

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

RAFAEL WAGNER RADKE

**JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO CASO OBERGEFELL
V. HODGES À LUZ DO DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL**

SÃO LEOPOLDO

2016

RAFAEL WAGNER RADKE

**JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO CASO OBERGEFELL
V. HODGES À LUZ DO DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos

Professora Orientadora: Dra. Maria Eugenia Bunchaft

SÃO LEOPOLDO

2016

R129j Radke, Rafael Wagner

Judicialização e democracia: uma análise do Caso Obergefell v. Hodges à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial / por Rafael Wagner Radke. -- São Leopoldo, 2016.

143 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

Área de concentração: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Orientação: Prof^ª. Dr^ª. Maria Eugenia Bunchaft, Escola de Direito.

Catálogo na publicação:

Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “JUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO CASO OBERGEFELL V. HODGES À LUZ DO DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL”, elaborada pelo mestrando **Rafael Wagner Radke**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de junho de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

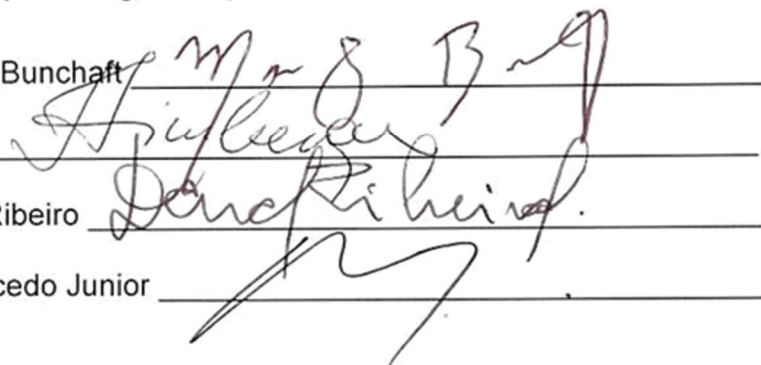
Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Maria Eugênia Bunchaft

Membro: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior



À minha família e à minha namorada, por todo amor, carinho e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Este é o local apropriado para manifestar agradecimento e gratidão a todos àqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização desse trabalho acadêmico. Considero os atos de agradecer e de demonstrar gratidão como dois dos mais profundos e belos do ser humano. A partir deles, pode-se deixar clara a importância dos aqui citados durante essa minha jornada e, posso afirmar, que essa obra possui um pouco de cada um dos personagens importantes da minha vida pessoal e acadêmica. Definitivamente, essa dissertação não é uma obra exclusiva.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Rodolfo e Katia, por todo amor, dedicação e confiança em mim depositados durante todos os anos da minha vida. Sem todo o suporte que me foi fornecido por vocês, especialmente no que diz respeito à minha formação escolar, eu jamais poderia finalizar mais essa etapa da minha vida. A vocês, todo meu amor e gratidão. Ao meu irmão, Felipe, por todos os anos de parceria e amizade, também sou profundamente grato.

À minha namorada, Laura, por todo o amor, carinho e compreensão demonstrados durante os anos em que estamos juntos. Obrigado por todo o incentivo durante esse período e por sempre acreditar em mim. Eu não teria conseguido realizar esse trabalho sem o teu suporte. Agradeço do fundo do meu coração e espero retribuir esse apoio em todos os nossos momentos, com o meu amor.

À toda minha família, em nome da minha dinda Sheila. Tenho a absoluta certeza de que ela se encontra extremamente feliz por me ver finalizar esse importante momento da minha vida. Muito obrigado pelo apoio.

À minha professora orientadora, Maria Eugenia Bunchaft, por toda a dedicação e auxílio durante a elaboração desse trabalho e, principalmente, por compreender a importância da autonomia e do interesse individual do aluno na confecção. A sua presença e os nossos diálogos foram fundamentais para o meu enriquecimento acadêmico. Deixo aqui o meu agradecimento sincero e a expectativa de que possamos manter o contato acadêmico.

Aos demais integrantes dessa banca: da casa, Darci Guimarães Ribeiro e Têmis Limberger, obrigado pelas sugestões e críticas ao presente trabalho, bem como pelas lições ensinadas; ao membro externo dessa banca, Ronaldo Porto Macedo Junior, meus sinceros agradecimentos pela disponibilidade para participar desse importante momento da minha vida, pelas lições e conversas iluminadoras que tivemos, as quais foram fundamentais para o meu atual e futuro crescimento acadêmico.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, por toda a dedicação e ensinamentos passados: Anderson V. Teixeira, Gerson Neves Pinto, Leonel Severo Rocha, Lenio Streck, Taysa Schiocchet.

À equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Vera Loebens e Ronaldo Cezar, por todo o apoio institucional e suporte fornecidos.

Aos meus colegas discentes durante esse período: Bruno Cozza, Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, Clarissa Tassinari, Daniel Ortiz, Danilo Lima Pereira, Fernando Hoffmam, Gilberto Guimarães, Jessica Cristianetti, Lanaira da Silva, Paulo Júnior Trindade e Ziel Ferreira Lopes. Muito obrigado pela amizade e por todas as discussões travadas no âmbito acadêmico. Espero que tenhamos uma amizade longa e duradoura.

A todos os demais que contribuíram, ainda que indiretamente, para esse trabalho, deixo o meu agradecimento.

RESUMO

Este trabalho visa realizar uma análise dos limites democráticos das decisões judiciais, sobretudo as relativas a jurisdição constitucional, dado que a amplitude de suas cláusulas invoca considerações morais. Assim, busca-se fornecer uma resposta para o seguinte problema de pesquisa: Quais os limites democráticos de atuação do Poder Judiciário, em sede de jurisdição constitucional, a partir de determinada concepção de democracia? A resposta para essa pergunta necessariamente impõe uma análise da tensão entre direitos e democracia, para que possamos ofertar uma resposta acerca da legitimidade judicial. Para tanto, iniciaremos o debate com a apresentação dos antecedentes históricos da jurisdição constitucional, para demonstrar a juridicidade da interpretação constitucional. Estabelecido o chão comum, buscaremos explicitar algumas concepções de democracia dentro do campo da filosofia política - liberal, republicana e democracia deliberativa - para compreender como cada uma dessas posições trabalha com essa tensão entre direito e democracia. Naturalmente, mostra-se importante fazer uma análise de importantes teorias que trabalham com esse problema, integrando a filosofia política com a questão da legitimidade interpretativa do Poder Judiciário, sobretudo para delimitar os limites deste nas democracias contemporâneas. Dentre esses teóricos, dois apresentam concepções mais restritivas da atividade judicial – Habermas e Sunstein – e dois concebem uma atuação substantiva como democrática – Dworkin e Post/Siegel. A dissertação pretende articular essas complexas concepções de forma harmoniosa para responder o problema central que foi colocado e, finalmente, poder tomar uma posição coerente sobre os limites democráticos da atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Democracia. Direitos. Filosofia Política. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

This work aims to make an analysis of the democratic limits of the judicial decisions, mainly those related to judicial review, given that the amplitude of its clause invokes moral considerations. Therefore, we look forward providing an answer to the main question of this research: What are the democratic limits of action of the Judicial Power, when it comes to the judicial review, from distinct conceptions of democracy? The answer to this question necessarily imposes to make an analysis of the tension between rights and democracy to allow us to offer a proper answer to the question of judicial legitimacy. To do so, we begin our debate with the presentation of the historical background of the judicial review, in order to demonstrate the judicial character of the constitutional interpretation. With the common ground established, we seek to explicit some conceptions of democracy within the area of political philosophy—liberal, republican and deliberative democracy – to understand how each one of those thinks about the tension between rights and democracy. Naturally, it's also important to make an analysis of important theories that also think about this issue, with an integrative view of political philosophy with the question of the judicial legitimacy to perform legal interpretation, mainly to establish its the limits in the contemporary democracies. Among these theoretical thinkers, two of them present conceptions more restrictive to judicial activity – Habermas and Sunstein - and two conceive a more substantive performance as democratic – Dworkin and Post/Siegel. This research intends to harmonically articulate these complex theories to answer the main question that was made and, finally, be able to offer a coherent position to about the democratic limits of the Judicial Power in a democracy.

Key-Words: Democracy. Rights. Political Philosophy. Judicial Review.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PANORAMA GERAL DO DEBATE SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	22
2.1 Precedentes Históricos do Constitucionalismo	22
2.2 O Constitucionalismo Norte-Americano e a Ascensão do Judicial Review	29
2.2.1 O Debate Pré-constitucional Norte-Americano: federalista versus antifederalistas	29
2.2.2 O Modelo Norte-Americano e a Doutrina Marshall: o estabelecimento da <i>judicial review</i>	40
2.3 O Modelo Austríaco de Jurisdição Constitucional e o Triunfo do Modelo Preconizado por Hans Kelsen.....	45
3 O DEBATE TEÓRICO SOBRE O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA TENSÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA.....	53
3.1 Constitucionalismo e Democracia: o Problema da Jurisdição Constitucional na Discussão entre Liberais e Republicanos	55
3.2 A Defesa do Judicial Review no Âmbito Liberal: a perspectiva de Ronald Dworkin.....	64
3.2.1 O Caminho para a Democracia Constitucional	64
3.2.2 A <i>Judicial Review</i> na Visão Integrativa Dworkiniana.....	69
3.3 A Defesa do Judicial Review na Esfera Democrático-Deliberativa.	78
3.3.1 A Concepção da Democracia Deliberativa.....	78
3.3.2 Democracia Deliberativa e Jurisdição Constitucional em Habermas.....	79
3.3.2.1 A <i>Democracia Deliberativa Habermasiana Baseada na Razão Comunicativa: breves apontamentos</i>	80
3.3.2.2 A <i>Teoria Discursiva e a Produção Legítima do Direito</i>	84
3.3.2.3 A <i>Jurisdição Constitucional e o seu Papel Dentro da Teoria do Direito de Habermas</i>	87
4 O MINIMALISMO JUDICIAL E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DO CASO OBERGEFELL V. HODGES	91
4.1 A Teoria Minimalista de Cass Sunstein.....	92
4.1.1 Premissas do Minimalismo.....	92
4.1.2 O Minimalismo Judicial e a Questão do Refluxo.....	96
4.1.3 Os Acordos Parcialmente Teorizados	102

4.1.4 Críticas Dirigidas por Matthew Steilen e Ronald Dworkin à Teoria de Cass Sunstein	106
4.2 O Constitucionalismo Democrático e suas Divergências Teóricas com o Minimalismo Judicial.....	111
4.3 Análise do Caso <i>Obergefell v. Hodges</i> à Luz do Debate Entre o Constitucionalismo Democrático e o Minimalismo Judicial	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

Os Estados Democráticos de Direito são fundados, como seu próprio nome evidencia, em duas grandes bases: Democracia e Direito. A democracia, cuja ideia fundante é o governo do povo, sob si mesmo, em que a concretização se dá pela soberania popular, busca legitimar, dessa forma, o exercício do poder; o direito, por seu turno, tem uma função normatizadora e organizadora da vida em sociedade, estabelecendo regras de conduta para regular convívio social. Esses conceitos, ao menos nas suas origens históricas, eram assim caracterizados e, acrescentando-se, fazia perfeito sentido que assim o fosse, sobretudo se considerarmos a ausência de complexidade social. Dentro de um mundo ideal, portanto, haveria um perfeito equilíbrio entre ambos. Nos dias atuais, porém, essa harmonia não ocorre, de modo que devemos buscar meios de fornecer argumentos para delimitar o funcionamento desses dois conceitos.

Com o desenvolvimento dos Estados, com o aumento da complexidade social – fato que gera desequilíbrios ao que se relaciona a concepções de bem e de justiça, por exemplo - e, especialmente, com o advento das constituições, sobretudo a partir do final do século XVIII, a harmonia de outrora começa a ruir. Tais constituições são documentos jurídico-políticos que limitam o exercício soberano do poder, através do estabelecimento de cláusulas de textura aberta, cuja interpretação faz-se necessária para sua aplicação. Porém, ao limitar o poder governamental eleito pelo povo, a própria democracia é limitada pela constituição.¹ Esse movimento histórico é chamado de constitucionalismo e acaba por fundar democracias constitucionais. Percebe-se, pois, que a definição original de democracia não mais se limita, tão somente, à soberania popular; ou seja: ainda que extremamente importante, a vontade da maioria não mais é absoluta.

Por democracia constitucional,² então, devemos compreender uma forma de governo, na qual o povo é o detentor do poder, como outrora. Porém, ao contrário da concepção majoritária, a vontade popular deve ser exercida com respeito às normas constitucionais,

¹ Sobre esse sentido das constituições, cumpre fazer alusão a já famosa metáfora de Ulisses e o canto das sereias, na qual este pede para ser acorrentado como forma de evitar cair na tentação que lhe será imposta pelo canto das sereias. Assim é a constituição, no sentido de impor limitações à vontade popular. STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paula; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 1, n. 2: 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>>. Acesso em: 30 maio 2016.

² Devemos ressaltar, desde já, que as constituições não atingiram o *status* que hoje em dia possuem, qual seja, topo do ordenamento jurídico, de forma uniforme em nível mundial. Muito pelo contrário: Inicialmente ocorreu nos Estados Unidos da América, quando da promulgação de sua Constituição, no ano de 1787; no Continente Europeu, porém, esse fato ocorreu somente séculos mais tarde, após a queda dos regimes totalitários no Século XX; após, esse fenômeno espalhou-se em nível global. Esse ponto será trabalhado amiúde no capítulo inaugural desse trabalho.

mormente àquelas que dizem respeito a direitos fundamentais. Inevitavelmente, essa concepção cria atritos com a soberania popular. E a razão para isso é clara: se antes havia um poder ilimitado para o povo – representado pelo legislador –, agora se passa a ter um limitador prévio. Ocorre que - e esse ponto é fulcral para a nossa dissertação - alguém deve ficar encarregado, portanto, de garantir que este documento não seja ferido por decisões populares. Numa palavra final: a democracia constitucional é um modelo em que há a tentativa jurídica – pelo direito – de limitação do poder político, utilizando-se, para tanto, de um instrumento político-jurídico, denominado de constituição.

Com efeito, na grande parte dos países democráticos, essa árdua tarefa foi delegada ao Poder Judiciário, ou a tribunais, que, em que pese não serem integrantes deste Poder, exercem nítidas funções judiciais. Esses intérpretes constitucionais são, tão somente, algumas pessoas dentro de um ambiente democrático, e, em raros casos, são eleitos por sufrágio democrático. Esta tarefa de interpretação constitucional é o que se nomina de jurisdição constitucional.

Evidentemente, essa situação acarreta problemas de ordem democrática, pois um governo de juízes não se mostra adequado, tampouco democrático.³ Ademais, como agravante a essa situação, verifica-se um fenômeno de expansão do Poder Judiciário, em nível mundial,⁴ fato esse que, por si só, já expande o âmbito desse conflito. Além disso, sociedades cada vez mais plurais também tendem a aumentar exponencialmente o seu grau de conflito, e isso também acaba nas mãos dos juízes. A tensão entre direito e democracia é, pois, potencializada hodiernamente, e não há perspectivas de diminuição.⁵

Com efeito, essa problemática remonta a teoria da separação dos poderes, criada por Montesquieu, no século XVIII, durante um período histórico onde o absolutismo reinava e todos os poderes se encontravam concentrados na mão de uma única figura humana.⁶ Em outras palavras, o que o filósofo francês buscou ao elaborar a sua famosa teoria foi um princípio para

³ Desde já, cumpre fazer referência à chamada “questão democrática” acerca da legitimidade interpretativa e de atuação do poder judiciário, que será desenvolvida no terceiro capítulo dessa dissertação. Esta questão é levantada com base na ideia de que, em virtude da inexistência de voto, haveria um déficit democrático do poder judiciário em relação aos demais poderes e, assim, dever-se-ia limitar a atuação deste como forma de proteger o próprio regime democrático. Como veremos no decorrer do trabalho, esse pensamento só merece prosperar se assumirmos como correta uma concepção estatística de democracia.

⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

⁵ Trata-se, principalmente, de uma questão acerca do entendimento da judicialização da política. Concordamos com a visão apresentada por Lenio Streck: “[...] a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 293). Essa definição pode ser completada pela constatação de Clarissa Tassinari de que “[...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição [...]”. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32).

⁶ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

que a organização do sistema estatal, através da distribuição de competências, ocorresse de forma a evitar o despotismo real; para tanto, privilegiou o Poder Legislativo, visto que este deveria controlar os abusos do Executivo (comandado por monarcas) e limitar o Judiciário (visto como perpetrador do *Ancien Régime*). Assim, a separação dos poderes era uma forma de controle recíproco de todos os poderes, pela inibição mútua entre eles.⁷

Em contrapartida, podemos argumentar, com base em Ferrajoli, que os estados democráticos de direito modernos, superaram a simples tripartição dos poderes. Isso porque, com a democracia constitucional e a – necessária – proteção aos direitos fundamentais, há um redimensionamento da separação dos poderes. Para Ferrajoli, trata-se, agora, de uma divisão dos poderes e não mais separação estrita. Trata-se de um modelo baseado nos *checks and balances* norte-americanos. Ao passo que a separação cria uma barreira entre os poderes, de modo a resguardar a independência, a divisão permite que, no âmbito interno de cada poder, haja controle e delegação das funções.⁸

Não obstante, podemos citar alguns pontos, em âmbito exemplificativo, que demonstram alguns motivos desse debate: a) uma menor legitimidade democrática dos intérpretes constitucionais, em relação aos próprios representantes eleitos pelo sufrágio popular. Ao anular algum ato do Parlamento, na prática, alguns homens limitam a própria vontade da sociedade. Assim, trata-se de uma atividade monológica que afeta a vida de toda uma coletividade; b) trata-se de uma decisão final que, portanto, tem poucas chances de alteração futura; c) a alteração de regime: de uma democracia, para uma juristocracia, especialmente quando os magistrados passam a atuar de forma ativista, no sentido de impor suas próprias convicções morais a toda a população. Dentro de uma democracia, este fato deve ser evitado;⁹ d) a dificuldade de controlar os limites interpretativos dos julgadores, mormente porque aplicam princípios que estão escritos, abstratamente, na constituição, com conteúdo pendente de delimitação mais clara, uma vez que a famosa expressão “juiz boca da lei” já foi superada há alguns séculos; entre outras objeções que são possíveis de dirigir contra a jurisdição constitucional.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007.

⁹ Anota-se que essa é a leitura feita por Clarissa Tassinari sobre o ativismo judicial. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites de atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Em contraposição, podemos citar Luis Roberto Barroso, para quem o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Synthesis**– Cadernos do Centro de Ciências Sociais – UERJ. Rio de Janeiro, v. 05, n. 02, 2012).

Deve-se ressaltar, ademais, que esta situação é objeto de debate, em escala global, e, inclusive, constatamos uma grande quantidade de escritos teóricos que se manifestam sobre a legitimidade democrática, ou não, da *judicial review*.¹⁰ Essas obras, ademais, perpassam por inúmeros campos do conhecimento – Filosofia do Direito, Filosofia Política, Direito Constitucional, Teoria Constitucional, entre outros.

Com efeito, no âmbito anglo-saxão, podemos citar¹¹ nomes como Ronald Dworkin,¹² Alexander Bickel,¹³ John Hart Ely,¹⁴ Jeremy Waldron,¹⁵ Barry Friedman,¹⁶ Cass Sunstein¹⁷ e Reva Siegel/Robert Post;¹⁸ em Israel,¹⁹ Aharon Barak.²⁰

¹⁰ Alguns desses renomados teóricos serão trabalhados com maior atenção no decorrer desse trabalho. Para o nosso objetivo de momento, porém, somente iremos citá-los no intuito de demonstrar a relevância do tema – tão discutido internacionalmente e nacionalmente –, o estado d’arte em termos de produção acadêmica sobre a temática cerne da dissertação, bem como a polêmica ainda em voga sobre a questão central que nos propomos a desenvolver.

¹¹ Naturalmente, tais citações não têm uma pretensão exaustiva dos trabalhos sobre essa matéria, pretendemos tão somente exemplificar alguns importantes escritos relativos ao nosso tema.

¹² DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006; DWORKIN, Ronald **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹³ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

¹⁶ FRIEDMAN, Barry. **The will of people: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996; SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999; SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001; SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005; SUNSTEIN, Cass. **Constitutional personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

¹⁸ Ambos estão posicionados conjuntamente, pois, como veremos, desenvolvem uma teoria conjunta sobre a interpretação constitucional e os limites do poder judiciário nesta empreitada. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Tradução de: Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013; POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 04 maio 2016; POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic Constitutionalism**. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹⁹ Apesar de Israel estar geograficamente localizado na Ásia, sua tradição jurídica é de matriz anglo-saxã, principalmente porque a região sobre a qual este país está localizado encontrou-se sob domínio do império britânico entre os anos de 1920 -1948, quando foi declarada a sua independência.

²⁰ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

Na Europa continental, também encontramos inúmeras manifestações relevantes sobre o problema posto: na França, Antoine Garapon²¹; na Alemanha, Dieter Grimm,²² Jürgen Habermas²³ e Robert Alexy;²⁴ na Itália, Luigi Ferrajoli,²⁵ Mauro Cappelletti²⁶ e Emilio Betti;²⁷ na Espanha, Eduardo García de Enterría;²⁸ em Portugal, Vital Moreira.²⁹

No Continente Sul-Americano, percebe-se, também, a atualidade desse debate: na Argentina, Carlos Santiago Nino;³⁰ e, finalmente, no Brasil, Daniel Sarmento,³¹ Maria Eugenia Bunchaft,³² Ronaldo Porto Macedo Junior,³³ Cláudio Pereira de Souza Neto,³⁴ Lenio Streck,³⁵

²¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²² GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 25 abr 2016; HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia. In: **A inclusão do outro – Estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007; FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

²⁷ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1994.

²⁹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da jurisdição constitucional. In: BRITO, José de Sousa., *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

³⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003.

³¹ SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³² BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

³³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Luis Roberto Barroso,³⁶ Lucas Borges de Carvalho,³⁷ Gustavo Binbenbojn,³⁸ Bianca Stamato,³⁹ Rodrigo Brandão.⁴⁰

A tensão entre direito e democracia, representada pelos tópicos anteriormente levantados sobre alguns dos problemas de legitimidade da jurisdição constitucional, foi o que motivou os dois principais questionamentos que essa dissertação visa a responder: quais os limites democráticos da atuação do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, e de onde esse instituto retira a sua legitimidade dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito? E, em segundo lugar: analisando o caso *Obergefell v. Hodges* à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial, qual dos referenciais referidos revela maior alcance teórico para efetivar direitos fundamentais dentro de ambientes democráticos?

O objetivo dessa dissertação é, pois, estudar, precisamente, a tensão presente entre o Estado de Direito e a Democracia. Pretende-se estabelecer um debate sobre o tema, a partir da leitura de concepções que, de forma simultânea, trabalham com essa problemática a partir de distintas compreensões de democracia, e dos limites interpretativos do Poder Judiciário, sobretudo no que atine à jurisdição constitucional. Essa ressalva mostra-se relevante, porquanto percebemos que as constituições modernas possuem uma gama de normas de textura aberta, cujo significado não prescinde de um amplo exercício interpretativo. Em outras palavras e, tomando por empréstimo a expressão utilizada por Dworkin em *Justice for Hedgehogs*,⁴¹ nossos esforços serão deslocados para determinar o que realmente há de valioso na jurisdição constitucional, e na interpretação dos conceitos abstratos, dentro do regime democrático; quais valores mais bem justificam essas práticas judiciais. Miramos, portanto, fornecer uma justificativa racional para a jurisdição constitucional, sob um prisma democrático.

Com o propósito de aclarar os nossos interesses com esse trabalho, podemos resumir o nosso objetivo, a partir da seguinte frase: buscamos analisar, e compreender, os limites de

³⁶ BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BARROSO, L. R.. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁷ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

³⁹ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à jurisdição constitucional, de forma a compatibilizar a atuação deste Poder com a democracia, a partir do estudo sobre o caso *Obergefell v. Hodges*.

No nível micro, ou seja, especificamente, temos os seguintes objetivos:

- a) analisar o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional;
- b) compreender a tensão entre direito e democracia, a partir dos paradigmas liberal, republicano e democrático-deliberativo;
- c) estudar o debate sobre a jurisdição constitucional e seus limites, a partir das concepções teóricas idealizadas por autores como Ronald Dworkin e Jürgen Habermas;
- d) estudar a teoria do Minimalismo Judicial, de Cass Sunstein;
- e) compreender a teoria do Constitucionalismo Democrático, de Robert Post e Reva Siegel;
- f) e estabelecer limites substantivos, para a jurisdição constitucional, dentro do Estado Democrático de Direito, como forma legítima de proteção a direitos fundamentais.

Convém, entretanto, abrir parênteses, para justificar a razão pela qual acreditamos que este tema de pesquisa mostra-se relevante. Etimologicamente, justificar decorre do termo latino *justificare*, que representa declarar justo. Com efeito, a elaboração da pesquisa científica requer motivos relevantes que a justifiquem, porquanto esta é uma exigência necessária que todo trabalho acadêmico deve responder. Enfatizam-se, portanto, alguns motivos teóricos essenciais que justificam o desenvolvimento da pesquisa:

- a) trata-se de um debate que, como visto, ainda se encontra muito em voga, dentro da comunidade acadêmica mundial, e que muito interessa ao presente pesquisador, de modo que se buscará fornecer alguns *insights*, dentro do recorte epistemológico dessa pesquisa, para essa temática;
- b) utilizaremos, como referencial teórico para ilustrar concepções de atuação judicial, dentro das suas concepções de democracia, dois teóricos cujas obras possuem grandes relevância e originalidade no mundo acadêmico jurídico-filosófico: Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Como veremos, um deles possui vertente procedimentalista; e o outro advoga pelo substancialismo, no que tange à amplitude do âmbito de atuação das cortes;
- c) não obstante as teorias de Post/Siegel e Cass Sunstein - constitucionalismo democrático e minimalismo judicial-, respectivamente, serem bastante estudadas, no âmbito norte-americano, verificamos uma baixa produção acadêmica nacional sobre essas duas concepções. Assim, pretendemos apresentar as noções dessas duas correntes, acerca do tema central a ser pesquisado. Da mesma forma que o item anterior, um deles busca limitar a

atividade judicial; enquanto o outro legitima uma atuação mais profundamente teórica por parte dos juízes;

d) a partir desse referencial teórico, no qual dois que possuem visões segundo a qual há legitimidade do Poder Judiciário para atuar de forma substantiva e, portanto, com maior liberdade argumentativa – inclusive na revisão judicial –, e dois que se opõem a esse pensamento, buscaremos identificar e apontar qual concepção possui, na nossa visão, melhores argumentos para justificar os limites judiciais dentro de ambientes democráticos.

Finalmente, apresenta-se o momento adequando para esclarecermos acerca da forma pela qual este esse trabalho está estruturado. Cumpre referir que a estrutura do trabalho visa possibilitar o sucesso dessa empreitada, através do cumprimento dos objetivos estabelecidos e, principalmente, pela possibilidade de, ao final, oferecer uma resposta satisfatória para o problema de pesquisa.

No capítulo inaugural, pretendemos fazer uma análise histórica das origens da jurisdição constitucional, até a sua afirmação, dentro do mundo democrático ocidental. Percorreremos, portanto, um caminho histórico, desde as origens, até o estabelecimento do caráter jurídico da guarda constitucional, com o intuito de afirmar o caráter necessariamente jurídico desse instituto fundamental para as democracias. Esse capítulo encontra-se dividido em duas partes, a saber: inicialmente, o debate narrado diz respeito aos primórdios do movimento constitucionalista, com o intuito de demonstrar como este foi condição de possibilidade para o aparecimento da revisão judicial de constitucionalidade.

Na sequência, dividimos a discussão entre as duas maiores matrizes mundiais da *judicial review*: a matriz norte-americana; e a matriz europeia continental. Em relação à primeira, trataremos da discussão entre federalistas e antifederalistas, no âmbito pré-constitucional, e o desenvolvimento e o assentamento do modelo americano de jurisdição constitucional, após a promulgação da Constituição daquele país, especialmente a partir do paradigmático caso *Marbury v. Madison*. Por sua vez, no que diz respeito ao modelo europeu continental, cujo aparecimento é cronologicamente mais tardio que o americano, a abordagem se dará, a partir do clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. O primeiro teceu a ideia de Tribunais Constitucionais sem vinculação direta aos demais Poderes, como ideal para uma atuação jurídica legítima, e imparcial, de guarda da constituição. Já Schmitt entende que o soberano deveria ter essa incumbência, mormente porque ele estaria mais legitimado para compreender os reais interesses da sociedade.

Com o estabelecimento desse *common ground* sobre a juridicidade da interpretação constitucional, podemos partir para o capítulo seguinte, cuja ideia central é a discussão entre

dois modelos normativos, para justificar as relações entre direito e democracia. Utilizaremos as teorias de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, para travar a discussão. Essa eleição de autores justifica-se pelo fato, além da notoriedade de suas obras, de que elaboram teorias complexas, e distintas, acerca da legitimidade da atuação judicial, a partir de conceitos de democracia divergentes. Dworkin está mais vinculado a uma concepção liberal-igualitária, perfectibilizada pela ideia de democracia como *partnership conception*; ao passo que Habermas afilia-se à democracia deliberativa, com caráter essencialmente procedimental.

Elaborando o objetivo desse capítulo de outro modo, podemos dizer que, uma vez estabelecido o modelo de *judicial review*, e dos tribunais constitucionais, o foco deste debate desloca-se da questão de *quem* deve ser legitimado, para o controle de constitucionalidade, para o *como* essa discussão deve ser travada. Ou seja: de acordo com quais limites, ou critérios, o órgão, ou pessoa designada para garantir a constituição, poderá se movimentar e quais argumentos pode utilizar no cumprimento de suas funções. Trata-se, aqui, portanto, da efetiva análise de algumas concepções sobre as imbricações do debate entre o direito e a democracia.

Finalmente, no último capítulo desse trabalho, objetivaremos dar seguimento à linha condutora dessa pesquisa, a partir da apresentação de duas teorias contemporâneas – Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático – que trabalham, também por perspectivas distintas, a tensão que guia a dissertação. A escolha dessas teorias, e de seus autores, justifica-se pela atualidade de suas obras, bem como pelo fato de não serem teorias muito discutidas no âmbito jurídico-acadêmico brasileiro. Por fim, ilustraremos ambas as concepções, a partir da análise do caso *Obergefell v. Hodges*,⁴² julgado no ano de 2015, pela Suprema Corte americana. A utilização desse caso mostra-se de particular interesse para essa dissertação, porquanto trata-se de uma situação em que o debate entre direito e democracia mostra-se premente, bem como permite uma integração do caso prático com as teorias aqui desenvolvidas. Assim, dentro dos limites propostos por essa dissertação, far-se-á uma leitura da decisão do caso a partir dos teóricos apresentados no decorrer da dissertação, como forma de dar aplicabilidade práticas às teorias e também para buscar oferecer uma resposta mais abalizada ao problema de pesquisa posto. Ressalta-se, também, que os autores aqui estudados possuem visões distintas sobre o âmbito de atuação das cortes, de modo que procuraremos relacionar estes, com os autores do capítulo anterior.⁴³

⁴² ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun 2015.

⁴³ Não se trata, aqui, de uma relação de aproximação entre as concepções, porquanto partem de paradigmas epistemológicos distintos e de difícil conciliação. O que se busca é identificar se os que advogam pela

Introdutoriamente, faremos breves apontamentos sobre ambas as teorias: com efeito, a teoria de Sunstein – Minimalismo Judicial - distingue as formas de decisão judicial em duas dimensões. Nessa concepção, o defensor do minimalismo judicial diferencia opiniões amplas, de opiniões estreitas; e opiniões superficiais, de opiniões profundas. Segundo Cass Sunstein, via de regra, as decisões judiciais devem se limitar a opiniões estreitas, e superficiais, atentando-se às particularidades do caso concreto, evitando grandes inserções teóricas.

Já o Constitucionalismo Democrático, de Post e Siegel, legitima a atuação mais ampla do Poder Judiciário, por meio da utilização de argumentos jurídico-constitucionais de abertura argumentativa, no processo de interpretação dos sentidos constitucionais, fato que é especialmente relevante quando se trata da proteção substantiva de direitos fundamentais. Isso quer dizer que, para os teóricos do constitucionalismo democrático, o Poder Judiciário, e o Juiz, podem ter atuações mais ativas e mais amplas para realizar os mandamentos constitucionais.

Assim, essa pesquisa parte das seguintes hipóteses provisórias:

1) a engenharia institucional norte-americana pode ser vista, a partir de uma perspectiva elitista, baseada na separação dos poderes, nos freios e contrapesos, e na supremacia constitucional, voltando-se para conter o potencial emancipatório do poder constituinte. Contudo, tal perspectiva pode ser apropriada, em outra dimensão, voltada para dar ênfase ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais e das condições procedimentais da democracia;

2) uma atuação substantiva do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à garantia de direitos, por meio de uma interpretação construtiva dos princípios constitucionais, é legítima e fundamental, para que a democracia não seja diluída na política. Portanto, não se trata de uma prática antidemocrática.

3) analisando o caso *Obergefell v. Hodges*, sustenta-se que o Poder Judiciário pode assumir uma postura mais proeminente na efetivação de direitos fundamentais, por meio de processos dialógicos de judicialização. Dessa forma, há um aprofundamento do debate democrático por meio do próprio *backlash*, pois os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam convencer-se reciprocamente para abraçar seus entendimentos constitucionais.

Ao fim e ao cabo desse trabalho, buscaremos checar o cumprimento dos objetivos que nos propomos, e identificar se uma atitude substantiva – entretanto, não ilimitada - dos

legitimidade democrática de uma atuação argumentativamente mais abrangente oferecem boas razões para justificar suas posições. Ou, se, por outro lado, os partidários de uma maior restrição judicial fundam-se em justificações mais democráticas para esta atuação.

tribunais, quando da jurisdição constitucional, e da interpretação de princípios morais abstratos, ofende a democracia e enfraquece o debate em sociedade.

Cumpre fazer referência, por fim, ao método de pesquisa, pelo qual esta pesquisa estará fundada: trata-se do método fenomenológico-hermenêutico, porquanto pretendemos aproximar o sujeito pesquisado, do objeto do seu estudo. Nesse sentido, o investigador está inserido no *locus* em que a pesquisa se desenvolve. Em conformidade com esse método, portanto, o pesquisador não se limita a uma análise externa dos fenômenos, porquanto encontramos-nos, desde sempre, interagindo com eles.

O método de indução analítica (método de abordagem) também é fundamental no trabalho. Segundo Deslauriers, trata-se de um procedimento lógico, que pretende partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando os atributos fundamentais de um fenômeno.⁴⁴ Incorporando a indução analítica, a pesquisa trabalha de *baixo para cima*, iniciando-se pela análise contínua e aprofundada dos fundamentos expressos nos votos dos Justices em *Obergefell v. Hodges* para estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. As construções explicativas são estabelecidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo dos votos. Além disso, a técnica de pesquisa aplicada será a consulta à documentação indireta, por meio da utilização, principalmente, das obras dos referencias teóricos dessa dissertação: Post/Siegel, Sunstein, Dworkin e Habermas.

⁴⁴ DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução Analítica. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 337-354.

2 PANORAMA GERAL DO DEBATE SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, buscaremos fornecer alguns apontamentos históricos acerca da questão da legitimidade da jurisdição constitucional. Para atingirmos essa meta de estudo introdutório, de modo que seja possível ampliar o escopo desse estudo nos capítulos subsequentes, estruturamos o curso desse capítulo, começando a partir dos primórdios do constitucionalismo, para demonstrar como esse movimento acabou por criar as bases teóricas para a revisão judicial; posteriormente, dividimos a discussão nas duas maiores matrizes mundiais da *judicial review*: a matriz norte-americana e a matriz europeia continental. Em relação à primeira, trataremos da discussão entre federalistas e antifederalistas, no âmbito pré-constitucional, e o desenvolvimento e o assentamento do modelo americano de jurisdição constitucional, após a promulgação da Constituição daquele país. Por sua vez, no que diz respeito ao modelo europeu continental, cujo aparecimento é mais tardio que o americano, a abordagem se dará a partir do paradigmático debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, que acabou por determinar os rumos da forma de controle de constitucionalidade predominante naquela região, no que concerne ao órgão legitimado para realizar tal controle, bem como ao caráter judicial dessa revisão.

2.1 Precedentes Históricos do Constitucionalismo

Na contemporaneidade, o debate acerca da jurisdição constitucional e de seus atores legítimos ainda aparece com muita força dentro do mundo acadêmico-jurídico. Isso decorre de uma enorme gama de fatores; entre os quais, cumpre referir uma certa distância, entre o povo e a interpretação constitucional proferida pelos órgãos legitimados – uma vez que a Constituição é, em muitos casos, interpretada por agentes não eleitos; inúmeras posições político-filosóficas, por parte dos teóricos dessa temática, uma vez que isso também desemboca em uma teoria do direito e dos limites entre os poderes, entre outros. A questão é: quem - seja uma instituição ou sejam pessoas - possui o poder de determinar e de delimitar o sentido da constituição? Em outras palavras, a quem competiria estabelecer a interpretação da constituição? Como visto, trata-se, sobretudo, de uma questão de imbricação de uma teoria jurídico-política que deve respeitar a democracia, para que seja possível admitir que o poder judiciário cumpra, efetivamente, o seu papel de guardião da constituição.

A discussão referente à jurisdição constitucional e a seus limites é extremamente fértil e com inúmeras teorias produzidas, desde as mais distintas matrizes teóricas, tanto em países

de *common Law*, como em países de *civil law*.⁴⁵ Em alguns casos, o poder judiciário deve fazer o controle de constitucionalidade; em outros, um tribunal constitucional autônomo o faz, majoritariamente. Contudo, tais “respostas” foram, historicamente, construídas através de inúmeros debates travados nos âmbitos das comunidades de cada um dos países adotantes dos modelos teóricos cunhados. Desse modo, cabe demonstrar, no presente capítulo, um breve aporte dos antecedentes históricos dos debates acerca da legitimidade e da instituição responsável pela jurisdição constitucional, para que seja traçado o percurso histórico até os correntes debates sobre esta temática.

Diante desse cenário abrangente, mostra-se importante analisarem-se as origens do controle judicial, como forma promotora ou não do regime democrático, e quais seriam os fundamentos racionais históricos que estão por trás do atual estado da arte, nessa matéria, em específico, pois sua compreensão é fundamental para o transcurso do debate que a presente dissertação tratará. Assim, parece-nos importante percorrer o caminho histórico do constitucionalismo, pois este acabou por delinear as formas do controle judicial de constitucionalidade.

Contudo, esse movimento de guarda da constituição, pelo direito, deu-se em ondas no mundo:⁴⁶ inicialmente, através dos Estados Unidos, com discussões travadas no período confederado e com uma definição após a promulgação da Constituição Norte-Americana, através da atuação da Suprema Corte daquele país; igualmente, em período seguinte, a Europa passou por esse processo também, especialmente, no período pós-segunda guerra, com o assentamento do modelo dos tribunais constitucionais, baseado no modelo austríaco, delineado por Hans Kelsen.

Após a promulgação da Constituição Norte-Americana, o debate se desenvolveu dentro do âmbito pós-constitucional. A Suprema Corte, no famoso caso *Marbury v. Madison*, arrogou para si essa competência de controlar a legislação posterior e mantê-la de acordo com a Constituição posta.

Na Europa continental, todavia, esse debate se deu de forma mais tardia - no início do século XX - através de um famoso debate. Especialmente no período anterior à segunda guerra, Hans Kelsen e Carl Schmitt discutiram, com afinco, esse tema. Se, para este, o guardião da

⁴⁵ Nos Estados Unidos, o referido debate iniciou-se ainda no período pré-constitucional, atingindo o seu ápice após a promulgação desta. Na Europa, por sua vez, o debate se deu em um período temporal posterior, no início do século XX, tendo o seu ápice no período pós Segunda Guerra Mundial. O desenvolvimento histórico dessa questão será tratado com maior precisão no decorrer deste capítulo.

⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 03-04.

constituição deveria ser o soberano representante do povo, para aquele, deveria ser criado um tribunal constitucional sem vinculação com os demais poderes. Após a guerra, o pensamento *Kelseniano* preponderou e foi aderido por vários países daquela região.

