

DEMOCRACIA E REVISÃO JUDICIAL: A DOCTRINA DE RONALD DWORKIN E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA[†]

Felipe Ferreira Lima Lins Caldas

Sumário: Introdução. Capítulo I – Ronald Dworkin e sua Concepção Constitucional de Democracia. 1.1. Aspectos introdutórios ao pensamento de Ronald Dworkin. 1.2. As Concepções de Democracia. 1.3. A Revisão Judicial e a visão de Ronald Dworkin. Capítulo II – Democracia e Revisão Judicial no Constitucionalismo Brasileiro. 2.1. A Revisão Judicial no Constitucionalismo Brasileiro. 2.2. A Consolidação da Democracia no Brasil e o Papel do Poder Judiciário. Capítulo III – A Jurisdição Constitucional Brasileira e a Concepção Constitucional de Democracia. 3.1. A Concepção Constitucional de Democracia e a Constituição de 1988. 3.2. O Novo Papel do Supremo Tribunal Federal. 3.3. Ronald Dworkin e o Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



A passagem do século XX ao XXI ficou marcada pela proliferação, e conseqüente consolidação, dos regimes políticos democráticos no mundo ocidental. A resistência ao autoritarismo, a outorga de constituições democráticas e a necessidade de inserir novos valores na vida política do cidadão impulsionaram os debates acerca da organização dos poderes e fizeram surgir diversas concepções sobre a democracia.

[†] Relatório de Mestrado da Disciplina de Ciência Política no âmbito do Curso de Mestrado em Direito com Menção em Ciências Jurídico-Políticas e Especialidade em Ciência Política da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, no Ano Letivo 2011/2012, sob Regência do Professor Miguel Nogueira de Brito

Ao mesmo tempo, na medida em que se solidificam os regimes democráticos, identifica-se uma progressiva afirmação da jurisdição constitucional como elemento fiscalizador indispensável à aplicação dos textos constitucionais. Desde as suas origens americanas, em meados do século XIX, e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional passou a ser adotada por diversos países, vindo a se firmar, já no século XX, como uma instituição comum em países democráticos.

Contudo, é justamente esse caráter de instituição própria dos regimes democráticos que faz com que a jurisdição constitucional seja alvo de diversas críticas que giram em torno de sua legitimidade. Isso porque a prática da revisão judicial, exercida através de profissionais do Direito, é constantemente apontada como antidemocrática, tendo em vista que os tribunais são compostos por juízes que não são elevados ao seu posto pela vontade popular e tampouco são sujeitos a aprovação periódica dos cidadãos.

No Brasil, após a redemocratização do país com a outorga da Constituição de 1988, tal fato ganha cada vez mais evidência uma vez que, ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional teve ampliada sua forma de atuação, o Poder Legislativo insiste em desviar-se do dever de legislar sobre questões politicamente relevantes, dando margem para que o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões ativistas, atenda as demandas da sociedade que não estão sendo satisfeitas pela esfera legislativa.

Em meio a este cenário de debates acerca da organização e estruturação dos regimes democráticos, Ronald Dworkin, um dos autores mais prestigiados da filosofia jurídico-política contemporânea, arrisca-se, em algumas de suas obras, a discorrer sobre a democracia e, principalmente, sobre a compatibilidade da mesma com a revisão judicial, defendendo a ideia de que a jurisdição constitucional, ao invés de nociva, é plenamente

compatível com o regime democrático.

Nesse sentido, partindo do conceito de que o regime democrático significa a ideia de “governo exercido pelo povo”, Dworkin procura definir a democracia a partir do que denomina concepção constitucional de democracia, em oposição ao modelo tradicional de democracia majoritária, e a favor de um modelo societário (co-participativo) baseado numa espécie de autogoverno que prioriza os direitos fundamentais, onde cada cidadão governa a si próprio, agindo em conjunto com igual respeito e consideração.

É a partir do pensamento de Ronald Dworkin que o presente trabalho pretende debruçar-se acerca da compatibilidade entre democracia e revisão judicial, buscando levar a discussão ao atual panorama da democracia brasileira, de maneira a correlacionar a visão do autor com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como revisor judicial.

Dentro desse contexto, num primeiro momento, tratar-se-á sobre os aspectos gerais que caracterizam o pensamento de Dworkin, de forma a concentrar-se nos modelos de concepção de democracia, destacando-se, por conseguinte, a visão do autor sobre a revisão judicial dentro do regime democrático.

