo pode ser identificada com a aceitação e a negação, respectivamente, do conceito de governo representativo apresentado por Manin: “Representative government is [...] a system in which the representatives can never say with complete and certainty ‘We the people’” (1997, p. 174).

⁴ A recorrente caracterização dicotômica (melhor/pior, verdadeiro/falso, bom/ruim etc), bem como a reaproximação entre direito e moral a partir da valorização dos princípios como fonte de direito, sugerem uma adesão por parte de Dworkin, ainda que implícita e incompleta, ao modelo jusnaturalista. Cf., a respeito, Gabel (1977) e Richards (1977). Como bem argumenta Neves, porém, não se pode perder de vista que em Dworkin “os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico” (2010, p. 64), o que enfraqueceria a possibilidade dessa ligação.

como o ideal de soberania da maioria. Consequentemente, ela não opõe objeções à utilização de quaisquer procedimentos não-majoritários em ocasiões em que possam promover a referida igualdade, tampouco aceita que esses desvios deem vazão a arrependimentos morais de qualquer espécie (Dworkin, 2006, p. 26-7).

Dessa maneira, quando o judiciário intervém no processo político de tomada de decisões coletivamente vinculantes em busca de soluções corretas para questões insensíveis à escolha (Dworkin, 2005, p. 281-2), a velha arenga da falta de representatividade não poderia mais ser levantada. Em contraposição ao fórum da barganha, o fórum do princípio operaria legitimamente ao derrubar uma decisão política legislativa se (a) justificasse suas decisões em bons argumentos de princípios que (b) projetassem os direitos morais subjacentes à própria ideia de comunidade política como uma associação de princípios (Dworkin, 2007, especialmente p. 488 e 490). Quando em pauta questões dessa natureza (*i.e.* insensíveis à escolha), nenhum procedimento seria justo ou injusto *per se (input)*. Votação majoritária legislativa e controle judicial de constitucionalidade serão justos ou injustos de acordo com o produto final originado por tais procedimentos (*output*). Nesse contexto, não interessaria *quem* decide, mas *como* se decide.

Dworkin reconhece que o ideal de autogoverno seria prejudicado quando um tribunal toma uma decisão incorreta a respeito das exigências que condicionam sua concepção constitucional de democracia. Aduz, contudo, que ele não ficaria mais prejudicado do que quando um procedimento legislativo majoritário toma uma decisão incorreta que continue valendo. E, ao assumir que essa possibilidade de erro seria simétrica, conclui que a premissa majoritária que serve de base às queixas da teoria democrática quanto à dificuldade contramajoritária “é confusa e deve ser abandonada” (Dworkin, 2006, p. 50).

A propósito da linhagem intelectual seguida por cada um dos contendentes⁵, aponta Ackerman, monistas e fundamentalistas manteriam aceso um acirrado debate que colocaria em concorrência os ideais de democracia e de constitucionalismo.

⁵ “Enquanto os monistas mencionam uma série de americanos, desde Wilson e Thayer até Frankfurter e Bickel, os fundamentalistas valorizam os escritores filosóficos, posteriormente removidos no tempo e no espaço – tendo Kant (por meio de Rawls) e Locke (por meio de Nozick), atualmente representando as mais importantes fontes de inspiração” (Ackerman, 2006, p. 14). Para um monista de respeito, continua Ackerman, a sobrevalorização dos grandes livros filosóficos constituiria outro sintoma do viés antidemocrático dos fundamentalistas: “Quaisquer que sejam os méritos filosóficos do discurso fundamentalista, este é invariavelmente esotérico, ligado a autores e doutrinas que a maioria das pessoas com grau universitário astuciosamente evitaram em sua vida acadêmica. Esse discurso exaltada sobre Kant e Locke apenas ressalta o elitismo notório que anula as questões fundamentais do processo democrático” (2006, p. 15).

Comecemos com os monistas. Digamos que eles são hostis aos direitos, pelo menos por meio da visão dos fundamentalistas. A bem da verdade, somente quando a Suprema Corte começa a invalidar leis em nome dos direitos fundamentais, os monistas começam a se preocupar com a “dificuldade contramajoritária”, que torna a revisão judicial presumivelmente ilegítima. Essa “dificuldade” não parece ser tão relevante aos olhos fundamentalistas. Em vez disso, ele se preocupa mais frequentemente com a possibilidade de uma legislação, ainda que democrática, ter a faculdade de ratificar ações opressoras – impor uma religião, ou autorizar a prática de tortura, etc. Quando ocorrem tais violações, o fundamentalista demanda a intervenção judicial apesar de negligenciar o princípio democrático (Ackerman, 2006, p. 14).