Introdutoriamente, porém, devemos apresentar o longo caminho percorrido: cumpre referir que o instituto do controle de constitucionalidade não surgiu juntamente com o direito. Este é debatido e discutido desde período da Grécia Antiga⁴⁷ - a partir dos pré-socráticos e, com mais força, nos escritos de Aristóteles -, já que foi, naquele fértil período intelectual, que se inauguraram a problematização do direito, além da filosofia e demais ciências.

Somente séculos mais tarde, a jurisdição constitucional começou a ser teorizada, a partir do reconhecimento da supremacia constitucional, de modo que o desenvolvimento e a evolução do pensamento jurídico, por séculos, acabaram por possibilitar o aparecimento do referido instituto, como mecanismo de controle e de reconhecimento do novo paradigma, bem como de garantia da estabilidade da ordem constitucional vigente. Não obstante, é inevitável um retorno às origens da jurisdição constitucional e do constitucionalismo moderno, para a compreensão do estado da arte dessa temática.

O controle de constitucionalidade, a partir da jurisdição constitucional,⁴⁸ somente foi problematizado após o surgimento do constitucionalismo, na modernidade, porquanto é neste momento que a própria constituição atinge um caráter hierarquicamente superior, deixando de ser mero instrumento normatizador do direito público e tornando-se o documento central de todo o sistema político-jurídico de determinada sociedade.

O constitucionalismo moderno se desenvolveu, a partir do final do medievo,⁴⁹ como uma teoria sobre a limitação do poder como garantia indispensável dos direitos, em dimensão estrutural, dentro da organização político-social de determinada comunidade.⁵⁰ Nesse sentido,

⁴⁷ RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio De Janeiro: Nova Fronteira, 2013. p. 14.

⁴⁸ Para Lenio Streck, a compreensão do correto significado do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito implica em uma necessária conexão das relações existentes entre Constituição e jurisdição constitucional. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37).

⁴⁹ Documentos (Paz de Westphalia – 1684), momentos históricos de ruptura (Revoluções francesa e norte-americana), também foram fundamentais para a alteração do paradigma então vigente e possibilitaram o aparecimento do constitucionalismo. Estavam calcados em uma razão oriunda do referido desenvolvimento no campo teórico. Além disso, segundo sustentam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, outros fatores também tiveram influência na ascensão do constitucionalismo moderno: o crescimento da burguesia como classe hegemônica, o fim da unidade religiosa na Europa – a partir da reforma protestante - e a alteração do paradigma teológico para um racionalista e antropocêntrico, como fruto do legado iluminista. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 72).

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alamedina, 2003. p. 51.

mostra-se evidente que a evolução histórica do constitucionalismo moderno ocorreu, também, em virtude da superação do absolutismo⁵¹ propalado pelo soberano, ancorado na crença de uma metafísica transcendental⁵², que foram possibilitadas por esses trabalhos.⁵³ Ou seja: o constitucionalismo pode ser visto, na sua origem, como um modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, em oposição ao existente, no período do medievo, em que era predominante uma dominação absolutista de poder do rei, própria da primeira forma do estado moderno.⁵⁴

Na noção apresentada por Karl Lowenstein, o constitucionalismo moderno é:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facultad de la autoridad existente. [...] allí donde el poder está distribuido el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. [...] En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.⁵⁵

Em uma concepção histórico-descritiva,⁵⁶ trata-se de um movimento político, social e cultural, iniciado em meados do século XVIII que questiona os tradicionais esquemas de domínio político tradicional, a partir dos planos político, filosófico e jurídico. Busca, portanto, uma nova forma de ordenação e de fundamentação do poder político. Destacam-se algumas “inovações” buscadas por essa teoria: a limitação do poder público; a proclamação dos valores públicos; e uma maior integração da população no debate político.

⁵¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 72.

⁵² No sentido de uma crença em um ser superior que teria o poder ou a capacidade mais acurada para decidir sozinho o andamento de uma determinada comunidade com base em critérios não-rationais e, muitas das vezes, solipsistas. Em outras palavras, seria um soberano com uma capacidade cognitiva sobre-humana que teria a capacidade de reconhecer certos princípios universais que justificaria a sua própria soberania. Essa metafísica foi muito influenciada pela teologia medieval.

⁵³ Os primeiros grandes juspublicistas e constitucionalistas aparecem em período posterior as denominadas revoluções liberais. Dentre estes pode-se citar Ferdinand Lassalle (1829 – 1864), Georg Jellinek (1851 – 1911), Raymond Carré de Malberg (1861 – 1935), entre outros.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 110.

⁵⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979. p. 150-151.

⁵⁶ Segundo a definição de Canotilho, o constitucionalismo é “[...] uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alameda, 2003).

Toda esta estrutura teórica moldada pelo constitucionalismo moderno acaba por delinear o contemporâneo conceito ocidental de constituição.⁵⁷ Em outras palavras: o constitucionalismo moderno opõe-se ao constitucionalismo antigo, ancorado em princípios escritos ou consuetudinários que não faziam outra coisa, senão manter direitos estamentais, privilégios políticos, e o *status quo* da época.⁵⁸ Isso quer dizer, em última análise, que, a partir do constitucionalismo moderno, aparece a ideia de supremacia constitucional, contra o arbítrio do soberano, desaparecendo, por seu lado, a onipotência legislativa e a ideia de que a lei conteria todo o conteúdo do direito.

Em suma, Lenio Streck pontua que:

O Constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais que isto, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme evolução histórica, vão se constituindo no engate de lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira gerações, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais). O constitucionalismo é, assim, uma (nova) teoria que objetiva colocar limites no político.⁵⁹

Contudo, deve-se ter presente que não houve um movimento constitucionalista uniformemente estabelecido em nível mundial, mas, sim, movimentos que buscaram superar os mesmos obstáculos; tanto assim o é, que Canotilho opta por denominar “movimentos constitucionais”, com aspectos nacionais, para significar as diferenças oriundas de cada uma das tradições originais do constitucionalismo.⁶⁰

Os mais significativos “movimentos constitucionais” que merecem destaque foram os ocorridos na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França,⁶¹ porquanto cada um, através de suas

⁵⁷ “Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alamedina, 2003. p. 52). Com efeito, trata-se de um conceito ideal de Constituição que não foi espelhado integralmente por nenhum dos modelos de constitucionalismo moderno, como o próprio autor português reconhece em sua obra citada.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alamedina, 2003. p. 52.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alamedina, 2003. p. 51.

⁶¹ O recorte epistemológico realizado na presente dissertação abordará com mais precisão o constitucionalismo oriundo da Inglaterra e adaptado nos Estados Unidos, porquanto um apareceu em consequência do outro e, sobretudo, em virtude do fato de que foi nos Estados Unidos o local em que se deu o aparecimento da jurisdição

particularidades, tomou como linha teórica e particularizou certos preceitos do constitucionalismo moderno, acabando por influenciar inúmeros países que seguiram, em maior ou menor medida, o exemplo daqueles discriminados.⁶²

Pode-se dizer que o movimento constitucionalista mais antigo de que se tem conhecimento foi o aparecido na Inglaterra - onde o parlamento funciona como Poder Legislativo, sua “função natural”, e também como uma espécie de poder constituinte permanente, vis-à-vis da ausência de constituição escrita naquele país.⁶³ Tal modelo influenciou fortemente o modelo norte-americano, fulcral nesta pesquisa.

Com efeito, a formação do direito inglês, de tradição da *Common Law*, deu-se, historicamente, durante quatro períodos naquele País: a) o espaço temporal anterior à conquista normanda de 1066; b) de 1066 até o início da dinastia Tudor (1485), em que se deu a formação da *Common Law*, quando surge um sistema jurídico sobre os costumes locais anteriores, que é comum a todo reino; c) de 1485 até 1832, em que floresceu e se expandiu o sistema jurídico vigente, especialmente com o aparecimento da *equity*⁶⁴; d) de 1832 até os dias atuais, em que se discute a *Common Law*, a partir do desenvolvimento sem precedentes da lei posta.⁶⁵

Desse modo, desenvolveu-se um sistema em que não há somente um documento escrito que pode ser denominado como Constituição, mas, sim, um conjunto de documentos escritos

constitucional através do *Judicial Review*, ponto central desta pesquisa. Contudo, em breve síntese, o constitucionalismo francês foi influenciado fortemente pelo contratualismo Rousseauiano buscou romper com o sistema anterior (posteriormente chamado de *ancien régime*) de forma radical e edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – “todos os homens nascem livres e iguais” – que deveria estar legitimada por um contrato formalizador da ordem artificial da sociedade. A arquitetura política francesa necessitava de uma constituição que garantisse direitos e conformasse o poder político. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alameda, 2003. p. 57-58). Entretanto, o fato de os juízes todos serem oriundos da aristocracia e, portanto, do *ancien régime*, fez os franceses terem uma grande desconfiança em relação aos magistrados, reduzindo seu campo de atuação (*bouche de la loi*), sem margens de criação. Essa desconfiança teve como reflexo a exclusão dos tribunais da tarefa de garantir a Constituição, uma marca própria do sistema francês. Naquele país, o controle é feito de forma preventiva por um conselho constitucional que tem natureza política, mesmo desempenhando funções jurisdicionais. Deve-se ressaltar a recente reforma constitucional de 2008 que introduziu a QPR (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*) abrindo no sistema francês a possibilidade de controle repressivo também. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 403-406). Pelo fato de não ser um controle judicial e, especialmente, pelo caráter limitado atribuído aos juízes na França, este modelo de constitucionalismo não é objeto de estudo com a amplitude que merece, pois se afasta dos fundamentos centrais desta pesquisa.

⁶²Lenio Streck ressalta que, embora a literatura trate de maneira consensual os três modelos citados como originários do constitucionalismo, não se pode esquecer das Ordenações Filipinas editadas por parte do reino de Portugal, as quais já “tiveram uma clara compreensão do fenômeno do controle de ‘constitucionalidade’ dos atos normativos.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349-350).

⁶³DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao séc. XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

⁶⁴Recurso dirigido à autoridade real diante de uma flagrante injustiça no caso concreto. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351.

⁶⁵DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 356.

que são considerados como constitucionais. Diante disso, o constitucionalismo inglês baseia-se em três pilares: a) garantia de direitos adquiridos; b) estruturação corporativa desses direitos; c) regulação desses direitos por meio de contratos de domínio.⁶⁶

Entretanto, o que é central do constitucionalismo inglês é a ideia de respeito às tradições e aos costumes, em que a autoridade constitucional não provém somente de textos, mas, também, de convenções e de princípios da própria *Common Law*,⁶⁷ desenvolvidos pela atividade interpretativa dos tribunais.⁶⁸ Isso ocorre, entre outras razões, pelo fato de que a Inglaterra não chegou a viver, propriamente, sob um regime absolutista, uma vez que, desde o final da idade média, o poder real encontrava-se limitado pela Magna Carta de 1215, especialmente. Além da Magna Carta, podem ser referidos outros documentos com DNA constitucional, editados naquele País, que foram, gradativamente, transferindo o poder para o parlamento: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689.⁶⁹ Período em que, finalmente, consolidou-se firmemente a monarquia constitucional, balizada fortemente nos preceitos principais do constitucionalismo, a saber: limitação do poder - nesse caso, do poder real; garantias de direitos e liberdades aos cidadãos; representação popular; entre outros.

Assim, o constitucionalismo inglês tem raízes nessa tradição de limitação do poder através de atos solenes, não havendo razões para ocorrer uma quebra completa do regime anterior e a instauração de um novo modelo, como ocorreu na França, por exemplo. Desse modo, desenvolveu-se um constitucionalismo historicista - baseado nas tradições históricas do povo inglês - e não em um ato de vontade do constituinte, através do exercício abstrato da razão.⁷⁰

Para o constitucionalismo inglês, portanto, a própria ideia do exercício do poder constituinte, como momento de ruptura com o passado através da reinauguração da ordem jurídica sem qualquer amarra histórica, é estranha ao seu modelo de constitucionalismo, já que fortemente baseado em tradição.⁷¹

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alameda, 2003. p. 52.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 72.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 75.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alameda, 2003. p. 49-50.

⁷¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 75.

Destarte, pode-se afirmar que foi na Inglaterra que houve a consolidação do constitucionalismo, como teoria político-filosófica, dentro da democracia liberal, que lá se instaurava. Essa ideologia acabou por se irradiar e influenciar – de formas diferentes, é verdade – as demais revoluções liberais que ocorreram ao redor do globo posteriormente.

Pelo fato de ter sido Colônia da Inglaterra, os Estados Unidos acabaram por ter o seu debate influenciado pelas discussões e pelas situações vivenciadas pelo seu colonizador, de modo que o Constitucionalismo Norte-Americano baseou-se, fortemente, em alguns aspectos do modelo Britânico, adaptando-o às suas necessidades – em especial, o fato de que buscou o rompimento com o regime imperial colonizador e estabelecimento de uma união entre as treze colônias independentes, da Inglaterra e entre elas mesmas, inclusive.

2.2 O Constitucionalismo Norte-Americano e a Ascensão do Judicial Review

Neste momento, temos por escopo apresentar a formação do pensamento jurídico-constitucional norte-americano. Tais ideias foram, naquele momento, extremamente inovadores e acabaram por criar o sustentáculo teórico que permitiu o estabelecimento da jurisdição constitucional.

2.2.1 O Debate Pré-constitucional Norte-Americano: federalista versus antifederalistas

As raízes do constitucionalismo norte-americano remontam ao período colonial, momento em que o seu direito estava vinculado ao próprio direito inglês,⁷² da tradição da *Common Law*, conforme o precedente estabelecido no ano de 1608, quando o julgamento de *Calvin's Case* estabeleceu que tal sistema jurídico, de tradição inglesa, era aplicável aos territórios ingleses não submetidos a nações civilizadas, na medida em que suas regras fossem adequadas às condições da colônia.⁷³ Segundo René David, essa restrição, imposta pelo julgamento, era, no caso das treze colônias, muito mais a regra aplicável efetivamente do que uma exceção,⁷⁴ porquanto a vida na colônia era muito diferente daquela vivida na metrópole.

Diante dessa origem inglesa, a revolução de independência norte-americana possui relevância e merece destaque, porquanto rompe com o sistema anterior e cria um novo modelo

⁷² PINERO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 22.

⁷³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 449-450.

⁷⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 450.

estatal para o mundo ocidental; inicialmente, a partir de uma união confederativa entre os as treze colônias; posteriormente, efetivou-se a federação através de um modelo centralizado na Constituição, promulgada em 1787, o que, com o passar do tempo, possibilitou a efetivação da *judicial review* naquele país.

Mostra-se importante, portanto, percorrer, ainda que brevemente, o traçado histórico trilhado pelos Estados Unidos, desde o período colonial até o pós-constitucional. Isso para que fique demonstrado como o próprio desenvolvimento histórico influenciou os fatos lá ocorridos, uma vez que “não é possível uma compreensão adequada do sistema jurídico norte-americano sem entender a maneira pela qual essas colônias individuais foram fundidas em uma só Nação, sob uma Constituição [...]”.⁷⁵

No período colonial, portanto, foi aplicado, nas colônias que estavam montadas no território do atual Estados Unidos da América, o sistema jurídico vigente na Inglaterra. Assim, essas se encontravam sob a influência da *Common Law* inglesa,⁷⁶ com o já referido respeito pela tradição e também ausência de constituição, em razão, principalmente, da ausência de uma ruptura abrupta de regime e pela conformação e adaptação do regime monárquico para um ambiente mais democratizado através dos tratados assinados que submetiam o monarca a várias formas de controle. Entretanto, como mencionado anteriormente, as condições apresentadas nas colônias não permitiam a aplicação integral da *Common Law* inglesa, uma vez que os habitantes locais rejeitavam certos costumes da metrópole - podem-se citar, como exemplo, os privilégios da aristocracia inglesa, que se confrontavam diretamente com as crenças locais; e aceitavam outros que não eram permitidos na Inglaterra - como a prática da escravidão. Além disso, também os colonos não possuíam os mesmos direitos dos cidadãos ingleses – o que acabou por possibilitar uma série de abusos autoritários, por parte da coroa. O Direito norte-americano, portanto, apesar de remontar ao Direito inglês, também se caracterizou por um espírito criador e inovador,⁷⁷ no sentido de se desgarrar de algumas práticas e se arraigar a outras.⁷⁸

⁷⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 4.

⁷⁶ Inicialmente, aplicava-se um direito extremamente arcaico dentro das colônias, em decorrência, principalmente, da ignorância dos colonos sobre o direito. Somente no século XVIII, a *Common Law* passa a ser gradualmente mais aceita pelos colonos, na perspectiva que permitiria a eles a proteção de suas liberdades públicas frente ao absolutismo do colonizador. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 449-450- 451).

⁷⁷ BERMAN, Harold J. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de: Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 17.

⁷⁸ Deve-se destacar, nesse ponto, a ausência de juristas ou até mesmo de membros da elite intelectual da metrópole nas colônias, pois os imigrantes eram fundamentalmente pessoas humildes e desbravadoras, que encontravam-

Contudo, com o passar do tempo, tornou-se insustentável o regime imposto sobre as treze colônias norte-americanas, por inúmeras razões político-jurídicas. Apesar de as colônias serem absolutamente distintas entre si, em nível de organização política – uma vez que algumas eram províncias reais administradas diretamente por um governador real; outras eram propriedades com poder político investido em proprietários privados com concessão real; outras eram colônias corporativas dotadas de uma carta real – estavam elas todas submetidas à coroa inglesa. Em nível social, também se mostravam manifestamente distintas cada uma das colônias: havia uma forte influência puritana nas colônias da Nova Inglaterra; uma influência dos católicos ingleses na colônia de Maryland; a predominância do comércio nas colônias do norte e da agricultura nas colônias mais ao sul; etc. Porém, apesar de terem experimentado uma evolução independente entre si, os acontecimentos que culminaram com a revolução acabaram por terminar com a sua autossuficiência, unindo as colônias independentes.⁷⁹

As causas da revolução que acabou por definir a independência norte-americana da colonização inglesa foram, majoritariamente, oriundas da falta de flexibilidade e de sensibilidade das autoridades imperiais, uma vez que estas necessitavam de mais receitas para o Império e acreditavam que os colonos deveriam contribuir mais - o que culminou com um aumento dos impostos. Somam-se a isso a promulgação de leis protetivas ao comércio, satisfazendo, assim, os desejos dos comerciantes ingleses da preservação do mercado colonial, e a dificuldade de manter um controle administrativo nas colônias.⁸⁰

Portanto, as maiores razões da revolução americana foram o abuso autoritário, por parte do parlamento inglês, sobre a colônia, além de um progressivo sentimento de orgulho nacional americano, e o nascimento de uma ideologia revolucionária ligada a instituições livres, baseadas na ideia de liberdade. Dessa forma, o maior objetivo da revolução foi preservar a liberdade e a autonomia política das colônias perante as ameaças perpetradas pelo Império Britânico.⁸¹

Após a independência, houve um período crítico na história americana, que acabou por assentar as bases para a atual federação, e para a assunção da revisão judicial, visto que este foi um dos tópicos importantes no debate travado entre federalistas e antifederalistas. Naquele

se insatisfeitos com as condições de vida na metrópole. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 450).

⁷⁹FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 4.

⁸⁰FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 4.

⁸¹BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 25.

momento histórico – após a independência –, foram promulgados os “Artigos da Confederação”, a primeira forma de união formal entre os Estados Unidos da América, em 1781.⁸² Essa forma de união nada mais foi do que uma consequência lógica de integração entre estados tão distintos internamente. As treze, agora, ex-colônias, definiram a forma de governo através de uma estrutura de cooperação e de conexão entre os treze territórios, sem que isso, contudo, lhes retirasse a autonomia local.

Assim, diversamente do constatado atualmente, a união confederativa mantinha firmes a soberania e a independência dos estados, bem como a jurisdição, quando esta não fosse delegada ao Congresso Federal.⁸³ Os Artigos da Confederação previam um Congresso Continental - como órgão central dessa união e formado por um número igualitário de representantes de cada estado, independente da extensão territorial e da quantidade de população - que estaria autorizado basicamente a resolver disputas entre estados; a celebrar tratados e fazer alianças; a declarar guerra e paz; a pedir dinheiro; e a negociar com as populações indígenas locais.⁸⁴ Em suma, tratava-se somente de uma competência residual.

⁸² Após a ratificação, por parte do Estado de Maryland, dos Artigos da Confederação.

⁸³ BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 31.

⁸⁴ Artigo IX dos Artigos da Confederação

“The United States in Congress assembled, shall have the sole and exclusive right and power of determining on peace and war, except in the cases mentioned in the sixth article -- of sending and receiving ambassadors -- entering into treaties and alliances, provided that no treaty of commerce shall be made whereby the legislative power of the respective States shall be restrained from imposing such imposts and duties on foreigners, as their own people are subjected to, or from prohibiting the exportation or importation of any species of goods or commodities whatsoever -- of establishing rules for deciding in all cases, what captures on land or water shall be legal, and in what manner prizes taken by land or naval forces in the service of the United States shall be divided or appropriated -- of granting letters of marque and reprisal in times of peace -- appointing courts for the trial of piracies and felonies committed on the high seas and establishing courts for receiving and determining finally appeals in all cases of captures, provided that no member of Congress shall be appointed a judge of any of the said courts.

The United States in Congress assembled shall also be the last resort on appeal in all disputes and differences now subsisting or that hereafter may arise between two or more States concerning boundary, jurisdiction or any other causes whatever; which authority shall always be exercised in the manner following. Whenever the legislative or executive authority or lawful agent of any State in controversy with another shall present a petition to Congress stating the matter in question and praying for a hearing, notice thereof shall be given by order of Congress to the legislative or executive authority of the other State in controversy, and a day assigned for the appearance of the parties by their lawful agents, who shall then be directed to appoint by joint consent, commissioners or judges to constitute a court for hearing and determining the matter in question: but if they cannot agree, Congress shall name three persons out of each of the United States, and from the list of such persons each party shall alternately strike out one, the petitioners beginning, until the number shall be reduced to thirteen; and from that number not less than seven, nor more than nine names as Congress shall direct, shall in the presence of Congress be drawn out by lot, and the persons whose names shall be so drawn or any five of them, shall be commissioners or judges, to hear and finally determine the controversy, so always as a major part of the judges who shall hear the cause shall agree in the determination: and if either party shall neglect to attend at the day appointed, without showing reasons, which Congress shall judge sufficient, or being present shall refuse to strike, the Congress shall proceed to nominate three persons out of each State, and the secretary of Congress shall strike in behalf of such party absent or refusing; and the judgement and sentence of the court to be appointed, in the manner before prescribed, shall be final and conclusive; and if any of the parties shall refuse to submit to the authority of such court, or to appear or defend their claim or cause, the court shall nevertheless

proceed to pronounce sentence, or judgement, which shall in like manner be final and decisive, the judgement or sentence and other proceedings being in either case transmitted to Congress, and lodged among the acts of Congress for the security of the parties concerned: provided that every commissioner, before he sits in judgement, shall take an oath to be administered by one of the judges of the supreme or superior court of the State, where the cause shall be tried, 'well and truly to hear and determine the matter in question, according to the best of his judgement, without favor, affection or hope of reward': provided also, that no State shall be deprived of territory for the benefit of the United States.

All controversies concerning the private right of soil claimed under different grants of two or more States, whose jurisdictions as they may respect such lands, and the States which passed such grants are adjusted, the said grants or either of them being at the same time claimed to have originated antecedent to such settlement of jurisdiction, shall on the petition of either party to the Congress of the United States, be finally determined as near as may be in the same manner as is before prescribed for deciding disputes respecting territorial jurisdiction between different States.

The United States in Congress assembled shall also have the sole and exclusive right and power of regulating the alloy and value of coin struck by their own authority, or by that of the respective States -- fixing the standards of weights and measures throughout the United States -- regulating the trade and managing all affairs with the Indians, not members of any of the States, provided that the legislative right of any State within its own limits be not infringed or violated -- establishing or regulating post offices from one State to another, throughout all the United States, and exacting such postage on the papers passing through the same as may be requisite to defray the expenses of the said office -- appointing all officers of the land forces, in the service of the United States, excepting regimental officers -- appointing all the officers of the naval forces, and commissioning all officers whatever in the service of the United States -- making rules for the government and regulation of the said land and naval forces, and directing their operations.

The United States in Congress assembled shall have authority to appoint a committee, to sit in the recess of Congress, to be denominated 'A Committee of the States', and to consist of one delegate from each State; and to appoint such other committees and civil officers as may be necessary for managing the general affairs of the United States under their direction -- to appoint one of their members to preside, provided that no person be allowed to serve in the office of president more than one year in any term of three years; to ascertain the necessary sums of money to be raised for the service of the United States, and to appropriate and apply the same for defraying the public expenses -- to borrow money, or emit bills on the credit of the United States, transmitting every half-year to the respective States an account of the sums of money so borrowed or emitted -- to build and equip a navy -- to agree upon the number of land forces, and to make requisitions from each State for its quota, in proportion to the number of white inhabitants in such State; which requisition shall be binding, and thereupon the legislature of each State shall appoint the regimental officers, raise the men and cloath, arm and equip them in a solid-like manner, at the expense of the United States; and the officers and men so cloathed, armed and equipped shall march to the place appointed, and within the time agreed on by the United States in Congress assembled. But if the United States in Congress assembled shall, on consideration of circumstances judge proper that any State should not raise men, or should raise a smaller number of men than the quota thereof, such extra number shall be raised, officered, cloathed, armed and equipped in the same manner as the quota of each State, unless the legislature of such State shall judge that such extra number cannot be safely spread out in the same, in which case they shall raise, officer, cloath, arm and equip as many of such extra number as they judge can be safely spared. And the officers and men so cloathed, armed, and equipped, shall march to the place appointed, and within the time agreed on by the United States in Congress assembled.

The United States in Congress assembled shall never engage in a war, nor grant letters of marque or reprisal in time of peace, nor enter into any treaties or alliances, nor coin money, nor regulate the value thereof, nor ascertain the sums and expenses necessary for the defense and welfare of the United States, or any of them, nor emit bills, nor borrow money on the credit of the United States, nor appropriate money, nor agree upon the number of vessels of war, to be built or purchased, or the number of land or sea forces to be raised, nor appoint a commander in chief of the army or navy, unless nine States assent to the same: nor shall a question on any other point, except for adjourning from day to day be determined, unless by the votes of the majority of the United States in Congress assembled.

The Congress of the United States shall have power to adjourn to any time within the year, and to any place within the United States, so that no period of adjournment be for a longer duration than the space of six months, and shall publish the journal of their proceedings monthly, except such parts thereof relating to treaties, alliances or military operations, as in their judgement require secrecy; and the yeas and nays of the delegates of each State on any question shall be entered on the journal, when it is desired by any delegates of a State, or any of them, at his or their request shall be furnished with a transcript of the said journal, except such parts as are above excepted, to lay before the legislatures of the several States." Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/artconf.asp>. Acesso em: 28 jan. 2016.

Porém, não havia nada, nos Artigos da Confederação, que estabelecesse qualquer forma articulada de Poder Executivo e Poder Judiciário. Na realidade, os Artigos da Confederação se assemelhavam a uma espécie de tratado internacional, pois mantinham uma aliança militar e uma representação dos estados no Congresso Continental, tão somente.⁸⁵

Desse modo, a “primeira” Constituição norte-americana possuía muitos problemas para a consolidação efetiva dos treze estados.⁸⁶ Entre estes cumpre referir: o poder exercido pelos estados em matérias que deveriam ser restritas ao governo federal - regulação do comércio e de finanças, por exemplo; a falta de atribuição de poderes ao governo central e falta de autoridade do Congresso Continental para dirimir conflitos internos; e a dificuldade de revisão dos próprios Artigos da Confederação, uma vez que estes só poderiam ser alterados com o acordo unânime dos estados.⁸⁷

Diante do estado da Confederação, o debate entre os defensores do modelo (antifederalistas) e os opositores deste (federalistas), que buscavam um governo central mais forte, mostra como esse período moldou o sistema norte-americano até hoje vigente. Com efeito, insatisfeitos com os resultados apresentados pela união confederativa, os federalistas fizeram um libelo para contribuir com a criação e a implementação de uma constituição. Seu principal objetivo, externado através de sua obra capital - *Federalists Papers*,-⁸⁸ foi o de demonstrar que o federalismo era a melhor forma de Estado para as ex-colônias e que esta federação mostrar-se-ia um avanço em relação aos Artigos da Confederação. Em análise superficial, tratava-se de artigos que, ao indicar os problemas da união confederativa, apontavam as vantagens de uma união mais forte, a federativa. Não se propunha, portanto, a ser um tratado sobre filosofia política e constitucional.⁸⁹

Os federalistas objetivavam atingir o bem comum, por meio de um arcabouço institucional limitador da vontade humana, daí porque a sua recusa pela democracia participativa e pelas facções que compunham as assembleias populares. Necessitavam, assim,

⁸⁵ CONTI, José Maurício (org). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2003. p. 5.

⁸⁶ Importante ressaltar que, além dos problemas intrínsecos aos Artigos da Confederação, também haviam problemas de origem socioeconômica, tais como: instabilidade econômica, em resultado das restrições econômicas impostas pelos ingleses ao final da guerra; interesses colidentes entre os estados do sul e do norte, que pressionavam a confederação para satisfazer os seus interesses, entre outros. Sobre isso, ver: BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 34-36.

⁸⁷ BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 32-34.

⁸⁸ Os *federalist papers* foram uma série de oitenta e cinco artigos escritos e publicados em jornais de Nova York entre os anos de 1787 e 1788 escritos por James Madison, John Jay e Alexander Hamilton, sob o pseudônimo de *Publius*.

⁸⁹ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30.

limitar o número de pessoas habilitadas a tomar decisões, de modo que fosse possível atingir um nível ideal de racionalidade das mesmas, afastando-se das paixões “populares”.

[...] quem nos tiver seguido em nossas reflexões e quem tiver refletido nas condições que a Constituição exige para subir ao cargo de Presidente, deve convir que há toda a probabilidade de que esse emprego venha sempre a ser ocupado por um homem hábil e respeitável; e um tal homem deve conhecer e escolher os talentos próprios para cada função em particular, melhor do que uma assembleia de homens iguais e mesmo superiores em merecimento.⁹⁰

Ao contrário, os antifederalistas – que tinham como grande representante Thomas Jefferson - eram defensores do modelo vigente, no qual estavam assentadas as bases democráticas para um desenvolvimento independente, por parte de cada estado, em que haviam as assembleias populares e as facções. Estes pregavam, assim, uma democracia com maior participação popular. Os partidários dessa ideologia observavam e desejavam que a sua união ocorresse do mesmo ponto de vista exarado durante a guerra de independência, quando “Nenhum dos líderes revolucionários da época da independência nem mesmo previa, quanto mais sugeria, a possibilidade de ascensão, sobre toda a América, de um governo nacional tão forte [...]”.⁹¹ Eram, dessa forma, homens mais otimistas em relação às qualidades humanas; acreditavam na honestidade, no respeito e nos limites da consciência, como suportes da república. Ao contrário dos federalistas, não viam necessidade de uma engenharia institucional, para a condução da vontade humana, em prol do bem comum.⁹²

A visão de Jefferson, expressada na obra intitulada “*Notes on the state of Virginia*” é retratada no artigo 48 do Federalista:

Todos os poderes do governo, tanto o Legislativo como o Executivo e o Judiciário, ainda que separados de direito, vêm a cair de fato nas mãos do corpo legislativo. A concentração dos três poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição de um governo despótico. Que eles sejam exercidos por muitas pessoas ou por uma pessoa somente importa pouco ou nada; e a primeira hipótese é ainda pior porque 173 déspotas hão de oprimir mais que um só [...] Não foi para termos um “despotismo eletivo” que nós pelejamos tantas batalhas, mas para ter um governo não somente fundado em princípios livres [...]⁹³

⁹⁰ HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 449.

⁹¹ WOOD, Gordon S. A democracia e a constituição. GOLDWIN, Robert A; SCHAMBRA, William A. **A constituição norte-americana**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 191.

⁹² BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 80

⁹³ HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 307.

Os antifederalistas, portanto, viam com muita parcimônia a possibilidade de um governo central afastado do povo, pois entendiam que um verdadeiro governo republicano somente seria possível em territórios com dimensões reduzidas e com população homogênea. Destarte, em territórios com grandes dimensões e com população heterogênea, não haveria a mesma relação do povo com os seus representantes, o que, por sua vez, geraria uma maior desconfiança e, o que é pior, a perda da liberdade, porquanto a dificuldade na obtenção do consenso acabaria por limitar a governabilidade e poderia terminar em confrontos mediados pelas forças armadas.⁹⁴

Os oponentes da Constituição, os antifederalistas, denunciavam que a Constituição era uma negação dos princípios de 1776 e um documento aristocrático calculado para criar um governo antidemocrático que beneficiasse uns poucos em prejuízo de muitos.⁹⁵

Ora, diante desse quadro teórico pintado acima, a concepção dessas duas ideologias divergentes sobre o papel da jurisdição nada mais é do que consequência lógica do arcabouço teórico apresentado por eles, senão vejamos: em apertada síntese teórica dos pensamentos lá exarados, os federalistas defendiam a possibilidade de controle judicial, uma vez que o poder central pressupõe um judiciário federal forte, e os antifederalistas rechaçavam essa ideia, porquanto a consideravam antidemocrática.

Logo, os federalistas mostravam-se a favor da *judicial review*; ou seja: da possibilidade de os tribunais revisarem os atos do executivo e legislativo que contrariassem a futura Constituição. Na visão dos partidários da futura Constituição, o poder judiciário era o mais fraco dos três poderes e o menos propenso a tirania.

Segundo Hamilton, o Poder Judiciário seria quem menos capacidade teria de afrontar à Constituição, pois este não possui algumas das qualidades dos demais poderes, quais sejam: a exclusividade no uso da força repressiva, tal qual o Executivo e a capacidade de dispor sobre os direitos e deveres dos cidadãos, além do controle orçamentário, como o Poder Legislativo. Dessa forma, portanto, conclui Hamilton que o Poder Judiciário seria o que menos oportunidades teria de afrontar ao regime constitucional, de modo que este deveria ser o encarregado de guardá-la.⁹⁶

⁹⁴ BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 62-64.

⁹⁵ WOOD, Gordon S. A democracia e a constituição. GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. **A constituição norte-americana**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 190.

⁹⁶ Hamilton não ignora a possibilidade de avanço do Judiciário sobre a Constituição, criando uma juristocracia, porém, de acordo com o federalista, essa possibilidade estaria limitada pela previsão Constitucional do

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres do cidadão: mas o Judiciário não dispõe nem da bolsa nem da espada e nem pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete o juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.⁹⁷

Portanto, os federalistas propuseram a criação de uma Suprema Corte, como órgão independente e autônomo, dentro do Poder Judiciário Federal, para que este pudesse efetivar a Constituição e limitar os demais poderes, dentro do âmbito de atuação constitucionalmente permitido, uma vez que este deve ser visto como espaço normativo maior do ordenamento jurídico.⁹⁸ Assim, este tribunal supremo deveria possuir, inclusive, a autoridade para anular atos legislativos contrários à ordem constitucional, até porque, se assim não o fosse “ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares”.⁹⁹

impeachment, processo que seria de competência da Câmara dos Representantes, no relativo a abertura do processo e do Senado, no que diz respeito ao julgamento do mérito do *impeachment*. [...] é preciso observar que o perigo tão receado das usurpações do Poder Judiciário sobre o Legislativo é puramente imaginário. Pode talvez acontecer que os juízes interpretem mal as intenções dos legisladores ou contrariem suas decisões; mas nunca daí pode resultar um inconveniente real que influa sensivelmente sobre o sistema geral do governo, Quem refletir sobre a natureza do Poder Judiciário, sobre o seu objeto, sobre a maneira que ele se exercita, sobre a sua fraqueza comparativa, sobre a sua impotência absoluta de sustentar pela força as suas usurpações, não pode ter a esse respeito a menor dúvida; e muito mais em reparando que a Constituição dá, além disso, ao corpo legislativo um freio para conter os juízes, quando concede a uma das câmaras o direito de acusá-los e a outra o de julgá-los. Isso basta para remover todo o receio, porque não é de crer que os juízes, por uma série de usurpações deliberadas, queiram atrair sobre si o ressentimento do corpo que pode privá-los dos seus empregos [...]” (HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 476).

⁹⁷ HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

⁹⁸ Bianca Stamato observa que a frase inaugural do preâmbulo da Constituição Norte-Americana “*We the people*” pode ser vista como a afirmação da supremacia constitucional – sem prejuízo dos demais sentidos que podem ser extraídos dessa frase – porquanto a Constituição deveria, desse modo, representar a vontade do povo e possui uma superioridade sobre os demais documentos emanados pelo legislador comum, apenas representantes desse povo e não possuidores da sua “vontade”, como o texto Constitucional. (STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35). Os antifederalistas mostravam-se mais favoráveis à adoção da frase “*We the states*”, para resguardar a autonomia dos Estados que compunham a União. (BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 9).

No texto original da Constituição: “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, ensure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.*” Disponível em: < <https://www.whitehouse.gov/1600/constitution>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁹⁹ HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459.

Hamilton pontua que a existência desse Tribunal é fundamental para a manutenção da União objetivada pela Constituição de 1787, pois era necessário que um órgão equidistante e independente, em relação aos Estados Membros, que não fosse diluído na política e, sim, em uma argumentação mais racional. Ou seja: um tribunal técnico que tivesse autoridade sobre os Estados, sendo possível, assim, a conservação da federação de tudo que pudesse alterar o seu balanço desejado. Dessa forma, Hamilton assevera que a interpretação constitucional “[...]fosse confiada a um tribunal que, não tendo predileções locais, pudesse ser imparcial entre os diferentes Estados e os seus habitantes, e que, devendo a sua existência à União, não pudesse ter princípios contrários aos em que ela se funda.”¹⁰⁰

Disso não resultaria, entretanto, segundo o raciocínio exarado, numa supremacia judicial ou uma diminuição do papel do Legislativo e, por conseguinte, do próprio povo, em detrimento dos juízes togados. Isso ocorre porque, uma vez que se reconhece a supremacia constitucional,¹⁰¹ nada pode superá-la, conquanto materialização da vontade do povo, nem mesmo a vontade dos representantes do povo politicamente exarada no Congresso. Desse modo, todo ato legislativo contrário à Constituição deve ser invalidado, até porque “[...] negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam [...]”.¹⁰² E, diante disso, a atribuição da guarda da Constituição ao Judiciário parece plenamente razoável, tendo em vista que não é plausível que o mesmo órgão que promulgou determinado ato volte atrás, e corrija o seu próprio equívoco, sendo muito mais indicado delegar essa competência a um órgão com conhecimento técnico, do que a um órgão de caráter político e temporário.

Também, nesse ponto fulcral, os antifederalistas divergiam do posicionamento federalista. Uma vez que estes batalhavam pela manutenção das assembleias populares e por uma democracia com ampla participação popular, e viam a possibilidade da *judicial review*

¹⁰⁰ HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 469.

¹⁰¹ Sobre a Supremacia Constitucional teorizada nos Estados-Unidos, mostra-se interessante a observação de Rodrigo Brandão, quando este demonstra a crença no direito natural por partes dos teóricos constitucionais, como modo de romper com o império britânico, bem como a crença nesse direito os impediu de aderir completamente a tese da supremacia do parlamento delineada durante a Revolução Francesa: “Enquanto na França a necessidade de ruptura com o antigo regime levou ao fortalecimento do Legislador recém-dotado de legitimidade democrática, nos EUA os direitos naturais foram opostos ao Parlamento Inglês em razão de um alegado exercício abusivo de suas competências [...] Diante desse contexto histórico, parece natural que os norteamericanos jamais confiassem a tutela dos seus direitos naturais a um legislador soberano. Conferiu-se, ao revés, tal papel à Constituição, assim entendido como o documento legislativo escrito que goza de maior hierarquia em relação às deliberações dos poderes constituídos, inclusive do Legislativo.” (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 43).

¹⁰² HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459.

com ressalvas, porquanto a consideravam como uma perspectiva elitista e não democrática. Os partidários dessa visão, como já anteriormente referido, argumentavam que o *locus* adequado, para a guarda da Constituição, deveria ser o Parlamento, uma vez que nutriam confiança sobre a qualidade das decisões populares, na gestão da coisa pública e na obtenção do bem comum.¹⁰³ Assim, contestavam a possibilidade do Poder Judiciário sob o prisma de uma supremacia deste sobre o Legislativo.