No segundo capítulo, passar-se-á a discorrer especificamente sobre a jurisdição constitucional no Brasil, expondo-se, de maneira breve, o desenvolvimento histórico da revisão judicial no constitucionalismo brasileiro, para, em seguida, tratar-se sobre a atuação da jurisdição constitucional brasileira no contexto democrático atual, analisando o papel do Poder Judiciário após a consolidação do regime democrático projetado pela Constituição de 1988.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão ressaltados os fatores de compatibilidade entre a jurisdição constitucional brasileira e a concepção constitucional de democracia proposta por Ronald Dworkin, de maneira a verificar se, na prática, o referido modelo é possível de ser aplicado dentro do atual qua-

dro democrático brasileiro.

Capítulo I – RONALD DWORKIN E SUA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA

1.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, sem dúvidas, é um dos maiores expoentes da filosofia jurídico-política contemporânea. Suas obras constituíram uma nova forma de interpretação e aplicação do Direito que, por seu turno, além de se tornar objeto dos mais variados estudos, despertou críticas doutrinárias difundidas em diferentes setores do universo jurídico.

Diante disto, para iniciar um trabalho que tem como finalidade abordar a doutrina de Ronald Dworkin, mesmo que restrita à temática da democracia, é imprescindível destacar alguns aspectos gerais que caracterizam e, de certa maneira, determinam a linha de pensamento do autor.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o ponto central da análise de Dworkin é a crítica ao positivismo jurídico, ou seja, o autor passou a destacar-se mundialmente a partir do combate ao método positivo tradicional de decisão dos juízes, através do qual desenvolveu uma teoria da interpretação baseada num conjunto coerente de princípios.

Dentro dessa perspectiva, Dworkin critica a forma proposta pela teoria positivista para resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis), os quais consistem em litígios que não podem ser decididos apenas com base em normas ou regras. Nesse sentido, o método positivista propõe que na ocasião em que determinado caso *sub judice* não possa ser submetido a uma norma jurídica, seja facultado ao juiz decidir o litígio de acordo com o poder discricionário, abrindo assim a possibilidade de legislar novos direitos e aplica-los retroactivamente ao

caso em concreto. Indo de encontro a essa alternativa, Ronald Dworkin pressupõe que os referidos *hard cases* sejam resolvidos na tentativa de encontrar, dentro de um conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.¹

Assim, o autor acredita que o juiz, ao deparar-se com os *hard cases*, não tem a faculdade de criar novos direitos, o que seria papel dos membros do poder legislativo, mas tem o dever de descobrir e aplicar os direitos que estão em conformidade com o conjunto de princípios que forma a base do ordenamento jurídico em discussão.

Por outro lado, a teoria dworkiniana também caracteriza-se por rechaçar o utilitarismo e a filosofia analítica do Direito, propondo uma teoria do Direito que não tenha apenas funções descritivas mas também prescritivas, e que não seja isolada da moral e da filosofia.

Neste sentido, para Dworkin o utilitarismo não atribui o devido valor aos direitos individuais na medida em que tem como meta satisfazer interesses da coletividade. Por isso, entende que os direitos individuais não devem se submeter a critérios de bem-estar coletivo, mas, ao contrário, devem ser considerados por si próprios, de maneira a ressaltar seu valor moral.

No tocante à filosofia analítica do Direito, esta é afastada por Ronald Dworkin pelo fato de propor uma ciência do Direito bem delimitada e definida que busque se restringir a descrição do direito positivo. Em contramão a esta ideia, o autor preconiza uma ciência jurídica aberta a juízos morais e aspectos políticos, sem assumir premissas do jusnaturalismo moderno. Isso faz com que alguns dos autores que se aventuram a falar

¹ “Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s right and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community”. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 255.

sobre o pensamento de Dworkin, cheguem a conclusão de que sua obra pode ser vista como alternativa para se fugir à disputa entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, superando a incerteza do primeiro e o fundamentalismo do segundo.²

Neste prisma, em linhas gerais, pode-se concluir que a doutrina de Ronald Dworkin elege como pressuposto a defesa dos direitos individuais em relação aos interesses da coletividade, procurando, ao mesmo tempo, rechaçar o positivismo e se afastar do rótulo de jusnaturalista. E é nessa linha de raciocínio que o autor passa a formular as concepções de democracia constitucional e comunidade de princípios.