Daí decorreria o maior atrativo do modelo dualista de democracia desenhado por Ackerman. Ao oferecer uma estrutura que permita a ambos os lados acomodar *alguns* de seus interesses, a democracia dualista seria capaz de amenizar os ânimos dessa disputa. Um primeiro esforço mediador, nesse sentido, poderia ser identificado no sistema de “mão dupla” da criação da lei⁶, que, pressuposto pela dicotomia política constitucional/política comum, “dá espaço à visão fundamentalista para que os 'direitos triunfem' sem violar o compromisso rígido do monista com a primazia da democracia” (Ackerman, 2006, p. 15-6).

Parece claro, porém, que essa reconciliação não será suficiente para agradar aos fundamentalistas mais ortodoxos, sobretudo em função da alegada superficialidade das justificativas dualistas para a proteção de direitos⁷. E se, no âmbito da política constitucional, o povo não adotar a melhor opção? A interpretação constitucional deveria perpetrar uma decisão incorreta? As respostas para essas questões são representativas das discordâncias entre o dualismo e o fundamentalismo.

Para o dualista, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei. Nesse sentido, a Constituição dualista é, antes de tudo, democrática e, posteriormente, asseguradora de direitos. O fundamentalista compromissado reverte essa prioridade: a Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões (Ackerman, 2006, p. 17).

Compreendida a relação constitucionalismo/democracia dessa maneira, Ackerman objetiva descharacterizar parcialmente a dogmática função legitimadora da teoria jurídica do poder constituinte. Em uma democracia dualista, argumenta, a maior legitimidade conferida à

⁶ Em uma democracia dualista, o “processo de criação constitucional é projetado para estruturar deliberações quando os cidadãos trabalham árdua e produtivamente, ao passo que, quando isso não ocorrer, caberá ao processo legislativo. Se, como presumo nesse momento, esses sistemas institucionais estiverem funcionando adequadamente, eles respondem a um fato fundamental sobre a existência da política moderna, ou seja, o envolvimento das massas, na vida pública, é uma variável e não uma constante” (Ackerman, 2006, p. 414).

⁷ Essa queixa também costuma ser direcionada à concepção monista. Cf., por exemplo, Perry, 1978, p. 1216-7.

política constitucional não é atributo próprio do constituinte originário, mas do povo enquanto sujeito histórico atemporal e intergeracional (Ackerman, Rosenkrantz, 1991, p. 18).

Para auxiliar no entendimento dessa característica, Ackerman sugere que imaginemos um hipotético reflorescimento do sentimento religioso no mundo cristão ocidental que, somado a uma generalizada rejeição ao “materialismo pagão”, resultasse em um projeto de política constitucional (uma decisão *do povo*, portanto) para a alteração parcial da constituição americana. Se aprovada, essa hipotética XXVIII Emenda teria a seguinte redação: “O cristianismo é a religião nacional do povo americano e os cultos públicos a outros deuses, de qualquer natureza, são proibidos nos termos desta Emenda”.

Especificamente quanto à legitimidade da revisão judicial, esse exemplo serviria para ilustrar a função a ser desempenhada pelo judiciário no âmbito da política constitucional em uma democracia dualista: *nenhuma*. Quando o povo se manifesta ele mesmo sobre os termos mais fundamentais da política constitucional, redefinindo sua identidade política, os tribunais não poderiam legitimamente tentar impor trunfos capazes de obstruir o processo de decisão, e isso por uma razão muito simples: antes da decisão, não existem trunfos para serem impostos.

[...] se tivesse eu [Ackerman] o infortúnio de ser um membro da Suprema Corte [...], não teria qualquer dúvida quanto à minha responsabilidade. Embora eu tivesse a convicção de que tal emenda de natureza religiosa estivesse inteiramente equivocada, deveria interpretá-la como parte integrante da Constituição [...]: somente se algum opositor do novo milênio oferecesse um projeto para convencer o Supremo do contrário, somente assim, deveria discutir o assunto com outros membros da Corte para rejeitar o pedido, ou demitir-me do meu cargo, e associar-me a uma campanha para convencer o povo [...] a mudar de ideia (Ackerman, 2006, p. 18).