O grande problema, então, para os antifederalistas, era a possibilidade aberta pela doutrina da revisão judicial, que os tribunais passassem a interpretar as leis de forma divergente do intento do Congresso. Em outras palavras, temiam os antifederalistas pela possibilidade de um governo aristocrático, por parte dos juízes, que a partir da admissão da *judicial review*, poderiam interpretar a legislação norte-americana de maneira distinta da intenção originária do povo, manifestada por seus representantes no Congresso. Além disso, destacam a problemática sobre a fiscalização desse Poder, uma vez que não havia eleição para juízes. Em última análise, os antifederalistas, ancorados em todo o seu ideal político-filosófico, objetivavam que a interpretação político-constitucional ocorresse no Congresso. Caso houvesse uma má interpretação, por parte deste órgão, o povo utilizar-se-ia do expediente da eleição, para demonstrar sua inconformidade e, desse modo, a próxima formação do Congresso poderia reparar o equívoco anterior.¹⁰⁴

Importante ressaltar que este pródigo debate pré-constitucional, bem como suas peculiaridades em relação aos demais movimentos constitucionalistas, acabaram por forjar um movimento único, que acabou por irradiar alguns de seus frutos e exemplos para o Mundo Ocidental, principalmente. Além disso, todas as contribuições apresentadas acabaram por possibilitar e fundamentar a ascensão da *judicial review* pela Suprema Corte norte-americana.

Apesar de todas as divergências em nível teórico, o debate retratado refletiu-se diretamente no texto constitucional norte-americano de 1787. Ainda que os antifederalistas não tenham obtido todo o êxito desejado, pois tanto o governo federal central, como a democracia representativa saíram fortalecidos,¹⁰⁵ a ideologia antifederalista – buscando evitar a possibilidade da maioria violasse direitos inerentes à pessoa humana – contribuiu fundamentalmente para que houvessem modificações no texto Constitucional, reforçando a importância do pensamento antifederalista na origem dos Estados Unidos da América.

¹⁰³ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

¹⁰⁴ BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 118.

¹⁰⁵ Vide também o debate descrito na nota de número 98.

Possivelmente, a maior contribuição relevante, até os dias de hoje, seja a inserção do “*Bill of Rights*”, como emenda à Constituição, porquanto consideravam o texto original insuficiente “[...] face ao enorme poder atribuído ao governo nacional, a uma representação insuficiente e à fraca separação dos poderes [...]. Os antifederalistas lutavam pela expressão positiva dos seus direitos, no documento constitucional [...]”.¹⁰⁶

2.2.2 O Modelo Norte-Americano e a Doutrina Marshall: o estabelecimento da *judicial review*

Reconhece-se o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano através do Poder Judiciário, bem como a importância da supremacia constitucional, como duas das mais importantes contribuições da teoria político-jurídica desenvolvida naquele país.¹⁰⁷

Com efeito, após a promulgação da Constituição norte-americana, estabeleceu-se, como era de interesse federalista, um poder central mais forte e, por consequência, um Poder Judiciário Federal, hierarquicamente erguido abaixo da Suprema Corte.¹⁰⁸ No entanto, a questão da jurisdição constitucional não fora devidamente delimitada naquela Carta, apesar dos esforços por parte dos federalistas, devido ao fato de a Constituição norte-americana não desenvolver amiúde as competências do Poder Judiciário: “No provision of the Constitution explicitly authorizes the federal judiciary to review the constitutionality of acts of Congress.”¹⁰⁹

Apesar disso, é fato notório que a Suprema Corte acabou por definir sua competência para garantir a conformidade da legislação infraconstitucional com a Constituição, a partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Até esse momento histórico, não havia um posicionamento da Suprema Corte sobre esse tópico, bem como existia uma dúvida, em relação ao exato significado da separação dos poderes, nesse particular.

Entretanto, apesar desse julgamento ser tratado como um marco histórico da afirmação do controle judicial de constitucionalidade, faz-se mister reconhecer que não foi exclusivamente desse julgamento que se atestou a supremacia constitucional e a possibilidade de o Poder Judiciário verificar a conformidade de certos atos à Constituição. Alguns antecedentes dessa possibilidade – além dos argumentos federalistas, é claro – podem ser

¹⁰⁶ BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 126.

¹⁰⁷ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57.

¹⁰⁸ Em relação ao Poder Judiciário, ademais, é interessante notar que a Constituição Americana não se preocupou muito com este Poder – não definindo claramente as suas competências - e ele era visto como um Poder “abaixo” dos demais, não possuindo, inclusive, sede própria nos primeiros anos pós Constituição. Nos seus primórdios, a Suprema Corte funcionava em uma sala dentro do Capitólio.

¹⁰⁹ AMAR, Akhil Reed; BALKIN, Jack M.; BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; SIEGEL, Reva. **Processes of constitutional decisionmaking: cases and materials**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 124.

pinçados, a partir da análise do direito inglês, especialmente, através da doutrina pensada por *Sir Edward Coke*, que acabou por influenciar o *Justice Marshall*. Coke era um juiz inglês, no período anterior à Revolução Gloriosa, e defendia – a partir da ideia de supremacia da *Common Law* – o enfrentamento ao direito posto pelo parlamento (*Statutory Law*),¹¹⁰ com o intuito de verificar se o direito posto se acomodava com os princípios da tradição daquela família jurídica. Na ideia de *Sir Edward Coke*, eram os juízes que deveriam verificar essa compatibilidade ou não.¹¹¹ Apesar de ocorrer um progressivo esquecimento dessa linha de pensamento após a Revolução Gloriosa, e de não ter se concretizado na Inglaterra, a ideia permaneceu viva e obteve grande assimilação, por parte dos revolucionários norte-americanos, entre outros fatores, pelo seu apelo ao jusnaturalismo e a crença na existência de princípios inalienáveis que deveriam ser resguardos.

Além de o julgamento de *Marbury v. Madison* prestar deferência ao pensamento de Edward Coke e aos ideais federalistas, também se deve levar em conta todo o contexto político existente nos Estados Unidos no início do Século XIX e as suas disputas institucionais, para que seja possível uma compreensão da decisão fornecida àquele caso, para além de mera abstração jurídico-filosófica. Além da forma pela qual, a partir desse julgamento paradigmático, foi possível a superação da desconfiança dos cidadãos comuns, em relação ao judiciário, e a insistência dos estados em manter a sua liberdade resguardada do Poder Judiciário - fatos esses que eram vistos como grandes empecilhos para a consolidação do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade.¹¹²

Com efeito, após ser derrotado nas eleições, o Presidente Federalista John Adams nomeou uma série de juízes (*midnight judges*), através da aprovação do *Judiciary Act* – lei que criou diversos cargos de juízes - no início do ano de 1801. No intuito de garantir a supremacia deste partido, ao menos no Poder Judiciário, os juízes nomeados para os cargos então vagos possuíam forte ligação com os ideais federalistas. Entre os juízes nomeados, encontrava-se William Marbury.

Contudo, não houve tempo hábil para realizar a sua posse antes de o novo Presidente eleito, Thomas Jefferson,¹¹³ assumir as suas funções. Após assumir o cargo, Jefferson ordenou que seu Secretário de Estado, James Madison, revogasse o *Judiciary Act* e recusasse a dar posse

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

¹¹¹ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 60.

¹¹² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71.

¹¹³ Eleito presidente representando o Partido Republicano.

aos juízes, que já haviam sido nomeados. Nesse contexto, William Marbury ingressou, na Suprema Corte, com um pedido para que o Tribunal desse a ordem - *writ of mandamus* - ao Secretário de Estado, para que mantivesse sua nomeação e que se lhe concedesse a posse para o cargo que havia sido nomeado, em conformidade com a legislação então vigente.¹¹⁴

Em outras palavras, questionava-se qual seria a interpretação correta do art. 3 da Constituição norte-americana:¹¹⁵ Os Federalistas argumentavam que, se a intenção de Jefferson preponderasse, haveria uma violação da independência judicial; ao passo que os Republicanos afirmavam que a independência judicial fora usada de forma fraudulenta. Porém, o que se vê aqui é o antigo debate entre federalistas e antifederalistas, na medida em que a posição Federalista pregava a supremacia da Constituição – de onde emana a vontade do povo -, frente aos desejos do governo do momento; já os Republicanos pregavam que a vontade popular fora exarada nas últimas eleições, de modo que estes se encontravam respaldados pelo povo, inclusive para anular o *Judiciary Act*.¹¹⁶

A Suprema Corte, responsável pela resolução dessa controvérsia, era chefiada pelo Justice Marshall, um Federalista, que soube habilmente resolver a controvérsia, sem comprometer-se diretamente com nenhuma das posições defendidas politicamente. Isso porque Marshall acabou invertendo a ordem do julgamento; ou seja: optou por julgar o mérito antes das preliminares, pois somente assim, em sua visão, seria possível dar uma resposta aceitável para os dois lados antagônicos nessa disputa, e, ao mesmo tempo, não se comprometer politicamente com nenhum.¹¹⁷ No caso concreto, Marshall decidiu que a negativa de Madison, Secretário de Estado de Jefferson, ao negar a investidura de Marbury era ilegal, pois este já fora nomeado e possuía um direito subjetivo à posse no cargo de juiz de paz. Entretanto, após fazer essa afirmativa favorável aos Federalistas, Marshall acabou por julgar inconstitucional a “*section 13*” do *Judiciary Act* de 1789,¹¹⁸ alegando que a competência do Poder Judiciário deve

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers**: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: Harvard University press, 2005. p. 136.

¹¹⁵ “Article III – The Judicial Branch – Section I – Judicial Powers: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.” Disponível em: <http://www.usconstitution.net/xconst_A3Sec1.html>. Acesso em: 07 mar. 2016.

¹¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 34.

¹¹⁷ Vale lembrar que nesse período o Poder Judiciário ainda encontrava-se muito fragilizado e sem uma noção exata das suas competências e capacidades, naquela época.

¹¹⁸ Judiciary act of 1789 - Sec. 13. “*And be it further enacted*, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against

ser aquela determinada pela Constituição, não podendo ser alargada por vias diversas. Assim, mesmo reconhecendo a ilegalidade do ato de Madison, a Corte não concedeu a ordem pedida por Marbury, em razão da sua incompetência para julgar a matéria.

Destarte, ao julgar o caso, Marshall construiu, com grande destreza, uma fundamentação que acabou por não desgostar nenhum dos dois partidos políticos dominantes naquele período histórico, o que, poderia ter inviabilizado a manutenção de uma Suprema Corte alheia às brigas políticas. Caso declarasse somente a invalidez do ato, Marshall poderia trazer, para si, uma enorme pressão dos republicanos, para que o Senado retirasse, pela via do impeachment, os membros do Judiciário que fossem Federalistas, e, ao fim e ao cabo, para que qualquer virtual maioria política controlasse o Poder Judiciário da forma que lhe fosse mais benéfica. Contudo, a forma com que o julgamento foi conduzido, acabou por assegurar ao Poder Judiciário norte-americano sua independência, no momento em que ainda estavam incertos quais rumos a Corte tomaria, permitindo a consolidação de uma ideia de neutralidade política do Judiciário sobre a Nação.¹¹⁹

Ainda que tenha sido o primeiro momento, na história americana, em que o Judiciário afirmou a soberania constitucional e a sua competência para declarar a inconstitucionalidade de atos, a solução dada ao caso ocorreu, muito mais por razões políticas e pragmáticas, que revela “uma *complexa dança institucional*, entre a pretensão dos poderes políticos de se valerem do recente sucesso eleitoral, para falar a vontade do povo, e a pretensão do Judiciário de adequá-la à manifestação pretérita de soberania popular - elaboração da Constituição”,¹²⁰ do que uma decisão abstrata, que atesta a supremacia constitucional, acima de tudo, descontextualizando-a do momento histórico em que foi proferida. Isso se percebe, também, ao analisar-se um caso muito semelhante, julgado semanas após aquele caso – *Stuart v. Laird* –, em que a Suprema Corte adotou posição distinta da emitida inicialmente. Ademais, o segundo

ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, **and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.** [Grifo nosso]” Disponível em: <http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm>. Acesso em: 07 mar 2016. A parte final da Section 13, em negrito, é especialmente relevante para a fundamentação do julgamento no caso *Marbury v. Madison*.

¹¹⁹ ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy.** Cambridge: Harvard University press, 2005. p. 225.

¹²⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 39.

juízo a afirmar a *judicial review* somente se deu cinquenta anos após o primeiro, o que denota o caráter único do julgado em *Marbury v. Madison*, e, institucionalmente, somente mostrou-se possível após a afirmação da independência judicial, através do julgamento de impeachment do juiz Samuel Chase, pelo Senado Americano.¹²¹

By declaring the jurisdictional statute unconstitutional, Marshall was able to avoid a direct confrontation with Jefferson, although Marshall structured the *Marbury* opinion in a way which allowed for an extended dictum proclaiming the illegality of Madison's conduct and asserting the power of the judiciary to remedy lawless executive action. Paradoxically, therefore, *Marbury v. Madison* not only reflects its own era's sense that adjudication was somehow free from politics but also helps to account for why the next generation would find that view to be naive,¹²²

Todavia, o que restou para a história, que se apropriou das palavras de Marshall, para delimitar a moderna noção de *judicial review* e da separação dos poderes¹²³ pode ser muito bem compreendido, a partir das seguintes palavras de Marshall, exaradas no julgamento em questão:

Os poderes da legislatura são definidos e limitados: e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escripta. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia á escripta essa delimitação, si a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aquelles que se quiz refreiar? A distincção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que taes limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que actos prohibidos e actos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei immutavel de pelas fôrmas ordinarias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, como outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por modifical-a.

¹²¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 36-39.

¹²² TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law** – v. one. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000. p. 212-213.

¹²³ Lenio Streck identifica três grandes fases da Suprema Corte Americana. O julgamento de *Marbury v. Madison* se insere na primeira fase – a denominada *traditional fase* - que “vai de 1798 até fins do século XIX. Esta etapa se caracterizou pela presunção de que a Constituição era ao mesmo tempo inteligível – porque teria um conteúdo real ou verdadeiro, que poderia ser percebido se lido corretamente – e substantiva – porque estabelecida princípios tão claros e definidos que podiam aplicar-se como regras de direito e não se limitava a proclamar vagas generalidades. O controle judicial consistia em estabelecer, simplesmente, a supremacia da regra constitucional sobre qualquer ato legislativo ou executivo que poderia se opor a ela.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 391).

Si é verdadeira a primeira parte do dilemma, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza illimitavel.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível.

[...]

Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerà o caso. Esta é a verdadeira essencia do Poder Judiciário.

Si, pois, os tribunaes teem por missão attender á Constituição e observal-a e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinaria da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinaria, governará o caso a que ambas se applicam.

Aquelles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos á necessidade de sustentar que os juizes e tribunaes devem fechar os olhas a para a Constituição e fital-os na lei.

Esta doutrina subverteria o proprio fundamento das Constituições escriptas. Seria declarar que uma resolução, que é nulla em face do principios e da theoria do nosso governo, todavia na pratica se torna inteiramente obrigatoria. Seria declarar que, si a legislatura fizer o que lhe é expressamente prohibido, esse acto, não obstante a proibição expressa, é de facto efficaz. Seria, devéras. Dar á legislatura uma omnipotencia pratica e real, de um só e mesmo jacto em que se diz restringir seus poderes dentro de estreitos limites. [...]¹²⁴

Diante do visto, pode-se concluir que a afirmação do Poder Judiciário, nos Estados Unidos, deu-se através de várias conquistas históricas e durante um longo lapso temporal e não somente em razão de um julgamento concreto, que a mera abstração pode fazer transparecer.

2.3 O Modelo Austríaco de Jurisdição Constitucional e o Triunfo do Modelo

Preconizado por Hans Kelsen

Como referido anteriormente, o debate acerca da guarda da constituição ocorreu em ondas. Primeiramente, esse debate se deu no âmbito norte-americano, especialmente em virtude do ineditismo de sua forma estatal e da unicidade de sua Constituição, entre o final do Século XVIII e o início do Século XIX. Na Europa, entretanto, essa discussão só começou a ser teorizada no final do Século XIX. Essa diferença temporal deu-se, basicamente, em razão de os

¹²⁴ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de: Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 24-27.

Estados Europeus ainda estarem no final do período das monarquias absolutas, de modo que o debate sobre o direito estava restrito à vontade do soberano, e os seus territórios estavam em fase final de consolidação.¹²⁵ Com o final desse período e com um crescimento do sentimento democrático, e, por conseguinte, com a assunção deste como um princípio, afirma-se, dentro do Continente Europeu, a validade das suas Constituições.

Apesar de as condições teóricas estarem presentes para o surgimento do modelo europeu de jurisdição constitucional – inclusive com a promulgação da Constituição Austríaca, no ano de 1920, com forte influência do pensamento Kelseniano -, as condições fáticas não estavam. Isso porque o início do século XX foi um período deveras conturbado, naquela região, com duas guerras, e um período entre elas em que houve o florescimento de movimentos antiliberais. Entretanto, a discussão, ainda que em nível teórico, já se encontrava posta e com uma polarização presente: Carl Schmitt defendia a guarda política da constituição, enquanto Hans Kelsen pregava a necessidade de um tribunal constitucional independente.

O jurista alemão Carl Schmitt desenvolve o seu pensamento, a partir de uma teoria do Estado, ponto primordial para a adequada compreensão deste autor. Dentro de sua teoria, Schmitt destaca a necessidade de unidade, para a manutenção da ordem, e que tal ordem seria emanada, por meio de uma decisão do soberano, resolvendo uma hipotética situação de caos anterior. Para tanto, o conceito de soberano de Schmitt é fundamental e pode ser percebido, a partir das influências de Hobbes e Bodin,¹²⁶ que lhes retiram, entretanto, a aura jusnaturalista. O teórico alemão destaca, ademais, os perigos que o liberalismo pode trazer para essa unidade nacional, levando a uma fragmentação política que pode ocasionar a falência do estado legislativo.¹²⁷

Assim, desenvolve uma teoria baseada no decisionismo institucionalista, segundo o qual o soberano dá início ao jogo institucionalista, a partir de uma decisão “do nada”,¹²⁸ e, a partir daí, as instituições passam a ser autônomas. Entretanto, o Estado é considerado a instituição

¹²⁵ A Inglaterra não entra dentro dessa caracterização por ter suas origens em outra família jurídica. Tampouco a França, pois esta possui uma jurisdição constitucional muito limitada, que tem suas raízes no medo originado pela classe da magistratura em relação ao povo, desde o período do ancien régime, o que os levou a tratar sobre a problemática do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva política e não jurídica. Entretanto, após a edição da QPC (*question prioritaite de constitutionnalité*), no ano de 2008, passou-se a admitir a possibilidade de o poder judiciário realizar também essa análise. Sobre isso, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 398 – 408.

¹²⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-36.

¹²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. Direito, Estado e Autoridade em Kelsen, Schmitt e Raz. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, 2015. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/10940/11707>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

¹²⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

das instituições, que “une e subordina as demais instituições, estabelecendo uma relação de hierarquia entre elas.”¹²⁹ Dito isso, Schmitt entende que a democracia, no seu mais puro estágio, não se encontra nas eleições, mas, sim, quando o povo manifesta sua concordância ou sua rejeição.¹³⁰ Nessa visão, o capacitado para perceber essas “vontades” seria o soberano, uma vez que se encontra como chefe da maior das instituições, e que tem, entre outras, a função de trazer ordem ao caos.

Em relação ao Poder Judiciário e aos juízes, Carl Schmitt os enxerga como meros replicadores da lei, em uma função análoga às primeiras formas de positivismo – de matriz idealista -, através da subsunção da norma ao caso concreto. Caso isso não ocorra, não pode falar-se em função judicial estritamente dita, porquanto qualquer atividade de elaboração normativa transborda o plano jurídico e ingressa na arena política, não sendo plausível aceitar a possibilidade de que um juiz independente possa garantir a guarda da constituição, significa concordar com a possibilidade da submissão, de um chefe e de seus seguidores, aos mandamentos de alguém não responsável politicamente.¹³¹

[...] los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando un juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad.¹³²

Assim, pensava que o Poder Judiciário – formado por juízes independentes e politicamente neutros - não dispunha do necessário para assegurar a unidade do direito, a legalidade e, por fim, toda a unidade do sistema nacional que estava disposto na Constituição, porquanto essa se traduzia em um documento político, recheada com cláusulas gerais, que, portanto, transbordavam da capacidade interpretativa do Poder Judiciário e ingressavam na esfera política. Apesar de os tribunais não aplicarem algumas normas tidas por inconstitucionais, isso não quer dizer que sejam “[...] en sentido estricto, protectores de la

¹²⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

¹³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 53.

¹³¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

¹³² SCHMITT, Carl **La defensa de la constitución**. Tradução de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 53.

Constitución”,¹³³ porquanto “la función constitucional del protector de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia”¹³⁴ que, claramente, vão além do escopo judicial. Ou seja: na visão de Schmitt, quando um tribunal não se limita a realizar sua função natural, de aplicar a lei ao caso concreto, e passa a atuar no controle de constitucionalidade, através da interpretação de princípios ambíguos e contraditórios, ele passa a exercer atividade legislativa.¹³⁵

Pode-se dizer, então, que Schmitt diferencia a decisão jurídica, que tem, como pressuposto, a existência de uma lei vinda do legislativo, da decisão em sede constitucional, que sempre é inovadora, no sentido de determinar diretrizes políticas.¹³⁶

Diante da sua formulação teórica, portanto, o soberano tem um papel central, porquanto é, ao mesmo tempo, o proliferador da decisão soberana criadora das instituições, e também, representa a unidade do povo.¹³⁷ Assim, a partir da noção de que o presidente do *reich* possui essa função unificadora, Schmitt defende que este deve ser o legítimo guardião da Constituição.

Ao fazer esse libelo, acerca da capacidade do presidente de ser o verdadeiro guardião da Constituição, porquanto este era o representante da união do povo e o capacitado para a tomada de decisões políticas, como intérprete da vontade da nação, quando do aparecimento de divergências constitucionais, Schmitt trabalha com a teoria de Benjamim Constant, acerca do *pouvoir neutre*,¹³⁸ alçando o presidente a um nível de terceiro imparcial, que poderia proteger o povo alemão da ameaça pluralista vinda do parlamento.

Según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, la posición del Presidente del Reich, elegido por la nación entera, sólo puede construirse con ayude de una teoría muy desarrollada de um poder neutral, mediador, regulador y tutelar. El Presidente del Reich está dotado de atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente

¹³³ SCHMITT, Carl **La defensa de la constitución**. Tradução de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 43.

¹³⁴ SCHMITT, Carl **La defensa de la constitución**. Tradução de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 56.

¹³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 57.

¹³⁶ Bianca Stamato acrescenta que Schmitt considerava que a Suprema Corte Americana exercia um “veto judicial”, que tinha um poder de censura ao parlamento e, portanto, não poderia ser considerada como um tribunal meramente judicial. (STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90). Isso somente corrobora com a sua assertiva acerca do perigo do governo de juízes, que não possuem legitimação nem capacidade para tomar decisões de cunho constitucional,

¹³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. Direito, Estado e Autoridade em Kelsen, Schmitt e Raz. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, 2015. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/10940/11707>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

¹³⁸ Segundo essa doutrina, o monarca possui um poder neutro politicamente em relação aos polos de poder – parlamento e população – porquanto está situado em nível acima desse antagonismo.

está obligado al refrendo de los Ministros, quienes, a su vez, dependen de la confianza del Parlamento.¹³⁹

Por fim, com a ascensão do regime Nacional-Socialista, em um texto de 1934, intitulado “O *Führer* protege o direito”,¹⁴⁰ Schmitt radicaliza a sua posição, no sentido de defender a ideia de que o *Führer* deve ter a incumbência de garantir a ordem e o bom funcionamento das instituições, passando a teorizar sobre o estado total.¹⁴¹ Ronaldo Porto Macedo Júnior vê, inclusive, certo otimismo ingênuo, por parte do jurista alemão, ao admitir que o *Führer* seria controlado e limitado pelas instituições e pelo povo.¹⁴²

Hans Kelsen, por sua vez, desenvolve sua teoria, a partir da grande influência que o círculo de Viena e o neopositivismo lógico¹⁴³ acabaram por exercer na sua teoria positivista do direito.¹⁴⁴ Assim, não é de se surpreender que a principal crítica que Kelsen dirigiu a Schmitt fosse a de que sua teoria possuía um grande caráter ideológico-idealista, pois despida de cientificidade, uma vez que a mistura entre direito e política, retiraria o caráter descritivo que o cientista do direito deveria respeitar.

Além disso, a tese do *pouvoir neutre*, aplicada analogicamente por Schmitt, é criticada por este, quando atesta a impossibilidade da importação desse pensamento, elaborado para uma monarquia constitucional, para uma república democrática, como a Alemanha, Estado em que a separação dos poderes possui um significado completamente distinto, bem como acusa a

¹³⁹ SCHMITT, Carl **La defensa de la constitución**. Tradução de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983. p. 221.

¹⁴⁰ No original: “*Der Führer schutz das recht*”

¹⁴¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

¹⁴² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15.

¹⁴³ O neopositivismo lógico - em apertada síntese, já que uma definição mais pormenorizada está além das pretensões desta dissertação - cultivou as heranças positivistas referentes à Ernst Mach juntamente à “lógica matemática e à análise da linguagem”.¹⁴³ Em consequência disso, como característica mais marcante da análise realizada por esse grupo de cientistas, estaria a pureza da linguagem, afastada da metafísica sem sentido, como única base científica destinada a unificar as ciências da natureza com as ciências da cultura humana. (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, v. 2: o Século XX. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 30). Em virtude das reviravoltas ocasionadas em função da Segunda Guerra Mundial, alguns cientistas rumaram para outros países. Assim, a partir da influência do Círculo de Viena, o neopositivismo acabou por delinear, por meio da lógica formal, um pensamento que se tornou conhecido como Filosofia Analítica do Direito. Com isso, “a partir de 1970, a teoria da ciência proposta pelo Círculo de Viena encontrou acolhida entre os filósofos do direito interessados em construir uma teoria que tivesse como objeto a globalidade do fenômeno jurídico”. Assim, o Positivismo Lógico se inspirou, substancialmente, em um ideal científico que “não pode ser confundido com o positivismo legislativo ou jurídico”. (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, v. 2: o Século XX. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 32).

¹⁴⁴ No caso da jurisdição constitucional, a tese positivista que deve-se ter em conta para justificar o tribunal proposto por Kelsen, é a tese dos fatos sociais, que legitimariam a criação dessa corte. Segundo essa tese, o direito é produto da sociedade, despido de elementos metafísicos. O direito é um produto social e, somente assim, pode ser compreendido racionalmente.

teoria Schmittiana de, sob o pretexto de buscar neutralizar o conflito a partir de um soberano neutro, acaba por delegar um poder quase absoluto e ilimitado a este soberano.¹⁴⁵

[...] trata-se de saber quem é mais independente e neutro: esse tribunal ou o chefe de Estado. Através da imagem distorcida de uma sobrecarga da jurisdição, Schmitt procura inutilmente esquivar-se de admitir que não conseguiu comprovar sua tese do “chefe de Estado como guardião da Constituição” com o argumento de que ele estaria mais apto a protegê-la por possuir em maior medida que o tribunal a qualidade da independência e, portanto, da neutralidade. Antes, a própria fórmula de com que Schmitt define a essência da “neutralidade”, que seria pressuposto para a tarefa de guardião da Constituição, adapta-se justamente a um tribunal constitucional, militando diretamente contra o chefe de Estado.¹⁴⁶

Desse modo, partindo do campo teórico,¹⁴⁷ buscou positivar, no ordenamento jurídico, um tribunal *ad hoc*, como guardião da constituição, excluindo-se dessa competência os juízes ordinários.¹⁴⁸ Este tribunal seria formado por juristas, advogados, membros do parlamento, entre outros, com o intuito de garantir a maior neutralidade possível dessa corte nos seus julgamentos. Segundo Kelsen, seria recomendável a criação deste tribunal independente do jogo político, pois somente estes seriam capazes de realizar um julgamento neutro, com base no direito, afastando-se do antagonismo que protagoniza a política.

Assim, opondo-se a Schmitt, o jurista oriundo de Praga defende a necessidade de um controle neutro, por parte de agentes não políticos, pois seria esse o único modo de controlar a supremacia da vontade política sobre o direito e, principalmente, sobre a Constituição. Para ele, portanto, o *locus* privilegiado, para garantia da Constituição, seria a instituição de um tribunal politicamente neutro e sem vinculação com os demais poderes. Ou seja: institucionalmente independente de quaisquer outras influências.

Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais

¹⁴⁵ KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 245-247.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 285.

¹⁴⁷ Ao contrário do modelo americano que foi possibilitado a partir da interpretação constitucional-principlológica, o modelo pensado por Kelsen foi primeiramente teorizado e, após, positivado para ser possível a sua concretização.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 413.

fortes os principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.¹⁴⁹

Evidentemente que Kelsen não nega a existência de certa dose política na decisão, contudo, não vê uma total oposição entre as funções políticas e as funções jurisdicionais. Para o teórico da Constituição Austríaca, é falsa a pressuposição de que o exercício do poder político encerre-se, com o fim do processo legislativo, uma vez que este continua vibrante dentro da jurisdição, bem como no Executivo e na administração pública.¹⁵⁰ Ora, uma vez que Kelsen acredita que, em toda decisão, além do elemento reprodutor, há também um elemento criador do direito,¹⁵¹ tal inferência é feita na medida em que todos os elementos da decisão não podem ser deduzidos diretamente da lei. Esta afirmativa acaba por definir a inexistência de uma diferença qualitativa entre lei e sentença, que, portanto, pode conferir um caráter necessariamente judicial à função do tribunal constitucional de guarda da constituição. Assim, Kelsen articula seu pensamento, no sentido de concluir que a decisão do tribunal constitucional produz direito, da mesma forma que a edição de uma lei e que, dessa forma, “não deixa de ser um ato de jurisdição; ou seja: de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas, sim também, [...] estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*.”¹⁵²

Entretanto, Kelsen compartilha com Schmitt a preocupação acerca dos limites da jurisdição constitucional, para evitar uma indesejada transferência de poder dos órgãos legitimados para o tribunal constitucional. Contudo, contesta a afirmação de Schmitt de que se trataria de um problema conceitual da jurisdição constitucional, e, sim, tratar-se-ia de um problema da configuração desta, podendo ser resolvido, a partir da limitação da discricionariedade do poder judiciário, delineada a partir da tese do legislador negativo.

Segundo a tese do legislador negativo, ao aplicar uma norma constitucional a um suporte fático produzido no Legislativo, o tribunal constitucional não pode criar uma norma,

¹⁴⁹ KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 275-276.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 251.

¹⁵¹ Aqui, Kelsen critica a concepção de Carl Schmitt de que a função do juiz seria a de mero reprodutor do direito. “Para não poder permitir que a jurisdição constitucional valha como jurisdição, para poder caracterizá-la como legislação, Schmitt, apóia-se numa concepção da relação entre essas duas funções que acreditávamos até então poder considerar há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas ‘deduzida’ desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico!” (KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 257-258).

¹⁵² KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 258-259.

mas somente eliminar do ordenamento jurídico aquela lei incompatível com a Constituição. Desse modo, apesar de produtor do direito, o tribunal constitucional não seria um criador deste, sendo, somente, um adequador.¹⁵³

É, a partir do arcabouço teórico apresentado, desenvolvido por Kelsen, que este procura equilibrar as noções de supremacia da constituição, a partir da defesa da criação de tribunais constitucionais independentes. Estes tribunais, por sua vez, atribuem à Constituição uma força normativa e, ao mesmo tempo, mantém a tradição europeia de supremacia do Parlamento e a manutenção da *Civil Law* – através da tese do legislador negativo e da existência de somente um órgão capacitado para efetuar o controle de constitucionalidade. Tese essa contrária à de controle difuso norte-americano - já que o parlamento permanece como o *locus* natural das discussões políticas.

Assim, a teoria de Kelsen situa-se num ponto intermediário, entre às tradições constitucionais europeias e americana: aproxima-se do teorizado na Europa pós-revolução francesa, pois ainda sustenta o temor do governo de juízes¹⁵⁴, e reconhece a Constituição somente como uma norma de organização interna do Estado; aproxima-se, pelo outro lado, do modelo norte-americano, porquanto, ao admitir um tribunal constitucional, passa a aceitar também a normatividade superior da Constituição, que deve ser assegurada pelo tribunal.¹⁵⁵

Enfim, o presente capítulo buscou trazer um breve histórico dos movimentos constitucionais e do desenvolvimento da jurisdição constitucional, a partir dos modelos clássicos. O propósito é para pavimentar o caminho que será percorrido, nos próximos capítulos, no sentido de permitir uma justificação razoável da juridicidade da jurisdição constitucional e permitir, seguindo esse raciocínio, que possa se desenvolver o estudo, a partir de uma análise das modernas teorias - que buscam compatibilizar, cada vez mais, os ideais da jurisdição constitucional, com as democracias modernas.

¹⁵³ Aqui reside a diferença fundamental entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária: enquanto esta produz normas individuais a partir de um caso concreto, aquela somente elimina normas gerais – a partir de sua atuação como legislador negativo. KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 263.

¹⁵⁴ A própria instituição de um tribunal constitucional afastado do Poder Judiciário denota esse temor, bem como tem por escopo proteger o legislador, ainda uma forte influência da Revolução Francesa. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 414).

¹⁵⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 59-60

3 O DEBATE TEÓRICO SOBRE O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA TENSÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Tratamos, no capítulo anterior, acerca da demonstração histórica da legitimidade jurídica da jurisdição constitucional, bem como quanto aos esforços teóricos para garantir o êxito de determinadas posições sobre as antagônicas. Os debates travados, nos primórdios da adoção desses modelos de jurisdição constitucional - seja a partir da tradição continental europeia, seja pela tradição norte-americana -, cada um com as suas peculiaridades estruturais, acabaram por estabelecer, ao fim e ao cabo, um modelo que reconhece um argumento judicial ao controle de constitucionalidade.

Conforme constatamos, portanto, foi delegado o controle de constitucionalidade a órgãos com competência jurídica e, também, em certo grau, política.¹⁵⁶ Contudo, buscou-se manter essa tensão – político-jurídica -, especialmente após a demonstração dos perigos da diluição do direito na política, o que ficou evidenciado pelo regime Nacional-Socialista na Alemanha, por exemplo. O mergulho da jurisdição constitucional somente na seara jurídica, tampouco é o mais adequado, quando se considera a constituição como um documento jurídico-político, ou seja, decisões desta senda envolvem conceitos políticos também. Ademais de que as decisões sobre os seus significados e suas interpretações acabam, invariavelmente, por respingar nos demais atores políticos. Além disso, e principalmente, deve-se ressaltar o caráter não democrático da jurisdição constitucional, uma vez que os julgadores não são eleitos e, em variadas oportunidades, acabam por eliminar do sistema normas promulgadas por agentes eleitos para essa finalidade. Isso quer dizer que acabam por determinar sentidos diversos dos buscados pelos representantes do povo.

Assim, ainda que seja aceita, majoritariamente, a estrutura dos modelos de jurisdição constitucional - descritos no capítulo anterior -, o mesmo não se pode dizer sobre o seu âmbito de atuação. Mormente, quando se trata da questão central da jurisdição constitucional, inúmeras discussões são geradas, no âmbito teórico-acadêmico, porquanto qualquer decisão, nesse âmbito, necessariamente, tem que lidar com a problemática ausência de legitimidade. Ou seja: ao ter a última palavra sobre o sentido da constituição, o intérprete legitimado acaba por elevar

¹⁵⁶ Fala-se aqui a partir de uma perspectiva meramente descritiva dos modelos dominantes no continente europeu, bem como na América do Norte. Estes modelos acabaram por irradiar os seus efeitos para os países, como é o caso do Brasil, que tiveram um movimento constitucionalista mais tardio. Não se olvida das suas substanciais diferenças, porém, aqui o intuito é demonstrar as áreas de convergência que acabam por permitir uma ligação teórica entre os modelos de modo a permitir uma análise conjunta do modelo de jurisdição constitucional hodiernamente aceito.

o seu déficit democrático, no sentido de conferir certa interpretação, baseada na vontade anteriormente exarada pela constituição, ao arrepio do atual desejo da maioria legislativa – e do povo, por consequência - e a dar contornos político-democráticos à questão jurídico-constitucional.

Em outras palavras: o debate praticamente assentado no modelo da *judicial review* e dos tribunais constitucionais, principalmente após o período pós-segunda grande guerra, teve o seu foco deslocado, não para *o quem*, mas, sim, para *o como* essa discussão seria travada. Isso quer dizer que a discussão passa a ser até que ponto e segundo quais critérios o designado para garantir a constituição poderá se movimentar. Trata-se aqui, então, do debate sobre imbricações entre o direito e a democracia.

Veja-se, pois, que a teoria da separação dos poderes,¹⁵⁷ cunhada por Montesquieu encontra-se superada. Conforme Ferrajoli, os Estados Democráticos de Direito ressignificaram essa teoria para uma divisão dos poderes, na qual a palavra poder significa distribuição.¹⁵⁸ Essa rearticulação afirma o Poder Judiciário como promotor da democracia também, em igualdade de condições com os demais atores políticos, a partir de uma visão substancial da democracia. Assim, “(con) divisione del potere’ e ‘separazione dei potere’ sono principi organizzativi non solo diversi ma tendenzialmente opposti”.¹⁵⁹

Essa cisão feita por Ferrajoli mostra-se extremamente didática para a compreensão do tema aqui tratado, porquanto permite uma compreensão mais adequada do paradigma do qual tratamos: O Estado Democrático de Direito e a divisão dos poderes.¹⁶⁰

Nesse capítulo, portanto, trabalharemos com ideias normativas sobre o papel da jurisdição constitucional, no âmbito dos atuais estados democráticos de direito, nos quais a tensão, entre o direito e a democracia, mostra-se premente, a partir das concepções divergentes que existem sobre esses dois conceitos - o que acaba por causar reflexos no mundo prático.

¹⁵⁷ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 864.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 869-872.

¹⁶⁰ Sobre isso, assim se manifesta Riccardo Guastini: “En la historia de las doctrinas constitucionales, la expresión “separación (o división) de los poderes” denota no ya una, sino dos técnicas diferentes de organización del poder político, que se supone que funcionan con el objeto de evitar el despotismo y garantizar (tutelar, proteger) la libertad de los ciudadanos (y del mismo modo son valoradas)”. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. p. 59).

3.1 Constitucionalismo e Democracia: o Problema da Jurisdição Constitucional na Discussão entre Liberais e Republicanos

Inicialmente, cumpre referir que o aumento do âmbito passível de atuação do poder judiciário alargou-se nas últimas décadas e, com isso, o debate, entre as interações de direito e democracia, atingem um novo patamar: passa a ser constituinte do estado democrático de direito uma atuação proeminente do poder judiciário.

Do ponto de vista descritivo, esse fenômeno deu-se por uma grande variedade de razões: a ascensão dos modelos de estado de bem-estar social (*welfare state*),¹⁶¹ materializado, institucionalmente, através das constituições dirigentes¹⁶² – especialmente relevantes no

¹⁶¹ “Diferentemente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que, por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais [...] direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente [...]. Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma liberdade positiva: uma participação instrumental do Estado como agente hábil a prover direitos os quais sem a atuação concreta deste dificilmente seriam implementados, sobretudo devido à falta de uma estrutura político-jurídico que permitisse a efetivação de tais direitos.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a Função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 9-31). Portanto, o Estado Social surgiu com a promessa de cumprir uma série de requisitos que o modelo liberal não conseguira ser exitoso em preencher. Essa promessa se manifestou através de direitos recém-criados que ultrapassavam a figura do indivíduo – os chamados direitos sociais ou de segunda geração. As previsões constitucionais de direitos foi a forma encontrada de normatizar e “garantir” que o Estado Social fosse efetivado. Esses “novos direitos” são de caráter supraindividual, já que diferem da característica central do direito subjetivo de relação jurídica entre particulares, o qual exige uma postura negativa do Estado, que somente deve evitar a sua intervenção. São direitos, por sua vez, que exigem uma prestação positiva por parte do ente estatal, um fazer do Estado, através de programas e políticas dirigidas a concretizar direitos de um grupo de indivíduos, e não individualmente. Há, dessa forma, um aumento da intervenção por parte do estado sobre a realidade social.