Tais observações merecem ser destacadas para fins de base do conteúdo que pretende ser desenvolvido no decorrer do presente trabalho, cujo objetivo é expor a maneira como Dworkin formula sua concepção constitucional de democracia, para, em seguida, destacar o papel a ser desempenhado pelos Tribunais como revisores judiciais nas democracias contemporâneas e, por fim, ressaltar a influência do seu pensamento e da doutrina norte-americana na formação e atuação da justiça constitucional brasileira.

Esclarecidos os aspectos caracterizadores da linha geral do pensamento de Dworkin, torna-se oportuno iniciar a discorrer sobre o tema objeto do presente trabalho com a exposição dos principais aspectos que caracterizam a visão de Ronald Dworkin sobre o sistema democrático, ressaltando o que denomina de “modelos de concepção de democracia”.

1.2. AS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA

Embora o debate sobre democracia não figure como

² Cfr. ARANGO, Rodolfo. *Hay Respuestas Correctas en el Derecho?*, Bogotá: Singlo Del Hombre Editores, 1999, p.3. Também seguem a mesma opinião: Cfr. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribucioes Fontamara, 1993, p. 14 e ss. CASALMIGLIA, Albert. *Prólogo a Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p.11.

objeto central de destaque na doutrina de Ronald Dworkin, o referido tema é amplamente debruçado pelo autor em algumas de suas importantes obras, quais sejam: *Uma Questão de Princípio* (1985), *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana* (1996), *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade* (2000), *Is Democracy Possible here? Principles for a New Political Debate* (2006) e, inclusive, em sua obra mais recente *Justice for the Hedgehogs* (2011).

Entretanto, ao analisar a forma como o tema é abordado nas obras mencionadas, observa-se que o autor concentra o debate sobre o sistema democrático na discussão sobre o verdadeiro significado e sentido da democracia na atualidade. Assim, baseando-se na premissa de que a essência do sistema democrático é sedimentada na ideia de “governo exercido pelo povo”, Dworkin procura definir a democracia a partir do entendimento do que denomina por “modelos de concepções de democracia”, os quais compreendem as concepções majoritária e societária (co-participativa).³

Nesta linha de raciocínio, ao definir o ponto de partida de sua discussão acerca do sistema democrático, Ronald Dworkin passa a descrever o modelo de concepção majoritária de democracia como base argumentativa para a construção do que considera por concepção societária de democracia. Segundo o autor, a premissa majoritária apoia-se no fato de que todos os procedimentos políticos devem ser projetados de maneira que as decisões a serem tomadas favoreçam a maioria dos cidadãos

³ Os questionamentos sobre o significado e o sentido da democracia tendo como elemento argumentativo a descrição das duas concepções de democracia são nitidamente constatados em trechos das obras seguintes: DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 382/383. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23/24. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 501/502. DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 131/138.

ativos da sociedade, ou seja, o processo democrático deve direcionar-se através do critério de que a elaboração das leis e os cursos de ação por ele seguidos sejam aqueles definidos e aprovados pela maioria da população.⁴

Com efeito, a concepção majoritária de democracia é ligada a ideia de governo exercido pelo maior número de pessoas no sentido de que “o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria”⁵. Com isso, é de se observar que ao atribuir essa supremacia política à maioria, automaticamente, passa a não existir qualquer garantia de justiça nas decisões, abrindo, assim, a possibilidade de serem proferidas decisões que vão de encontro aos interesses de grupos minoritários.

Tendo isto em vista, Dworkin procura alertar que a concepção majoritária, apesar de muitas vezes ignorar a voz das minorias, não deve ser associada a teoria utilitarista que caracteriza-se por privilegiar a coletividade através de critérios de decisão que se definem de acordo com o nível de bem-estar, ou felicidade, da maioria. Na verdade, o autor busca esclarecer que a premissa majoritária não nega que os indivíduos possuem certos direitos individuais que devem ser respeitados pela maioria, admitindo a possibilidade de proteção dos mesmos em algumas exceções, mas, ao mesmo tempo, supõe que dentro

⁴ Na introdução da obra em questão (*Freedom's Law*), Dworkin liga as ideias de concepções de democracia majoritária e societária ao que classifica, respectivamente, por premissa majoritária e concepção constitucional de democracia. Cfr. DWORNIK, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23/29.