Se, com relação à política constitucional, o dualismo recomenda inação onde o fundamentalismo pede intervenção, por outro lado, num contexto de política comum, ele exige intervenção onde o monista pediria silêncio. Afinal, argumenta Ackerman, a constituição dualista coloca a democracia em primeiro plano, mas não de um jeito simplista como os adeptos da democracia monista. Ao compreender toda forma de revisão judicial como uma expressão da dificuldade contramajoritária, a tarefa da teoria constitucional monista passaria a ser inevitável e completamente apologética. Ao reconhecer o caráter dualista do ideal democrático, ao contrário, o “obstáculo” do controle judicial de constitucionalidade passaria a ser assimilável de maneira consideravelmente menos traumática.

Rejeitando um dispositivo de lei *normal*, a Corte busca um objetivo menor do que a democracia em si. Ela questiona o mandado popular de políticos e estadistas na capital federal. Embora todos esses representantes tenham sido eleitos, eles o foram com base na votação da maioria dos cidadãos que reconhecem não terem delegado a resolução de questões essenciais que merecem atenção especial. O presidente e o Congresso normalmente não dispõe de apoio efetivo do povo [...] para atacar os princípios estabelecidos pelo sucesso conquistado no passado no âmbito da política constitucional. Se a Corte estiver certa em achar que esses políticos e estadistas foram além do seu mandato, ela estará ampliando a democracia, e não frustrando, ao revelar nossos representantes como meros “porta-vozes” do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento coletivo do povo em si mesmo (Ackerman, 2006, p. 366)⁸.

A desmistificação da dificuldade contramajoritária e a atribuição desse papel preservacionista aos tribunais, todavia, não equivaleria a entregar-lhes um “cheque em branco”. Ackerman não nega, por assim dizer, que “é antidemocrático que nove juristas de meia idade forcem o país a abraçar os ideais morais que ganham a aprovação por meio do voto de 5 a 4” (2006, p. 366). Não se deve, consequentemente, sobrevalorizar o apelo dualista às instituições preservacionistas, em especial quanto ao controle judicial de constitucionalidade. A identificação dos tribunais como agentes mantenedores das conquistas populares não pressuporia, dessa forma, a aceitação da tese segundo a qual um grupo de juízes não eleitos e irresponsáveis politicamente pode representar o povo de maneira mais efetiva que os poderes políticos. Pela perspectiva dualista, ao contrário, ninguém representa corretamente o povo em momentos de política normal: nem a Corte Constitucional, nem o Congresso ou o Presidente, nem as pesquisas de opinião.

Deixe-me esclarecer esse ponto crucial sobre a representação nos termos das piadas intermináveis que contamos uns aos outros sobre as boas e as más notícias. A boa notícia sobre o Presidente e o Congresso é que eles representam a vontade democraticamente expressa da geração atual; a má notícia é que a cidadania atual caracteriza-se por ser distraída com relação à vida pública e não está disposta a dar às questões fundamentais o julgamento e a atenção necessários. A boa notícia sobre a Suprema Corte é que ela interpreta os princípios constitucionais sustentados pelo povo [...] nos momentos em que sua atenção e energia política não estão centralizados nessas questões; a má notícia é que os cidadãos [...] que fizeram esses julgamentos constitucionais são de outras gerações e não estão mais entre nós (Ackerman, 2006, p. 368).

Nos intervalos entre dois momentos de política constitucional, portanto, o povo não existe. A aceitação dessa dura verdade prenunciada por *Publius* nos Artigos Federalistas facilita a identificação do segundo papel que a concepção dualista do ideal democrático atribui ao judiciário: agente sinalizador da necessidade de mobilização política constitucional

⁸ Já nessa passagem é possível identificar uma dificuldade com o modelo de Ackerman também presente em Dworkin: a expressão condicional da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Cf., a propósito, Poli, 2025.

(Ackerman, 2006, p. 369). Nesse contexto, quando declara a inconstitucionalidade de alguma manifestação política normal, a Corte inicia uma interpretação histórica mais bem compreendida como uma relação dialética.

Contestando dispositivos legais recentes e inconsistentes com as soluções constitucionais do passado, a Corte inicia, porém não conclui, o debate popular. Ela alerta as massas populares de que algo especial está acontecendo nos bastidores do poder; de que os supostos representantes legislam com a credibilidade alcançada por poucos movimentos políticos na história [...], e que chegou o momento, mais uma vez, de determinar se o povo deve responder por meio do esforço político necessário para redefinir, como cidadão, a sua identidade coletiva. Representando as conclusões alcançadas pelo povo no passado, a Corte convida os cidadãos do presente a refletirem sobre a imagem das decisões populares do passado reveladas no seu espelho. Se o povo não gosta do que vê cabe a ele fazer algo a respeito por meio da mobilização das energias dos cidadãos comuns intentando emendar a Constituição. Por intermédio desse ato de redefinição é sempre possível quebrar o espelho na esperança de que o [país] do futuro não pareça em nada com o país do passado (Ackerman, 2006, p. 420).