¹⁶² Conceito originalmente cunhado por J.J Canotilho que determina uma vinculação permanente do legislador às imposições constitucionais, em breve síntese. Apesar do referido autor ter abandonado esse conceito – após ser influenciado por teóricos sistêmicos - sob o argumento da impossibilidade do direito dominar o mundo da vida e sua incapacidade de determinar diretrizes políticas, concordamos com Lênio Streck quando da possibilidade de aproveitamento desse conceito no sentido de uma maior proteção, em nível constitucional, de direitos fundamentais e sua necessária implementação pelos demais Poderes do Estado, ainda que divirja da conceituação original. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136. Sobre a teoria cunhada por Canotilho, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

período do pós Segunda Guerra Mundial - que têm sua normatividade reconhecida;¹⁶³ ¹⁶⁴ outro ponto fundamental foi o aceite, quase unânime, do controle judicial de constitucionalidade - seja no modelo americano ou no europeu; entre outros fatores.¹⁶⁵ Evidentemente, cada país ou cada região acabou por experimentar esse fenômeno de maneira distinta,¹⁶⁶ porém é possível traçarem-se aproximações finalísticas, quanto aos resultados - os quais demonstram um acréscimo de importância do Poder Judiciário. Nesse contexto, os tribunais emergem como uma instância concretizadora das promessas constitucionais, sendo parte fundamental dos modernos Estados Democráticos de Direito, uma vez que o aumento do âmbito de atuação do Estado, a partir da constatação da falência do Estado Liberal, acaba por aumentar, também, os limites de atuação do Poder Judiciário.

Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institution to judiciaries [...] The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussion. National high courts and supranational tribunals have become increasingly important, even crucial, political decision-making bodies [...] This global trend toward juristocracy is arguably one of the most significant

¹⁶³ A força normativa da constituição foi cunhada pelo jurista Alemão Konrad Hesse para afirmar a existência da “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*), em oposição a “vontade de poder” (*Wille zur Macht*), como afirmava Lassale na sua visão sociológica da Constituição “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.15).

¹⁶⁴ Naturalmente, o Estado Social acabou também por ser suplantado pela forma atual dos Estados Democráticos de Direito.

¹⁶⁵ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 22-23.

¹⁶⁶ Ran Hirschl divide em seis cenários de “constitucionalização”, com o consequente empoderamento do Judiciário e o estabelecimento de alguma forma de *Judicial Review*, após o período pós Segunda Guerra (ao fazer isso, o autor pontua que os Estados Unidos já passaram por esse processo com pelo menos um século de antecedência): 1) Países que passaram por uma reconstrução política após a referida guerra (Alemanha, Itália e Japão); 2) Países que experimentaram um processo de descolonização da metrópole (Países Africanos e Índia); 3) Países que saíram de regimes semi-democráticos ou autoritários para uma democracia (América Latina, Portugal – 1976, Espanha – 1978); 4) Países oriundos do regime comunista que adotaram os modelos ocidentais de democracia e de economia de livre-mercado (Leste Europeu); 5) Locais em que ocorreram importantes incorporações de tratados internacionais ao direito interno (Suécia e Dinamarca com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Grã-Bretanha editando o “*Human Rights Act*”, que, na prática, ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos naquele território); 6) Países que não houve uma reforma política fundamental para possibilitar a expansão do judiciário, entretanto isso ocorreu através de pequenas reformas (Israel, com a adoção de leis básicas; México). (HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 7-8.).

developments in late-twentieth- and early-twenty-first-century government.¹⁶⁷

Esse fenômeno é o que Lenio Streck considera como sendo a “revolução copernicana do direito constitucional” –, com notável influência da ideia de Konrad Hesse - em que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, tem a incumbência de garantir o cumprimento e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Essa assertiva afirma, entre outras coisas, que há uma alteração, ou uma reconfiguração, das funções estatais, marcada “pela passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatori* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida”.¹⁶⁸

Desse modo, a união, entre constitucionalismo e democracia, do ponto de vista descritivo, parece-nos um fato incontestado, porque se pode perceber a expansão do instituto do controle judicial de constitucionalidade nas democracias modernas. Igualmente, se verifica através do fato de que a democracia e as cortes constitucionais¹⁶⁹ têm se ancorado, uma na outra, nos tempos atuais, como forma de assegurar a sobrevivência do regime democrático.

Entretanto, se há uma realidade, do ponto de vista descritivo, no âmbito normativo, essa relação enfrenta um grande debate, que diz respeito precisamente à legitimidade das cortes constitucionais. Sob pontos de vista divergentes – inclusive em termos de filosofia política –, há um grande dissenso teórico acerca dos limites legítimos de intervenção do Poder Judiciário, porquanto a sua própria legitimidade democrática é questionada. Essa é a chamada “dificuldade contramajoritária”, termo consagrado por Alexander Bickel, que trata, basicamente, sobre a dificuldade democraticamente representada por juízes não eleitos e sem qualquer responsabilidade eleitoral invalidarem leis originadas pela via democraticamente prevista. Ou seja: através dos representantes legitimamente eleitos pelo povo para tal fim.

The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over the ineluctable reality [...] Hamilton, who in the 78th *Federalist* denied that judicial review implied a

¹⁶⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 1. Nesta obra, Hirschl acaba por concluir que a juristocracia é o meio pelo qual as elites política e econômica se valem para continuarem hegemônicas nas sociedades, quando ameaçadas. Ao promover a substituição da soberania popular pela judicial, buscam conservar as suas conquistas. Não concordamos inteiramente com essa ideia, porquanto no âmbito normativo, como será demonstrado no transcórre da dissertação, uma teoria acerca do direito que resguarde sua autonomia dentro de um regime democrático parece-nos mais apta a responder aos anseios da sociedade sob a ótica de proteção dos direitos fundamentais, bem como coaduna-se com os anseios advindos da soberania popular.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 42.

¹⁶⁹ Cortes Constitucionais devem ser entendidas, aqui, no *latu sensu*, ou seja, a faculdade do Poder Judiciário de exercer a compatibilidade entre os atos normativos emanados dos demais poderes com a constituição.

superiority of the judicial over the legislative power – denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. “It only supposes,” Hamilton went on, “that the power of people is superior to both; and where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.” But the word “people” so used is an abstraction [...] an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the act of an elected representative, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without the mystic overtones, is what actually happens.¹⁷⁰

Ocorre que, modernamente, tal dificuldade mostra-se ainda mais relevante, pois, além das questões anteriormente travadas, sobre o aumento da atuação do Poder Judiciário em nível mundial, essas cortes também se manifestam sobre questões principiológicas ainda não decididas pelos órgãos “populares”. Tal fato eleva a dificuldade contramajoritária para outro nível de complexidade: diante de sociedades cada vez mais heterogêneas e divididas moralmente - ou seja, cada vez mais os valores são individualizados dentro de grupos e não mais transponíveis a toda sociedade. Além disso, as decisões, no âmbito da jurisdição constitucional, acabam, muitas vezes, por determinar interpretações e sentidos de cláusulas abertas, ao arrepio de um mínimo consenso social.

Levando-se em conta, ademais, que as decisões, no campo da jurisdição constitucional, devem ser, necessariamente, últimas e definitivas, sob o risco de os demais Poderes não serem limitados pela Constituição – que é norma hierarquicamente superior no ordenamento, como vimos anteriormente –, e sim por preferências políticas, temos presente uma complexa, e problemática, relação entre jurisdição constitucional e democracia. O déficit democrático aqui,

¹⁷⁰ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-17. Nessa publicação, o referido autor tenta compatibilizar uma forma de *judicial review* com democracia, pois reconhece a existência do perigo de, com o tempo, o *judicial review* vir a enfraquecer o processo político democrático. Assim, em breve síntese, propõe uma ideia de respeito às divergências que consiste em postergar a decisão em questões que envolvam princípios cujos âmbitos de atuação não encontra-se devidamente assentado através da discussão com os demais poderes, de modo a evitar o conflito institucional. Para atingir êxito nessa empreitada, cria uma série de técnicas procedimentais de limitação para a autorrestrição judicial prudencial da corte. Trata-se do exercício do que ele denominou de “virtudes passivas”. São elas: Ilegitimidade para propositura da ação (*standing*); falta de maturidade do caso para pronto julgamento (*ripeness*); ausência de controvérsia atual do objeto da demanda (*mootness*); carência de competência da corte, porquanto a questão limita-se à política (*political questions doctrine*) e ausência de relevância do caso para julgamento pela corte (*denial of certiorari*). Percebe-se aqui, como se verá mais tarde, uma influência das ideias propostas por Bickel sobre a teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein. Sobre isso, ver: BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 113-198; CAMPOS. C.A.A. Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1. p. 177-210.

então, dá-se pela inexistência de qualquer controle posterior de legitimidade das decisões em nível de jurisdição constitucional. Gustavo Binенbojm sintetiza muito bem essa problemática:

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional poderia ser equacionada, assim, em dois pontos básicos: (*primeiro*) a circunstância de as Cortes Constitucionais serem compostas de juizes não eleito – embora nomeados, em regra, pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição da legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; (*segundo*) a circunstância de as decisões das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venha a *corrigir* a jurisprudência do tribunal.¹⁷¹

A partir dessas constatações, diversas teorias foram formuladas, no âmbito normativo, buscando legitimar, ou não, o instituto da revisão judicial e compatibilizá-lo com ideais democráticos, estabelecendo critérios e limites, portanto. Em outras palavras, teóricos de diversas vertentes procuraram legitimar as decisões constitucionais, para que esta não se limite a um subjetivismo antidemocrático.¹⁷² Essa tarefa não prescinde de análises advindas da filosofia política:

[...] é essa relação entre poder constituinte, entendido como o poder soberano do povo, e o soberano, entendido como o povo que funda uma nova ordem normativa a fim de se autolegislar, que fundamenta e dá forma à difícil, tensa e paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia.¹⁷³

Diante desse contexto, fica evidenciado um dos grandes debates contemporâneos ao que se refere à discussão entre direito e democracia, e os limites da atuação do Judiciário, podendo ser trabalhado, também, pelo viés da filosofia política contemporânea. Qual seja: a linha tênue, entre soberania popular e direitos humanos, materializada através da discussão entre republicanos e liberais, conforme veremos na sequência.¹⁷⁴ Tal relação é possível ser feita,

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 51-51.

¹⁷² Antidemocrático no sentido de que o arbítrio, através da mera vontade subjetiva do julgador, pode acabar por contrariar-se ao direito legitimamente posto. Endossamos a tese segundo a qual a discricionariedade judicial deve ser combatida, entendida essa no sentido forte delimitado por Dworkin. Sobre os sentidos da discricionariedade, ver: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

¹⁷³ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43. Interessante destacar que o referido autor enquadra a origem desse debate no final da Idade Média, demonstrando que a partir da ideia do soberano cunhada por Hobbes, Bodin e outros, cumulada com a teoria do poder constituinte, inaugurou-se o debate mostra-se relevante até os dias atuais.

¹⁷⁴ O recorte epistemológico feito na presente análise busca trazer expoentes da teoria do direito bem como suas ligações com determinados campos da filosofia política. Além das posições liberais e republicanas, veremos

uma vez que constatamos a existência de imbricações políticas, nas decisões jurídicas¹⁷⁵, no campo da jurisdição constitucional.¹⁷⁶

É interessante reparar como campos tão divergentes, dentro da filosofia política, acabam por refletir, também, sobre algumas posições relativas ao que o direito deve ser; ou seja: influenciam teorias que buscam, além de justificar, prescrever o direito, através do fornecimento de respostas à tensão entre constitucionalismo e democracia, e os limites da decisão constitucional. É a partir dessas relações que pretendemos dar seguimento aos escritos.¹⁷⁷

Para tanto, cumpre fazer agora uma breve apresentação das posições liberais e republicanas.^{178 179} Os liberais¹⁸⁰ dão primazia aos direitos humanos – no sentido dos direitos liberais - sobre as decisões públicas; e os republicanos pensam de forma inversa, com a supremacia das decisões populares aos direitos humanos.¹⁸¹

também os teóricos da democracia deliberativa, que busca a conciliação entre essas duas posições e seus reflexos no campo da teoria do direito. Desse modo, importantes teóricos do direito e da filosofia política não serão aqui trabalhados, porquanto não enquadrados diretamente dentro dos objetos de análise da presente dissertação.

¹⁷⁵ Até porque a Constituição é um documento político-jurídico e tem reflexos em ambos os campos.

¹⁷⁶ Em interessante trabalho empírico, Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki demonstram através de minuciosa análise das decisões da Suprema Corte são afetadas pelas posições políticas dos justices: “however the most difficult issues are resolved, the principal empirical findings are clear. In many domains, Republican appointees vote very differently from Democratic appointees, and ideological tendencies are both dampened and amplified by the composition of the panel.” (ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2006. p. 150). Evidentemente que os julgadores não impõem suas convicções ao arripio da legislação e demais fontes do direito, entretanto o fazem quando há margem interpretativa. Conforme defenderemos no transcórpor do trabalho, entendemos que uma teoria normativa do direito pode resguardar a sua autonomia, bem como proteger direitos de forma substantiva. Diante disso, a posição política do julgador, bem como demais questões carentes de juridicidade, podem ser relegadas ao segundo plano, porquanto o direito assume suas funções normativas também nos momentos decisórios. Nesse sentido, deve-se diferenciar a responsabilidade do julgador enquanto integrante do debate público garantidor da constituição das suas posições privadas.

¹⁷⁷ O presente trabalho não tem como objetivo central uma extensa digressão sobre as correntes liberais, republicanas e a alternativa deliberativa, mas somente fornecer breves apontamentos necessários para a discussão das relações dessas teorias políticas com a revisão judicial baseado nos conceitos democráticos propostos por cada uma dessas posições.

¹⁷⁸ Para os efeitos da presente dissertação, tratar-se-á republicanos e comunitaristas como sinônimos. Ainda que não se olvide as divergências entre os postulantes de alguma dessas posições e termos, para o nosso interesse específico de desenvolvimento dessa temática, é possível tratá-las como sinônimos.

¹⁷⁹ Trabalharemos a democracia deliberativa na sequência da dissertação, em um tópico específico (3.3.1).

¹⁸⁰ Trabalhar-se-á, nessa dissertação, somente com a vertente igualitária dos liberais. Assim, todo o escrito relativo aos liberais diz respeito a essa linha específica do pensamento liberal.

¹⁸¹ Não nos olvidamos da existência de diversas teorias que buscam legitimar outras formas de democracia, como, por exemplo a democracia processual proposta por Darci Guimarães Ribeiro: “A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106). Entretanto, o recorte epistemológico da presente dissertação optou por se limitar a trabalhar as concepções liberal, republicana e a tentativa feita pela democracia deliberativa de unir essas duas concepções.

Os liberais,¹⁸² que aqui devem ser entendidos como os preconizadores da “igualdade liberal”, corrente de pensamento que, segundo Will Kymlicka,¹⁸³ filia-se Ronald Dworkin.¹⁸⁴ Nessa teoria político-filosófica, a liberdade não é vista em oposição à igualdade. Pelo contrário, busca-se atingir um meio termo entre elas, justamente para maximizar uma ideia mais geral de igualdade.

A autodeterminação individual possui uma enorme importância para a vida boa, de acordo com os liberais, uma vez que não admitem o paternalismo estatal, na definição de valores que podem, ou não, ser endossados pelo indivíduo na sua intimidade.¹⁸⁵ Isso não se opõe, como frisado anteriormente, ao ideal geral de igualdade, de liberdade e de autodeterminação, ajudando na implementação desse, com as ressalvas devidas às questões que independem da vontade. Vale ressaltar, por fim, que o sentido aqui dado aos liberais não se confunde, portanto, com os libertários.

Nessa ótica, portanto, a Constituição é vista como um instrumento limitador do Estado, uma vez que fornece uma gama de direitos que protegem o indivíduo contra o Estado. Essa Constituição regula o embate entre vários modos de vida e a democracia válida, em um governo legitimado pela maioria.¹⁸⁶ Contudo, a prevalência dos direitos individuais funciona como um limitador da democracia, ou, em outras palavras, essa preferência é justificada em virtude da própria democracia, que deve considerar todos os cidadãos como iguais.

Nesse ínterim, a jurisdição constitucional é vista com bons olhos: como fundamental, para controlar e para limitar as decisões dos demais Poderes, cumprindo, assim, a função de resguardar direitos dos cidadãos. Mesmo que esses direitos sejam contrários à vontade popular, porquanto esses direitos também protegem minorias, dentro do processo político majoritário. Assim, a própria função contramajoritária é também positiva, além de constitutiva, dentro do

¹⁸² Segundo Will Kymlicka, os liberais igualitários “[...] reconhecem alguns tipos de liberdades econômicas produtoras de desigualdade não é porque acreditam na liberdade em oposição à igualdade. Antes, acreditam que tais liberdades econômicas são necessárias para reforçar sua ideia mais geral da própria igualdade. O mesmo princípio que diz aos liberais que permitam a liberdade de mercado – isto é, que considera as pessoas responsáveis pelas suas escolhas – também lhes diz que limitem o mercado quando ele penaliza as pessoas por outras razões que não suas escolhas. A mesma concepção de igualdade está na base da liberdade de mercado e da sua limitação.” (KYMICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 111-112). Para dar contornos *dworkinianos* ao sentido da igualdade liberal, busca-se uma interpretação da igualdade em sua melhor luz.

¹⁸³ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

¹⁸⁴ Trabalharemos o pensamento do jusfilósofo norte-americano no item 3.2. Por ora, limitaremos-nos a apresentar contornos gerais sobre o liberalismo igualitário.

¹⁸⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 257-259.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 292.

processo democrático, devendo ser exercida quando se mostrar adequada, de acordo com o rol de direitos protegidos.

Por outro lado, os republicanos, ou comunitaristas,¹⁸⁷ têm uma visão diferente acerca do processo político majoritário e da vida boa em sociedade. Por conseguinte, também divergem acerca das questões atinentes à jurisdição constitucional. Além disso, outra grande oposição, entre tais teorias, dá-se na questão da neutralidade valorativa do Estado.

Em relação à neutralidade do Estado, na perseguição do bem comum, os comunitaristas veem como dever do Estatal a definição de um modo de vida boa na comunidade,¹⁸⁸ através de uma concepção substantiva daquele conceito. Dessa forma, o Estado comunitário deve encorajar, e incentivar, a adoção de uma determinada concepção de bem que mais se ajusta àquela comunidade. Ao invés do padrão de bem ajustar-se a preferências individuais, na concepção republicana, provê certo padrão avaliativo em relação às preferências. Assim, os padrões pré-determinados de vida têm precedência sobre direitos individuais, na busca da vida boa.¹⁸⁹

Com base nessas concepções, os republicanos veem a constituição como uma materialização da identidade ético-cultural, que busca atingir padrões por ela determinados, enquanto corpo social. A constituição é reflexo, então, de uma ordem concreta de valores homogeneizadora da sociedade. A democracia é, assim, um meio para realização dessa identidade, que permite a autorreflexão, pelo diálogo entre os cidadãos, quando da adoção das suas preferências.¹⁹⁰

Nessa seara, a jurisdição constitucional é vista com mais ressalvas, se compararmos à posição dos liberais. No instante em que se posicionam a favor da soberania popular, como delimitadora do bem comum, os comunitaristas opõe-se à ideia segundo a qual a jurisdição constitucional implementa a democracia, ao limitar os demais poderes, porquanto consideram uma indevida, e antidemocrática, invasão sobre a soberania popular. Com base nessas constatações, defendem a ideia de uma jurisdição constitucional, como garantidora do processo legislativo, onde a função da *judicial review* é garantir “[...] que o legislador político não se

¹⁸⁷ Trataremos esses substantivos como sinônimos.

¹⁸⁸ Isso não significa que os liberais rejeitem a ideia de bem comum. Conforme afirma Will Kymlicka, a ideologia liberal somente promove uma interpretação diferente do bem comum, que é entendido a partir da igual consideração de todas as preferências. O bem comum na sociedade liberal é, pois, um enquadramento das preferências sustentadas individualmente. (KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264).

¹⁸⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-265.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 291.

afaste da tarefa maior de realização da felicidade pública e do bem-estar, à luz dos valores consagrados constitucionalmente.”¹⁹¹ Assim, promovem uma teoria que dá primazia à soberania popular definida politicamente sobre os direitos. À jurisdição constitucional, resta garantir o bom funcionamento da política, além de garantir o cumprimento da constituição, a partir de uma perspectiva procedimentalista.¹⁹²

Ante o exposto, partimos, agora, para uma análise mais apurada de alguns teóricos específicos que trabalham a tensa relação que deu azo à essa dissertação. Procuraremos, igualmente, demonstrar suas relações com os paradigmas da filosofia política aqui elencados.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 291.

¹⁹² O procedimentalismo é visto aqui em oposição ao substancialismo. Em linhas gerais, o paradigma procedimentalista trabalha com a perspectiva de legitimidade do direito a partir da política, isso quer dizer, a política (através do poder legislativo, essencialmente) é quem se converte no instrumento de atuação do direito. Só é legítimo, dentro dessa perspectiva, o direito que houver passado pelo crivo daquele poder. A corrente procedimentalista, que tem como expoentes, entre outros, Antoine Garapon, John Hart Ely, Jürgen Habermas, autor para o qual dispensaremos particular atenção nessa dissertação, trabalham, em breve síntese, com o pensamento de que somente o procedimento legitimaria o direito, no sentido de que deve ser aberto a todos o espaço para influir nos processos políticos de formação de vontade. Sobre isso muito bem escreve Luiz Werneck Vianna: “A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada de uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.” (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p.23). Do exposto se extrai que o Poder Legislativo passa a representar a democracia, em seu estado mais amplo, vinculado à soberania do povo, devendo desta forma institucionalizar o direito legítimo de acordo com os anseios populares. A política, na perspectiva levantada pelos procedimentalistas, constituiu-se como um processo de argumentação racional, e não somente de poder, direcionado para um acordo, acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas, a qual o Poder Judiciário só pode ser mobilizado por razões que lhes são trazidas segundo a relação do “Direito com a Lei” restringido assim sua atividade pela Legalidade imposta ao funcionamento do ordenamento jurídico. É, por fim, um paradigma fundado com uma separação mais clara entre os poderes, onde a interferência de um sobre os outros não é vista com bons olhos. Por outro lado, o substancialismo trabalha com a ideia segundo a qual o poder judiciário não pode assumir uma posição passiva diante da sociedade, ultrapassando a rígida separação dos poderes, fazendo a política introjetar no direito. Denota essa perspectiva que o Poder Judiciário através de suas decisões concretiza direitos utilizando de técnicas interpretativas que têm sido extraordinariamente eficazes, rompendo assim com o formalismo do Direito. Abre o Poder Judiciário novos espaços diante do ordenamento jurídico. É na Constituição que este modelo substancialista toma força, pois ele emana de seus princípios básicos e imanentes. Por tudo isso, lembra-se que as constituições dão liberdades aos julgadores, para que decidam de forma aberta, por intermédio da Justiça Constitucional. Lênio Streck sintetiza esse paradigma da seguinte forma: “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente. Coloca, pois, em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163-164). Vale destacar que, notadamente, tanto o procedimento judiciário quanto o legislativo trabalham com direitos, divergindo somente a técnica do procedimento ou estrutura de tais procedimentos de concretização dos mesmos.

3.2 A Defesa do Judicial Review no Âmbito Liberal: a perspectiva de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin¹⁹³ foi um jusfilósofo norte-americano cujas ideias militaram por muitos campos do conhecimento: filosofia da linguagem; filosofia moral e ética; filosofia política; Teoria do Direito e Direito Constitucional; além de dirigir sua atenção, também, a temas relevantes na agenda política da Suprema Corte Americana, e a outros temas de interesse, que no debate público daquele país, estavam entre os seus temas centrais. No campo do direito, como nos lembra Ronaldo Porto Macedo Junior, Dworkin debateu, com vários teóricos com pensamentos divergentes, sobre a teoria do direito - positivismo, pragmatismo, *critical legal studies*, entre outros.¹⁹⁴ Além de inúmeras obras publicadas, possuía uma coluna na *New York Review of Books*, onde desenvolvia suas ideias para um público mais abrangente. Trata-se, também, de um herdeiro do pensamento desenvolvido em Universidades inglesas e norte-americanas.¹⁹⁵ Nesta dissertação, em que pese a relevância de toda obra teórica de Ronald Dworkin, privilegiaremos, em razão do nosso tema, as questões atinentes à Teoria do Direito e do Direito Constitucional, bem como suas relações com a sua teoria política.¹⁹⁶

3.2.1 O Caminho para a Democracia Constitucional

Dworkin busca compatibilizar a jurisdição constitucional com o seu conceito particular de democracia – que o aproxima da definição do liberalismo igualitário, como veremos na sequência -, uma definição que o afasta da concepção majoritária, e o aproxima de uma legitimidade substancialista e não matemática. Inicia o seu raciocínio, pois, afirmando a inexistência de um acordo sobre o próprio conceito de democracia.¹⁹⁷ A partir daí, passa a elaborar sua teoria de modo a compará-la com a premissa majoritária - e, obviamente, garantir

¹⁹³ Dworkin faleceu em fevereiro de 2013, aos 81 anos.

¹⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-37.

¹⁹⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [não paginado].

¹⁹⁶ Cumpre ressaltar, todavia, que na obra “A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor”, Dworkin, procura unificar todos os seus temas de trabalho – anteriormente escritos separadamente – a partir de uma unidade teórica que permita a congruência de conceitos provenientes de matrizes teóricas divergentes. Para tanto, utiliza-se da tese da unidade do valor (*the unity of value thesis*). DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 1. No original: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹⁹⁷ “Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias.” (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23-24).

a superioridade de sua concepção. Ressalta, com isso, que há uma “profunda disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia”.¹⁹⁸

O jusfilósofo norte-americano caracteriza a visão majoritária de democracia como pautada sob a vontade da maioria. Em outras palavras, nesta concepção, busca-se um procedimento político, em que os assuntos mais importantes do país sejam decididos de acordo com o ponto de vista endossado pela maioria dos cidadãos; ou, em última análise, o que eles teriam favorecido, caso dispusessem das informações adequadas e de tempo para reflexão. Dworkin salienta que essa concepção é aceita pela maior parte das pessoas, como definição da essência da democracia: uma meta que estabelece que as leis e as demais definições oriundas do processo democrático sejam, ao fim e ao cabo, aquelas aprovadas pela maioria dos cidadãos de uma comunidade,¹⁹⁹ expressas através do sufrágio universal ou quase universal.²⁰⁰ Entretanto, salienta que a *majoritarian view* não garante que as decisões serão justas, porquanto pode acarretar um prejuízo às minorias, cujos interesses podem ser vilipendiados ou ignorados. Nesse caso, poderemos ter uma democracia injusta, mas ainda democrática.²⁰¹ Trata-se, portanto, na crítica *dworkiniana*, de uma concepção procedimental, que admite uma decisão como democrática, mesmo que seja injusta, pois não leva em consideração questões atinentes à moralidade política.²⁰²

Outro ponto importante dessa concepção é no relativo à questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional: segundo Dworkin, a concepção majoritária, ao menos nos Estados Unidos, não nega a legitimidade da jurisdição constitucional, por aceitarem o fato de que a maioria nem sempre deve predominar; entretanto, esse aceite não implica que a revisão judicial seja considerada moralmente correta. Em outras palavras: mesmo que certas restrições

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

¹⁹⁹ Como veremos no transcorrer desse capítulo, Dworkin também define a comunidade de uma forma particular, como forma de implementação do seu ideal de integridade: uma comunidade de princípios. Para tanto, define três modelos de comunidade: Uma em que os seus membros acreditam que a sua associação derivou somente de fatos históricos e geográficos; uma em que as pessoas somente se comprometem a cumprir as regras de determinada comunidade – comunidade de regras; e, finalmente, a comunidade de princípios, onde os membros, além de concordarem com as regras aceitam que compartilham princípios em comum. Assumem dessa forma, uma postura mais generosa em relação à compreensão das regras. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 251-259. Além disso, traçaremos algumas aproximações, dentro dos objetivos desse trabalho – no capítulo final dessa dissertação – entre a teoria *dworkiniana* e a tese proposta por Robert Post e Reva Siegel: o Constitucionalismo Democrático, em especial no que diz respeito à integridade e à leitura moral da Constituição como princípios abertos que devem ser interpretados de modo a contribuir para a história institucional destes.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 131.

²⁰² DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 134.

sejam aceitas, dentro da concepção majoritária, não é pelo fato de uma concordância sobre o ganho democrático diante de tais procedimentos. Sobre isso, achamos válida a transcrição das palavras de Dworkin:

[...] a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando o seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais, e aceitam que pelo menos algumas das decisões da Suprema Corte que repudiaram leis populares, como aconteceu no caso *Brown*, foram corretas. A premissa majoritária não exclui exceções desse tipo, mas insiste em que, nesses casos, mesmo que uma atenuação do governo da maioria se justifique de maneira global, essa atenuação é lamentável do ponto de vista moral. Em outras palavras, a premissa supõe que, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, isso é *sempre* injusto, de tal modo que a injustiça permanece mesmo que existam fortes razões que a justifiquem.²⁰³

Contrapondo-se a essa visão, Dworkin propõe, e endossa, uma segunda concepção divergente acerca dos objetivos da democracia: a democracia, em parceria (*partnership conception*), que determina que o povo irá se autogovernar, considerando que cada um de seus integrantes faz parte desse empreendimento coletivo de governo. Se cada cidadão for considerado como um parceiro dentro desse empreendimento, a decisão majoritária somente será democrática se forem protegidos e garantidos os interesses de cada parceiro. Ou seja: uma sociedade que decida ao arpejo de suas minorias não pode ser considerada democrática, ainda que a maioria tenha prevalecido.²⁰⁴ A partir dessa constatação, Dworkin passa a rejeitar diversos pontos da concepção majoritária, concluindo sua defesa da democracia constitucional e da necessária e legítima função contramajoritária da jurisdição constitucional.²⁰⁵

Essa segunda concepção é mais adequada, na visão Dworkiniana, pois somente a partir dela torna-se possível dar uma adequada justificativa moral, e política, para o Estado Democrático:²⁰⁶ a igual consideração e respeito por todos.²⁰⁷ Diante disso, assevera que o

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 131.

²⁰⁵ Pelo fato de não se inserir diretamente no cerne dessa dissertação, deixaremos de trabalhar amiúde todas as críticas dirigidas por Dworkin à *majoritarian conception*. Buscaremos fornecer uma noção geral das divergências *dworkinianas* a partir de suas teses, somente. Para uma leitura completa das divergências, ver: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29-48.

²⁰⁶ Nesse ponto, já mostra-se a necessidade de uma teoria do direito, pois este é o meio adequado para garantir o cumprimento das funções morais do Estado e proteger os direitos dos cidadãos dentro da concepção democrática de Dworkin. Teoria essa que deve ser fundada no ideal político da integridade, conforme demonstraremos na sequência desse capítulo.

²⁰⁷ Trata-se de um ideal fundamental para Dworkin, e deve ser a principal pauta do Estado. Esse princípio político é um desdobramento do princípio da dignidade humana, aplicado à uma determinada comunidade. Para uma definição mais precisa sobre a igual consideração e respeito (*equal concern*), ver: DWORKIN, Ronald. **Is**

objetivo da democracia não é permitir que as decisões políticas fundamentais sejam tomadas pela maioria dos cidadãos, caso plenamente informados; para Dworkin, a democracia deve objetivar que as decisões sejam tomadas por instituições políticas “cuja estrutura, composição, e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.²⁰⁸ Dessa forma, Dworkin busca alterar os polos centrais da democracia, uma vez que a ideia comum de governo do povo deve ser substituída por um objetivo que encontra uma justificativa moral mais abrangente. Aqui, já ficam evidentes algumas das razões que irão justificar a prática da revisão judicial, uma vez que os procedimentos majoritários não são – e nem devem ser – a exigência fundante da democracia.

Com essa visão, Dworkin passa a defender uma democracia constitucional, como alternativa à premissa majoritária, porquanto essa é a melhor maneira de, na sua visão de um liberal igualitário, assegurar que os direitos sejam respeitados, e compatibilizados, com a soberania popular. Isso porque a concepção da democracia constitucional não prescinde de eleições, nem altera fundamentalmente a estrutura do estado, somente requerendo que os procedimentos majoritários obedeçam à lógica da *equal consideration*. Em suma, a igualdade de status para todos os cidadãos é elevada, nesse pensamento, a uma “condição democrática” sob a qual a democracia deve respeitar. Assim, quando as instituições democráticas respeitam essa condição, suas decisões devem ser cumpridas; caso contrário, em nome da democracia, devem ser anuladas.²⁰⁹

Trata-se de uma concepção substantiva da democracia, que é dependente da moralidade política - ao contrário da *majoritary conception*,²¹⁰ na qual não há uma verdadeira oposição, entre democracia e direitos individuais. A manutenção destes, através da garantia da constituição, é também a garantia de respeito às condições da democracia. Difere da concepção majoritária, porque esta é meramente estatística, no sentido da ausência de requisitos morais, pois somente leva em consideração a quantidade de votos dos cidadãos. Com esse pensamento, Dworkin questiona todo o arcabouço teórico da premissa majoritária.

democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 144-145. Além disso, devemos ressaltar que o igual tratamento das pessoas enquanto seres humanos é um dos itens que compõem a teoria da justiça Dworkiniana. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7. A teoria da justiça de Ronald Dworkin possui forte influência do pensamento de John Rawls, em especial do seu livro “*A theory of justice*”.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26-27.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 134.

Para corroborar a sua visão, Dworkin argumenta que, nem os Estados Unidos da América, podem ser considerados um exemplo de democracia majoritária, tendo em vista que própria Constituição daquele país estabelece limites ao poder majoritário,²¹¹ através das emendas constitucionais, sobretudo o *Bill of Rights*.²¹² Assim, alega que sua visão da democracia é o que a “democracia realmente é”.²¹³

Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades que forem indispensáveis para esses fins [...].²¹⁴

Um último ponto fundamental, para compreensão do pensamento político-filosófico do teórico norte-americano, é a ideia – também particular deste – acerca de alguns direitos previstos na Constituição daquele país e que servirá como elo, entre a teoria agora apresentada e a sua defesa da *judicial review*: já em sua primeira obra, *taking rights seriously*, Dworkin defende a tese, desenvolvida também na sequência de suas obras, segundo a qual certos dispositivos da Constituição norte-americana são direitos morais dos indivíduos contra o Estado, direitos estes que os garante mesma consideração e respeito por parte do governo. Ao serem explicitados na Constituição, que, como recorda Dworkin, é um documento que funde questões morais e jurídicas, os direitos morais assumem uma função jurídica. Assim, estes direitos morais devem – sempre – ser respeitados, mesmo que ao arrepio da vontade majoritária e contra a vontade governamental.²¹⁵ Isso se manifesta determinante, pois somente se os governos levarem “os direitos a sério” é que se mostra possível a garantia da dignidade e igualdade para com as minorias.²¹⁶

²¹¹ “The United States is certainly not a pure example of the majoritarian conception of democracy. The framers did not intend it to be because they limited the power of political majorities in various ways: they provided a set of individual constitutional rights, like the right of free speech, as trumps over the majority’s power.” (DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 131).

²¹² Conforme apresentado no capítulo anterior, a inclusão do *Bill of rights* na Constituição Norte-Americana foi uma vitória dos antifederalistas. Interessante notar aqui que, apesar do abismo teórico que separa as concepções dos antifederalistas e de Ronald Dworkin, ambos reconhecem os direitos fundamentais como um “trunfo” contra maiorias eventuais.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 185.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 205. Ao afirmar isso, Dworkin contrapõe-se às teses utilitaristas, justamente pelo fato desta não “levarem os direitos a sério”.

A partir dessas considerações iniciais, em que procuramos contextualizar brevemente alguns pontos da produção teórica Dworkiniana, pensamos ser possível iniciar a explicação sobre a sua teoria do direito e sobre sua interpretação em relação à prática da *judicial review* pelas Cortes.

3.2.2 A *Judicial Review* na Visão Integrativa Dworkiniana

De acordo com as ponderações explicitadas ao final do item anterior, segue-se que os indivíduos possuem direitos morais em relação ao Estado, notadamente explicitados através de cláusulas constitucionais.²¹⁷ Para que seja possível a explicitação desses direitos morais, e sua delimitação dentro da vida social, é necessário, de acordo com Dworkin, que se compreenda que estes são conceitos morais – portanto interpretativos - que demandam dos juízes a capacidade de formulação de questões sobre moralidade política. Assim, para que seja ofertada uma resposta adequada, no sentido de evitar a discricionariedade judicial, Dworkin desenvolve a leitura moral.

De início, porém, parece-nos importante desenvolver alguns pontos sobre o papel da interpretação. Com efeito, na concepção *dworkiniana*, conceitos políticos e morais devem ser entendidos como conceitos interpretativos. O direito, nesse sentido, é visto como um conceito político, ou um ramo da moralidade política – que se refere às relações estabelecidas dentro de uma comunidade política - e, pois, interpretativo.²¹⁸ Tais conceitos descrevem valores que são compartilhados, nas práticas sociais em que estes se manifestam, e, também por isso, acabam por gerar discordância entre os participantes. Justamente pela inexistência de um acordo sobre a melhor aplicação dos valores, em situações concretas, é que aparecem as divergências interpretativas.

Isso quer dizer que, ao interpretar práticas sociais – e o direito, por consequência –, adota-se uma “atitude interpretativa”,²¹⁹ em que o “intérprete busca pela intencionalidade

²¹⁷ No caso da Constituição Norte-Americana, Dworkin refere-se a algumas das emendas como exemplos de cláusulas morais inseridas na naquele documento.

²¹⁸ “É importante salientar que o que o torna político é a existência de uma intencionalidade referida a uma demanda por legitimação moral. Não se trata, aqui, do reconhecimento de sua natureza política apenas porque envolve uma influência dos interesses articulados na forma do poder ou porque se reportam a uma distinção pública, em última instância, entre amigos e inimigos, mas antes de uma exigência de legitimação moral do exercício do próprio poder.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212). O direito deve, segundo Dworkin, prestar reverência a alguma forma de justiça, até porque esse é o seu *point*.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 56-58. Nesse momento, Dworkin assevera que esta atitude é composta por dois pontos: o valor ou a finalidade que é atribuída àquela prática; a suscetibilidade da prática à sua finalidade. Essa atitude não é necessária em todos os casos, por exemplo em relação aos jogos, pois os interpretamos de acordo com a sua finalidade sem, contudo, questionarmos o que eles são no momento. As práticas sociais (Dworkin usa o exemplo

contida no empreendimento a ser interpretado”.²²⁰ Em outras palavras, a interpretação envolve a busca por valores através da atribuição da intencionalidade (*point*), em determinada prática social, de modo que o intérprete possui uma atuação ativa, ou criativa, em que a própria perspectiva do sujeito é constitutiva do objeto.²²¹ Entretanto, disso não decorre, segundo o jusfilósofo norte-americano, que a interpretação esteja circundada por subjetivismos, pois ela se dá dentro de determinados parâmetros que limitam aquela prática, exercendo uma coerção sobre os intérpretes.

A interpretação jurídica não é, pois, algo específico destinado a fornecer a melhor interpretação dos textos jurídicos, ou separada de uma concepção mais geral de interpretação.²²² Sua especificidade reside no fato de que o intérprete jurídico deve buscar, através da imposição de um significado à instituição do direito, para, na sequência, reestruturá-la dentro desse significado,²²³ atingir ideais que melhor justifiquem essa prática moralmente, seu *point* moral. Assim, Dworkin defende que o direito é um conceito interpretativo,²²⁴ justamente em razão de sua definição ser exteriorizada pela busca de sua melhor luz. Isso quer dizer que Dworkin agrega, ao direito, um elemento moral avaliativo.

Explicando melhor: Dworkin elabora a hipótese estética, voltada especificamente para a interpretação de obras literárias. Entretanto, há ali algumas indicações relevantes sobre a concepção interpretativa *dworkiniana*. Além de defender que a interpretação de uma obra literária, assim como a interpretação jurídica, deve buscar mostrá-la, como “a melhor obra de arte que *ele* pode ser”,²²⁵ Dworkin postula pelo afastamento de teorias da interpretação que busquem analisar o próprio conceito de interpretação. Além de que passem a buscar as melhores

da cortesia), contudo, devem utilizar-se dos dois requisitos para que seja possível trazer a melhor luz daquela prática. O direito, evidentemente, inclui-se no segundo caso, equiparado à cortesia.

²²⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 215.