⁵ Além de definir o que entende por concepção majoritária de democracia, Dworkin elabora duas versões sobre o modelo majoritário de decisão. A primeira, chamada de versão populista, acredita que o Estado é democrático até o ponto em que o governo aprova as leis ou exerce a política que tenha a aprovação do maior número de cidadãos. Já a segunda, considerada por versão sofisticada, apoia-se na ideia de que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. Cfr. DWORNIK, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 502.

dessa concepção (maioritária), e para aqueles que dela comungam, quando uma maioria política não fizer o que pretende, será sempre injusto mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem.⁶

Nesse sentido, afirmar que a concepção maioritária sempre dará origem a um resultado justo ou que atenda ao bem-estar da maioria é, no mínimo, incoerente visto que nem sempre a vontade da maioria esta em conformidade com os direitos tutelados pela sociedade ou, simplesmente, em sintonia com o que a maior parte dos cidadãos entendem por satisfação ou felicidade. Com isso, é necessário concluir que a democracia maioritária, apesar de aparente proximidade, jamais deve ser confundida com critérios utilitaristas ou coletivistas, nem tampouco associada a ideia de justiça das maiorias.

Diante desse cenário, em meio as definições e características que norteiam a democracia maioritária, Dworkin tenta esclarecer que mesmo figurando como a concepção mais bem aceita e que frequentemente recebe endosso dos mais diversos cientistas e filósofos políticos, o modelo maioritário não se encaixa na noção atualmente generalizada de democracia como forma valiosa e indispensável de governo. Segundo o autor, o governo das maiorias não pode ser encarado como forma justa e valiosa de governar pelo simples fato de não existir nada que possua determinado valor se tem como base um processo político que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um grupo minoritário da sociedade.⁷

⁶ Trata-se da preocupação do autor em frizar que não devem ser confundidas as finalidades e os propósitos da teoria utilitarista com os da concepção maioritária de democracia. Isso é possível identificar em trechos das seguintes obras: Crf. Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23/24. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 382/383.

⁷ “Quase todos pensamos que a democracia é uma forma de governo valiosa, ou mesmo indispensável. Achamos que vale a pena lutar, e talvez até morrer, para protegê-la. Precisamos de uma concepção de democracia que se encaixe nessa noção de valor da democracia: precisamos de uma noção que nos mostre o que há de tão

Destarte, em contraposição a esse modelo majoritário de democracia, Ronald Dworkin introduz o que intitula de concepção societária, ou co-participativa, que, por seu turno, procura afastar-se da ideia de governo conduzido pela maioria e propõe um modelo de democracia alicerçada numa espécie de autogoverno, onde cada cidadão governa a si próprio, agindo em conjunto como parceiros ativos, plenos e iguais.

Nesta perspectiva, apesar de admitir que em qualquer comunidade política, independente de sua dimensão, raramente se alcança a unanimidade, Dworkin ressalta que a democracia idealizada nos moldes da concepção societária pode ser plenamente exercida se cada cidadão aceitar que ao decidir politicamente deve agir com igual respeito e consideração em relação a todos os demais membros da comunidade política a que pertence.⁸

Dessa forma, pode-se afirmar que agir com igual respeito e consideração numa comunidade política significa, também, atribuir valor aos interesses dos grupos minoritários. Assim, de acordo com a concepção societária de democracia, uma comunidade que ignora os interesses de uma minoria age em desacordo com os princípios democráticos, mesmo quando os seus representantes tenham sido eleitos de forma majoritária.⁹

bom na democracia. A concepção majoritarista não faz isso, porque não há nada que possua valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um número menor. O governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria”. Crf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 509/510.

⁸ “The partnership conception of democracy is different: it holds that selfgovernment means government not by the majority of people exercising authority over everyone but by the people as a whole acting as partners. This must inevitably be a partnership that divides over policy, of course, since unanimity is rare in political communities of any size. But it can be a partnership nevertheless if the members accept that in politics they must act with equal respect and concern for all the other partners.” DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 384.

⁹ “On the partnership view, a community that steadily ignores the interests of some

Sendo assim, ao classificar e definir cada uma das concepções de democracia, tendo como base a visão de Ronald Dworkin, não é difícil observar que o modelo societário parece ser mais abstracto e confuso do que o maioritário que, por sua vez, se apresenta de maneira mais precisa e de simples aplicação. Porém, ao mesmo tempo, é fácil compreender que a complexidade e o carácter abstracto do modelo societário se dão, única e exclusivamente, em razão da tentativa de garantir a protecção dos interesses das minorias.