O confronto institucionalizado entre a Corte e as demais instâncias políticas favoreceria, segundo Ackerman, a escolha de uma decisão política deliberadamente capaz de definir uma síntese entre os princípios do passado e as aspirações do presente. Cada ponto do trajeto percorrido entre um momento de política normal e uma decisão final da política constitucional, dessa maneira, somar-se-iam para formar uma nova tese histórica, a ser interpretada pelos tribunais no futuro, e, inevitavelmente, confrontada pelas próximas gerações (Ackerman, 2006, p. 421).

4. DIFICULDADES COM ACKERMAN

Dado o seu objetivo geral de reabilitar o pensamento político do período fundacional americano (Ackerman, 2006, p. 3), não soa exagerado compreender a caracterização do judiciário proposta por Ackerman como uma tentativa concreta de reformular uma ideia anteriormente articulada por Alexander Hamilton, no Federalista LXXVIII, e por John Marshall, em *Marbury v. Madison* (Klarman, 1992, p. 761). O controle judicial de constitucionalidade não pressuporia a superioridade do judiciário sobre o legislativo, diriam Hamilton e Marshall, apoiados por Ackerman, mas apenas que a vontade do povo é superior a ambos.

[...] quando a vontade do legislativo [*a política comum*], expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo [*a política constitucional*], expressa na Constituição, os

juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras” (Madison; Hamilton; Jay, 1993, p. 481).

Embora distinta, a hipótese por trás desse raciocínio apresenta a mesma pretensão de simplicidade da falaciosa “lógica” de Marshall (Atria, 2003; Troper, 2003). Sob pena de nulidade, todo ato praticado por um poder delegado deve restringir-se ao mandato a partir do qual é exercido, de tal forma que nenhum ato legislativo contrário à constituição pode ser considerado válido. Consequentemente, reconhecida a impossibilidade de os representantes do povo substituírem a manifestação de vontade a partir da qual se constituem enquanto tal, seria “muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a [...] manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder” (Madison; Hamilton; Jay, 1993, p. 481)⁹.

A despeito de sua antiguidade e influência, todavia, essa estratégia justificadora do controle judicial de constitucionalidade não deixa de ser profundamente problemática. De fato, ao menos três argumentos poderiam ser mobilizados para contradizer a tese de Hamilton e Marshall. Como será visto, embora aparentemente consiga se esquivar dos dois primeiros, o modelo de Ackerman acaba fisigado pelo terceiro.

Em primeiro lugar, há um contra-argumento histórico a partir do qual a premissa inicial do raciocínio federalista poderia ser negada: nem sempre é possível afirmar que uma constituição efetivamente reflete a vontade do povo. No caso dos Estados Unidos, como indica Gargarella, uma simples investigação histórica poderia ratificar essa incongruência, além de demonstrar o que já se sabe:

“ [...] quando se redigiu a Constituição, boa parte do “povo” dos Estados Unidos foi diretamente ignorado ou excluído, na medida em que não eram considerados ‘cidadãos’: os escravos, os negros, as mulheres e os que não possuíam uma posição econômica decente não participaram nem indiretamente do processo constituinte” (Gargarella, 1996, p. 54).

Esse é um ponto que não pode simplesmente ser desconsiderado, e Ackerman sabe disso. Ao analisarmos as características da Constituição dos Estados Unidos, afirma, encontraremos inúmeras imperfeições, erros e vícios tanto em suas premissas básicas, quanto no seu desenvolvimento histórico: “Não se esqueçam de que James Madison foi um proprietário de escravos e também um grande pensador político” (Ackerman, 2006, p. 6). Seria muito cômodo para um professor de direito constitucional apegar-se ao lado otimista das

⁹ Reformulado por Ackerman, cf. o mesmo raciocínio *supra* nota 3 e a citação que a precede.

conquistas constitucionais dos Estados Unidos e convidar o povo para viver um sonho de cidadania. A dificuldade com esse convite, reconhece Ackerman, consiste em saber quanto desse otimismo poderia ser compartilhado por aqueles cuja imediata reação ao período fundacional americano é caracterizada por uma justificável desconfiança:

[...] os negros, que não podem esquecer de que foram os cavalheiros da era da razão que estabeleceram a mais poderosa sociedade escravocrata do século XIX; os índios e os hispânicos, que não se esquecem do extermínio de seus antecessores em nome do ‘destino manifesto’; os trabalhadores, que questionam como aristocratas como Madison poderiam ser, de alguma forma, úteis a eles; e finalmente as mulheres, verdadeiras criadoras da Fundação! [...] Se essa é a história comum que compartilhamos como cidadãos comuns, não viveríamos melhor sem ela? (Ackerman, 2006, p. 435).