²²¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

²²² Nesse sentido, no artigo intitulado “De que maneira o direito se assemelha à literatura”, Dworkin traça um paralelo entre a interpretação jurídica e a literária, onde cada romancista deverá criar um capítulo sequencial sem romper com os anteriormente escritos, de forma que seja possível a escrita de uma história integrada. Trata-se da conhecida metáfora do romance em cadeia. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217-249.

²²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 58.

²²⁴ Ronaldo Porto Macedo Junior considera a ideia de que o direito é um conceito interpretativo como uma das maiores contribuições do jurista norte-americano para o debate metodológico-jurídico. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13. Como veremos no transcórre da nossa apresentação sobre a teoria *dworkiniana*, o interpretativismo não é sinônimo de discricionariedade, porquanto aquele deve ser lido sob a ótica da integridade.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 223.

respostas para questões substantivas naquela determinada interpretação²²⁶; ou seja: a melhor forma de realizar determinada atividade.²²⁷

O caráter argumentativo e discursivo direito, aliado ao fato de que em seu interior são produzidas disputas e controvérsias sobre a melhor forma de conceptualizar conceitos, confere ao direito uma natureza essencialmente interpretativa. Em outras palavras, a gramática lógica do jogo jurídico, além de envolver uma prática social normativa, implica também que esta seja interpretativa, e não meramente convencional.²²⁸

Feito esse adendo explicativo, voltamos, agora, ao ponto de partida inicial: a leitura moral da constituição, como melhor forma de garantir os pressupostos da democracia constitucional, advogada por Ronald Dworkin. Uma vez estabelecido que os indivíduos possuem direitos morais contra o Estado,²²⁹ Dworkin elabora a leitura moral como a melhor forma de interpretar os dispositivos constitucionais. Essa interpretação, como visto anteriormente, é um processo criativo, e reconstrutivo, que deve buscar explicitar os ideais políticos, e jurídicos, dispostos na Constituição. Até porque “Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia”.²³⁰ Com a proposta da leitura moral, o jurista norte-americano liga o argumento jurídico ao moral, através da junção de sua validade com a sua justificação.

Com efeito, Dworkin inicia o seu libelo pela leitura moral, argumentando que ela nada mais é do que uma prática comum entre as pessoas envolvidas com o direito e, nesse sentido, essa ideia não tem nada de revolucionária. Isso porque somente insere a moralidade política²³¹

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 227.

²²⁷ No caso da hipótese estética, Dworkin aproxima a própria ideia de interpretação de determinada obra da sua crítica, porquanto enxerga em ambos os momentos julgamentos balizados por determinadas convicções valorativas. Entretanto, apesar de existirem inúmeras “teorias valorativas da interpretação”, Dworkin afasta-se do relativismo na medida em que afirma que apesar de não poder demonstrar nenhuma afirmação estética como verdadeira ou falsa e nem um argumento que seja infalível, “não decorre daí que nenhuma teoria normativa sobre a arte seja melhor que qualquer outra, nem que uma teoria não pode ser a melhor que se produziu até o momento.” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 227 – 228).

²²⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213.

²²⁹ Vale lembrar que esses direitos advêm do reconhecimento da dignidade humana e da igualdade política.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9-10.

²³¹ No sentido determinado por Dworkin e anteriormente explicitado quando da apresentação do direito como um conceito interpretativo.

no âmbito do direito constitucional.²³² Além disso, como veremos de agora em diante, busca refutar as teses que denigrem a leitura moral, que (já) é malvista, pois visa a eliminar a distinção entre direito e a moral, e pelo fato de subtrair a democracia, no sentido de que, ao fazer a leitura moral, um juiz inafastavelmente importará suas convicções morais, para o sistema político de forma ilegítima.

Com efeito, Dworkin chama de leitura moral²³³ um método particular de interpretação de uma constituição política, em que se devem ler os princípios gerais e abstratos, a partir das exigências de certos princípios morais de decência e de justiça.²³⁴ Interessante observar que, apesar de defender um método²³⁵ específico da leitura moral,²³⁶ Dworkin defende que ela já é uma prática corriqueira - apesar de negada fortemente - no sistema jurídico norte-americano, na medida em que qualquer estratégia coerente de interpretação constitucional já é, *per se*, uma forma de leitura moral da mesma.²³⁷ A leitura moral é, portanto, na visão do jurista norte-americano, algo que já existente na vida constitucional, e que muito já influenciou as decisões da Suprema Corte,²³⁸ apesar de ser considerada como uma corrente “radical”.²³⁹ Dessa forma, refuta os argumentos contrários acerca de uma separação rígida entre direito e moral. O outro ponto contestado da leitura moral, referente a subjetivações por parte do magistrado, e uma

²³² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2-3.

²³³ Pensamos também ser possível fazer algumas aproximações entre a leitura moral e a proposta do constitucionalismo democrático, que desenvolveremos no próximo capítulo.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

²³⁵ Método aqui não deve ser compreendido no seu sentido científico ou fechado.

²³⁶ Nesse ponto, Lucas Borges de Carvalho define o duplo caráter da leitura moral dworkiniana: “Um modelo que possui um *aspecto descritivo*, segundo o qual a interpretação constitucional – especialmente, de cláusulas abstratas como igualdade, dignidade humana etc. – depende e é, efetivamente, realizada com base em princípios morais. E um *aspecto normativo*, que argumenta no sentido de que intérpretes devem tratar as controvérsias constitucionais não como moralmente neutras, mas, pelo contrário, como uma controvérsia aberta e pública como sobre qual a melhor interpretação ou qual o princípio moral adequado para o caso.” (CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 44). Não concordamos inteiramente com este diagnóstico, especialmente por levarmos em conta que Dworkin rejeita essa duplicidade de caráter, porquanto manifesta que em toda descrição há também um aspecto normativo. Não há, pois, descrição neutra. Isso pode ser visto no seu célebre debate com Herbert Hart. Sobre isso, ver: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010; HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 6. ed. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

²³⁸ Porquanto muitas das decisões envolvem questões de moralidade política é influenciada pelas concepções dos juízes. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

²³⁹ “Dizem, por exemplo, que estão dando eficácia a obscuras ‘intenções’ históricas ou apenas expressando uma ‘estrutura’ constitucional geral porém inexplicada, que supostamente seria compreensível de maneira não-moral.” (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5).

redução democrática decorrente dessa prática, será visto no decorrer da explanação sobre a leitura moral *dworkiniana* e suas imbricações com a sua teoria do direito.

Seguimos, pois: Dworkin busca, através da leitura, oferecer uma hipótese interpretativa, cujo objetivo é trazer à tona o melhor significado dos princípios morais exarados na Constituição norte-americana; em suma: a leitura moral “pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...]”.²⁴⁰ Como visto, a leitura moral somente é indicada no caso de cláusulas constitucionais com linguagem abstrata,²⁴¹ visando a criar uma proteção para os indivíduos, e minorias, em relação ao Estado - Dworkin chama de direitos morais em relação ao Estado -, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, ao devido processo legal e uma igual proteção. Esses dispositivos são passíveis de serem lidos de acordo com uma leitura moral, pois fazem referência a princípios morais abstratos e incorporam limites ao Estado.²⁴²

Entretanto, tais afirmações não são suficientes, para justificar o motivo de tais dispositivos abstratos expressarem um princípio moral e outros não.²⁴³ A resposta fornecida por Dworkin, para o esse problema, é ela mesma interpretativa, pois depende da identificação dos dispositivos nos quais os legisladores utilizaram uma linguagem abstrata; ou seja: naqueles em que não há uma hipótese concreta, para aplicação de determinado princípio moral, ainda que os seus autores possuíssem expectativas claras de quais seriam as aplicações jurídicas de determinado princípio, não as disseram, pois quiseram colocar em vigor um princípio geral.

Explicando melhor o projeto de leitura moral *dworkiniano*, e como identificar o significado dos princípios morais: deve-se procurar identificar diversas interpretações possíveis de determinado princípio moral - Dworkin utiliza o exemplo da “igual proteção da lei”. Nessa forma, cada uma delas possa ser reconhecida como um princípio de moralidade política, que

²⁴⁰ DWORNIK, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16.

²⁴¹ Dworkin expressamente rejeita a validade da leitura moral para todos os dispositivos constitucionais: “É evidente que a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém. A Constituição norte-americana inclui muitos artigos e dispositivos que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais.” (DWORNIK, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11). Dworkin usa como exemplo da sua afirmativa o Artigo II da Constituição norte-americana, segundo o qual o Presidente deve ter pelo menos trinta e cinco anos de idade ou a Terceira Emenda, que dispõe que o Estado não pode aquartelar soldados em residências civis em termos de paz. Na sua visão, esses exemplos são de cláusulas cuja interpretação da linguagem – através da história – não leva a dúvidas sobre o que o dispositivo quer dizer a partir dos que os autores efetivamente disseram e escreveram

²⁴² DWORNIK, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10.

²⁴³ Ainda que as normas constitucionais possuam conteúdos morais, a leitura moral somente é indicada para aquelas que possuem textura aberta, de modo que seja possível interpretar o princípio de maneira coerente.

teria merecido consideração por parte de seus autores.²⁴⁴ Assim, além da própria linguagem utilizada, que deve ser considerada como um limite da interpretação, há, também, limitações históricas – as práticas jurídicas e políticas do passado e o contexto histórico da época da elaboração da cláusula.

Passaremos, agora, a explicar melhor essas restrições impostas à atividade interpretativa das cláusulas abertas, pois legitimam a prática da jurisdição constitucional e, ao mesmo tempo, pretendem evitar a discricionariedade judicial.

Como visto, Ronald Dworkin diz que a interpretação constitucional tem de partir do contexto histórico em que as palavras foram escritas; ou seja: o que os autores disseram. Deve-se consultar a história, para saber o que efetivamente foi buscado dizer, e não quais outras intenções eles poderiam ter a partir do que disseram. Cumpre trazer aqui as palavras do próprio autor: “Somos governados pelo que nossos legisladores disseram- pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos.”²⁴⁵

Além disso, a interpretação constitucional deve ser fundada no ideal político da integridade.²⁴⁶ Uma interpretação constitucional que respeite esse valor deve prestar contas à coerência de determinada interpretação, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e com as interpretações passadas,²⁴⁷ em um empreendimento conjunto que busca o desenvolvimento de uma moralidade constitucional coerente.²⁴⁸ Veja-se, então, que a integridade limita a discricionariedade judicial, pelas exigências que faz no relativo à necessidade de buscar uma harmonia de determinada interpretação com a Constituição, com a

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 13-14.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 15. Importante observar nesse ponto a divergência de Dworkin em relação ao originalismo, pois o originalismo, apesar de considerar o fator histórico como relevante na interpretação, o faz de forma diferente da proposta *dworkiniana*, senão vejamos: A leitura moral está limitada ao que os autores quiseram dizer, mas rejeita o segundo passo da leitura originalista, segundo a qual deve-se interpretar da forma em que os autores originais do dispositivo o fariam. Isso ocorre, pois, os adeptos da concepção originalista rejeitam uma interpretação baseada na melhor leitura moral de princípios gerais abstratos em detrimento a uma técnica interpretativa que vê os dispositivos constitucionais como referências aos pressupostos que os autores tinham da correta aplicação de determinado princípio.

²⁴⁶ Interessante, desde já, fazer referência ao fato de que Dworkin não considera a integridade como um valor fundamental dentro de um Estado utópico onde todas as pessoas fossem justas e imparciais. Nesse Estado, somente a coerência já seria suficiente. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 200-203. Evidencia-se, pois, que a integridade possui também uma função limitadora da discricionariedade judicial, pois obriga o magistrado a buscar certos padrões em detrimento de suas convicções pessoais.

²⁴⁷ Aqui, pode-se lembrar da metáfora do romance em cadeia proposta por Dworkin.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 15.

história e com práticas sociais. Isso significa que o juiz não pode concluir algo diametralmente oposto a esse valor, pois recairia em subjetivismos que não se sustentam a partir de uma moralidade política.

Por sua importância, na teoria *dworkiniana*, vamos abrir um maior espaço para falar da integridade e, a partir daí, traçaremos suas relações com os princípios e com a revisão judicial. Dworkin atribui à integridade um espaço central, pois a considera como uma exigência da moralidade política, que demanda o compromisso com ideais políticos, como justiça, equidade, entre outros, para garantir a igual consideração e respeito. A integridade é, em última análise, uma tentativa de compreensão da totalidade do direito, que sustenta a afirmação de que os cidadãos têm direito a uma “[...] extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”,²⁴⁹ que acaba por legitimar a coerção oficial.

Referido valor político, segundo Dworkin, adapta-se, de maneira extremamente adequada, à própria concepção de democracia estabelecida na Constituição americana - pois é fundada em princípios: trata-se, novamente, do retorno à concepção de democracia, como a *partnership conception*, fundada numa moralidade substantiva, consubstanciada pela fraternidade, na qual a comunidade une-se a partir de uma forma especial: a comunidade de princípios,²⁵⁰ que pressupõe que os cidadãos aceitem ser governados por princípios comuns, e não somente por regras oriundas de determinados acordos político-legislativos. Assim, os “[...] direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.”²⁵¹

Por fim, deve-se referir que a integridade é dividida em dois princípios, segundo a sua forma de manifestação: um legislativo, que requer uma ação dos legisladores, na busca por tornar o conjunto de leis moralmente coerentes; e um judiciário, que demanda que a lei seja vista como coerente nesse sentido.²⁵² É dentro desse complexo cenário de integridade que o próprio interpretativismo deve ser visto, pois a intencionalidade do direito, que deve ser buscada

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164.

²⁵⁰ Em oposição a um modelo em que a união dá-se somente por fatores históricos e geográficos e um outro modelo fundado unicamente na obediência às regras da comunidade. Para um estudo mais aprofundado, ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 251-259.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 254-255.

²⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 213.

pela interpretação, tem como pressuposto que a comunidade de princípios, através da legislação, expressa uma visão coerente e integrativa dos princípios morais, como forma justificativa das decisões políticas.

[...] a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade.²⁵³

Ora, diante do exposto até aqui, não podemos concluir outra coisa senão que a única maneira de legitimar uma decisão judicial é se ela for fundada em princípios,²⁵⁴ pois esta é uma exigência da integridade. Somente através dessa compreensão é que podemos legitimar uma decisão judicial, sob o seu – necessário, na visão de Dworkin – aspecto moral que legitima o uso da coerção estatal.²⁵⁵ Destarte, os argumentos de princípio²⁵⁶ são os únicos capazes de justificar moralmente o cumprimento do direito e a coerção que o sistema do direito estabelece. Essas ilações nada mais são do que reconhecimento de que os membros de determinada comunidade têm direito a decisões coerentes com o passado institucional, e possuem direitos morais contra o estado, que devem ser respeitados como condição de legitimidade da coerção. Aliás, sendo a própria Constituição norte-americana fundada em princípios, nada mais natural que o poder judiciário tenha suas decisões fundamentadas por eles: “O ideal norte-americano

²⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 258.

²⁵⁴ Apesar de Dworkin inicialmente trabalhar com a ideia de princípios (em *Taking Rights Seriously*) e somente depois mencionar o ideal da integridade, se formos tomar a sequência cronológica de suas obras, consideramos que a ideia dos princípios em Dworkin – ao contrário do senso comum que aproxima as teorias de Dworkin e Alexy – deve ser lida sob a ótica da que a integridade demanda. Se assim for correto, Dworkin utiliza-se da categoria dos princípios somente para demonstrar a abertura do direito à moral, ou seja, como uma clareira para demonstrar a ligação do direito em relação aos sistemas morais. Isso também seria coerente também com a percepção da diminuição da importância destacada ao conceito de princípio no decorrer de suas obras, até porque o reconhecimento da existência desses no mundo jurídico não é uma novidade introduzida por Dworkin e o próprio positivismo jurídico consegue também explicar a sua existência. Concordamos, portanto, com Ronaldo Porto Macedo Junior quando assevera que “Dworkin procura mostrar que, no funcionamento dos princípios, o ‘*point* moral do direito’ fica particularmente evidenciado.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163).

²⁵⁵ “O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 122).

²⁵⁶ Dworkin diferencia argumentos de princípio de argumentos de política, sendo que aos tribunais compete a utilização de argumentos de princípio: Estes recorrem a direitos políticos de cidadãos individuais; aqueles exigem que as decisões políticas promovam alguma concepção de bem-estar ou de interesse público. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6. Em outras palavras, argumentos de princípio visam a defender ou estabelecer determinado direito, ao passo que argumentos de política estabelecem metas.

de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política”.²⁵⁷

O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.²⁵⁸

Finalmente, então, buscaremos traçar algumas conclusões acerca do apresentado até aqui sobre o pensamento do jurista norte-americano e como disso decorre que a revisão judicial não é, *per se*, antidemocrática: se conectarmos a concepção de democracia constitucional *dworkiniana*, e a sua teoria interpretativa do direito, como integridade, na qual a leitura moral é necessária para atingirmos a melhor interpretação dos princípios abstratos, verificamos que não há, para Dworkin, uma oposição entre direitos e democracia e, sim, uma relação de complementariedade, na qual o instituto da revisão judicial passa a ser constitutivo da própria democracia.²⁵⁹ Em outras palavras, na democracia constitucional baseada numa união por princípios, o governo deve ser exercido pela premissa majoritária, com respeito aos direitos individuais - que são direitos morais do cidadão contra o Estado. Nesse cenário, o Judiciário apresenta-se como um garantidor da integridade e assegura aos cidadãos que as suas questões serão debatidas como questões de princípio, como forma de assegurar o ideal norteador do Estado: tratar todos os cidadãos com igual consideração.

Observa-se aqui que Dworkin entende a democracia como um empreendimento coletivo, calcado em princípios morais comuns, no qual, ao direito, compete fornecer justificativas para o uso oficial da força. E a força, portanto, somente será legítima quando a autoridade aplicá-la fazendo uso dos princípios, na medida em que a coerência e a integridade são manifestações da igualdade de tratamento. Daí também surge a necessidade da leitura moral, e a ideia de que a revisão judicial

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 09.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

²⁵⁹ Dworkin admite, porém, que a leitura moral (através da interpretação constitucional-institucional) não é necessariamente uma função dos juízes – inclusive existem alguns modelos que não dão a mesma dimensão interpretativa que o norte-americano – podendo haver um arranjo institucional que altere esse modelo. Entretanto, o fato de ser delegado aos juízes essa faculdade não torna o modelo menos democrático. O que é mesmo indispensável, no pensamento *dworkiniano*, é que alguém seja encarregado de proceder a leitura moral. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 09-10.

é uma boa maneira de se garantir o respeito pelos direitos das minorias, e, ao mesmo tempo, assegurar que a coerção estatal seja moralmente justificada.

Reiteramos, portanto, que a *judicial review* é uma prática democrática, se aceitarmos a concepção de democracia proposta por Dworkin, em que não há oposição entre Estado de Direito e democracia, pois estes se encontram abaixo de um valor mais fundamental: igual tratamento entre os cidadãos. Assim, conquanto exista um fórum de princípio independente - o Poder Judiciário, na maioria dos casos -, a previsão de revisão judicial apenas enriquece a democracia, porque há a garantia ao cidadão de que suas questões serão tratadas de forma individual, com respeito à integridade necessária, dentro da comunidade de princípios, como forma de garantir a legitimidade moral da coerção.²⁶⁰

3.3 A Defesa do Judicial Review na Esfera Democrático-Deliberativa.

Passaremos, agora, a explicação da concepção da democracia deliberativa e à apresentação do pensamento de Jürgen Habermas.

3.3.1 A Concepção da Democracia Deliberativa

A democracia deliberativa é uma concepção político-filosófica que aparece apresentando-se como uma terceira via, em relação à tradicional dicotomia entre liberais e republicanos,²⁶¹ cujo objetivo é composição das duas posições anteriores para o desenvolvimento democrático de determinada comunidade. Devemos ressaltar, entretanto, que não se trata de um conceito fechado; ou seja: há inúmeras divergências entre os seus partidários²⁶², no relativo às imbricações que existem entre a deliberação e a democracia.

Não obstante, é possível, no nível introdutório aqui proposto, traçar algumas linhas gerais da democracia deliberativa comuns a maioria dos seus partidários. Conforme o referido anteriormente, a questão central é a busca de uma superação pela união das principais qualidades do liberalismo e do republicanismo. Para tanto, fundamentam-se no ideal de participação entre cidadãos, livres e iguais, no processo de deliberação pública, que visa a oferecer razões para a tomada de decisões.²⁶³

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38-39.

²⁶¹ Sobre o debate entre liberais e republicanos, ver item 3.1.

²⁶² Além de Habermas, que será trabalhado nessa dissertação, podemos citar nomes como Carlos Santiago Nino, Jon Elster, entre outros.

²⁶³ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 168.

Com efeito, a democracia deliberativa não busca um suplantamento da democracia representativa por alguma outra forma, mas, sim, um aperfeiçoamento do que já é existente, através do engajamento, em um debate público racional, para a determinação das escolhas morais fundamentais presentes em determinada sociedade. Veja-se, destarte, que a legitimidade da decisão política, para os partidários da concepção deliberativa, está diretamente vinculada ao grau de participação da esfera pública e da qualidade do discurso público para o qual resultou uma decisão política.

Um requisito necessário, portanto, para que a democracia deliberativa se perfectibilize é que as pessoas estejam mergulhadas em muitas visões e ideias diferentes sobre determinado assunto político-moral, para que seja possível uma reflexão e argumentação racional justificadora.²⁶⁴ Deve-se fornecer, dessa forma, algum substrato institucional, que permita que a deliberação ocorra de forma informada e racional. Há uma evidente questão procedimental que permeia o ideal da democracia deliberativa.

Com efeito, existe o reconhecimento que a esfera pública não se confunde com a instância decisória, pois estas devem ser justificadas através de razões que sejam aceitas, por todos os por ela atingidos, de modo que todos possam aderir, como autores dessa norma, mesmo que dela divergindo, porquanto reconhecem que a decisão deu-se a partir de razões públicas. Não há – ao contrário do modelo republicano – uma crença exacerbada na capacidade cívica dos cidadãos, mas, sim, um aparato institucional que permita a tomada de decisões oriundas de uma noção deliberativamente construída de bem comum, que deve respeitar os direitos liberais, mas não se limitar nestes.²⁶⁵

Buscamos, aqui, introduzir alguns pontos da democracia deliberativa que evidenciam a busca por uma concepção que melhor responda à tensão entre soberania popular e direitos humanos. Assim, podemos iniciar a apresentação da teoria *Habermasiana*, consubstanciada no ideal deliberativo, e suas consequências para o pensamento do jusfilosofo alemão, sobre o direito e a jurisdição constitucional, temas estes que são especialmente caros à presente dissertação.

3.3.2 Democracia Deliberativa e Jurisdição Constitucional em Habermas

²⁶⁴ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

²⁶⁵ STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 170-171.

Neste momento, passaremos a abordar a perspectiva de Jürgen Habermas sobre a integração entre democracia e direito e a forma como este deve respeitar aquele.

3.3.2.1 *A Democracia Deliberativa Habermasiana Baseada na Razão Comunicativa: breves apontamentos*

Com o horror da segunda guerra mundial - bombardeios atômicos, mortes e caos no planeta -, começa a ser moldado o cenário contra o qual Jürgen Habermas se insurge e teoriza sobre. Seu projeto inicia a partir da filosofia da linguagem – sempre tendo um viés antisolipsista, pois o vê com extremo pessimismo. Para ele, a vida em comunidade e o respeito em sociedade se sobrepõem ao solipsismo do sujeito individual.

O filósofo alemão externou, desde cedo, a sua preocupação – oriunda dos horrores presenciados por ele durante a segunda guerra mundial – com a comunicação, o respeito e, principalmente, as formas de integração das sociedades plurais que dominavam o mundo. Seu ponto principal era como conviver com a multiculturalidade vigente, já que, até então, o mundo não soubera lidar com essa questão. Tal preocupação perpassa toda a sua obra, estando presente em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, sua obra central sobre o direito:

Como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e instituição fortes?²⁶⁶

A solução desse problema se dá, justamente, a partir da razão comunicativa,²⁶⁷ substitutiva da razão kantiana, em uma tentativa de limitar o solipsismo do sujeito e de normatizar a vida em sociedade e em comunidade, em um mundo pós-convencional.²⁶⁸

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46.

²⁶⁷ A racionalidade comunicativa possui um caráter mais amplo “porque não inclui só o uso cognitivo da linguagem, mas também o ético e o expressivo, tem como critério de racionalidade o fato de que todas as suas manifestações possíveis ela tem que ser passível de fundamentação e de crítica, ou seja, de resolução, desempenho argumentativo, discursivo.” (DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 56).

²⁶⁸ A própria moral deve ser pensada, de acordo com Habermas, em termos pós-convencionais. Esta é apoiada em razões intersubjetivas sobre a justeza de determinada situação que justificam o seu cumprimento, sem uma força estatal que a torne obrigatória. No mundo pós-convencional, portanto, a universalidade da moral não pode mais ser justificada por determinadas formas de vida (religião, metafísica), mas sim deve ser justificada a partir do princípio U como um meio de integração social em sociedades com profundas divergências em relação às formas de vida, nas quais a moral fornece razões intersubjetivamente construídas para agir de determinada forma. Sobre isso, ver: HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

Habermas reconhece, ademais, que todos esses processos só podem ocorrer em um mundo dependente da linguagem; ou seja: reconhece que o Homem é dependente da linguagem para sua vida. Em outras palavras, o local de fala de Habermas é pós giro linguístico, em oposição à visão anterior, que percorreu toda a história humana:

A tradição de pensamento sempre pressupôs uma isomorfia entre a realidade e a linguagem: porque há uma essência comum a um determinado tipo de objeto é que a palavra pode designá-los e assim aplicar-se a diferentes objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem [...] Já que a linguagem não passa de um reflexo, uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar.²⁶⁹

Habermas percebe que as sociedades pré-modernas não possuem a complexidade que é tão visível nas sociedades que as sucederam. Naquelas, havia uma certa homogeneidade de modos de vida, de crenças e de convicções, baseada na tradição e na forte presença de elementos transcendentais. A comunicação, entre os integrantes dessas sociedades, ocorria em contextos tradicionais, compartilhados por seus membros, o que, desse modo, permitia um certo consenso convencional sobre o sentido do mundo. Em virtude da homogeneidade de costumes e de crenças, esses contextos e seus símbolos culturais correspondiam a mitos, a ritos, a objetos especialmente significativos, a fenômenos naturais aos quais se atribuíam significados específicos e à própria linguagem verbal, dentre outras coisas.²⁷⁰

Nas sociedades modernas, porém, não há mais aquela homogeneidade de costumes e de crenças. Muito pelo contrário. Em seu lugar, aparece o pluralismo de modos de vida, de sistemas de credos e convicções. Os diversos símbolos acabam por desaparecer, uma vez que só eram capazes de estabelecer uma comunicação a partir do momento em que se pudesse pressupor que todos compreendiam e aceitavam, da mesma maneira tradicional, as ideias responsáveis por conferir dado significado a cada um dos elementos simbólicos. Diante desse quadro de perda de significados tradicionalmente compartilhados, a linguagem aparece como

²⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed, São Paulo: Loyola, 2001. p. 120-121.

²⁷⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, 2006. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/14/13>. Acesso em: 11 fev 2015.

o único elemento a resistir com força comunicativa, em razão do seu caráter transcendente de contexto.²⁷¹

Após alguns trabalhos anteriormente publicados, Habermas finalmente formula a sua teoria discursiva, que, por sua vez, ajusta fielmente a proposta *Habermasiana*, com a filosofia da linguagem, “de forma a enquadrar-se em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro de civilização”.²⁷² Desse modo, Habermas se insere no grupo de filósofos cujo local de falar é posterior ao giro linguístico²⁷³, e o procedimento discursivo é a alternativa teorizada por Habermas, contra o solipsismo do sujeito.

Posteriormente, é importante destacar, o autor reviu alguns pontos da sua obra – em especial o tratamento dado à verdade,²⁷⁴ quando ajustou o seu pensamento a partir do pensamento de Karl Popper. Tais alterações foram mantidas, também, em suas obras posteriores, com especial destaque para a sua grande obra sobre o direito, onde o autor junta todos os conhecimentos teóricos de sua filosofia, e procura aplicá-los ao mundo do direito. Do que interessa mais diretamente ao tema dessa dissertação,²⁷⁵ deve-se atentar para a questão procedimental nesse autor. Conforme dito anteriormente, Habermas sempre se insurgiu contra o solipsismo e sempre demonstrou uma descrença para com o indivíduo, de modo que a sua teoria procedimental discursiva sobre a linguagem é o grande salto para a fuga da metafísica clássica e de crenças religiosas transcendentais,²⁷⁶ até por ser esse um dos objetivos comuns dos autores que trabalham com a filosofia da linguagem.

Nesse sentido, Lenio Streck muito bem leciona sobre a alteração paradigmática ocorrida após a segunda grande guerra:

Sob o novo paradigma constitucional (do segundo pós-guerra), o mundo prático passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma mera

²⁷¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, 2006. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/14/13>. Acesso em: 11 fev 2015.

²⁷² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁷³ Para mais informações sobre o giro linguístico, ver: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed, São Paulo: Loyola, 2001.

²⁷⁴ Para mais informações sobre a referida alteração conceitual, ver: HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.

²⁷⁵ O recorte epistemológico feito aqui preocupa-se mais, portanto, com os pontos cuja intersecção é mais evidente entre a sua teoria filosófica e a sua teoria jurídica.

²⁷⁶ A metafísica clássica remete aos tempos gregos ao passo que a metafísica transcendental teve seu apogeu durante a idade média.

‘instrumentalidade racional’ ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas [...] passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.²⁷⁷

Segundo Habermas, a ação comunicativa é a maneira de garantir a integração social das sociedades plurais, sendo um mecanismo capaz de frear as invasões sistêmicas. O conceito de mundo da vida, vinculado à fenomenologia, inspira uma nova racionalidade, e uma esfera pública, que tem como base teórica a pragmática da linguagem, a partir do instrumental de Austin, principalmente, além de Wittgenstein e da fenomenologia. É, no mundo da vida,²⁷⁸ que surgem práticas dialógicas que suscitam integração social, reprodução cultural e socialização.²⁷⁹ Essas práticas, porém, precisam ser reguladas de alguma forma.

Dessa forma, temos, na modernidade, sociedades complexas, plurais, cujos membros encontram, na linguagem ordinária, o principal meio comunicativo. Como dissemos, interações linguísticas partem de certos pressupostos comunicativos que constituem condições ideais, embora imanentes, de comunicação. Qualquer consenso obtido nessas interações pressupõe, pois, certas condições para um discurso racional. Diante da impossibilidade, portanto, de poderem contar com visões de mundo homogêneas e apoiadas em justificações transcendentais, os indivíduos, ao fundarem uma comunidade política, tomam o direito moderno, como única forma de auto-organização político-social. Essa que seja, ao mesmo tempo, capaz de não se apoiar em tradições que modernamente se apresentam como particulares a cada sujeito ou grupo, todavia assegurando sua força normativa sobre eles. Isto é, em sociedades complexas, o único modo de se estabelecer uma comunidade política que abranja legitimamente sua pluralidade é o recurso ao médium do direito moderno.²⁸⁰

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do constitucionalismo contemporâneo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 124.

²⁷⁸ Sobre o conceito de mundo da vida em Habermas, que é diferente dos pensados por Husserl e Heidegger, por exemplo, assim define Delamar Dutra: “[...] podemos definir o mundo vivido como um horizonte de auto-evidências culturais e linguísticas. O mundo vivido é o horizonte, o pano de fundo, onde se processa a racionalidade comunicativa [...] O mundo vivido é um ‘acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados linguisticamente.’” (DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

p. 77-81.) Veja-se, assim, que o mundo da vida é um ambiente intersubjetivo, não privado, portanto.

²⁷⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/18462>>. Acesso em: 12 fev 2015.

²⁸⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 62.

Destarte, é claro que, para o filósofo alemão, o Direito é um meio linguístico de integração social. Contudo, para que o mesmo seja legítimo, devem ocorrer algumas condições democráticas, tendo em vista que Habermas não admite um direito fora de um regime democrático, ou nega que a mera produção de leis, por regimes autoritários, possa ser considerado direito.²⁸¹ Durante os seus estudos, se apercebe do fato de que o poder comunicativo era limitado para coordenar a vida em sociedades plurais. Desse modo é que aparece o Direito, em sua trajetória, como o meio legítimo de integração social e, a partir daí, passa a estudá-lo.

Desse modo, no ano de 1992, publica sua obra sobre o referido tema: “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, em que une a teoria do direito por ele formulada a todo o seu trabalho filosófico anterior.

Pretendemos, pois, trabalhar com essa obra, como referência para as observações aqui apresentadas. Desde o presente momento, mostra-se importante salientar, novamente, o aspecto procedimental da teoria *habermasiana* – tanto a filosófica, como a do direito – uma vez que este é um dos grandes eixos conectores para a correta compreensão de ambas, e a forma enxergada pelo seu autor de trazer a razão para o mundo.

3.3.2.2 A Teoria Discursiva e a Produção Legítima do Direito

Inicialmente, mostra-se importante destacar que é, a partir do paradigma procedimentalista²⁸², que Habermas elabora sua teoria do direito. Contudo, deve-se ter a noção de que o paradigma aqui trabalhado já pressupõe a superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência pelo giro linguístico, o que, por si só, já traz um aspecto mais democrático, menos individualista e solipsista, ao sujeito – trazendo consigo consideráveis reflexos ao mundo do direito.

Sendo assim, consideramos que o procedimentalismo é o grande eixo que liga a teoria discursivo-filosófica de Habermas com o direito, uma vez que é através da razão comunicativa que Habermas busca se afastar do solipsismo do sujeito. Podemos, inclusive, acrescentar que uma é dependente da outra, no sentido da busca deste filósofo por uma maior aplicabilidade prática dos seus trabalhos teóricos; ou seja: ambas devem coexistir para materializar a razão comunicativa.

²⁸¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.13.

²⁸² Vide nota número 192.

Dentro desse modelo, portanto, Habermas preocupa-se principalmente com a legitimação do direito, já que o entende como meio linguístico, e argumentativo, de integração social nas sociedades pós-convencionais. Ademais, cumpre referir, desde já, que o descendente da Escola de Frankfurt não admite que exista direito, ou pelo menos um que se considere legítimo, fora de regimes democráticos.²⁸³

Contudo, inserido no paradigma filosofia da linguagem, articula sua teoria, no intuito de se distanciar da discricionariedade. Essa pretensão fica evidente quando da sua crítica à jurisprudência dos valores,²⁸⁴ uma vez que:

[...] dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de modo diferente a partir da compreensão da ‘ordem de valores da lei fundamental’. Esta antecipação de sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre a ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito.²⁸⁵

Para tanto, ele parte da tentativa de superação dos outros modelos de democracia, trabalhados por ele, enquanto paradigmas estatais; isto é: “horizontes históricos de sentido”.²⁸⁶ São eles: paradigma liberal - que foca-se basicamente nos direitos individuais - e republicano - onde se destaca a intervenção estatal, no sentido de cumprir os seus deveres para com a comunidade -, aceitando, por fim, o paradigma deliberativo, no sentido particular habermasiano de uma recomposição teórica, entre as autonomias pública e privada, através da articulação discursiva de um autoentendimento entre a comunidade.²⁸⁷

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia provada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado da autonomia política enquanto cidadãos [...]²⁸⁸

²⁸³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. **Direito, política e filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.13.

²⁸⁴ A jurisprudência dos valores é uma teoria de interpretação constitucional desenvolvida na Alemanha após a Segunda Guerra que diz que a Constituição possui uma ordem concreta de valores e a atividade do intérprete deve pautar-se na busca pelo descobrimento destes nos casos concretos.

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 211.

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 114.

²⁸⁷ Para um aprofundamento do pensamento de Habermas e sua descrição dos modelos republicano e liberal, ver: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 25 abr 2016.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia. In: **A inclusão do outro** - Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293.

Somente através de um paradigma deliberativo é que Habermas entende como possível a composição dos dois quesitos centrais dos modelos anteriores: a soberania popular e os direitos humanos.

Dentro do paradigma procedimentalista, portanto, a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade, em uma rede articulada, entre a democracia deliberativa e a representativa. Habermas esclarece que o conceito de democracia deliberativa deve ser entendido como um campo de influência, de onde se disseminam convicções práticas, e não como um campo alternativo de constituição do Poder. Tais convicções práticas são a legítima expressão de soberania do povo, dentro de uma prática discursivo-deliberativa, as quais só podem gerar o poder político; ou seja: assumir uma forma autorizada, no seio dos procedimentos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade.

Assim, conforme Luiz Werneck Vianna: “Nesse modelo são centrais os direitos comunicativos e de participação de uma livre e ativa cidadania [...] uma vez que o exercício de uma competência legislativa por parte do judiciário é tratado pelo autor como discricionário”²⁸⁹ já que interfere sobre o processo racional de formação legislativa que “sob condições da divisão dos poderes no Estado, não se encontra à disposição de órgãos aplicadores do direito”²⁹⁰. Sendo assim, a chave normativa, para a concepção de justiça, na perspectiva *habermasiana*, seria a autonomia, e não o bem-estar, no sentido de que os cidadãos devem se reconhecer como autores do seu direito, e não somente destinatários. Segue-se que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da liberdade, levaria à perda da liberdade, ao paternalismo estatal e à privatização da cidadania.

Destarte, através de um processo político democrático legítimo é que emerge a legitimação do direito, que assegura, por sua vez, a autonomia privada dos cidadãos, que formam a própria sociedade democrática, sendo essa a chave central do procedimentalismo Habermasiano:

[...] a produção de direito legítimo e através das quais se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que cobre, através do direito legítimo, a sociedade geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo

²⁸⁹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p.28.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 186.

tempo, porém, ela deve sua legitimidade e formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso.²⁹¹

Portanto, o espaço Público é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos, através dos quais todos os afetados, por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas, possam ter voz ativa diante da formulação, estipulação e aplicação; construindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para com o entendimento²⁹².

Nesse sentido, legitimar-se-ia o direito que conseguisse a aceitação racional, por parte de todos os membros da sociedade, numa formação discursiva da opinião e da vontade institucionalmente diferenciada, mantendo, dessa forma, a necessária tensão entre a facticidade e a validade, que remete a ideia de autolegislação. Em outras palavras, sem a facticidade, o direito não consegue justificar a sua obrigatoriedade; e, sem a validade, o direito se transformaria numa retórica vazia sobre bem e justiça, incapaz de coordenar as relações em sociedade. Desse modo, o direito não pode ser justificado e legítimo, se uma das duas não se encontrar presente, pois o direito não pode se distanciar da teleologia, tampouco pode se diluir na política.

Em suma, para Habermas, o direito seria o medium linguístico, através do qual o poder comunicativo se transforma em Poder Administrativo e legítimo, através do qual ele resolve a problemática da integração social de sociedades pluralizadas.²⁹³

3.3.2.3 A Jurisdição Constitucional e o seu Papel Dentro da Teoria do Direito de Habermas

Habermas parte da ideia do princípio democrático, trabalhando dentro da perspectiva de que, nos Estados Democráticos plurais, o Direito somente pode ser considerado legítimo, quando produzido por aqueles que também são os seus destinatários. Desse modo, segundo o filósofo, seriam evitáveis e controláveis os abusos, por parte do Judiciário, no que concerne à invenção de normas. Somente assim, na visão *habermasiana*, é que seria possível superar a filosofia da consciência e o positivismo.

A partir dessa concepção antissolipsista, Habermas vê a Jurisdição Constitucional com muita parcimônia, sempre conjecturando a ideia de legitimidade democrática, com o

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 146-147.

²⁹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92.