Ao partir desse contexto, visando melhor definir as duas concepções de democracia, Dworkin procura destacar o que considera ser uma diferença “fundamental e relevante” entre ambos os modelos de concepções. Para o autor, cada cidadão tem dois papéis principais dentro de um regime democrático. Em primeiro lugar, figuram como juizes das competições políticas cujos veredictos, expressos em eleições formais ou em outras formas de legislação direta, são decisivos, e isso faz com que a opinião pública se resuma as opiniões relevantes dos cidadãos que agem nesse sentido. Porém, nesse mesmo quadro, os cidadãos também são participantes das competições políticas que julgam, ou seja, são candidatos e correligionários cujos atos ajudam a dar forma a opinião pública e a influir no voto dos demais cidadãos. Com isso, o autor insinua que a concepção maioritária de democracia dá atenção apenas ao primeiro desses papéis, insistindo que a opinião do maior número de pessoas é que deve decidir as directrizes políticas da comunidade, sem preocupar-se com o papel de cada cidadão na formação das opiniões alheias. Já a concepção co-participativa (societária) reconhece ambos os papéis na medida em que parte da premissa de que numa verdadeira democracia os cidadãos devem agir como parceiros iguais dentro de um empreendimento

minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials impeccably majoritarian means.” DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 131.

coletivo, tanto na formação quanto na constituição da opinião pública.¹⁰

Diante disso, ao observar o papel do cidadão em cada um dos modelos de concepções de democracia, conclui-se que por meio da premissa maioritária a democracia é definida de maneira procedimental, ou seja, baseia-se no procedimento e não no resultado de maneira a preocupar-se apenas em garantir a participação política aos cidadãos sem que lhes seja assegurada a igualdade política, o que faz com que as decisões da comunidade não levem em consideração o interesse de todos.¹¹

Em sentido contrário, verifica-se que a concepção societária define a democracia substancialmente, ou seja, procura garantir a igualdade política dando mais ênfase aos resultados do que aos procedimentos democráticos. Isso quer dizer que os direitos fundamentais ganham prioridade no exercício da democracia, fazendo com que o governo das maiorias conviva em tolerância com os direitos das minorias.¹²

Frente a este quadro de contraposição das concepções de democracia, Ronald Dworkin destaca que o maior contraste

¹⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503.

¹¹ Esta ideia de Democracia Procedimental como meio pelo qual os valores da sociedade devem ser definidos apenas através da deliberação entre os cidadãos, excluindo a interferência do Poder Judiciário em razão da ausência de legitimidade por não ter seus membros eleitos pelo povo, é defendida pelos seguintes autores: Cfr. HABERMANS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2ª edição. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 323/354. ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹² A teoria da Democracia Substancial ligada a ideia de proteção direitos fundamentais como elementos de imposição de limites materiais aos atos dos governos, possibilitando a interferência do Poder Judiciário nas decisões da sociedade, tem Ronald Dworkin como um dos seus principais defensores. Porém, ganhou muitos adeptos na doutrina brasileira, quais sejam: Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, 112/118. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 106/114.

entre ambos os modelos se concentra no debate sobre a compatibilidade da democracia com a revisão judicial (*judicial review*)¹³. Para o autor, de um lado, a concepção maioritária, apesar de aceitar um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do processo democrático, insiste que é contraditório legitimar uma decisão que vai de encontro a vontade da grande maioria. De outro lado, a concepção societária tem a revisão judicial como um instrumento de garantia de protecção dos direitos das minorias, apoiando-se na ideia de que a maioria não tem autoridade moral para sempre decidir em nome de toda a sociedade.

Com efeito, é justamente essa temática que se pretende debruçar no presente trabalho, de maneira a, inicialmente, analisar o pensamento de Ronald Dworkin no que diz respeito a compatibilidade entre democracia e revisão judicial, para, em seguida, concentrar a referida análise no contexto brasileiro, focalizando-se na formação e atuação do Supremo Tribunal Federal como revisor judicial.

Dentro desta perspectiva, após identificar ambas as concepções de democracia na visão de Ronald Dworkin, torna-se oportuno expor o posicionamento do autor sobre o papel da revisão judicial dentro de um regime democrático.