Para responder essa questão (evidentemente não enfrentada por Madison e Marshall), Ackerman apoia-se na sempre latente possibilidade de um novo recomeço fornecida por sua característica compreensão mais alargada da teoria do poder constituinte: os ignorados e excluídos no período fundacional poderiam ter negado esse trágico passado comum, mas optaram por não fazê-lo e, com isso, legitimaram-no. Assim:

Os Fundadores criaram uma oligarquia. Enquanto representavam o povo, eles apenas tentavam conquistar o consentimento mobilizado dos homens brancos. Esse fato é obviamente comprovado e constitui uma das principais razões pela qual tenho clamado por uma reestruturação total da narrativa profissional que orienta os juristas modernos na interpretação da Constituição. [...] [Porém, os] políticos do passado proporcionaram uma linguagem constitucional e instituições que, por meio delas, as últimas gerações de negros e de mulheres conquistaram a cidadania integralmente. Conquistando suas vitórias durante o século XX, nem o movimento da liberação feminina e nem o movimento dos direitos civis repudiou o legado nacional de criação constitucional que nos foi deixado. Em vez disso, eles utilizaram o potencial inclusivo dessa tradição para seu proveito, permitindo finalmente aos norte-americanos, após dois longos séculos, lutarem a seu modo por um regime no qual fosse concedida uma política formal igualitária a todos os cidadãos (Ackerman, 2006, p. 436-7).

Embora razoavelmente consistente e corroborado por inúmeros exemplos, no limite seria possível reconhecer que o contra-argumento histórico apresenta sérias limitações e, por si só, não parece capaz de impugnar a prática do controle judicial de constitucionalidade como um todo. Afinal, além da hipótese de legitimação *a posteriori* levantada por Ackerman, poder-se-ia imaginar um processo constituinte no qual seja possível identificar uma ampla,

real e efetiva participação popular, e isso bastaria para anular o questionamento levantado por essa primeira crítica¹⁰.

O segundo contra-argumento reconhece como verdadeira a premissa inicial de Hamilton e Marshall, mas questiona os fundamentos de sua sobrevalorização. Muito bem sintetizado por Tribe (1978, p. 9), um problema intertemporal que se coloca é o seguinte: por que razão um Estado que fundamenta sua legitimidade no consentimento de seus cidadãos haveria de constituir sua vida política mediante um compromisso deliberadamente estruturada para dificultar a mudança?

Não raro a resposta costuma vir expressa de maneira metafórica. Nesse contexto, uma constituição, como Ulisses acorrentado ao mastro para não ceder ao canto das sereias (Elster, 2000, p. 119 e ss; Espinosa, 1979, p. 331), representaria o resultado de um debate amplo e consensual, livre de qualquer paixão ou interesse individual, ou, como propõe Hayek (1978, p. 176 e ss), a ação de Pedro sóbrio (momento constituinte), preocupado com suas atitudes quando bêbado (política ordinária).

Embora bastante promissoras, existiriam algumas razões para não se exagerar o significado dessas metáforas (Waldron, 2004, p. 255 e ss). Para os propósitos deste estudo, interessa perceber que a valorização de um primeiro momento constituinte retira forças de um (presumível) consenso popular abrangente. O dado que parece escapar dessa caracterização é que essa mesma força sofre um considerável abalo com a inexorável sucessão temporal. A partir das mesmas metáforas indicadas acima, poder-se-ia questionar: se Ulisses tivesse um filho, estaria ele obrigado a permanecer acorrentado como o pai ou poderia prender-se da maneira que achasse mais correta? O filho de Pedro deve preocupar-se com sua própria ação quando bêbado e encontrar meios de impedi-la (ou, ao menos, minimizar suas consequências) ou, ao contrário, deve cingir-se aos conselhos paternos sobre bebida? Afinal:

Por que não se pode pensar que, com a passagem do tempo, voltemos a nos encontrar com um consenso popular profundo e meditado? Que razão teríamos [...] para fazer prevalecer a vontade de alguns sujeitos, talvez já mortos há tempos, sobre a vontade atual da cidadania? (Gargarella, 1996, p. 55).