²⁹³ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas:** a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 192.

procedimentalismo, de forma que cabe à Jurisdição Constitucional resguardar os procedimentos e proteger Direitos Fundamentais.²⁹⁴ Sobre isso, Maria Eugenia Bunchaft é muito clara:

O herdeiro da Escola de Frankfurt demonstra-se cético em relação à jurisdição constitucional, expressando a preocupação de torná-la compatível com o princípio democrático, tendo em vista que somente o poder comunicativo dos cidadãos pode ser capaz de influenciar as instâncias de representação política, consideradas legítimas representantes da soberania popular. Com base neste fundamento, Habermas procura evitar uma posição paternalista do Tribunal Constitucional, que deve se restringir a zelar pelos pressupostos comunicativos e condições procedimentais necessárias à conexão entre autonomia pública e privada. Assim, os diferentes grupos sociais devem influenciar, não apenas no processo através do qual as leis são debatidas e criadas, como também no seu processo de concretização.²⁹⁵

Assim, na visão *habermasiana*, restaria ao tribunal constitucional evitar uma posição paternalista, no sentido de impor suas convicções sobre vida boa aos demais membros da comunidade. Não é por outra razão que Habermas defende uma certa autonomia do direito, não aceitando concepções morais, políticas, ou de outra ordem, que não as decididas em deliberação da comunidade. Ao direito e à jurisdição constitucional, por consequência, competem os discursos de aplicação e não de justificação.²⁹⁶

²⁹⁴ Nesse ponto identifica-se a grande divergência de Habermas e Dworkin quanto aos limites da revisão judicial. Apesar de ambos se pautarem pelo ideal de uma comunidade entre pessoas livres e iguais, Dworkin adota uma concepção moral substantiva ideal pela “igual consideração e respeito”; Habermas, por sua vez, limita-se ao estabelecimento de condições processuais para que o debate permita o cumprimento dos ideais comunitários. Assim, no que tange à jurisdição constitucional, Dworkin a vê como constitutiva da própria democracia e autorizada a interpretar normas constitucionais no sentido da busca pela melhor interpretação dos princípios constitucionais de forma coerente e integrada dentro do valor substantivo almejado; Em Habermas, a jurisdição constitucional deve zelar pelo cumprimento dos procedimentos democráticos e em raros casos pode ter uma atuação mais proativa, sob pena de desvirtuamento da democracia. Habermas considera o pensamento de Dworkin monológico e o crítica porquanto não vê naquela teoria a superação do subjetivismo. Discordamos da visão *habermasiana* sobre a teoria de Dworkin, uma vez que, conforme apresentamos anteriormente, o jusfilósofo norte-americano opõe-se frontalmente ao solipsismo também, porém não vê como antidemocrático o fato de uma pessoa decidir questões constitucionais e democráticas, conquanto o faça na busca da integridade que a comunidade de princípios objetiva. Veja-se, portanto, que a limitação se dá não por questões procedimentais, como busca Habermas, mas sim por questões interpretativo-morais necessárias para vida coletiva.

²⁹⁵ BUNCHAFT, Maria Eugênia. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 30, 2007. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_6872_em_09_05_2009_16_17_52.pdf>. Acesso em: 15 fev 2015.

²⁹⁶ Habermas pega emprestada de Klaus Günther a ideia da dupla natureza da ética do discurso, dividida em argumentos de justificação e argumentos de aplicação: o primeiro encontra-se ligado a própria ideia da validade moral da norma que fornece razões para o seu cumprimento, através da universalização de condutas abstratas criadas de forma imparcial, no sentido procedimental segundo o qual a norma deve obter a concordância de todos os envolvidos na sua produção; o segundo diz respeito à concretização das normas que integram o mundo jurídico. Isso é feito através de um exame coerente das características da situação sob análise e de todas as normas envolvidas no caso para aplicar, aí, alguns dos pressupostos coercitivos do direito, se necessário. Sobre isso, ver: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Tal ideia decorre da sua proposta de um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta, nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e vontade, capazes de acomodar a autonomia pública e privada. Assim, nem mesmo a constituição pode ser interpretada como uma ordem suprapositiva de valores, pois apenas garante as condições procedimentais, para o exercício da democracia.

Isso significa dizer, em outras palavras, que, em Habermas, o poder interpretativo e argumentativo do juiz não é ilimitado, e, em última análise, o ativismo judicial deve ser visto com as devidas reservas – até porque, em uma democracia, ninguém que possui uma função política, pode fazer o que bem entender ou impor convicções morais particulares a uma determinada comunidade política. A judicialização da política é algo até natural, dentro de um Estado e de uma democracia que não se mostre capaz de cumprir devidamente as suas funções. Isso não significa, porém, que o juiz deve tomar para si, de forma absolutamente arbitrária, o poder de alterar a situação corrente, passando por cima da lei, da separação dos poderes e, em especial, da Constituição - o limite maior.²⁹⁷

Para o filósofo oriundo da Escola de Frankfurt, separação das funções estatais exige uma assimetria na relação dos Poderes de Estado: em sua atividade, o Executivo subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de inversão dessa relação. Contudo, os Tribunais Constitucionais não podem ser compreendidos como guardiões de uma ordem suprapositiva de valores substantivos, expressão de uma determinada tradição ético-política, como pretende a tradição republicano-comunitarista, porquanto isso seria um pensamento não compartilhado pela comunidade; ou seja: um julgamento ilegítimo, portanto.

²⁹⁷ O debate sobre ativismo judicial e judicialização da política é muito frutífero e extenso e por não ser o objeto cerne a ser aqui tratado, optou-se por não desenvolvê-lo da forma que seria desejável. Contudo, parece-nos adequada a visão apresentada por Clarissa Tassinari. Para a autora – em apertada síntese -, judicialização da política é um fenômeno que não depende da vontade do julgador, e é consequência da questão social. Assim, a judicialização da política perpassa por questões alheias à jurisdição. Já o ativismo judicial, seria uma questão de postura do julgador, no sentido em que ele escolhe transbordar os limites semânticos constitucionais e parte para uma interpretação arbitrária e, portanto, inadequada. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites de atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013); com outra visão sobre a temática, na qual o ativismo judicial nem sempre é relatado como equivocado, ver: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003; por fim, uma perspectiva segundo a qual inexistente o chamado ativismo judicial, uma vez que o termo é utilizado sempre para criticar a decisão judicial que não lhe favorece. Para o autor dessa teoria, devemos-nos limitar a reconhecer se uma decisão é legítima ou não, e não há que se falar em ativismo. Sobre isso, ver: ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. Yale: Yale University press, 2006. Concordamos com a visão apresentada por Tassinari, mormente por ser a mais adequada dentro dos paradigmas democráticos jurídico-políticos vigentes.

Essa limitação das atividades da Jurisdição Constitucional é tão latente, no pensamento do autor, que ele questiona a validade do controle abstrato de normas pelo Judiciário:

O filósofo ressalta que a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. Por isso, o filósofo defende ser o controle abstrato de normas uma função indiscutível do legislador. A ideia de concretização dos valores materiais constitucionais não se compatibiliza com o princípio da separação de poderes.²⁹⁸

Isso ocorre em razão de que Habermas considera inerente ao controle abstrato de leis uma inaceitável incompatibilidade, entre o Tribunal Constitucional e as prerrogativas do legislador, entre um órgão contramajoritário e a decisão legítima da soberania popular, dentro de um processo comunicativo corretamente realizado. Em caso contrário, “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”.²⁹⁹

Contudo, admite que o Tribunal Constitucional exerça função contramajoritária, para defender direitos fundamentais violados: isso é relevante quando se percebe que o Judiciário tem função contramajoritária necessária, que, em muitos casos, o obriga a proteger as minorias vitimadas pela omissão estatal. Assim, o dogma de que não há forma alguma de legitimidade sem o suporte das urnas encontra limites na afirmação de que “[...] uma parcela do poder público deve, por sua natureza, revestir cidadãos independentes do sufrágio político, e comprometidos tão-só com a ordem legal [...]”.³⁰⁰

Em suma, os juízes não estão autorizados a emendar a obra do legislador – porquanto este é o legitimado para a produção e alteração de normas -, mas, apenas, garantir que este seja democrático. Assim, assume, no seu entendimento, uma postura condizente com a democracia deliberativa proposta por ele.

²⁹⁸ BUNCHAFT, Maria Eugênia. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 30, 2007. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_6872_em_09_05_2009_16_17_52.pdf>. Acesso em: 15 fev 2015.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

³⁰⁰ REZEK, Francisco. Prefácio. In: BAUM, Laurence. **A suprema corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

4 O MINIMALISMO JUDICIAL E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DO CASO *OBERGEFELL V. HODGES*

No capítulo anterior, buscamos apresentar as relações entre o direito e a democracia, problematizando a questão da jurisdição constitucional e relacionando-a com certos aspectos da filosofia política; em especial, as concepções liberal, republicana e deliberativa, para afirmar as relações entre soberania popular e direitos. Utilizamos, nessa empreitada, dois autores paradigmáticos: Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, que se mostram importantes, pelas inovações trazidas em suas teorias, no que diz respeito aos limites da revisão judicial, no *strictu sensu*, e à própria teoria do direito, e suas relações com a democracia, no *latu sensu*.

No capítulo que agora se inicia, procuraremos dar sequência à linha mestra condutora da presente dissertação: a delimitação dos limites à *judicial review*, a partir das suas relações com o constitucionalismo e com a democracia presente nos Estados Democráticos de Direito. Para tanto, apresentaremos duas teorias contemporâneas – Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático – que também trabalham as relações aqui debatidas. A escolha dessas teorias, e de seus autores, mostra-se relevante, pela atualidade de suas obras, visto tratar-se de teóricos com uma abundante produção, ainda em desenvolvimento, além de não serem ainda muito difundidos no Brasil; ademais, e principalmente, porque buscaremos traçar algumas linhas de aproximação, dentro dos limites epistemológicos determinados, entre Cass Sunstein, Reva Siegel e Robert Post, com os autores trabalhados no capítulo anterior.

Metodologicamente, apresentaremos introdutoriamente as teorias e, na sequência, traçaremos uma discussão de ambas, através da análise de um julgado da Suprema Corte Norte-Americana, pois pensamos que, dessa forma, será possível estabelecer e clarificar os principais pontos de cada teoria e suas relações com os pontos-chave dessa dissertação. O caso paradigmático para a análise que nos propomos é *Obergefell v. Hodges*,³⁰¹ julgado no ano de 2015, que culminou com a decisão de que o casamento, entre pessoas do mesmo sexo, não pode ser negado pelas legislações estaduais, devendo ser reconhecido pelos estados federados aos Estados Unidos da América.

³⁰¹ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun 2015.

4.1 A Teoria Minimalista de Cass Sunstein

Neste momento, analisar-se-á a teoria do Minimalismo Judicial, de Cass Sunstein. Iniciaremos abordando questões mais amplas na sua teoria, que dizem respeito aos seus entendimentos de democracia e de dissenso, e acabam por permitir um entendimento fundamental, para a compreensão da sua teoria jurídica, e dos limites impostos pelo professor da *Harvard Law School* à revisão judicial, que analisaremos na parte final dessa apresentação.

4.1.1 Premissas do Minimalismo

Iniciaremos, pois, a nossa exposição do pensamento de Cass Sunstein, a partir dos seus pensamentos sobre democracia, pluralismo, dissenso e as suas relações com a sua teoria Minimalista, desenvolvida, como meio de atuação para o poder judiciário, de modo que seja possível a compreensão da mesma; bem como, igualmente, das críticas direcionadas a essa concepção, por parte dos professores Robert Post e Reva Siegel, entre outros.

Assim sendo, para Cass Sunstein, professor de direito da *Harvard Law School*, a atuação do Poder Judiciário deve se dar a partir da perspectiva Minimalista, por ele teorizada, através de uma simbiose integrativa, entre o seu entendimento de diversos conceitos que perpassam a sua obra: democracia, dissenso, pluralismo, etc. A partir de tais definições, Sunstein apresenta, como produto, a Teoria Minimalista, que, na sua visão, mostra-se como a mais adequada para se amoldar ao pluralismo, por ele visto nas sociedades contemporâneas. Neste espaço, o dissenso apresenta-se, de forma rotineira, nas práticas sociais, devendo-se buscar a solução para tais questões, através da implementação e da profusão da democracia deliberativa. Iniciaremos, pois, uma breve introdução de certos conceitos, que acabam por desembocar na tese do Minimalismo Judicial, porquanto a conexão entre estes acaba por conferir legitimidade à sua teoria jurídica. Pensamos que, dessa forma, conseguiremos apresentar e facilitar a compreensão do pensamento *sunsteiniano*.

Começemos, então: a construção teórica do Minimalismo Judicial está atrelada à forma democrática de governo, assegurada por uma constituição, em que o debate público deve ocorrer, de forma aberta, e as decisões concernentes a toda sociedade política são, dessa forma, tomadas por pessoas legitimadas pelos integrantes daquela comunidade, por meio de suas instituições políticas, através de um procedimento deliberativo. Somente dessa maneira, segundo Sunstein, será possível atingir-se uma argumentação substantiva e racional que

respeite a democracia e que legitime as decisões político-morais fundamentais de determinada sociedade.

Em outras palavras, a democracia deliberativa preconizada pelo professor norte-americano deve permitir o debate amplo acerca das concepções divergentes sobre a vida boa existentes em uma determinada comunidade política, no qual o debate livre de ideias forma convicções sobre os rumos políticos que serão tomados. Este é o ideal de autogoverno, por ele referendado, pois o considera como a melhor maneira de se atingir o ideal de vida boa, em comunidades divergentes. Segundo essa visão, o autogoverno é um bem em si mesmo,³⁰² além de ser um importante aspecto da liberdade que deve ser exacerbado pela democracia deliberativa, através da constituição.³⁰³

A constituição, pois, assume um papel primordial, dentro dessa concepção democrática,³⁰⁴ uma vez que ela deve promover a democracia deliberativa,³⁰⁵ através da criação de determinadas condições para que o debate público ocorra, de uma forma adequada, e onde os cidadãos são expostos a diversos argumentos distintos, podendo tomar uma decisão sobre determinado assunto público bem informados.³⁰⁶ Nas suas palavras: “A democratic constitution creates structures that will promote freedom in the formation of preferences and not simply implement whatever preferences people happen to have.”³⁰⁷

Contudo, deve-se ressaltar que o autogoverno promovido pela democracia deliberativa possui limitações inerentes à concepção interna da democracia preconizada pelo professor norte-americano, pois este identifica limitações oriundas da sua própria moralidade. Essas limitações dizem respeito à necessária proteção constitucional de uma gama de direitos individuais, como: a liberdade de expressão; o direito ao voto; os direitos à igualdade política;

³⁰² Entretanto, salienta que este bem deve se relacionar com os demais objetivos dignos de valor, como a liberdade de imprensa e eleições democráticas, por exemplo. SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 6.

³⁰³ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 6.

³⁰⁴ Sunstein rejeita, a exemplo de Dworkin, a concepção majoritária de democracia, bem como a ideia de que a democracia estaria atrelada a qualidade das decisões tomadas em relação à vontade popular. SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 6. Não obstante, como veremos no decorrer desse capítulo, apesar de concordarem em relação a rejeição de tais premissas democráticas, discordam frontalmente quanto as respostas que fornecem a esse problema, mormente no que diz respeito aos aspectos centrais que este trabalho pretende desenvolver.

³⁰⁵ Percebe-se, aqui, o caráter procedimental da Constituição.

³⁰⁶ Evidentemente que Sunstein reconhece a existência de problemas na deliberação pública, porém ainda a considera a melhor maneira de respeito à igualdade que uma democracia pode oferecer. Não trataremos nessa dissertação dos problemas levantados pelo autor norte-americano, porquanto fogem ao cerne dessa pesquisa. Entretanto, devemos ressaltar que, ao contrário de Habermas, Sunstein não cria um sistema (razão comunicativa) onde a deliberação ocorreria de forma adequada.

³⁰⁷ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 8.

o direito à propriedade privada; para que os cidadãos possam manter certo grau de independência em relação ao governo.³⁰⁸

Assim, Cass Sunstein compreende a constituição, a partir do seu papel, dentro da democracia deliberativa, pois deve permitir que a democracia deliberativa floresça, e que a vontade popular – dentro de suas limitações internas – seja respeitada. Em outras palavras, a constituição assegura uma forma democrática de governo, ao proclamar a ideia de um debate amplo, entre os membros da sociedade, e que sejam democraticamente legitimadas.³⁰⁹ Essa compreensão nos leva à conclusão de que, na visão *sunsteineana*, a democracia deliberativa está atrelada à questão fulcral de que as decisões políticas fundamentais são mais legítimas quanto maior for o grau de participação dentro da deliberação pública. O processo de chegada a uma decisão deve se dar por meio da deliberação pública.

Destarte, o autor parece sinalizar que a democracia deliberativa necessita de aportes constitucionais que permitam o amplo debate público dos temas mais caros àquela comunidade política. Nesse ponto, parece ficar claro que a ideia trabalhada pelo autor somente pode ser materializada dentro de democracias constitucionais, onde o medo e a repressão não fazem parte do processo de deliberação política.

Ora, isso invariavelmente determina que os valores morais coletivos de determinada sociedade serão deixados para a seleção pelos membros das instituições políticas democráticas que podem deliberar sobre. Entretanto, ao mesmo tempo, Sunstein assevera que a existência de um desacordo razoável, acerca de concepções de vida digna, constitui um elemento incontornável das democracias plurais contemporâneas, de forma que as diferentes concepções morais devem influenciar nos processos deliberativos de concretização de direitos. Dessa forma, resta a pergunta: como a democracia deliberativa lida com os desacordos que são inerentes a sociedades plurais, e se eles devem ou não ser limitados?

Cass Sunstein busca responder essa pergunta, através da institucionalização do dissenso,³¹⁰ porquanto atribui ao Estado a incumbência de viabilizar uma equilibrada convivência entre os divergentes modos de vida. Dessa forma, reconhece o dissenso, como um

³⁰⁸ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001. p. 6.

³⁰⁹ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 114.

³¹⁰ É importante frisar, porém, que Sunstein trabalha com a ideia de dissenso somente dentro de ambientes democráticos-constitucionais, onde os dissensos manifestam-se somente em relação às questões que dizem respeito à moralidade pública ou aos limites de determinados princípios, por exemplo, liberdade de expressão e igualdade. Não se trata, portanto, de desacordos sobre questões primárias, no sentido de anteriores àquelas por ele colocadas, relativas à forma de governo e estruturas do Estado.

dos elementos constituintes da democracia e, ademais, como um resultado dela mesma, uma vez que, ao instituir o pluralismo e as liberdades – de manifestação, de pensamento, de união, entre outras -, acaba por fornecer o substrato básico para a promoção do dissenso público.³¹¹ Justamente nesse ponto é que se encontra um problema, porquanto, ao mesmo tempo em que naturais de sociedades democráticas, o dissenso acaba por dividir as sociedades, mormente pela simples razão de que divisões morais substantivas terminam por apartar as pessoas e por limitar o diálogo construtivo.

Justamente por essa razão é que Sunstein crê na institucionalização do dissenso, de forma que a democracia deliberativa possa prosperar, a partir do desacordo. Ele o faz, através da promoção de um sistema de responsabilidade política que prova o dissenso e que permita também a igual participação dos cidadãos. Assim, deve-se assegurar que autoridades políticas legitimadas pelo processo político majoritário tomem as decisões mais importantes e fundamentais de determinadas sociedade - cabe lembrar que Sunstein estabelece o que ele chama de limitações internas da democracia; ou seja: um espaço individual no qual a democracia deliberativa não pode interferir. Em outras palavras, Sunstein estabelece uma visão mais clássica da separação dos poderes na qual a política, diga-se o Poder Legislativo, deve assumir – sem uma substantiva participação do Judiciário – todas as questões que lhe são mais caras dentro de uma democracia.

Porém, como dissemos, a responsabilidade política demanda que todas as posições sejam consideradas e que todas as ideias sejam ouvidas, de modo que as partes tenham todas direito a uma igual participação. Além disso, ao permitir a igual participação dentro da deliberação pública, a própria qualidade da decisão tomada será melhor, mormente porque a sua justificação tornar-se-á mais bem fundamentada e qualificada, a partir de razões públicas, e, não somente, de interesses particulares.³¹²

Note-se, portanto, que os desacordos não são tratados, por Sunstein, como um problema que deva ser evitado nas democracias, e o consenso também não deve ser um objetivo central;³¹³

³¹¹ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 20.

³¹² LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 114-115.

³¹³ Percebe-se nesse ponto, também, uma divergência em relação à Habermas e também à Rawls, cuja ideia do consenso sobreposto é contrário ao pensamento do autor que ora trabalhamos. Cumpre ressaltar, ademais, que trabalharemos a ideia Rawlsiana do consenso sobreposto e as suas diferenças em relação a teoria minimalista no item 4.1.3.

muito pelo contrário, o dissenso deve ser protegido constitucionalmente e encorajado pelas instituições deliberativas, pois é um importante ingrediente para a evolução da sociedade, sendo também um elemento central da democracia deliberativa - que age como contraponto à uniformidade de pensamento, vista como danosa à própria democracia e extremamente perigosa, segundo o professor da *Harvard Law School*.

In any democracy that respects freedom, the process of deliberation faces a pervasive problem: widespread and even enduring disagreement. A central goal of constitutional arrangements, and constitutional law, is to handle this problem, partly by turning disagreement into a creative force, partly by making it unnecessary for people to agree when agreement is not possible.³¹⁴

Diante desse contexto, bordado por Sunstein, é que surge a teoria do Minimalismo Judicial, como forma de atuação do Poder Judiciário dentro dos moldes democráticos, em que esse Poder assume uma função garantidora dos preceitos deliberativos da constituição. Em outras palavras, o Minimalismo busca oferecer uma resposta convincente a como o Poder Judiciário pode promover a deliberação e, assim, fortalecer a democracia deliberativa.

4.1.2 O Minimalismo Judicial e a Questão do Refluxo

Diante da sua preocupação com o espaço de deliberação público-democrático, Sunstein enxerga o Poder Judiciário e, especialmente, a decisão judicial como uma forma de aperfeiçoamento do processo político-democrático, que deve possibilitar que a deliberação ocorra no seu *locus* de natureza: o Poder Legislativo. Nesse sentido, os juízes devem se reconhecer como importantes peças de uma engrenagem democrático-deliberativa,³¹⁵ na qual as decisões políticas fundamentais devem ser tomadas de forma democrática - segundo a concepção de democracia *Sunsteineana* - e não de forma judicial.³¹⁶

Nesse contexto, o Minimalismo Judicial relaciona-se de forma perfeitamente adequada com a democracia, porquanto permite uma relação mais saudável, entre a juridicidade e a democracia, sobretudo no particular da jurisdição constitucional, campo fértil para a produção de desacordos morais, ao produzir uma série de compromissos que permitem a resolução do

³¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001. p. 8.

³¹⁵ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 263.

³¹⁶ SUNSTEIN, Cass. Prefácio. In: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996.

dissenso – algo normal em sociedades plurais – nos fóruns competentes. Como veremos na sequência, o Minimalismo cumpre esse papel através dos acordos parcialmente teorizados.

Devemos ressaltar, primeiramente, que Sunstein considera o Minimalismo, como uma concepção descritiva e, também, normativa. Descritiva, porque o jurista norte-americano diz que a própria prática judicial norte-americana adota a perspectiva Minimalista, em determinados julgados, mormente aqueles em que há dúvida sobre a decisão correta a ser tomada.³¹⁷ Também a sua teoria tem um viés normativo, pois é a perspectiva adequada a ser seguida, dentro de um paradigma democrático-deliberativo, em que os tribunais reconhecem a sua responsabilidade, dentro desse sistema e, na medida do possível, devem optar pelo minimalismo para dar concretude a esse sistema democrático.³¹⁸

Destarte, iniciamos agora, pois, a apresentação mais detalhada da teoria do Minimalismo Judicial: segundo Sunstein, existem duas virtudes essenciais para o empreendimento Minimalista: a estreiteza – *narrowness* -, e a superficialidade - *shalowness* -, que são manifestadas no momento da decisão judicial; ou seja: seriam limites ou técnicas que o magistrado, ou as cortes, devem utilizar para que essa teoria tenha sucesso.³¹⁹

Devemos, entretanto, esmiuçar e clarificar os dois pressupostos acima apresentados: Minimalistas optam por uma decisão superficial, ao invés de profunda, buscando não invocar considerações abstratas, deixando em aberto, portanto, questões fundacionais para que o debate público delas se encarregue. Distancia-se, desse modo, de grandes inserções teóricas ao evitar

³¹⁷ Sobre o descritivismo na teoria de Sunstein, deve-se ressaltar a publicação de seu último livro, *Constitutional Personae* (2015), onde o autor identifica quatro tipos de juízes – não necessariamente estanques, já que um juiz pode mudar de perspectiva de caso a caso -, com base na atuação da Suprema Corte norte-americana: 1) Heróis: Consideram-se como um instrumento legítimo de avanço social, no sentido de serem capazes de interpretar os princípios constitucionais de forma a atender determinadas demandas sociais que os órgãos políticos – por diversas razões – não atendem com a velocidade esperada. São, no seu entendimento, ativistas por essência; 2) Soldados: São cumpridores dos mandamentos constitucionais e legais e evitam expressar qualquer preferência valorativa sobre o seu conteúdo. Prestam, portanto, deferência ao processo político majoritário; 3) Mudos: Evitam se manifestar sobre as grandes controvérsias morais-constitucionais, deixando a decisão para o processo político e; 4) Minimalistas: A *personae* preferida do autor adota uma postura cautelosa, evitando uma atuação ampla e profunda. Não obstante, apesar de ser o mais atual, este livro não traz grandes novidades em relação a teoria minimalista, mas deve-se destacar a expressa aproximação que o autor faz entre o Minimalismo e o filósofo político Edmund Burke, mormente no que concerne ao respeito pelas tradições que devem ser preservadas e deixadas para a revisão e alteração, se for o caso, pelo debate público. Entretanto, reconhece que determinadas tradições podem ser injustas e revisadas diretamente pelo poder judiciário. SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

³¹⁸ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein**. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 117.

³¹⁹ Deve-se fazer a ressalva, todavia, que o Minimalismo foi pensado por Sunstein dentro do sistema de controle concreto norte-americano, de modo que parece-nos difícil pensar em uma aplicação direta dessa teoria dentro de sistemas que preveem a possibilidade de um controle abstrato, principalmente pelo fato de que este, em regra, acaba por obrigar a corte a se manifestar sobre questões morais abrangentes para responder a questão, bem como as decisões possuem eficácia *erga omnes*.

a utilização de teorias gerais abstratas na fundamentação.³²⁰ A superficialidade manifesta-se mediante acordos parcialmente teorizados que revelam a capacidade de obter acordos em contextos de profundo dissenso social. Dessa forma, a deliberação democrática seria incentivada, e os eventuais erros judiciais seriam minimizados, porquanto não haveria uma sistemacidade nestes.³²¹

Também, a concepção minimalista demonstra preferência por decidir de maneira estreita, e não de forma ampla. Esta se manifesta quando a Corte decide um caso focando somente nas suas particularidades, não se preocupando com os demais casos que daí possam ser influenciados. Isso significa que não se deve aprofundar em questões supérfluas para a decisão do caso concreto. Assim, evitam-se considerações amplas que se apliquem a outras situações futuras, uma vez que as opiniões amplas contemplam uma vasta gama de situações, além do caso decidido e podem ter consequências danosas à democracia. A estreiteza tem a virtude de garantir o consenso em órgãos colegiados, evitando criar constrangimentos futuros, pois apenas resolvem um caso particular, sem implicações em outros fatos diversos.³²² Finalmente, Sunstein ressalva que as cortes somente devem se manifestar a respeito de outros casos; ou, em outras palavras: fornecer uma decisão ampla, quando a decisão necessariamente atingir outros processos ou quando forçados a tanto.³²³

Nesse sentido, o professor da *Harvard Law School*, defende a limitação da atuação jurisdicional, dentro dos limites impostos pelo Minimalismo, no qual as Cortes não deveriam decidir sobre questões desnecessárias e que vão para além caso julgado. Nesses casos, as Cortes exercem as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio.

O Minimalismo, portanto, nesse sentido, traz importantes ideias para o direito constitucional, na visão de Sunstein: defende que as cortes não devem decidir questões desnecessárias para a resolução do caso e devem se recusar a decidir casos que não estejam maduros para decisão. Precisam respeitar seus próprios precedentes e seguir *holdings* prévios, mas não necessariamente *prior dicta*, exercendo as virtudes passivas inerentes ao silêncio em questões controvertidas.³²⁴ O uso construtivo do silêncio é uma alternativa de julgamento que

³²⁰ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28.

³²¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 11.

³²² BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28.

³²³ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 10.

³²⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalismo on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4-5.

exime o juiz de decidir questões em que ainda há uma incerteza moral na sociedade e, dessa forma, diminui o ônus da decisão, porquanto reduz a abrangência que um possível erro judicial poderia tomar, bem como presta uma deferência à própria democracia deliberativa.³²⁵

Nessa perspectiva, o constitucionalista desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais, como forma de promover a deliberação democrática, sobretudo em questões de alta complexidade, em razão das quais a nação se sente profundamente dividida. Uma das principais características do Minimalismo, conforme o demonstrado, constitui-se no fato de que os juízes devem decidir os casos, de forma estreita, e não buscando criar regras amplas e gerais, tampouco devem utilizar o recurso de teorias abrangentes.

Com efeito, conforme o professor da *Harvard Law School*, o Minimalismo Judicial pode fortalecer a democracia, pois não se manifesta sobre certas questões controvertidas, deixando-as em aberto, para a deliberação democrática, além de promover a justificação pública de razões. Permite, assim, que decisões relevantes para a comunidade política sejam tomadas por atores democraticamente legitimados. O Minimalismo constitui, desse modo, uma perspectiva necessária para sociedades plurais, permitindo “[...] às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo”.³²⁶

Em síntese, há, segundo a visão de Sunstein, uma série de razões que justificam a utilização do Minimalismo Judicial pelos tribunais, que procuraremos sistematizar aqui: 1) o minimalismo reduz o custo da decisão para os tribunais; 2) reduz os custos de erro associados a julgamentos equivocados; 3) reduz as dificuldades associadas à racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento do magistrado sobre determinadas matérias; 4) ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo, bem como auxilia no desenvolvimento da democracia deliberativa; e 5) permite que o processo democrático, em grande margem, se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais.³²⁷

A abordagem minimalista se justifica, então, em função de uma série de razões. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que os juízes, em geral, não dominam, teorias filosóficas complexas, ou seja, carecem de conhecimentos

³²⁵ CAMPOS. C.A.A. Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1. p. 177-210.

³²⁶ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes** - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005. p. 28, tradução nossa.

³²⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 46-56.

necessários que lhes permitiriam solucionar divergências morais e teóricas em um grau de profundidade que é, não raro, exigido por outros métodos de abordagem. Além disso, a escassez de tempo é outro fator importante a ser considerado [...] Em suma, os argumentos pragmáticos de Sunstein em favor do minimalismo se fundam especialmente no fato de que os tribunais são compostos por pessoas profundamente diferentes e que, não raro, são vulneráveis às pressões de grupos, possuem feição democrática muito frágil e limitada capacidade de avaliar os fatos, têm que prolatar muitas decisões em curto período de tempo, conviver e evitar o erro tanto quanto possível, além de demonstrar respeito por todos os atores do processo: julgadores, litigantes e demais pessoas afetadas por suas decisões. Em face de todas essas limitações, não é razoável nem desejável que um juiz, diante de questões controvertidas e complexas, discuta teorias profundas, que dificilmente resolverão o caso concreto, tampouco se deve pretender que a solução para determinado caso expresse uma decisão política fundamental.³²⁸

Não obstante, conforme aponta Bunchaft, o próprio Cass Sunstein reconhece que a sua teoria, e a atitude minimalista, embora totalmente adequada, nem sempre é a mais apropriada dentro de determinadas situações fáticas do caso concreto.³²⁹ Como exemplo, o professor de *Harvard* cita o caso *Brown v. Board of Education*, que decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas dentro dos Estados Unidos da América. Para tanto, justifica sua posição sobre o caso, alegando que a decisão frutificou do amadurecimento constitucional, dentro do qual já se reprovava constantemente a segregação racial.³³⁰ Nesse caso, a atuação maximalista mostra-se justificada, porquanto já é possível constatar uma sedimentação da questão nos tribunais e, também, na sociedade; assim, não há realmente um dissenso que deva ser decidido pela deliberação pública.³³¹

³²⁸ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 117-118.

³²⁹ Sobre isso, veremos um exemplo claro da ambígua posição de Sunstein no momento em que analisarmos o pensamento por ele exarado quando da crítica da decisão proferida em *Obergefell v. Hodges*.

³³⁰ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 30.

³³¹ Sobre a possibilidade de uma atuação maximalista do Poder Judiciário, assim manifesta-se Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “Em síntese, para o autor, quando (i) diante de questões de alta controvérsia moral, (ii) os valores em jogo ainda estiverem em fluxo na sociedade (fluxo moral); (iii) o processo democrático estiver focado sobre o tema controvertido, (iv) a Corte carecer de informações relevantes que poderiam assegurar que as decisões atingissem o seu alvo, (v) o debate envolvido não estiver maduro na própria instância judicial, havendo poucas decisões sobre o tema, e (vi) a Corte não estiver segura sobre sua decisão, as decisões minimalistas serão as mais adequadas. Nas hipóteses em que essas circunstâncias se mostrarem opostas, Sunstein aposta no *maximalismo judicial*.” (CAMPOS. C.A.A. Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1. p. 177-210).

Por fim, devemos destacar mais um ponto que é muito caro ao autor hora trabalhado: o do fenômeno denominado *backlash*,³³² ou refluxo,³³³ que pode ser gerado por decisões equivocadas ou maximalistas – sobretudo, aquelas que são amplas -, ao potencializar a articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Trata-se de uma ameaça à própria coesão social e, também, à democracia deliberativa, além de ser, em muitos casos, danosa aos próprios interessados na decisão da corte - uma vez que pode ocorrer a desmobilização dos grupos “vencedores” no tribunal, em virtude de uma decisão favorável. Porém, segundo Sunstein, a decisão dos tribunais é mais fraca, em termos de legitimidade, do que uma decisão substantiva do parlamento, e pode ser revogada com maior facilidade. Em outras palavras: demandar das Cortes opiniões amplas, em casos ainda não decididos no seu *locus* adequado, pode gerar efeitos contrários aos que os próprios interessados pretendiam, justamente em razão da decisão judicial, sobretudo uma diminuição da força social do movimento político interessado.

Portanto, trata-se de uma implicação da teoria do Minimalismo Judicial, frente aos fatos concretos, onde as Cortes devem decidir de forma estreita, de modo a evitar a ocorrência do refluxo. Nas palavras de Sunstein:

Of course the Court’s resolution may be right, in the sense that the Court identifies the just result. But even if it is right, things may go badly wrong. The Court may not produce appropriate social reforms even if it seeks to do so. There may be unintended adverse consequences [...] The Court’s decision may activate opposing forces and demobilize the political actors that it favors. It may produce an intense social backlash, in the process delegitimizing itself as well as the goal it seeks to promote. More modestly, it may prevent social deliberation, give and take, learning, compromise. And moral evolution over time. A cautious course – refusal to hear cases, invalidation on narrow grounds, democracy-spurring rulings – will not impair this process and should improve it.³³⁴

Com efeito, podemos observar que Sunstein acredita ser uma grande virtude dos juízes e dos tribunais a capacidade de identificar o momento social da prolação de determinada decisão, porquanto, em muitas situações, podem ser criados “efeitos sistêmicos infelizes” com consequências inesperadas que não podem ser perceptíveis no momento da decisão. Desse modo, é possível saber que o Minimalismo é o caminho a ser seguido, justamente por suas

³³² Os termos *backlash* e refluxo, que são sinônimos na presente dissertação, devem ser lidos como os resultados ou efeitos que decorrem de determinada decisão judicial.

³³³ Como veremos no decorrer desse capítulo, a visão expressada por Sunstein em relação ao *backlash* é frontalmente criticada pelos autores do Constitucionalismo Democrático.

³³⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 59.

virtudes democráticas, e como forma de evitar o refluxo, ou se uma decisão maximalista mostra-se adequada.

Após o apresentado, podemos concluir que o Minimalismo proposto por Sunstein é uma teoria que busca conciliar a decisão judicial, com a concepção da democracia deliberativa. Isso é relevante, especialmente quando tratamos sobre a jurisdição constitucional, que é mais polêmica, justamente por tratar de assuntos morais que, em muitas vezes, não passaram pelo crivo democrático-deliberativo. Ademais, é benéfico, também, na visão apresentada, ao próprio Poder Judiciário, porquanto reduz custo dos seus erros e desobriga o magistrado de proceder em grandes incursões teóricas que ele pode não estar preparado e - o que é mais problemático para Sunstein - podem causar danos à própria democracia deliberativa.

Na sequência, iremos trabalhar uma das mais inovadoras ideias de Cass Sunstein: os acordos parcialmente teorizados, que permitem o acordo sobre questões pontuais, sem que isso implique a submissão a determinada interpretação constitucional abrangente. Permite, como veremos, que os indivíduos acordem sobre os termos de determinada decisão, mesmo tendo desacordos mais amplos no espectro *latu*.

4.1.3 Os Acordos Parcialmente Teorizados

Os acordos parcialmente teorizados são uma parte fundamental da teoria *Sunsteiniana*, uma das mais inovadoras ideias por ele propostas. É, em apertada síntese, uma forma aceitável para a resolução das controvérsias presentes, em sociedades plurais, que demonstra um respeito mútuo pelas diferenças e que permite a manutenção da coesão social. Sunstein os considera como uma forma de resolver os conflitos inerentes à própria deliberação, que, como dissemos antes, acaba por semear as diferenças.

O professor da *Harvard Law School* observa ser extremamente raro que pessoas ou grupos possam teorizar completamente sobre qualquer questão; ou, em outras palavras: que, dentro de sociedades complexas, seja possível haver um acordo total sobre tanto uma teoria geral, quanto sobre as suas aplicações nos casos concretos. Desse modo, os acordos parcialmente teorizados permitem que decisões e que julgamentos ocorram de uma forma aceitável para as partes, apesar de ainda discordarem em larga escala sobre certos pontos.³³⁵

Explicaremos melhor esse ponto: segundo Cass Sunstein, existem três formas de manifestação dos acordos parcialmente teorizados: a primeira forma diz respeito a abstrações, ou disposições abstratas inseridas, principalmente, dentro do texto constitucional. Esses tipos

³³⁵ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 35.

de acordo ajudam a constituir uma cultura democrática, porquanto se assentam em princípios gerais abstratos, cuja importância é por todos reconhecida, mesmo que, em casos concretos, a sua aplicação possa gerar dúvidas. Como exemplo, o autor cita os princípios da liberdade de expressão, uma vez que as pessoas podem defender esse princípio e discordar sobre as exatas implicações dessa disposição. Esse tipo de acordo é chamado, por Sunstein, de acordos parcialmente teorizados sobre princípios gerais e, nessa visão, as próprias constituições somente são possibilitadas, mediante a utilização desse acordo pelos seus autores, porque nem estes mesmos concordam com as suas aplicações práticas.³³⁶

O segundo fenômeno, de nível intermediário, no qual as pessoas concordam com o princípio geral, mas discordam sobre a sua teoria geral justificadora e, também, sobre a aplicação concreta. Quando se trata de casos dessa espécie, há uma concordância sobre o princípio da não discriminação, entretanto, não se comprometem com uma teoria geral da igualdade, no nível mais abstrato, e nem concordam sobre a aplicação, ou não, de cotas raciais no nível mais concreto. Em relação à liberdade de expressão, outro exemplo fornecido pelo autor, há uma discordância sobre as bases justificadoras desse princípio – se são utilitaristas, *kantianas* ou outras -, bem como discordam sobre a validade ou não dos discursos de ódio.³³⁷

A última aplicação que Sunstein vê como especialmente cara para o direito e que, justamente por isso, iremos trabalhar com mais detalhes: é o que ele chama de acordos incompletamente teorizados sobre resultados particulares – ligados a argumentos estreitos e princípios de baixo nível³³⁸ -, que estão mais preocupados com os resultados concretos e, portanto, não se focam em abstrações. É, pois, o tipo de acordo que se conecta com a teoria Minimalista, porquanto esta também busca evitar a utilização de teorias abrangentes.³³⁹

O ponto central dos acordos incompletamente teorizados sobre resultados particulares, conforme Sunstein, é que é mais provável que as pessoas concordem com o julgamento de um caso concreto, se aceitarem reduzir o nível de abstração da argumentação; ou seja: os conflitos são mais bem resolvidos, quando há uma clareza nos resultados objetivados,³⁴⁰ sem que, para

³³⁶ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 36.

³³⁷ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 56-57.

³³⁸ Sunstein esclarece que o termo resultados particulares diz respeito a quem ganha e a quem perde determinado caso. SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 37. Já com relação a princípios de baixo nível, sua definição é comparativa, porquanto não há como dizer, *prima facie*, se uma teoria é mais profunda que outra. São conceitos relativos que devem, dessa forma, ser compreendidos comparativamente. SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 57.

³³⁹ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 37.