1.3. A REVISÃO JUDICIAL E A VISÃO DE RONALD DWORKIN

Através do estudo da organização do poder e, principalmente, da atuação das instituições dentro de um regime democrático é que surge a revisão judicial como elemento de controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário que, por sua vez, tem a competência de rever, anular ou aprovar as leis elaboradas pelo Poder Legislativo.

¹³ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 384.

Produto da teoria substantiva norte-americana, a *judicial review* (revisão judicial) é alvo de diversos questionamentos que, basicamente, concentram-se em torno do seu suposto carácter antidemocrático pelo fato de possibilitar que juízes não eleitos possam interpretar os valores substantivos da Constituição, revisando e anulando leis que não estejam em conformidade com os referidos valores, o que faz com que o Poder Legislativo, mesmo que devidamente composto por representantes democraticamente eleitos pelo povo, fique inteiramente sujeito a fiscalização do Judiciário.

Entretanto, este suposto carácter antidemocrático mostra-se frágil a partir do momento em que se entende que o objetivo principal de uma Constituição é garantir aos cidadãos uma sociedade livre e democrática, o que automaticamente significa que a mesma procura aparelhar a sociedade com um governo eficaz e limitado sem que lhe sejam concebidos poderes irrestritos. Isso quer dizer que a proteção aos direitos fundamentais de liberdade é o fator limitador do poder do governo, e a jurisdição constitucional torna-se responsável a proteger esses direitos mesmo que venham de encontro aos atos do próprio governo.

Por esta razão, não há o que se falar em carácter antidemocrático. A bem da verdade, a revisão judicial (*judicial review*) endossa a ideia de democracia substancial, colocando-se em oposição ao modelo procedimental de democracia uma vez que, através do Poder Judiciário, procura proteger os direitos fundamentais por considera-los factores de limitação do poder do governo das maiorias, assegurando, assim, um processo democrático que abranja todos os sectores da sociedade.

É a partir da crítica este suposto carácter antidemocrático da revisão judicial que Ronald Dworkin fundamenta seus argumentos em prol de um regime democrático substancial e societário (co-participativo). Para o autor, o papel do Tribunal Constitucional deve ser o de decidir questões, polêmicas ou

não, de forma a evitar decisões majoritárias baseadas em opiniões morais que venham a ferir o direito das minorias e, conseqüentemente, ofender a teoria de igualdade de representação.¹⁴

Nesse sentido, para Ronald Dworkin, o Tribunal Constitucional deve se ater apenas as decisões de princípios e não de política, ou seja, suas decisões devem tratar apenas sobre os direitos das pessoas de acordo com o sistema constitucional vigente, furtando-se de tomar decisões com a intenção de promover o bem-estar social. Assim, o autor acredita que é através da revisão judicial que as questões mais fundamentais de moralidade política devem ser expostas e debatidas como questões de princípios e não apenas de poder político. Isso quer dizer que tanto as normas como as decisões judiciais se subordinam aos princípios de conteúdo moral da comunidade e o judiciário figura como a instância mais apta para verificar a observância desses princípios.¹⁵

Dessa maneira, ao indagar se se constitui uma prática lesiva a democracia que questões políticas de princípios sejam decididas por tribunais e não por membros do poder legislativo, Dworkin alega que os representantes eleitos não estão em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direito visto que a análise de uma reivindicação de direito é bem mais desenvolvida no campo jurídico do que no legislativo. Além disso, as camadas minoritárias da comunidade têm mais possibilidade de serem atendidas seus interesses numa decisão do judiciário do que numa deliberação legislativa, uma vez que

¹⁴ É através do exemplo do julgamento sobre o aborto (*Roe vs Wade*) que Dworkin fundamenta sua posição sobre papel do Tribunal Constitucional como revisor judicial dentro de um regime democrático: "...Mas o Tribunal deve decidir sozinho essa questão profunda e indemonstrável. Não pode encaminhar à maioria a questão de determinar se crianças não nascidas são pessoas, pois fazer isso é considerar que suas opiniões morais oferecem uma justificativa para as decisões legislativas, e é isso exactamente o que nossa teoria da igualdade de representação proíbe...". Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 100.