Nesse jogo retórico, defensores da revisão judicial costumam apresentar duas réplicas. A primeira delas (absolutamente rechaçada por Ackerman) lança o seguinte desafio: se, de fato, existe um renovado, profundo e meditado consenso popular sobre determinado assunto, por que não reformar a constituição?

¹⁰ Sobre a inclusão (ou não) da constituinte brasileira de 1988 nessa categoria, cf. Sarmento, 2009.

Embora não se possa descartar as emendas constitucionais como uma maneira de “atualizar” a vontade do povo, essa resposta não parece capaz de imunizar completamente a crítica intertemporal indicada pela teoria democrática. Vale lembrar, nesse sentido, que a XXVII emenda à Constituição dos Estados Unidos, proposta por James Madison ainda em 1789, tornou-se válida após mais de duzentos anos, em 25 de setembro de 1992. O problema, portanto, persistiria, com a diferença de que, agora, seriam os tataranetos de Ulisses ou de Pedro os envolvidos. Como sustenta Ely:

As emendas que mais frequentemente geram polêmica nos tribunais [...], se é que alguma vez representaram a “voz do povo”, representam a voz de pessoas que faleceram há um ou dois séculos. Desde o começo houve quem se preocupasse com isso. Noah Webster opinou que “a própria tentativa de fazer uma constituição perpétua é a presunção de ter o direito de controlar as opiniões das gerações futuras e de legislar para aqueles sobre os quais temos tanta autoridade quanto temos sobre uma nação asiática”. E Jefferson escreveu para Madison: “que aos vivos cabe o usufruto da terra; que os mortos não detêm nenhum poder ou direito sobre ela”. [...] Não quero, obviamente, dizer que isso [*dificultar a mudança*] é ruim, mas é algo que fatalmente enfraquece a ideia de que, ao aplicar a Constituição [...], os juízes estão simplesmente pondo em prática a vontade do povo (Ely, 2010, p. 15-6)

Evidentemente, argumentos dessa natureza devem ser vistos com certo temperamento, sobretudo se focalizada a realidade brasileira. Tendo em vista a exorbitante quantidade de emendas constitucionais e a velocidade com que elas são aprovadas, poder-se-ia argumentar que, muito pelo contrário, o Brasil não sofre daquele mal. De fato. Não se pode negar, todavia, que a existência de partes imodificáveis até mesmo por procedimentos legislativos qualificados (somada à autoaclamada possibilidade de controle judicial dessas emendas¹¹) inverte a direção do desafio lançado pela teoria constitucional e transforma a existência de cláusulas pétreas em algo problemático sob uma perspectiva democrática. Ora, como chamar de atual vontade soberana do povo (a ser imposta ao legislativo pelo judiciário) as opções políticas efetivadas no passado?

A resposta canônica da teoria constitucional a esse questionamento costuma apelar à necessidade de preservação do núcleo essencial do projeto constituinte originário, realçando que, em rigor, nada impediria que “o povo, fazendo-se ouvir por meio de manifestação do poder constituinte originário, rompa com as limitações impostas pela Constituição em vigor e se dê um outro diploma magno”, de modo que, enquanto isso não ocorresse, o que se poderia

¹¹ Nesse sentido, caberia destacar que a Constituição Federal capacita o Supremo Tribunal Federal a processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de *lei ou ato normativo* federal ou estadual, e que “extrair dessa expressão a competência para julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais parece razoável desvio daquilo que o constituinte originário lhe reservou” (Mendes, 2008, p. 146; cf., também, Mendes, 2005).

dizer é que “a geração subsequente à que editou a Constituição com as suas limitações materiais concorda com ela” (Branco, 2010, p. 293).

Nada obstante o apelo que esse tipo de resposta goza em nossa cultura jurídica, ela parece desconsiderar que o problema que efetivamente decorre da adoção de cláusulas pétreas reside na *impossibilidade* de mudança, e não, propriamente, na sua *desejabilidade* ou *indesejabilidade*. Consequentemente, sustentar que a *aceitação tácita* de uma estrutura jurídico-política moldada precisamente para evitar sua *contestação explícita* pressupõe uma espécie de aquiescência intelectual a partir da qual se faz possível negar a flagrante contradição entre fundar a legitimidade de um governo no consentimento dos cidadãos, por um lado, e reservar a ruptura política como a única saída institucional, por outro.