³⁴⁰ O exemplo citado por Sunstein para explicar essa forma de acordos é o da existência de um limite de velocidade nas rodovias: Pode-se aceitar que um limite de velocidade exista e que estejamos de acordo com essa imposição.

isso, seja necessário concordar com teorias mais abrangentes que possam dar suporte teórico para as decisões jurídicas.³⁴¹ Assim, ao não recorrer a determinada concepção abstrata, limitando-se a um nível argumentativo mais estreito, tem-se o benefício de obter o consenso necessário, para resolver um problema concreto e, ainda assim, subsiste a divergência em um nível mais amplo. Caso contrário, seria muito difícil que se lograsse uma decisão aceita por todos.³⁴²

[...] when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction. Incompletely theorized judgments on particular cases are the ordinary material of law. And in law, the point of agreement is often highly particularized – absolutely as well as relatively particularized – in the sense that it involves a specific outcome and a set of reasons that do not venture far from the case at hand. High-level theories are rarely reflected explicitly in law.³⁴³

Veja-se, assim, que a lógica que permeia essa argumentação é basicamente a mesma que circunda o Minimalismo, segundo a qual é mais crível que concordemos com determinadas interpretações, se realizarmos um *conceptual descent*; isso quer dizer que, dentro dessa concepção, devemos reduzir a complexidade da interpretação para um nível maior de individualização.³⁴⁴ Trata-se, novamente, do uso construtivo do silêncio, como promotor da concordância, mesmo que as discordâncias de *high-level* permaneçam.³⁴⁵

Além disso, concordamos que seja atribuída uma punição a quem infringir esse limite. Todavia, para que se materialize a punição, não é necessário que as pessoas tenham um vasto conhecimento sobre teoria de punição criminal, conquanto que concordem com o resultado final do caso. SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 38.

³⁴¹ LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. p. 87-88.

³⁴² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 185-186.

³⁴³ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 37.

³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001. p. 51.

³⁴⁵ Uma aproximação que mostra-se importante fazer referência é a que Sunstein faz entre os acordos parcialmente teorizados e a ideia do consenso sobreposto, trazida por John Rawls no seu livro intitulado “o liberalismo político”. Em apertada síntese, o consenso sobreposto propõe também uma forma de atingir o consenso em sociedades profundamente divididas por concepções morais, religiosas, filosóficas divergentes, nas quais uma teoria abrangente não se mostra capaz de criar uma coesão social almejada. Nesse cenário, as pessoas devem adotar uma concepção pública de justiça que pode ser alcançada pelo consenso sobreposto, o qual está limitado à esfera pública, subsistindo os desacordos no âmbito privado. O consenso sobreposto é, pois, uma forma de reconhecimento, por parte de doutrinas razoáveis que endossam uma concepção políticas distintas, de uma concepção política comum de valores e princípios que possa ser endossável por todos os cidadãos. Dessa forma, encontra-se uma concepção política de justiça – que, na visão de Rawls, é a da justiça como equidade –, que possa ser abraçada, na forma do consenso sobreposto, por uma sociedade plural. Assim, mostra-se possível a ocorrência de um acordo sobre princípios básicos fundamentais para a sociedade, mesmo que sob fundamentos distintos. Sobre o consenso sobreposto, ver: RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes,

Em um nível ainda mais amplo, os acordos parcialmente teorizados se relacionam com a própria concepção de Sunstein sobre a argumentação legal, porquanto, em vista da pluralidade existente nas sociedades contemporâneas, é mais razoável aceitar que um julgamento particular não tenha que se relacionar com teorias mais abstratas. Logo, há um grande valor na utilização de teorias que reconheçam essa pluralidade. Veja-se, pois, que há aqui uma clara perspectiva pragmática na teoria de Sunstein, uma vez que ele não nega que teorias abrangentes possam atingir o consenso; entretanto, vê como mais plausível que este ocorra, através da utilização de teorias mais estreitas, com o compromisso gerado pelos acordos parcialmente teorizados.³⁴⁶

Conforme salienta Bunchaft, Cass Sunstein anota que as grandes vantagens fornecidas pelos acordos incompletamente teorizados sobre resultados particulares é que eles podem “promover dois objetivos da democracia liberal: permitem às pessoas demonstrarem, umas às outras, reciprocidade e respeito mútuo, prevenindo o conflito. Ademais [...] permitem que juízes e cidadãos não desafiem compromissos mais profundos dos litigantes [...]”.³⁴⁷ Dessa forma, evitam-se dissensos desnecessários desencadeados por amplas teorias justificadoras, como, por exemplo, teorias sobre o bem e sobre o justo.³⁴⁸

Entretanto, deve-se ressaltar que o próprio autor observa a existência de desvantagens inerentes aos acordos incompletamente teorizados sobre resultados particulares, mormente porque são virtudes parciais, não integrais. Isso significa que existe a possibilidade da formação

2011. Do exposto, percebe-se que, tanto Sunstein como Rawls, buscam apresentar soluções para o problema do pluralismo na sociedade e a forma pela qual a democracia deve lidar com isso de forma a manter uma coesão e uma estabilidade social, bem como é uma maneira democrática de demonstração de respeito mútuo, apesar dos desacordos. Todavia, apesar das claras semelhanças, as teorias não são iguais e, por partirem de algumas premissas distintas, acabam por divergirem em alguns pontos. O ponto fundamental das divergências é precisamente àquele que diz respeito à questão trazida por Sunstein sobre os acordos fundados em princípios estreitos, ou seja, quando não é necessário realizar um grande nível de abstração para obter a solução. Nesses casos, é mais plausível – apesar de reconhecer a validade de teorias abrangentes - que as pessoas concordem (por uma série de razões que apresentamos durante a argumentação desse item) se reduzirem o escopo da fundamentação a um nível de concretude, com baixa generalidade e limitada ao âmbito individual. Ao contrário, Rawls parte de uma abstração de nível político ideal, na qual, apesar da discordância, é possível a obtenção do consenso através da racionalização dessa abstração. Em outras, palavras, o acordo proposto por Rawls, objetiva um alto nível de abstração que torne possível a materialização de princípios políticos comuns à sociedade, de modo que a solução para o dissenso é uma maior abstração de teorias gerais e não a individualização da situação, como entende Sunstein. Sobre essa discussão, pela perspectiva de Cass Sunstein, ver: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 46-48.

³⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 14-16. Deve-se ressaltar, contudo, que Sunstein não vê como adequada a utilização de teorias estruturadas sob um único valor unitário para julgamentos legais, pois considera que a moralidade não está baseada sobre um único valor comum, mas sim sobre uma pluralidade de valores. SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 16-17. Como exemplo, pode-se citar o utilitarismo – que é baseado no ideal da maior felicidade geral possível – e a análise econômica do direito – cujo ponto central é as vantagens e desvantagens econômicas que advêm de determinada interpretação legal.

³⁴⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 33.

³⁴⁸ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32.

de injustiças por esses acordos, de modo que eles mesmos estão sujeitos à verificação, e até uma superação por outros acordos. Inclusive, alguns casos podem requerer a utilização de teorias mais abrangentes, conquanto esta seja considerada boa pelos juízes. “A reinvidicação em prol dos acordos parcialmente teorizados são presuntivas, não conclusivas.”³⁴⁹

Apesar das críticas, o professor norte-americano constata que suas vantagens sobressaem, e o que deve se destacar é a afinidade dos acordos parcialmente teorizados com o minimalismo, pois servem como um instrumento de aplicação dessa teoria. O potencial desses acordos reside no fato de que Cass Sunstein não vê um grande potencial de alteração social advindo das decisões judiciais, ao menos em um curto espaço temporal. Assim, decisões estreitas que possuem reduzido impacto social, também minimizam a abrangência de um erro. Os acordos parcialmente teorizados são, assim, um instrumento prático perfeitamente utilizável, dentro de contextos onde o minimalismo mostra-se como a forma correta de decisão em nível judicial, pois resguarda o debate sobre grandes questões ao nível político-deliberativo. Permitindo, dessa forma, a plenitude da democracia deliberativa idealizada por Cass Sunstein.

4.1.4 Críticas Dirigidas por Matthew Steilen e Ronald Dworkin à Teoria de Cass Sunstein

Abordaremos, neste item, duas poderosas críticas dirigidas à teoria do Minimalismo Judicial, dirigidas por Matthew Steilen e por Ronald Dworkin – este último, um autor extremamente relevante no campo da filosofia do direito, o qual foi trabalhado no capítulo anterior dessa dissertação -, como forma de oferecer uma visão crítica a determinados pontos do pensamento *Sunsteineano* e de pavimentar o caminho para uma crítica mais longa, e profunda, que é produzida pelos autores do Constitucionalismo Democrático.

Com efeito, iniciaremos a nossa abordagem, através das ponderações fornecidas por Matthew Steilen, no artigo intitulado “Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of ‘shallowness’”.³⁵⁰ Nesse artigo, Steilen inicia concordando e elogiando a ideia de cautela judicial proposta por Sunstein com a sua teoria, uma vez que constata, como adequada, essa equiparação, em nível de cautela, que uma decisão jurídica tem com uma decisão particular.

Entretanto, apesar do acordo nesse ponto, Steilen manifesta contrariedade com as questões mais abrangentes da teoria minimalista, sobretudo no que tange à afirmativa de que esta concepção promove a democracia deliberativa, inclusive contraditando a conceitualização

³⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: New York University Press, 1996. p. 54.

³⁵⁰ STEILEN, Matthew. Minimalism and deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. **Seattle University Law Review**. v. 33, 2010. p. 391-435.

desta ofertada por Sunstein, ao reduzir o exame das teorias mais abrangentes. Além disso, opõe-se, também, aos acordos parcialmente teorizados.

Vamos, pois, por partes: Steilen procura demonstrar que o minimalismo não promove a democracia, ao contrário do que alega Cass Sunstein, porquanto a limitação, por este imposta, à profundidade teórica de fundamentação das decisões judiciais não contribui para a democracia deliberativa. Justamente pela exigência de baixa profundidade argumentativa, o minimalismo falha no oferecimento de razões para que as pessoas possam alterar os pontos de vista. Logo, na opinião de Steilen – que, aliás, diz-se também adepto da democracia deliberativa –, o minimalismo não produz mais democracia; pelo contrário, a limita.³⁵¹

O que Steilen quer demonstrar aqui, em contraposição ao minimalismo, é a impossibilidade de ocorrer um estímulo à deliberação, sem recorrer a abstrações de grande escala, porquanto não há uma oferta razoável de razões que justifiquem a mudança de determinada posição política de uma pessoa racional. A abstração é uma condição *sine qua non* da democracia deliberativa e, também, da decisão judicial, que busca a promover, segundo a argumentação apresentada por Steilen.

[...] I argue that abstraction is necessary for deliberation [...] My point is simply that avoiding abstraction does not promote democracy because abstraction is a common means we employ to deliberate with each other. Using abstraction, I can meet your objection to my view and give you reason to abandon it. Abstraction may not always work, but unless there is another model of deliberation in the offing, one cannot promote deliberation by avoiding abstractions. Abstraction is the heart of deliberation because, as Sunstein says, reasons are abstractions. When faced with a disagreement, if a court engages in what Sunstein refers to as “conceptual descent” – focusing on a more concrete question – it will not spur deliberation. Where “conceptual ascent” results in further disagreement, the best course may be to “ascend” to a higher level of abstraction where an agreement is still possible.³⁵²

Percebe-se, então, que esta crítica pode ser estendida para o conceito de acordos parcialmente teorizados, já que estes são uma forma de resolução de desavenças, com base na concretude, evitando-se a produção de razões abstratas. Com efeito, Steilen também questiona essa premissa, uma vez que vê com extremo pessimismo a ocorrência de acordos entre concepções tão divergentes. Não obstante, mesmo que fosse possível a obtenção de acordos,

³⁵¹ STEILEN, Matthew. Minimalism and deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. *Seattle University Law Review*. v. 33, 2010. p. 392-393.

³⁵² STEILEN, Matthew. Minimalism and deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. *Seattle University Law Review*. v. 33, 2010. p. 428-429.

diz ele, nada leva a crer que a divergência é mais bem resolvida pela utilização de argumentos rasos, em detrimento dos argumentos abrangentes.³⁵³

Porém, o ponto mais amplo da crítica feita por Matthew Steilen diz respeito ao próprio conceito de democracia deliberativa empregado por Sunstein. Na sua visão, a democracia deliberativa se dá, a partir da troca de argumentos racionais, que justificam a tomada de decisões, bem como fornecem razões para uma eventual mudança de posição do indivíduo racional.

Nessa perspectiva, manter-se silente, ou utilizar uma argumentação estreita, não torna as cortes promotoras da democracia deliberativa. Assim, o Poder Judiciário deve também se enxergar como um parceiro, em igual nível de participação, na justificação argumentativa das decisões tomadas, devendo utilizar, para tanto, uma argumentação ampla e abrangente. Considerada, por essa visão, a decisão judicial não tem nada de antidemocrática, sendo justamente o oposto disso: ela promove a justificação pública de razões necessárias para o desenvolvimento da democracia deliberativa.

Dessa forma, portanto, pensamos ser possível resumir as críticas tecidas por Matthew Steilen à Cass Sunstein, de maneira a oferecer um contraponto ao minimalismo judicial. Partimos, agora, para uma apresentação das objeções trazidas por Ronald Dworkin, que também questionam premissas fundamentais do minimalismo judicial, conforme veremos na sequência.

No artigo de nome “o elogio da teoria”, publicado no seu livro “a justiça de toga”,³⁵⁴ Dworkin dirige suas análises às chamadas concepções antiteóricas do direito, utilizando-se como teorias da base as formuladas por Richard Posner³⁵⁵ e Cass Sunstein. O jusfilósofo norte-americano divide a sua crítica em três tópicos, sendo que somente iremos desenvolver a abordagem do último deles, porquanto é neste que Sunstein é citado, e criticado, diretamente: metafísica,³⁵⁶ pragmática³⁵⁷ e profissionalismo.

³⁵³ STEILEN, Matthew. Minimalism and deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowess”. *Seattle University Law Review*. v. 33, 2010. p. 430.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 71-106.

³⁵⁵ Deixaremos de apresentar a discussão travada por Dworkin com Posner, por não se tratar de um tema trabalhado nessa dissertação.

³⁵⁶ Basicamente, nesse item, Dworkin reproduz os seus argumentos em favor da objetividade da moral, como contraponto às diversas formas de ceticismo. Para uma leitura mais aprofundada, ver: DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, 1996. p. 87-139.

³⁵⁷ Dworkin foca a sua crítica ao pragmatismo, como alternativa a concepção teórica, refutando dois aspectos: que o pragmatismo seria uma melhor alternativa à concepção teórica dele por ser progressista; que o pragmatismo seria uma melhor alternativa à concepção teórica dele por ser experimental

Ronald Dworkin denomina de profissionalismo a terceira modalidade de crítica à sua abordagem teórica do direito,³⁵⁸ pois está focada em um argumento exclusivista, no sentido de que, pensar sobre questões jurídicas, significa exercer unicamente o raciocínio legal, que, por seu turno, não envolve fazer grandes digressões filosóficas, morais ou políticas. Sua abordagem envolve o desenvolvimento de métodos de análise e analogia textuais.³⁵⁹ É dentro dessa concepção antiteórica que Dworkin enquadra o minimalismo *Sunsteiniano*, e sua limitação a grandes abstrações no momento de julgar.

Dito isso, podemos afirmar que o ponto fundante da crítica formulada contra o pensamento de Cass Sunstein está baseado no ideal da integridade.³⁶⁰ Sunstein parece sugerir, segundo Dworkin, que juízes não devem voltar-se para níveis abstratos de argumentação, mas, sim, para a analogia, pois ficam mais próximos da advocacia se assim o fizerem. Entretanto, para o jusfilósofo norte-americano, é virtualmente impossível responder questões, judicialmente colocadas de maneira aceitável, sem que se recorra a teorias abrangentes.³⁶¹ Em outras palavras: o estabelecimento de limites prévios à interpretação jurídica fere a própria democracia.

A própria ideia de uma restrição *a priori* à reflexão jurídica, definida como uma fronteira de abstração que não deve ser transposta por tal reflexão, é extremamente grotesca, tanto do ponto de vista fenomenológico quanto do lógico. Os juristas (como as outras pessoas) descobrem o alcance das reflexões que precisam fazer ao longo do processo de investigação, percebendo aonde esta irá levá-los antes de chegarem a uma posição de consenso. Eles não aceitam – não podem aceitar – uma metodologia que estipule de antemão onde devem parar, não importa quão inconcludente ou insatisfatória seja sua reflexão naquele momento.³⁶²

³⁵⁸ Sobre a definição da abordagem teórica, assim conceitua o próprio Dworkin: “Raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos [...] uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política. Na prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípio complexos [...]”. (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 72-73).

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 93-94.

³⁶⁰ Acerca da integridade, ver o item 3.2.2.

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 99. Um dos exemplos que Dworkin cita para fortalecer o seu argumento é o caso em que um juiz é demandado a responder se o aborto é mais semelhante ao infanticídio ou a apendicectomia. Nesse caso, não há maneira de responder essa pergunta sem que se faça um mergulho profundo na teoria, ou seja, sem perguntar-se de que modo o valor intrínseco da vida é melhor compreendido e expresso.

³⁶² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 100.

Com efeito, Dworkin alega que as razões oferecidas por Sunstein, para justificar a sua argumentação no sentido da limitação judicial, não são razões pelas quais se deva abandonar a integridade enquanto objetivo; pelo contrário, são exigências da própria integridade. Senão vejamos: Sunstein demonstra grande preocupação com o fato de que os juízes possam querer alterar rapidamente a sociedade, utilizando-se, para tanto, do direito, e rejeitando os precedentes. Dworkin diz que também possui essa preocupação, tanto que a integridade pede o respeito ao princípio de “prioridade local”; ademais, o professor da *Harvard Law School* alega que a utilização de teorias abrangentes enrijeceria o direito, de forma a tornar extremamente difícil a sua alteração. Porém, para Dworkin, justamente o fato de haver uma grande digressão teórica é que torna possível a superação, através de uma teoria que se mostre, de forma argumentativa, mais adequada à integridade.³⁶³

Entretanto, Dworkin ressalta que a maior divergência que possui com Sunstein diz respeito às exigências da democracia, porquanto, para Sunstein, o *locus* correto para o desenvolvimento de teorias abrangentes não é o Judiciário. Trata-se, conforme menciona Dworkin, de uma divergência em nível político, na qual Sunstein parece sinalizar pela falta de legitimidade judicial, para proceder a abordagens amplas. Dworkin, por outro lado, não vê como plausível a possibilidade de a legislação fornecer declarações gerais sobre princípios abstratos. “Somente por meio da interpretação de legislações mais concretas é que podemos identificar os princípios que conjuntamente adotamos.”³⁶⁴ Trata-se, pois, como dissemos, de uma divergência em relação a concepções de democracia.

Finalmente, Dworkin conclui a sua crítica, dizendo que a concepção sustentada por Cass Sunstein não é uma alternativa à abordagem teórica, porquanto o mesmo reconhece a necessidade e a possibilidade de se recorrer a teorias abrangentes, em determinadas situações. Ao reconhecer essa hipótese como possível, Sunstein reconhece que a teoria é necessária para a solução de controvérsias jurídicas, e os juízes terão de recorrer a elas para a formação de sua convicção no caso concreto. Se assim for, portanto, não há grandes diferenças entre a abordagem proposta por Sunstein e a exigência de integridade na decisão judicial feita por Ronald Dworkin.³⁶⁵

³⁶³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 100-101.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 101.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 103.

4.2 O Constitucionalismo Democrático e suas Divergências Teóricas com o Minimalismo Judicial

Nesta seção da dissertação, analisaremos a teoria do Constitucionalismo Democrático, na qual Robert Post e Reva Siegel, professores da *Yale Law School*, questionam certos pontos do Minimalismo Judicial e, através dessas críticas, formulam uma teoria ainda pouco trabalhada no ambiente jurídico-acadêmico brasileiro. Cumpre referir, também, que procuraremos apontar algumas semelhanças, da teoria aqui trabalhada, com o pensamento *dworkiniano*.

O Constitucionalismo Democrático tem por objetivo construir um arcabouço teórico, para possibilitar a compreensão das práticas relativas aos direitos constitucionais e à sua efetivação, pelo Poder Judiciário, dentro de uma sociedade divergente e plural. Os professores propõem, pois, um modelo para garantir a interpretação da Constituição, em um contexto marcado pelo pluralismo inerente a todas as sociedades modernas.³⁶⁶ Entretanto, devemos, desde já, deixar claro, que o Constitucionalismo Democrático não entende que as divergências interpretativas, de acordo com posições mais amplas, devam ser limitadas no âmbito judicial. Nesse sentido, a divergência é frontal com o Minimalismo.

A teoria proposta por Post e Siegel legitima, desse modo, a atuação do Judiciário, por meio da utilização de argumentos racionais, no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público, expresso em termos de interações entre as Cortes e a sociedade. Isso quer dizer que, para os teóricos do Constitucionalismo Democrático, o Poder Judiciário, e o juiz, podem ter atuações mais ativas e amplas na determinação de sentidos constitucionais. Logicamente, a atuação deles se dará dentro de seu local próprio, o processo, e por meio da utilização de argumentos jurídico-constitucionais que promovam uma fundamentação democrática da decisão jurídica.

Dessa forma, a proposta do Constitucionalismo Democrático trabalhada pelos autores “[...] sustenta o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que defende o papel dos tribunais em usar o raciocínio legal jurídico para interpretar a Constituição”.³⁶⁷ Logo, os cidadãos aspiram que os tribunais

³⁶⁶ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

³⁶⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 04 maio 2016. p. 379, tradução nossa.

resguardem os valores sociais importantes, restringindo a atuação do governo sempre que ultrapassar as limitações constitucionais.³⁶⁸

Percebe-se, pelo já escrito aqui, que o Constitucionalismo Democrático assume uma postura intermediária, entre um constitucionalismo popular, e uma perspectiva estritamente juricêntrica. Não se trata de uma concepção estritamente popular, porquanto não há uma pretensão de retirada da interpretação constitucional da esfera dos tribunais.³⁶⁹ Tampouco é juricêntrica, pois reconhece um importante papel que o debate público tem na legitimação das instituições e práticas judiciais, sobretudo naquelas que envolvem a jurisdição constitucional.³⁷⁰

Nessa perspectiva, nas palavras de Reva Siegel, a cultura constitucional “[...] explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional[...]”.³⁷¹ A mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Os referidos “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição,³⁷² de forma a inspirar uma moralidade crítica, capaz de romper com os valores sociais e as autocompreensões assimétricas, preconceituosas ou anacrônicas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Nesse ponto, cabe trazer as seguintes explanações teóricas que ilustram o pensamento da autora:

³⁶⁸ Assim, pois, concordam com Dworkin quando da ideia de que o cidadão possui direitos contra o Estado, ou seja, certas áreas de sua liberdade privada que não podem sofrer qualquer ingerência estatal. Entretanto, cumpre ressaltar que a perspectiva do constitucionalismo democrático não entra na profundidade filosófica atingida por Dworkin, pois este afirma, nesse particular, que tratam-se de direitos morais do indivíduo contra o Estado.

³⁶⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 34.

³⁷⁰ Em passagem conclusiva, sublinham que: “Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reasoning to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review.” (POST, Robert e SIEGEL, Reva. *Roe v. Wade: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Harvard. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 04 maio 2016. p. 379).

³⁷¹ SIEGEL, Reva. *Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA*. **California Law Review**, Berkeley, v. 94, 2006, p. 1324, tradução nossa.

³⁷² Importante destacar que a leitura moral aqui tratada não é equivalente à proposta de Dworkin, porquanto aqui é muito mais preocupada com o resultado da interpretação e não com a interpretação propriamente dita. Entretanto, cremos ser possível fazer uma aproximação entre as duas concepções, no sentido que a leitura moral pressupõe a existência de uma moralidade pública inerente aos mandamentos constitucionais, algo que é reconhecido tanto por Ronald Dworkin, quanto por Reva Siegel e Robert Post.

The lecture does not use the concept of constitutional culture as some in constitutional theory employ it: as social values relevant to matters of constitutional law that an official engaged in responsive interpretation incorporates into the fabric of constitutional law. Rather than focus on officials as change-agents, I employ the concept of constitutional culture to explore how changes in constitutional understanding emerge from the interaction of citizens and officials. In this usage, constitutional culture shapes both popular and professional claims about the Constitution and enables the forms of communication and deliberative engagement among citizens and officials that dynamically sustain the Constitution's democratic authority in history.³⁷³

Disso se infere que, ao admitirmos que o debate acerca da correta interpretação constitucional, como fundamental na guarda de direitos, o Judiciário também pode resolver questões morais controvertidas, através do uso de teorias amplas. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos. Assim, o Judiciário é também um local legitimado, para promover interpretações substantivas, e ser um outro agente de confiança para as sociedades modernas.

Com efeito, diante do apresentado até esse momento, resta claro que outra divergência, entre a teoria do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial, diz respeito à questão do *backlash*, que, segundo o pensamento de Cass Sunstein, deve ser evitado e possui, inclusive, um efeito nocivo à própria democracia.

Assim, contrapondo-se ao professor de *Harvard*, Robert Post e Reva Siegel ressaltam ser um atributo inerente ao constitucionalismo, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, de forma que o denominado refluxo delinea-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional. Nas palavras dos autores, “[...] o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional”.³⁷⁴ O refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação, por meio das quais os movimentos sociais, e os cidadãos, procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional.

Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice in the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political self-ownership, backlash defies tje

³⁷³ SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA. **California Law Review**, Berkeley, v. 94, 2006, p. 1325.

³⁷⁴ POST, Robert e SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Harvard. 2007. p. 379. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 10 maio 2016, tradução nossa.

presumption that lay citizens should without protest to defer to the constitutional judgments of legal professionals.³⁷⁵

Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, as controvérsias jurídicas decorrentes da ampliação da atuação jurisdicional substantiva podem ter consequências positivas, para a ordem constitucional americana; e não somente negativas e antidemocráticas, como pensa Cass Sunstein.³⁷⁶ O Constitucionalismo Democrático procura articular a política, entre a integridade do estado do direito e a necessária legitimidade democrática da constituição.³⁷⁷

Ao contrário da proposta Minimalista, portanto, o Constitucionalismo Democrático vê como legítima a atuação ativa do Poder Judiciário, quando da resolução de questões constitucionais que, em muitos casos, envolvem necessariamente a utilização de teorias de amplo espectro. O dissenso não deve, assim, ser tratado como algo estranho ao direito constitucional; pelo contrário, é a partir dos argumentos ali produzidos que se mostra possível atingir a melhor interpretação de determinado dispositivo ou princípio constitucional.

Os debates constitucionais travados, no âmbito jurídico, visam a enfrentar instabilidades interpretativas inerentes ao próprio sistema constitucional e à textura aberta das normas. Não é, portanto, devida uma limitação dessa atuação democrática, mormente porque esses debates são uma parte da democracia e uma importante ferramenta para o desenvolvimento desta.

Os autores propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controvertidas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas.³⁷⁸

³⁷⁵ POST, Robert e SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Harvard. 2007. p. 379. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 375.

³⁷⁶ Nesse sentido, a interação entre o Judiciário e sociedade seria o substrato legitimador de uma cultura constitucional capaz de inspirar a autoridade da Constituição. Assim, Siegel e Post mencionam: “Trust in the responsiveness of the constitutional order plays a crucial role in preserving the Constitution’s authority. When this trust exists, citizens can defer to authoritative judgments about the Constitution’s meaning that diverge from their own. The maintenance of this trust depends upon citizens having meaningful opportunities to persuade each other to adopt alternative constitutional understandings. Paradoxically, the possibility of disagreement about the Constitution’s meaning preserves constitutional authority, because it enables persons of very different convictions to view the Constitution as expressing their most fundamental commitments and to regard the Constitution as foundational law”. (POST, Robert and SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 27).

³⁷⁷ BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 33.

³⁷⁸ BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. **Revista Novos Estudos**

Assim, o próprio desacordo é visto com bons olhos, a partir da concepção do Constitucionalismo Democrático, porquanto permite que os cidadãos também influenciem e auxiliem o Poder Judiciário, na formulação de razões argumentativas, que promovam e protejam direitos, sobretudo aqueles de nível constitucional. Entretanto, deve-se salientar que compete à autoridade jurídica a tradução dos argumentos fornecidos em argumentos jurídicos. Além disso, acrescentam não ser coerente pensar em um movimento constitucional que busque o reconhecimento público, e que, ao mesmo tempo, esteja blindado da ocorrência de desacordos; até porque os desacordos são uma das características marcantes das modernas sociedades. A questão fundamental consiste em identificar as situações estratégicas nas quais as instâncias deliberativas não serão capazes de proteger a autonomia privada de certos grupos.

Em suma, para o Constitucionalismo Democrático, os cidadãos são parte fundamental na construção de uma cultura constitucional cuja interpretação é essencial para potencializar a sua legitimidade democrática. Naturalmente, o que os professores de *Yale Law School* buscam não é estimular o conflito e o desacordo. Pelo contrário, eles têm clara noção acerca dos possíveis problemas que disto surgem; entretanto, procuram demonstrar as vantagens de uma solução bem fundamentada em argumentos jurídicos substantivos, para a própria ordem constitucional, e para o regime democrático. Logo, para Robert Post e Reva Siegel, o Constitucionalismo Democrático, com interpretações constitucionais, produz um grande benefício para a ordem constitucional.

Democratic constitutionalism suggests, moreover, that controversy provoked by judicial decisionmaking might even have positive benefits for the American constitutional order. Citizens who oppose court decisions are politically active. They enact their commitment to the importance of constitutional meaning. They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings. These forms of engagement lead citizens to identify with the Constitution and with one another.³⁷⁹

O Constitucionalismo Democrático, ao contrário do Minimalismo Judicial, tenta mostrar o lado positivo dos desacordos, compreendendo-os como parte fundamental do movimento constitucional, e da própria democracia, ao empoderar os cidadãos ativos, que podem, através dos confrontos deliberativos, delinear novos significados constitucionais.

Jurídicos. v. 19, n. 1: 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 10 maio. 2016. p. 125.

³⁷⁹ POST, Robert e SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Harvard. 2007, p. 379. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 390.

Destarte, ambas as teorias são contrastantes e possuem visões distintas, por consequência, do papel do poder judiciário, do juiz e do Estado Democrático de Direito. Enquanto o Minimalismo adota uma postura que limita mais o Judiciário; o Constitucionalismo Democrático abre mais o campo de atuação desse Poder e permite a formulação de amplas teorias que justificam uma resposta substantiva do Poder Judiciário, sobretudo na proteção de direitos fundamentais.³⁸⁰

4.3 Análise do Caso *Obergefell v. Hodges* à Luz do Debate Entre o Constitucionalismo Democrático e o Minimalismo Judicial

Neste item final do presente capítulo, faremos uma apresentação do caso *Obergefell v. Hodges*,³⁸¹ julgado no ano de 2015, para que seja possível fazer uma análise crítica do minimalismo judicial, e do constitucionalismo democrático, através da análise de um caso concreto, na busca de uma compreensão mais adequada sobre esta questão. O propósito é para que se possa ofertar uma resposta sobre qual das teorias responde, de forma precisa, aos mandamentos constitucionais, a uma proteção dos direitos – a partir de suas relações com a democracia -, e também com uma teoria do direito.

Salientamos, porém, que não será feita aqui uma ampla revisão, acerca dos votos proferidos pelos *justices*, quando do julgamento sob análise. Nosso objetivo, aqui, é demonstrar os principais fundamentos, bem como as condições fáticas daquele caso, que levaram a Suprema Corte norte-americana a considerar inconstitucional a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo nos estados federados àquele país. De tal modo que seja possível ilustrar como determinados preceitos de cada teoria se amoldam à *ratio decidendi* adotada nesse julgado.³⁸²

³⁸⁰ Anota-se que a possibilidade democrática da produção de respostas amplas, a partir de teorias profundas é mais uma proximidade entre o pensamento aqui trabalhado e o do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin. Para ambos, uma atuação proativa do Poder Judiciário é legítima dentro de uma democracia. Todavia, há uma preocupação epistemológica distinta entre ambas teorias: Dworkin estabelece limitações advindas da sua própria teoria – sobretudo a partir das exigências feitas pelo ideal da integridade -, enquanto Post e Siegel estão mais preocupados com os resultados da decisão judicial, na busca da proteção aos direitos fundamentais.

³⁸¹ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun 2015.

³⁸² Para ver a íntegra da fundamentação, através do voto proferido na Suprema Corte, ver: ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

Iniciamos, pois, essa empreitada: John Arthur e James Obergefell estavam em um relacionamento afetivo, quando, no ano de 2011, o primeiro foi diagnosticado com esclerose lateral amiotrópica, doença para a qual não há possibilidade de cura. Dois anos depois, em 2013, portanto, decidiram levar a união para um nível matrimonial, o que somente é possível ser feito através do reconhecimento estatal da validade dessa união. Casaram-se no Estado de Maryland, sem qualquer dificuldade de ordem legal. Entretanto, o problema iniciou-se quando decidiram se mudar para Ohio, outro Estado da Federação norte-americana, uma vez que, naquele Estado, sua união matrimonial não foi reconhecida.³⁸³ O casal objetivava o reconhecimento da união, ocorrida em Maryland, para fins *post mortem*, uma vez que Arthur estava em seus últimos dias e desejava que Obergefell estivesse identificado, como seu esposo, quando da escrita do atestado de óbito.

À vista dessa decisão, iniciou-se um longo processo judicial até a chegada do caso à Suprema Corte. Com efeito, ajuizaram uma ação, pedindo o reconhecimento da união, contra o governador de Ohio, John Kasich - parte legitimada passivamente pela legislação daquele estado -, no próprio ano de 2013, sob o fundamento da discriminação contra a união de casais do mesmo sexo.

A decisão, em sede distrital,³⁸⁴ deu procedência ao pedido formulado por Obergefell, ao efeito de determinar a prática como discriminatória, porquanto há uma invasão de uma esfera de foro privado, protegida contra a intervenção ou a regulação estatal, também pelos precedentes da Suprema Corte. Assim, ordenou o reconhecimento da união, pelo Estado de Ohio, e, por consequência, que se emitisse a certidão de óbito nos moldes pretendidos inicialmente pelo casal.

Dessa decisão, houve apelação para a *Sixth Circuit of Appeals*,³⁸⁵ onde, no dia 06.12.2014, houve a reversão da decisão, pelo placar de dois votos favoráveis a reversão e um contrário. Referida decisão deu-se sob o fundamento de que esta proibição não viola a Constituição daquele país.

Após isso, foi ajuizado um *writ of certiorari* perante a Suprema Corte, para que esta se manifestasse sobre a constitucionalidade dessa proibição. Argumentaram, em síntese, que a

³⁸³ Insta lembrar que os Estados norte-americanos possuem uma autonomia legislativa muito maior do que os Estados brasileiros. Trata-se de uma federação mais descentralizada, o que justifica a possibilidade do casamento homoafetivo ser permitido em um estado e proibido no outro.

³⁸⁴ Para efeitos de comparação, as *district courts* americanas são equivalentes a jurisdição de primeiro grau brasileira.

³⁸⁵ À grosso modo, equivale à jurisdição de segundo grau nacional, com alterações de nível estrutural. Por não ser tema do interesse central dessa pesquisa, deixaremos de abordar o funcionamento estrutural do processo e do sistema judicial norte-americano. Sobre isso, ver: BAUM, Laurence. **A suprema corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

proibição do casamento de pessoas do mesmo sexo, em Ohio, viola as garantias do *Due Process* e da *Equal Protection*, bem como a recusa, no reconhecimento da legalidade do procedimento adotado por outro estado da federação, viola a *Credit Clause* e a *Full Faith* da Constituição.

Na Suprema Corte, houve a união, por conexão, com outros três casos similares – *Tanco v. Haslam*; *DeBoer v. Snyder*; e *Bourke v. Bescher* -, porquanto todos envolviam a proibição, ou a recusa de reconhecimento, do casamento homoafetivo por vários estados norte-americanos. Com efeito, no ano de 2015, a Suprema Corte norte-americana decidiu, por uma maioria de cinco votos contra quatro, pela inconstitucionalidade da negativa feita pelos estados, quando do reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo.

Analisaremos, pois, os fundamentos da opinião majoritária, de ordem do *justice* Kennedy: com efeito, este focou o seu argumento no significado do *Due Process* e da *Equal Protection*, na ordem constitucional americana, como protetoras da liberdade, entre elas incluída a do casamento.

Segundo o Justice Kennedy, esses princípios fundamentais da Constituição norte-americana permitem que pessoas do mesmo sexo celebrem o matrimônio, porquanto é uma das faces da liberdade protegida pelos princípios citados. Há, pois, um reconhecimento da relação entre o casamento e a liberdade; outro ponto importante é a afirmação que o casamento é, ele mesmo, um direito fundamental, pois atribui dignidade aos casais, sobretudo em nível social; também argumenta que o casamento protege a integridade da família; e alega que permissão do casamento não trará prejuízos a terceiros.³⁸⁶

O argumento fundamental de *Justice* Kennedy foi o de que a *Equal Protection* e a *Due Process* proíbem a violação não justificada do direito fundamental ao casamento. O direito ao casamento é um direito fundamental implícito ao conceito de liberdade da pessoa à luz da *Due Process* e justificável sob a *Equal Protection*.³⁸⁷

Por outro lado, a divergência norteia o seu argumento no fato de que a Corte não pode adotar uma posição ativista e usurpar a competência legislativa no sentido de obrigar a Nação a seguir preferências morais particulares dos nove *justices*. Em outras palavras, não haveria legitimidade democrática para a Suprema Corte legitimar o casamento naquela situação,

³⁸⁶ Utilizamos como parâmetro para a descrição fática dos ocorridos no caso *Obergefell v. Hodges*, os escritos de Maria Eugenia Bunchaft: BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 23-25.

³⁸⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40.

mormente pela ausência de qualquer previsão legislativa, bem como pelo fato da tradição norte-americana apontar na direção contrária àquela decisão.³⁸⁸

Com efeito, esclarecendo este ponto comum central para divergência: os *Justices* consideram errado a ideia segundo a qual a Corte pode fazer uma interpretação substantiva do *Due Process*, porquanto isso implicaria a possibilidade da imposição de convicções pessoais dos magistrados à toda sociedade, numa clara distorção da democracia norte-americana. Assim, argumentam que o correto seria deixar para o processo político a decisão acerca da validade ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, refutam o fato de que a proibição do casamento incorreria numa violação da *Equal Protection*.

Dito isso, passamos para uma análise individualizada da divergência, para mostrarmos algumas particularidades de cada argumento fornecido, salientando que faremos uma apresentação conjunta dos *Justices* defensores do originalismo: *Justice* Roberts enfatiza no seu voto não há legitimidade da Corte para alterar o cerne do casamento, salientando que se trata de questão divergente da união entre pessoas da mesma raça. Naquele caso, houve a remoção de barreiras raciais, sem alteração da definição do casamento; *Justice* Alito manifesta-se no sentido contrário decisão majoritária, pois não vê uma tradição enraizada sobre o significado da liberdade que permita ao Tribunal, sob o fundamento do *Due Process*, usurpar o direito popular de manifestação sobre essa controvérsia moral.

Os outros dois *Justices* divergentes, Thomas e Scalia, norteiam o seu voto ao redor da concepção originalista,³⁸⁹ segundo a qual deve-se interpretar a Constituição de acordo com o que os *framers* quiseram dizer quando da elaboração desse documento. Argumentam, então, que o significado original de liberdade utilizado pelos *framers*, em nada tem a ver com a questão do matrimônio ou a própria liberdade para casar-se. Em realidade, o que tinham em mente os arquitetos da Constituição norte-americana quando da inserção da expressão “liberdade” era tão somente em relação a liberdade física, no sentido da livre locomoção, não sofrer

³⁸⁸ Nesse caso, os votos divergentes foram proferidos pelos Justices Roberts, Scalia, Alito e Thomas. Não iremos analisar com profundidade os argumentos por eles defendidos, porquanto não é central para a análise que pretendemos fazer. Iremos, não obstante, apresentar alguns pontos importantes ali afirmados, como forma de estabelecer o contraponto à maioria.