Seja como for, também o contra-argumento temporal possui limites que não deveriam ser barateados. Para afastar essa interpelação bastaria sustentar (como faz Ackerman) que a substituição desses mecanismos de barreiras por mecanismos institucionais cuja abertura possibilite a renovação contínua do “pré-compromisso” legitimaria a prática do controle judicial de constitucionalidade, de modo que, em sua função de mantenedor das conquistas populares, além de proteger a vontade do povo expressa em um momento inicial (*t1*) contra as investidas do poder legislativo, o judiciário deveria levar em conta a vontade soberana do povo solene e conscientemente expressa em diversos momentos posteriores de manifestação da política constitucional (*t2, t3, t4 ...*).

O terceiro contra-argumento, por fim, reconhece a validade das premissas criticadas anteriormente ao aceitar que uma constituição representa a vontade do povo, sobretudo se for dotada de mecanismos institucionais capazes de facilitar a renovação contínua desse pré-comprometimento. Questiona-se, contudo, a capacidade de o judiciário identificar corretamente essa vontade.

É que, tanto quando Hamilton e Marshall, Ackerman concebe a interpretação judicial como algo mais ou menos óbvio e automático. Nesse contexto, ao que parece, os tribunais deveriam apenas ler o texto constitucional em voz alta para conhecer a vontade do povo e fazê-la triunfar contra os ataques da política comum. Essa, todavia, não é uma descrição adequada da atividade hermenêutica - e, por força do alargamento do raio de legitimidade atribuível ao(s) momento(s) constituinte(s), essa não é uma descrição adequada sobretudo para o modelo de Ackerman¹².

¹² Afinal: “[...] Ackerman’s theory asks too much of the judges. It doesn’t ask them just to interpret documents, or to decide cases reasonably, but to determine the ‘meaning’ of amorphous historical ‘moments’. [...] It is difficult enough to interpret texts in light of historical events without having to interpret the whole of American political history” (Posner, 1992, p. 74-5).

Decidir com base em textos dotados de autoridade é, e será sempre, escolher entre as várias opções que a interpretação desses textos viabiliza. Quanto mais aberto for o texto, maior provavelmente será o leque de opções que poderão, em tese, ser encaixadas dentro dele. E os textos constitucionais têm duas características muito importantes nesse sentido: em primeiro lugar, eles são muito abertos, permitindo, via de regra, encaixar as respostas em uma moldura razoavelmente ampla; em segundo lugar, sua interpretação permite que um juiz, em nosso sistema legal, deixe de aplicar leis passadas pelo Parlamento. O debate em torno do ativismo parece mostrar, nesse contexto, a necessidade de uma certa cautela no uso desse instrumento tão amplo, pois a interpretação da Constituição [...] não é “mera aplicação do direito”, como fez inteligente mas mentirosamente sugerir Marshall. Ela tem muito de político, e flerta, o tempo inteiro, com o problema da legitimidade democrática (Veríssimo, 2012, p. 70).

A tarefa jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade, portanto, envolveria componentes jurídico-legais e componentes políticos¹³. Nesse contexto, não são poucos os casos em que, para além de uma simples aplicação dos componentes jurídico-legais, o judiciário maneja componentes políticos para incorporar soluções normativas inexistentes no texto constitucional – e precisamente isso torna problemático o modelo de Ackerman, como destaca Gargarella.

As principais críticas ao caráter contramajoritário do poder judiciário surgem, ao menos em boa medida, uma vez que se abre (o que poderíamos chamar) a brecha interpretativa. Em outras palavras, se se acusa o poder judiciário de imiscuir-se em campos que deveriam corresponder aos cidadãos, ou a seus representantes, isso se deve ao fato de que agora se adverte algo que antes, por alguma razão, não se advertia claramente: mediante sua inevitável tarefa interpretativa, os juízes acabam silenciosamente tomando o lugar que deveria ocupar a vontade popular (Gargarella, 1996, p. 59).

Ao interpretarem o passado, os juízes inevitavelmente colaboram para moldá-lo, e, moldando-o, eles invariavelmente dão forma ao presente. Tanto quanto a previsão do futuro, a interpretação do passado é uma tarefa arriscada para qualquer um, e não há motivos *a priori* para supor que um grupo de atores não eleitos e politicamente irresponsáveis perante o povo seja melhor nessa tarefa do que seria outro grupo de atores, esses sim eleitos e responsáveis politicamente, a ponto de declarar, com base nessa interpretação, que os esforços desse conjunto representativo sejam inconstitucionais.