³⁸⁹ Robert Post e Reva Siegel criticam a concepção originalista. Em suas palavras: “Originalism uses political and litigation strategies to infuse the law of the Constitution with contemporary political meanings that originalists find compelling. This is not a question of hypocrisy or of a failure of theoretical purpose. Vibrant and viable political movements characteristically establish this constructive relationship to the past. Yet this active reconstruction of the past is simply incompatible with the democratic authority of consent, as conceived by the jurisprudence of originalism.” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a political practice: the right’s living constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. p. 545-574. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=fss_papers>. Acesso em: 30 maio 2016. p. 560. Dworkin também faz uma crítica à concepção originalista. Sobre isso, ver nota número 245.

encarceramento injustificado, etc. Assim, o que o *Due Process* protege efetivamente, segundo os originalistas, é essa concepção limitada de liberdade. Acrescentam, ainda, que os *framers* não conheciam outras dimensões de liberdade e, portanto, qualquer interpretação constitucional que as reconheça será ativista e não possui legitimidade democrática para tanto. O correto, nessa visão, seria deixar ao arbítrio do povo para que este decida, dentro de sua soberania constitucional, acerca da questão em voga.³⁹⁰

Assim, expostos os fundamentos,³⁹¹ passa-se a uma análise sob o escopo do Minimalismo Judicial e do Constitucionalismo Democrático. Faremos também um esboço do pensamento *dworkiniano* sobre o tema. Pois bem: Cass Sunstein escreveu um artigo³⁹² elogiando a decisão tomada pela Suprema Corte, porquanto identifica ali uma das hipóteses em que se mostra possível a adoção de uma decisão maximalista, que, nem por isso, mostra-se antidemocrática. A decisão, na sua visão, foi produto de um amadurecimento constitucional, em que a discriminação sexual foi majoritariamente reprovada pela sociedade e pelas cortes – pois já haviam estabelecido alguns precedentes indicando esse posicionamento. Tratava-se, portanto, de uma mera continuidade, dentro de um caminho já há tempos percorrido por decisões, sobre essa temática e nessa mesma direção. No passado, pondera, tais decisões seriam muito reclamadas, mas, na atual realidade enxergada por Sunstein, não há contestações, porquanto já existe um consenso social sobre o tema.

Além disso, justificando a sua posição de concordância em relação à decisão proferida, sustenta que Suprema Corte proferiu uma decisão seguindo um consenso social preexistente – qual seja: o de que o casamento, entre pessoas do mesmo sexo, deveria ser reconhecido, de modo que o *backlash* não terá grandes repercussões em nível social, bem como não seria necessária a produção de um acordo de baixo nível de profundidade.

Já a visão do Constitucionalismo Democrático oferece um enfoque mais justificador sobre os fundamentos da decisão, não se baseando em impressões de difícil prova empírica de um suposto consenso social formado sobre o tema. Pelo contrário, os professores da *Yale Law School*, na nossa visão, mostrar-se-iam também favoráveis à decisão. Entretanto, o fariam por razões distintas e, diga-se de passagem, mais profundas.

³⁹⁰ Utilizamos como parâmetro para a descrição fática dos ocorridos no caso *Obergefell v. Hodges*, os escritos de Maria Eugenia Bunchaft: BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba, 2015. p. 23-25.

³⁹¹ Sobre os fundamentos completos da decisão, ver nota número 382.

³⁹² SUNSTEIN, Cass. *Gay marriage shows court at its best*. 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

Os teóricos do constitucionalismo democrático argumentam, em favor da proteção aos direitos fundamentais, que também pode ser realizado a partir de uma atuação ativa dos tribunais. Nesse caso, portanto, o Poder Judiciário agiu dentro do seu âmbito de atuação, e, através da produção de um sentido constitucional convergente com a tradição americana, bem como sensível em relação aos cidadãos, decidiu de forma correta. Em virtude disso, potencializou a sua legitimidade democrática na interpretação constitucional.

A partir de uma interpretação dos dispositivos do *Due Process* e da *Equal Protection*, seria possível reinterpretar esses princípios de forma a adequá-los à realidade social e, também, fornecer um realinhamento do significado da igualdade, que se encontrava, naquele momento, desalinhado em relação ao melhor entendimento contemporâneo. A razão era a de que se mostrava injustificável a proibição do casamento homoafetivo e esses casais encontravam-se em situação assimétrica em relação aos heterossexuais.

Logo, a decisão da Suprema Corte foi um importante passo, no desenvolvimento da democracia, nos Estados Unidos da América, que, influenciado pelos próprios cidadãos, acabou por traduzir argumentos meramente sociais em razões jurídicas. Isso propiciou um novo entendimento sobre os significados constitucionais dos princípios e das cláusulas elencadas como fundamento de justificação do voto majoritário. Uma atuação ampla e substancial, portanto, mostra-se como um meio legítimo e, em certos casos, necessário, para a promoção democrática, mormente quando as instâncias deliberativas falham no cumprimento das suas funções e na atualização da legislação às novas compreensões sociais, acerca das práticas legítimas ou não.

Apesar disso, a perspectiva do Constitucionalismo Democrático pensa que a decisão, por mais acertada que possa parecer, não se esgota na sua fundamentação, e esta pode, inclusive, estar mesmo equivocada ou muito limitada para determinados grupos sociais. Esse é o sentido construtivo do *backlash*, pois permite aos interessados continuar influenciando o debate público e manter-se ativo na busca de uma fundamentação que atenda aos seus interesses, ainda que o seu objetivo primário já tenha sido atingido. Justamente por essa razão, pode-se sustentar que o constitucionalismo democrático é uma perspectiva dialógica.

Com efeito, para exemplificar a observação acima, podemos utilizar o exemplo de grupos feministas que não se encontram satisfeitos com a ótica ou os argumentos adotados pela fundamentação majoritária, ainda que estejam de acordo com o resultado. Assim, diante de uma argumentação essencialmente liberal, no sentido de permitir o casamento homoafetivo com base em cláusulas de liberdade e igualdade. Nessa linha, afirmou-se que dentro de uma multiplicidade de concepções de vida boa na sociedade, não cabe ao Estado impor, de forma

normativa, determinada concepção em detrimento das demais, devendo este se resguardar a centralidade da proteção estatal aos direitos individuais e à igualdade. Esse argumento ignora, portanto, se o casamento é um bem normativo ou normativamente valioso.

Entretanto, não houve qualquer questionamento acerca do próprio instituto do casamento e da razão pela qual faz-se necessário o reconhecimento por parte do Estado. Nesse sentido, o questionamento perpassa uma análise mais profunda sobre a própria validade social do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que é deixado de lado em nome de igualdade formal. Dessa forma, não haveria de fato uma igualdade material, o que estaria acontecendo, em verdade, seria a manutenção do *status quo* sem uma efetiva afirmação sobre o valor positivo que a união homossexual exerce na sociedade.³⁹³

Nicola Barker, por exemplo, em seu livro intitulado *Not the Marrying Kind: A feminist critique of same-sex marriage*, busca ampliar a noção do casamento homossexual para além da mera discussão de seu reconhecimento. Na sua visão, a sociedade deve se questionar sobre se efetivamente os envolvidos têm interesse no reconhecimento do casamento, ao menos da forma em que ele é visto nos dias contemporâneos. Barker considera extremamente complicado argumentar contra o reconhecimento legal e simbólico das relações do mesmo sexo dentro de um contexto heterossexista. Assim, o mero entendimento da igualdade nas relações homoafetivas, se comparadas às heteroafetivas, não abrangem um desafio forte para a crítica feminista ao modelo institucional do casamento, pelo contrário, somente sustenta, como visto, a manutenção do *status quo*.³⁹⁴ Questiona-se, pois, a heteronormatividade do instituto do casamento, uma vez que ele apenas formaliza uma mínimo de igualdade no âmbito formal; materialmente, porém, o problema persiste sem que seja discutido publicamente as razões para superar essas questões.

³⁹³ Sobre o ponto da necessária equalização material e não somente formal, assim se manifesta Robert Wintemute: “Once a group that has historically faced pervasive direct discrimination achieves a legal equality (the elimination of such discrimination in legislation and public sector rules and policies, and legal protection against such discrimination in the public and private sectors, although specific decisions to discriminate by individual public and private sector actors may continue), attention shifts to indirect discrimination. In other words, there is a shift from claims that ‘we are the same’ in all relevant respects (and therefore entitled to formal equality) to ‘we are different’ in some relevant respects that require accommodation (in order to achieve substantive equality). Given the paucity (at the Supreme Court level) of successful Charter claims for indirect discrimination [...] LGB individuals and same-sex couples can expect an uphill struggle in persuading courts that neutral rules must be invalidated (for the benefits of all) to accommodate their differences or that they must be exempted from such rules.” (WINTEMUTE, Robert. Sexual orientation and the charter: the achievement of formal legal equality (1985-2005) and its limits. *McGill Law Journal*. v. 49, n. 4, 2004. p. 1143-1180. Disponível em: <<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/129246-4winte.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016).

³⁹⁴ BARKER, Nicola. **Not the marriage Kind: A Feminist Critique of Same-Sex Marriage**. Kent Law School, University of Kent, UK; Palgrave Macmillan, 2013.

Logo, através dos argumentos expostos acima, de teor exemplificativo, diga-se de passagem, determinados grupos feministas poderiam buscar influenciar o debate público para que a evolução jurisprudencial não se limite somente aos argumentos fornecidos em *Obergefell v. Hodges*, bem como inspirar uma mudança social mais profunda. Naturalmente, o raciocínio aqui exposto pode valer para quaisquer grupos sociais que objetivem melhoras de suas condições sociais e que podem atingir esse objetivo pela oferta de profundas razões para serem utilizadas no debate público-político e no debate jurídico também, através da tradução destes argumentos para argumentos válidos dentro do sistema jurídico local.

Destarte, em que pese a concordância com a decisão fornecida no caso aqui ilustrado, o Constitucionalismo Democrático busca ir além dos próprios fundamentos utilizados pelos *Justices*, pois, através dos efeitos positivos que o *backlash* produz na sociedade, é possível a manutenção do debate sobre o tema de forma a permitir o desenvolvimento de determinados aspectos considerados fundamentais por determinadas alas da sociedade civil e que, por ventura, podem ter sido deixadas de lado na *ratio decidendi* do tribunal. Dessa forma, o Constitucionalismo Democrático busca inspirar uma moralidade crítica que, de forma dialógica, possa permitir que a sociedade civil influencie o debate político e, também, o debate jurídico.

Por fim, ousaremos, também, tecer breves comentários sobre o que imaginamos ser a posição fornecida por Dworkin para este julgado. Aqui, estamos exercendo, pois, uma interpretação com os fundamentos fornecidos, pelo autor, para pensarmos em relação a algo para além do que ele falou. Nesse caso, um julgamento sobre o qual ele não teve a oportunidade de manifestar-se sobre.

Dworkin também manifestaria o seu acordo com a decisão e, da mesma forma que o Constitucionalismo Democrático, não o faria por razões meramente empíricas - ou experimentais, para usar a expressão que o próprio utiliza quando da crítica a teoria de Cass Sunstein. Faria, sim, por uma profunda reconstrução dos valores constitucionais que justificam a alteração daquela prática proibitiva em relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Tal reconstrução passaria pela leitura moral da constituição, para poder fornecer uma justificação profunda acerca do instituto do casamento e das suas relações com os demais princípios fundamentais - liberdade e, especialmente, a igualdade, por exemplo. De tal modo que seja possível ao juiz readequar o ideal da integridade, mediante uma nova leitura possibilitada pelo caso em tela. Deve-se referir que, naturalmente, essa mudança de concepção somente seria possível a partir do interpretativismo, de visão *dworkiniana*, pois este seria a condição de possibilidade para a readequação, e para o delineamento dos novos sentidos.

Percebe-se, portanto, que haveria uma proteção fundamental, concedida em nome da igualdade, a partir de uma justificação moral – e, dessa forma, interpretativa -, na qual foi possível a atribuição de um valor fundamental à prática do casamento, de modo que não há como compactuar com uma leitura proibitiva desse instituto. Mormente, pela ausência de qualquer justificativa de caráter moral que forneça melhores argumentos do que os fornecidos em favor do seu reconhecimento. Através da adoção de uma leitura moral de caráter interpretativo, possibilitando-se, assim, uma melhor compreensão do instituto em questão, dentro da integridade necessária para o Estado Democrático de Direito, mostra-se possível trazer o casamento à sua melhor luz, dentro de uma rede integrada dos valores abarcados pela sociedade, vista da perspectiva de uma comunidade de princípios. A partir dessa leitura pode-se dizer que o que está em jogo são, além de valores democráticos, direitos que devem ser reconhecidos e resguardados pelo Estado em nome da igual consideração por todos os cidadãos. Tratar-se-ia, pois, tanto de uma questão de democracia como uma questão do singelo reconhecimento de um direito que deve ser reconhecido a todos os cidadãos.

Assim, com essa decisão, dar-se-ia mais um passo em direção à função primordial do Estado na democracia: tratar, efetivamente, todas as pessoas como iguais. Não se trata somente em termos numéricos ou estatísticos – como o direito ao voto -, mas, sim, de um tratamento substancialmente igual, que é corolário da moralidade política e, nesse sentido, propicia o fornecimento de melhores razões, para a democracia, do que aquela meramente estatística, desprovida de justificativas morais substantivas.

Veja-se, também, que essa reconstrução também legitima, e justifica, a atuação substantiva do Poder Judiciário, conquanto limitado pelos ideais político-morais, trabalhados pelo jusfilósofo, no sentido de limitar a discricionariedade. Ao decidir pela proibição do casamento, a Suprema Corte acabou por fornecer uma melhor justificativa moral para o casamento, favorecendo a integridade e fortalecendo a democracia, a partir da utilização de uma profunda reconstrução teórica acerca das práticas em questão. Mostra-se assim, que há uma melhor justificativa moral para a decisão pela inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Trata-se, pois, de uma concepção, com maior densidade filosófica que as anteriores, no sentido da busca por uma legitimação moral para o direito. Não volta o seu foco ao resultado social produzido pelo julgado – como o constitucionalismo democrático -, nem, tampouco, mostra-se preocupado com um fortalecimento da democracia somente pela maior legitimidade democrática - dentro da leitura *Sunsteiniana* - do Poder Legislativo, reduzindo a argumentação legal, da forma preconizada por Cass Sunstein.

Dworkin adota uma postura elegantemente argumentativa, no sentido da busca pelas melhores razões – morais -, que justifiquem as práticas sociais, inclusive o direito, porquanto este trabalha com a coerção estatal. Dessa forma, tendemos a concluir que, a partir de uma ampla análise da situação e dos princípios envolvidos no julgamento de *Obergefell v. Hodges*, o jusfilósofo americano seria capaz de formular profundas razões para demonstrar, tanto a correção daquela decisão, como a sua concordância com a mesma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizado o desenvolvimento teórico do trabalho, é chegado o momento de verificar o cumprimento dos objetivos estabelecidos, de responder às questões propostas e de confirmar, ou não, as nossas hipóteses. Portanto, mãos à obra.

Iniciamos a presente pesquisa, com o objetivo de estudar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional; sobretudo, porque consideramos julgamentos dessa linha um momento central do debate jurídico que une o direito e a política. Isso quer dizer que, nesses momentos, a tensão, entre direito e democracia, atinge seu limite, porque - quando da interpretação de cláusulas morais abstratas e da proteção de direitos fundamentais - o Poder Judiciário pode acabar por limitar as próprias vontades democráticas. Vontades, aqui entendidas, como vontades da maioria, e de como, a partir de juízos eminentemente individuais, pode determinar rumos sociais e importar as suas concepções morais para a coletividade de cidadãos. Há, assim, um paradoxo presente, porquanto se vislumbra uma grande dificuldade de alteração constitucional, pela via legislativa; entretanto, judicialmente, mostra-se possível alterar, com muito mais velocidade e facilidade, determinadas interpretações - o que, à primeira vista, pode parecer uma inversão de valores da democracia.

Com esse problema em mente, o estudo teve seu começo com o a análise das origens históricas da jurisdição constitucional. Esse fenômeno teve seu início, a partir do movimento constitucionalista, que, em diferentes locais e períodos históricos, buscou a limitação do poder soberano, por meio de um documento, cuja aceitação, como topo do ordenamento jurídico, subordinava a todos. A esse documento, de caráter jurídico-político, deu-se o nome de constituição. A partir desse momento, partimos para uma exame histórico-comparativo dos momentos em que se estabeleceu a jurisdição constitucional como aceita, nos Estados Unidos e na Europa Continental, e as justificativas oferecidas, por cada modelo, para que se considerasse o mais correto. Como o objetivo central desse trabalho é demonstrar os fundamentos democráticos da jurisdição constitucional, parece-nos sensato e coerente demonstrar as suas origens, de modo que seja possível perceber todo o seu desenvolvimento histórico.

Com efeito, o debate, entre federalistas e antifederalistas, deu-se sobre, principalmente, a necessidade, ou não, do estabelecimento de uma federação, para garantir a união das treze colônias originais. No que é mais caro a essa dissertação, a divergência girava em torno da existência de uma corte que tivesse o poder de controlar a autonomia política. Os antifederalistas viam essa possibilidade como antidemocrática, porquanto acabaria por limitar

o potencial emancipatório do poder constituinte estadual. Deve-se frisar que a perspectiva antifederalista via como antidemocrática toda a engenharia institucional americana, com um governo central, pois a ideia de federação - a separação dos poderes, com freios e contrapesos - e a própria jurisdição constitucional, todas limitam a autonomia estadual, e, também, o Poder Legislativo, como centro da democracia, ao menos como esse conceito era visto à época. Os federalistas, por outro lado, viam a jurisdição constitucional, como necessária para garantir a manutenção da união. Entretanto, não obtiveram êxito, na tarefa de justificar o caráter judicial da jurisdição constitucional; ao contrário, optaram por delegar esse poder ao Judiciário, a partir de uma perspectiva pragmática: a ideia segundo a qual o Poder Judiciário seria o menos propenso à tirania em relação aos demais. Entretanto, apesar do sucesso federalista na promulgação da Constituição, e no estabelecimento da federação, a questão da jurisdição constitucional não foi mencionada naquele documento. Não obstante, a competência da Suprema Corte, para realizar tal ato, foi arraigada por ela própria, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, ainda que o tenha feito por uma série de razões - que não somente se estabelecer como o legítimo intérprete da Constituição. Porém, a partir desse momento, e com posterior desenvolvimento e afirmação histórica dentro daquela cultura, ficou assentado o modelo norte-americano de jurisdição constitucional, pelo qual compete, majoritariamente, ao órgão de topo do Poder Judiciário federal realizar esse controle.

Na Europa continental, a discussão da efetivação da juridicidade da jurisdição constitucional foi problematizada, a partir de clássico debate Kelsen/Schmitt, sobre o guardião legítimo da constituição. Enquanto o primeiro defendia a necessidade de um tribunal constitucional, politicamente neutro e sem vinculação com os demais poderes, para exercer essa função através de argumento jurídicos; o segundo advogava pela ideia oposta, no sentido da parcialidade desse controle, porquanto, nos momentos de interpretação constitucional, o que deveria prevalecer era a vontade do povo, que seria determinada pelo seu agente eleito. Nesse caso, o argumento vencedor foi o *Kelseniano*, sobretudo após a queda do regime nacional-socialista.

Após esse capítulo, pensamos poder já afirmar que o controle de constitucionalidade deve ser exercido com a utilização de argumentos jurídicos, sendo indiferente, porém, para o que interessa a essa pesquisa, se este é realizado, por um tribunal participante do Poder Judiciário, ou por uma corte constitucional. Entretanto, verifica-se que esse controle também permite ao seu prolator um enorme poder sobre os demais, razão pela qual essa tarefa também possui feições políticas.

Todavia, como procuramos deixar claro em todos os momentos dessa pesquisa, ela não se limita a uma atividade descritiva; pelo contrário, buscou-se estabelecer razões, de natureza normativa, para justificar a qualidade democrática da jurisdição constitucional, mesmo que essa afirmativa possa parecer, em certa medida, conflitual com as noções triviais de democracia. Por essa razão, os dois capítulos finais adotam uma perspectiva justificadora, unindo teorias que também se preocupam com questões de democracia. Com o auxílio dos teóricos ali citados, espera-se conseguir fornecer uma resposta exitosa para esse conflito entre democracia e direitos.

No terceiro capítulo, o objetivo é apresentar as visões de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas, sobre a jurisdição constitucional, diante das suas concepções de democracia. Porém, também percorremos um traçado que nos permitisse chegar com um *background* teórico, acerca do local de fala de cada um desses, bem como justificar a pertinência da utilização desses autores. Este capítulo inicia-se, assim, com a apresentação de um diagnóstico sobre o aumento do âmbito de atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas – e, salientamos, isso ocorre por uma grande gama de fatores. No que é mais profundamente importante para o nosso trabalho, destaca-se a pluralização das sociedades modernas, inundadas por diversas concepções de bem. Esse fato, por si só, já potencializa os conflitos sociais. Apresentamos, após, como as concepções liberal, republicana e democrático-deliberativa trabalham a tensão entre direito e democracia, tão presente nessas sociedades, com o intuito de iluminar alguns pontos, e de fornecer um conhecimento prévio, para que seja possível a compreensão das teorias complexas que serão tratadas. Nesse momento, já podemos afirmar que o debate não mais se encontra em *quem* pode realizar a guarda da constituição; o que está em jogo, agora, é *o como* isso será feito; ou seja: quais limites existem para que não nos tornemos uma juristocracia.

Na sequência, trabalhamos com a tensão, entre direito e democracia, nas visões de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas, ponto central desse capítulo. O jusfilósofo americano tem o grande mérito de prover o regime democrático com razões morais, fornecendo justificativas substanciais e o diferenciando da concepção majoritária. Essa concepção atende pelo nome de *partnership conception*, na qual o exercício do poder somente pode ser legítimo se houver o respeito às minorias, através da oferta de igual consideração, e respeito, aos membros da comunidade política – e, anote-se, essa é uma das condições democráticas. É da obediência às condições democráticas, que o Estado retira a sua justificação político-moral. Desse modo, a jurisdição constitucional deve ser legitimada, a partir da apreciação das condições democráticas. No que diz respeito à sua forma de atuação, Dworkin elabora a tese da leitura moral, válida quando se encontra diante de princípios morais abrangentes, pois vazados

em linguagem abstrata e, portanto, vinculantes, e cabíveis de preenchimento de sentido, por via da jurisdição constitucional. A ressalva que deve ser feita aqui é que a leitura moral é interpretativa e, portanto, dirige-se à integridade, de modo que o juiz não pode preencher os sentidos de acordo com a sua vontade; pelo contrário, deve fazê-lo de forma coerente com a história institucional, para que seja possível enxergar o direito sob a sua melhor luz. Quando visto por esse prisma, segundo Dworkin, a jurisdição constitucional, conquanto fundada na integridade, nada faz, senão promover a legitimidade do governo democrático.

Há, sem sombra de dúvidas, enormes benefícios, para a democracia e para a jurisdição constitucional, se endossarmos certas ideias fornecidas por Dworkin. De forma extremamente original e criativa, esse autor oferece uma nova gramática, a respeito de diversos conceitos; no que diz respeito ao direito e à jurisdição constitucional, salientamos a importância da compreensão do interpretativismo, e da integridade, bem como a conexão desses conceitos com a moral. Suas ideias merecem muitas explorações, fazendo jus à enorme repercussão que obtiveram.

Habermas, ao contrário, propõe um modelo de democracia constitucional que não tem por base, nem a existência de valores compartilhados, nem conteúdos substantivos. A democracia constitucional *habermasiana* é fundada em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, capazes de acomodar a autonomia pública e privada. Percebe-se, aqui, nitidamente a sua preocupação – externada desde as suas primeiras obras filosóficas –, em fornecer condições para que o debate público decida sobre os rumos da sociedade, para que cidadãos livres, e iguais, possam decidir sobre questões substantivas. Assim, nem mesmo a constituição pode ser interpretada como uma ordem suprapositiva de valores, pois apenas garante as condições procedimentais para o exercício da democracia. Dentro dessa concepção de democracia constitucional deliberativa, pois, não é aceita uma jurisdição constitucional substantiva, porque, por óbvias razões, a própria democracia encontrar-se-ia subjugada, segundo o pensamento de Habermas. Em outras palavras, a jurisdição constitucional não está autorizada a emendar a obra do legislador – porquanto este é o legitimado democraticamente para a produção e alteração de normas –, mas, apenas, garantir que este seja democrático, no sentido do cumprimento das condições legítimas para o debate público.

A produção filosófica *Habermasiana* é de um brilhantismo ímpar, e devemos destacar a razão comunicativa. Entretanto, entendemos que a criação de um sistema racional de comunicação não necessariamente fortalece a democracia, porquanto a possibilidade de um julgamento individual, conquanto justificado em argumentos substantivos de razão pública,

também pode promover a democracia. Portanto, nesse particular, discordamos das limitações impostas por Habermas à jurisdição constitucional, em nome da democracia.

Percebe-se, portanto, da leitura desse capítulo, que a concepção de Dworkin aceita a possibilidade de uma jurisdição constitucional substantivamente argumentada como legítima; ao contrário, Habermas nega essa legitimidade, pois isso arranharia a própria democracia, na forma por ele idealizada.

Seja qual for a concepção que consideremos ideal, pensamos poder, desde já, estabelecer a validade, ou não, da nossa primeira hipótese. Isso porque, tanto Dworkin, como Habermas, fornecem concepções de democracia que não podem ser considerados como somente a afirmação da concepção majoritária, porquanto há o reconhecimento da existência de direitos fundamentais. Contudo, este trabalha com o respeito mútuo, entre as autonomias pública e privada; aquele, com uma concepção de democracia constitucional substancialista, na qual há uma união, entre o autogoverno e o sistema de direitos.

Voltando, agora, ao nosso ponto de partida: a resposta que fornecemos à primeira hipótese é a de que a confirmamos parcialmente. A afirmação acerca do elitismo da engenharia institucional americana não se sustenta, se considerarmos a adição do *Bill of Rights* naquela Constituição. Percebe-se, à ocorrência desse momento histórico, que a democracia estritamente majoritária não mais encontra sustentação fática, de modo que a existência de garantias, no texto constitucional, mesmo que sob o controle de um governo central forte, não implica a contenção do poder constituinte estatal; pelo contrário, o que se verifica é a afirmação da própria democracia. Confirmamos, por seu turno, a parte final dessa hipótese, visto que rejeitamos a hipótese majoritária, como conceito de democracia. De fato, reconhece-se, no papel contramajoritário da jurisdição constitucional, uma garantia da efetivação dos direitos fundamentais, e das condições procedimentais do regime democrático.

Com efeito, no derradeiro capítulo dessa dissertação, discutimos as teorias do constitucionalismo democrático, de Robert Post e Reva Siegel, e do minimalismo judicial, de Cass Sunstein, e como estas concepções contemporâneas entendem o funcionamento da jurisdição constitucional, e seus limites em relação à democracia. Ressalvamos, desde já, que, no que tange aos limites da restrição judicial, o constitucionalismo democrático aproxima-se, em determinados pontos, da perspectiva *dworkiniana*; ao passo que a teoria de Cass Sunstein apresenta-se mais próxima do pensamento de Habermas, em certas ocasiões. Essa observação é relevante, porquanto tentaremos traçar algumas aproximações, entre as concepções, para fornecer justificativas democráticas à jurisdição constitucional.

O minimalismo judicial é uma teoria restritiva da decisão judicial, visto que seu autor entende que este não é o *locus* adequado para grandes decisões teóricas que afetem toda a sociedade. As grandes decisões teórico-morais competem ao Legislativo, como poder catalisador da democracia deliberativa por ele pensada. O Judiciário deve abster-se de grandes digressões teóricas e objetiva ater-se estritamente às especificidades do caso concreto que lhe é apresentado. Nessa perspectiva, o conflito social também deve ser evitado, no ambiente judicial, e levado ao ambiente deliberativo por natureza. O *backlash* possui efeitos nocivos à coesão social, de modo que o minimalismo é a melhor forma de garantir uma jurisdição que respeite à democracia deliberativa e não invada os espaços privativos desta, sob pena de quebra da coesão social.

Já o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, mostra-se mais sensível às demandas sociais; sobretudo, no meio judicial, porquanto reconhece a ineficiência do processo político majoritário em determinadas situações. Essa teoria defende a ideia da possibilidade de influência dos cidadãos politicamente engajados no debate constitucional, como forma de fornecer argumentos para a interpretação constitucional, que, no seu papel deve torná-los jurídicos. Trata-se, portanto, de uma perspectiva dialógica de judicialização. Isso porque reconhece o Poder Judiciário, como legítimo intérprete constitucional, mas liga a legitimidade da sua interpretação à sua capacidade de defesa dos direitos fundamentais. Capacidade que se dá, através da oportunização e da oitiva dos argumentos antagônicos de determinada situação, como forma de estabelecer a democracia e poder fundamentar suas posições de forma legítima. Nessa perspectiva, ao contrário do minimalismo, tenta mostrar o lado positivo dos conflitos sociais. Compreende a tensão social como inerente à tentativa de interpretação constitucional, por parte do povo e, assim, mobilizadora das práticas jurídicas - o que revela potenciais emancipatórios, ao tornar os atores sociais politicamente ativos. A sociedade organizada pode, pois, mediante o confronto de argumentos deliberativos no ambiente público, delinear novos significados às cláusulas constitucionais e, através da jurisdição constitucional, agregá-los à prática constitucional. Diante disso, a jurisdição constitucional tem ampla legitimidade, para uma atuação mais ampla e abrangente, na perspectiva do cumprimento e atendimento aos direitos fundamentais. Porém, é importante reafirmar que a decisão judicial não esgota toda a fundamentação sobre determinado tema - é justamente isso que a dialogicidade dessa perspectiva ilumina -, uma vez que o debate público prossegue sempre fornecendo novas razões para que determinadas decisões possam ser alteradas ou mais desenvolvidas, no seu aspecto de fundamentação. O aprofundamento do debate é uma condição positiva do *backlash*, devendo ser aproveitado, através da oferta de

melhores interpretações sobre questões jurídico-políticas. Por exemplo, valores como liberdade e igualdade, ao mesmo tempo em que, quando mencionados em decisões judiciais, geram refluxo, possuem um enorme potencial incrementador, para o engajamento de cidadãos, na produção de argumentos que justifiquem a melhor interpretação deles.

Com a clara noção do que cada uma das teorias representa, somos capazes, finalmente, de justificar a validação das duas últimas hipóteses, bem como de fornecer uma resposta ao problema de pesquisa posto. Adiantamos que ambas as hipóteses estão confirmadas, e as analisaremos conjuntamente.

Endossamos a visão segundo a qual a jurisdição constitucional possui legitimidade democrática para a argumentação abrangente em nível teórico, de forma substantiva, portanto. Essa legitimidade advém da nossa concordância com o ideal de democracia teorizado por Ronald Dworkin, dentre cujos ideais destacamos a igual consideração e respeito, como central para o reconhecimento que agora fazemos. Somente o fato da reflexão se dar de forma individual não é suficientemente forte, para retirarmos as nossas observações. E isso ocorre, justamente, pelo fato de que a decisão, no âmbito da jurisdição constitucional, deve ser baseada em razões públicas, capazes de, a partir de uma interpretação construtiva, atingir, e ampliar, a integridade do sistema. Nesse sentido, portanto, o aceite das condições democráticas da jurisdição constitucional impõe a negação de seu caráter antidemocrático – mesmo quando das decisões contramajoritárias –, porquanto esta somente potencializa a democracia. Interpretativamente falando, o que agrega valor à jurisdição constitucional são, justamente, as condições democráticas.

Em que pese o fato de adotarem premissas epistemológicas distintas, pensamos que podemos conectar certos pontos do pensamento *dworkiniano*, com ideias do constitucionalismo democrático, no intuito de fortalecer a legitimação democrática da jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de buscar conexões entre os pensamentos – salvo o fato de ambos compreenderem a jurisdição constitucional substantiva, como legítima, na democracia –, somente demonstrar alguns pontos de contato entre as teorias, de modo a fornecer boas razões para o aceite do elemento democrático da jurisdição constitucional.

Compreendemos, também, como extremamente relevantes as observações do constitucionalismo democrático, porquanto a sua perspectiva dialética inaugura novas possibilidades de legitimação para as decisões constitucionais. Em que pese o fato de não serem ilegítimas, quando fundadas em razões públicas dirigidas à integridade, os cidadãos podem, e devem ser integrados na produção de argumentos, para os debates que lhes interessem. Esse caminho pavimentado pelo constitucionalismo democrático é muito fértil, para a melhora das

decisões, e para a ampliação do debate público - local em que podem aparecer inúmeros fundamentos que, se traduzidos, corretamente, para o mundo jurídico, podem incrementar os ideais de autogoverno, de participação e de igual consideração e respeito. Trata-se, assim, de uma ideia que potencializa a legitimidade da jurisdição constitucional, no sentido de fornecer mais um parâmetro, extremamente democrático, diga-se de passagem, para a produção de argumentos justificadores para decisões judiciais. Concordamos, portanto, com o caráter positivo do *backlash*. Por fim, ressaltamos ser de extrema relevância a ideia de que a decisão não se encerra nos seus fundamentos; pelo contrário, sustentamos que esse debate deve prosseguir, no seio da comunidade política, sempre no intuito de buscar argumentos deixados de lado, ou não fortemente desenvolvidos, que possam fornecer melhores justificativas para as decisões judiciais. Visto por esse prisma, compactuamos com a ideia de que o constitucionalismo democrático fortalece a democracia.

Assim, compreendemos a constituição, como uma construção social aberta aos impulsos hermenêuticos dos cidadãos, que auxiliam na leitura moral da constituição, possibilitando a integridade ao direito. Nesse sentido, a leitura moral pode ser apropriada, por cidadãos, no debate público, para possibilitar a busca por sentidos constitucionais que evoluam a jurisprudência. Cada ato de decisão tem o poder de amplificar, através do *backlash*, uma reconstrução moral dos fundamentos constitucionais, por parte da sociedade, mobilizando o desenvolvimento do romance em cadeia da decisão judicial.

Ante o exposto até aqui, concluímos ser possível buscar uma linha de convergência entre o pensamento de Dworkin e o Constitucionalismo Democrático proposto por Post e Siegel, no sentido da possibilidade de existir uma prática de jurisdição constitucional que não se limite a assegurar o regular cumprimento dos procedimentos democrático, mas sim, a partir de uma releitura das próprias exigências da democracia, possa interferir ativamente dentro da vida público-política. Entretanto, como procuramos deixar claro nessa dissertação, isso somente será legítimo conquanto busque legitimar os próprios ideias do Estado Democrático de Direito e de forma a integrar a própria sociedade às decisões, através da oitiva dos argumentos por ela fornecidos.

No que tange às teorias de Habermas e de Sunstein, embora extremamente complexas e elaboradas, sustentamos que a negativa dessas, acerca de uma interpretação construtivamente abrangente do Poder Judiciário, sob o prisma de uma ausência de legitimidade democrática, acaba por limitar o potencial concretizador que as próprias constituições objetivam ter; sobretudo, no que diz respeito aos direitos fundamentais e às normas de textura aberta. O processo político é, em muitas das vezes, mais lento, no cumprimento das suas funções, e

incapaz de justificar suas decisões de forma mais democrática que as acima trabalhadas. Outro ponto que é importante manifestar nossa discordância com o pensamento *habermasiano* é em relação aos princípios. Para o autor alemão, estes somente são parte do discurso moral, devendo-se manter, portanto, afastados do discurso jurídico. Porém, concordamos com Dworkin quando este manifesta-se pela presença dos princípios dentro do ambiente do direito e, inclusive, são uma parte fundamental deste como exigência da própria democracia. Para utilizarmos o vocabulário de Post/Siegel, endossamos a ideia segundo a qual os princípios jurídicos são vetores democrático e fazem sim parte do discurso jurídico.

Por fim, concluímos que o que, de fato, retira ou tolhe a legitimidade democrática das decisões constitucionais é a ausência, ou a fragilidade, da própria fundamentação que lhe é atribuída. A fundamentação é, acima de tudo, uma garantia da democracia que manifesta a igual consideração e respeito por todos, pois, dessa forma, permite a produção de argumentos contrários, e justificadores dessa decisão, do lado concordante, como do discordante também. A superação do problema posto perpassa, assim, pela melhor fundamentação e justificação das decisões, em sede de jurisdição constitucional, exigência essa que faz parte do seu *múnus* constitucional. Somente assim é possível que se reduza o poder discricionário dos juízes, esse sim, uma prática antidemocrática, porquanto dentro de um regime democrático – da forma como apresentamos e endossamos no presente trabalho – ninguém deve ter um poder de decidir de forma estritamente individual, de forma a desrespeitar toda a história institucional do direito e da democracia em determinado local. O regime democrático necessita de um compromisso entre todos os participantes dele para que possa florescer e se desenvolver no transcorrer do tempo.

Finalizamos afirmando que é justamente no papel de fornecer argumentos, e de elaborar teorias e critérios, que a doutrina possui seu maior potencial no regime democrático e, nesse sentido, pode auxiliar na legitimação democrática da jurisdição constitucional. Foi isso que, humildemente, esperamos ter alcançado com esse trabalho.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers**: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: Harvard University press, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMAR, Akhil Reed; BALKIN, Jack M.; BREST, Paul; LEVINSON, Sanford; SIEGEL, Reva. **Processes of constitutional decisionmaking**: cases and materials. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.
- BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- BARATA, Mário Simões. **O antifederalismo americano como linguagem político-constitucional alternativa**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- BARKER, Nicola. **Not the marriage Kind**: A Feminist Critique of Same-Sex Marriage. Kent Law School, University of Kent, UK; Palgrave Macmillan, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERMAN, Harold J. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold J. **Aspectos do direito americano**. Tradução de: Janine Ramos Péres e Arlette Pastor Centurión. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 30, 2007. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_6872_em_09_05_2009_16_17_52.pdf>. Acesso em: 15 fev 2015.

_____. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1: 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/18462>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. Direito, Estado e Autoridade em Kelsen, Schmitt e Raz. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, 2015. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/10940/11707>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

CAMPOS. C.A.A. Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1. p. 177-210.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Alamedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, 2006. Disponível em:

<www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/14/13>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Direito, política e filosofia:** Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONTI, José Maurício (org). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos:** da idade média ao séc. XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução Analítica. *In: A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008..

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas:** a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**. v. 25, 1996. p. 87-139.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Is democracy possible here?** principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A justiça de toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A raposa e o porco espinho:** justiça e valor. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **O império do direito**. Tradução de: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1994.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Obergefell v. Hodges. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun. 2015.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Obergefell v. Hodges. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Opinião majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 jun 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Storia e Società. Prima edizione. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994.

FRIEDMAN, Barry. **The will of people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 36, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia. In: **A inclusão do outro** – Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 6. ed. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans: **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES DESTRI, Michelle Denise Durieux. **Minimalismo judicial**: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, v. 2: o Século XX. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [não paginado].

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de: Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da jurisdição constitucional. In: BRITO, José de Sousa., *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed, São Paulo: Loyola, 2001.

PINERO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a political practice: the right's living constitution. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. p. 545-574. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=fss_papers>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 04 maio 2016.

_____. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REZEK, Francisco. Prefácio. In: BAUM, Laurence. **A suprema corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. Yale: Yale University press, 2006.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Tradução de: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio De Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHMITT, Carl **La defensa de la constitución.** Tradução de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement and constitutional change: the case of the ERA. **California Law Review**, Berkeley, v. 94, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEILEN, Matthew. Minimalism and deliberative democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. **Seattle University Law Review**. v. 33, 2010. p. 391-435.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do constitucionalismo contemporâneo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.** n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; BARRETO, Vicente de Paula; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** São Leopoldo, v. 1, n. 2: 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>>. Acesso em: 30 maio 2016.

SUNSTEIN, Cass. Prefácio. In: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict.** Oxford: New York University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict.** Oxford: New York University Press, 1996.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Designing democracy: what constitutions do.** New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **Radicals in robes** - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

_____. **Constitutional personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

_____. **Gay marriage shows court at its best**. 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites de atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a Função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 9-31.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law** – v. one. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Articles of the Confederation**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/artconf.asp>. Acesso em: 28 jan. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Constitution of the United States of America**. Disponível em: < <https://www.whitehouse.gov/1600/constitution>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. **The judiciary act of 1789**. Disponível em: < http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WINTEMUTE, Robert. Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its limits. **McGill Law Journal**. v. 49, n. 4, 2004. p. 1143-1180. Disponível em: <<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/129246-4winte.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

WOOD, Gordon S. A democracia e a constituição. GOLDWIN, Robert A; SCHAMBRA, William A. **A constituição norte-americana**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.