¹³ “[...] where ‘legal’ means the application of a preexisting rule [...] and ‘political’ means choosing one from among many plausible principles or politics for the purposes of settling a constitutional issue” (Rosenfeld, 2004, p. 637). De maneira semelhante, cf. Posner, 2005 (especialmente o item “Political Judging”, sub-item “A Constitutional Court is a Political Court”, p. 39-54)

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce (1989). “Constitutional Politics/Constitutional Law”. In: *The Yale Law Journal*, vol. 99, no 3, p. 453-547.
- ____ (2006). *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey.
- ____; ROSENKRANTZ, Carlos F. (1991). “Tres Concepciones de la Democracia Constitucional”. In: *Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad: Investigacion Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 15-31.
- ATRIA, Fernando (2003). “El Derecho y la Contingencia de lo Político”. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, p. 319-345.
- BICKEL, Alexander M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2^a ed. New Haven and London: Yale University Press.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2008). *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.
- DWORKIN, Ronald (1990). “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”. In: *Alberta Law Review*, vol. 28, nº 2, p. 324-346.
- ____ (2005). *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2006). *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2007). *O Império do Direito*. 2^a ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2010). *Levando os Direitos a Sério*. 3^a ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.
- ELSTER, Jon (2000). Ulisses Liberto: Estudos sobre Racionalidade, Pré-Compromisso e Restrições. Trad. de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP.
- ELY, John Hart (2010). *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes.
- ESPINOSA, Baruch de (1979). *Tratado político*. São Paulo: Abril Cultural.
- GABEL, Peter (1977). “Reviewed Works: Taking Rights Seriously by Ronald Dworkin”. In: *Harvard Law Review*, vol. 91, nº 1, p. 302-315.

- GARGARELLA, Roberto (1996). *La Justicia Frente ao Gobierno: Sobre el Carácter Contramayoritário del Poder Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel S. A.
- GINSBURG, Tom (2008). “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (coord.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, p. 81-98.
- GRANO, Joseph D. (1981). “Ely’s Theory of judicial review: preserving the significance of the political process”. In: *Ohio State Law Journal*, vol. 42, p. 167-185.
- HAND, Learned (1958). *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press.
- HAYEK, Friedrich A. (1978). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.
- KLARMAN, Michael J. (1992). “Constitutional Fact/Constitutional Fiction: a Critique of Bruce Ackerman’s Theory of Constitutional Moments”. In: *Stan Law Review*, vol. 44, p. 759-797.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John (1993). *Os Artigos Federalistas [1787-1788]*. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- MANIN, Bernard (1997). *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MENDES, Conrado Hübner (2005). “Constitutions and institutions: justice, identity, and reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court”. In: *Florida Journal of International Law*, vol. 17, nº 3, p. 449-462.
- _____ (2008). *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- NEVES, Marcelo (2010). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Tese apresentada ao Concurso para Professor Titular, Departamento de Direito da UnB, área Direito Público, Edital no 6/2010, Brasília.
- NINO, Carlos Santiago (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University Press.
- PERRY, Michael J. (1978). “The abortion Funding Cases: A Comment on the Supreme Court’s Role in American Government”. In: *The Georgetown Law Journal*, vol. 66, nº 5, p. 1191-1245.
- POLI, Vinicius J. (2025). “Ronald Dworkin e a condicional entrega da última palavra ao poder judiciário”. In: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, vol. 18, nº. 6, p. 01-43.
- POSNER, Richard A. (1992). “Democracy and Dualism”. In: *Transition*, nº 56, p. 68-79.
- _____ (2005). “A political Court”. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, p. 32-102.
- RICHARDS, David A. J. (1977). “Taking Taking Rights Seriously Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Nature Law”. In: *New York Law Review*, vol. 52, nº 6, p. 1265 – 1340.
- ROSENFELD, Michel (2004). “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”. In: *I-CON*, vol. 2, nº 4, p. 633-668.

- SARMENTO, Daniel (2009). “21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988”. In: *DPU*, nº 30, *Assunto Especial – Doutrina*, p. 7-41.
- TRIBE, Laurence H. (1978). *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press.
- TROPER, Michel (2003). “The Logic Of Justification of Judicial Review”. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, nº 1, p. 99-121.
- UNGER, Roberto Mangabeira (2004). *O Direito e o Futuro da Democracia*. Trad. de Caio Farah Rodrigues e Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo (2012). “Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial”. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e Política na Democracia: aproximações entre direito e ciência política*. Madri: Marcial Pons, p. 51-71
- WALDRON, Jeremy (1998). “Judicial Review and the Conditions of Democracy”. In: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, nº 4, p. 335-355.
- _____ (2004). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- ZURN, Christopher F. (2002). “Deliberative Democracy and Constitutional Review”. In: *Law and Philosophy*, 21, p. 467-542.