¹⁵ *Ibidem*, p. 101/102

nos parlamentos os grupos maioritários têm mais facilidade em impor seus interesses em detrimento dos direitos das minorias.¹⁶

Com isso, o autor passa a questionar se ao dar força a revisão judicial surgiria um possível conflito entre Estado de Direito e Democracia, pelo que conclui que com o advento da revisão judicial o Estado de Direito aperfeiçoa a Democracia na medida em que introduz o que denomina de fórum do princípio que, por seu turno, significa a priorização dos princípios na tomada de decisões. Para Dworkin, o referido fórum garante que a justiça seja, também, uma questão de direito individual e não isoladamente de bem público, o que é indispensável para um governo democrático alcançar a igualdade entre todos os governados.¹⁷

Dessa forma, ao mesmo tempo em que prioriza os princípios na tomada de decisões, Ronald Dworkin rechaça as decisões judiciais baseadas em argumentos políticos (*policy*)¹⁸, as quais, segundo o autor, devem ser de atribuição exclusiva dos poderes democraticamente eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo), não podendo ser objeto de controle ou aplicação dos Tribunais Constitucionais. Assim, o autor consegue equilibrar o princípio democrático com o princípio constitucional.

Diante desse panorama geral sobre o pensamento de Dworkin no que diz respeito a democracia e a revisão judicial, conclui-se que o autor se posiciona em contrariedade a concepção de democracia maioritária na medida em que acredita que a protecção dos direitos fundamentais deve ser efectivada por via jurisdicional, fortalecendo e aperfeiçoando o processo democrático. Assim, é justamente dentro desta perspectiva que o

¹⁶ *Ibidem*, p. 25/27.

¹⁷ *Ibidem*, p. 38/39.

¹⁸ Entende-se por *policy* o padrão que estabelece o objectivo a ser alcançado, como por exemplo uma melhoria em algum aspecto económico, político ou social da comunidade. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

autor justifica o papel ativo do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, acreditando que uma verdadeira comunidade democrática deve admitir decisões que, fundamentadas em princípios, vão de encontro a vontade da maioria.

Entretanto, ao mesmo tempo em que defende questões fundamentais de uma comunidade política estejam sob a tutela jurisdicional, Dworkin procura manter uma revisão judicial pautada por argumentos racionais e controláveis, que não se transforme numa versão ativista e autoritária do que denomina por governo dos juízes. Dessa forma, embora situe a moralidade política no âmago do direito constitucional, através da chamada “leitura moral” da Constituição, o autor esclarece que os juízes e as Cortes não detém o poder absoluto de impor suas convicções, devendo aplicar a Constituição a partir de limites previamente estabelecidos de maneira a afastar qualquer possibilidade de recorrer a critérios discricionários para aplicação de direitos.¹⁹

Enfim, na visão de Ronald Dworkin a democracia deve seguir os ditâmes constitucionais com a valorização dos direitos fundamentais, prevendo que as decisões meramente políticas sejam tomadas apenas pelos agentes eleitos democraticamente pelo povo, e permitindo que, ao mesmo tempo, que o Poder Judiciário possa tomar decisões constramaioritárias sobre direitos pelo fato dos tribunais estarem mais bem preparados para resguardá-los e, assim, garantir o igual status a todos os cidadãos.

Assim, esta visão substantivista de uma democracia constitucional endossada por Dworkin, representa uma alternativa atraente e tentadora por dotar de tamanha plausibilidade ao fomentar uma base para legitimar a atuação da jurisdição constitucional dentro de um regime democrático. Através dela, conclui-se que atribuir certo poder ao juiz constitucional não signi-

¹⁹ Cfr. Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2/3.

fica necessariamente que comprometeria ou desqualificaria os princípios democráticos.

Nesse contexto, em meio a esse debate que gira em torno da compatibilidade entre democracia e revisão judicial tendo como referência o pensamento de Ronald Dworkin, torna-se oportuno partir para a análise do referido tema no cenário da democracia brasileira, dando enfoque final a atuação do Supremo Tribunal Federal como revisor judicial.

Capítulo II – DEMOCRACIA E REVISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

2.1. A REVISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Ao eleger como temática principal do presente trabalho a análise da revisão judicial (*judicial review*) no atual contexto em que se encontra a democracia no Brasil, tendo como pano de fundo o pensamento de Ronald Dworkin, nada mais justo e coerente do que tratar sobre o desenvolvimento da revisão judicial no constitucionalismo brasileiro, destacando as influências históricas determinantes na formação, organização e atuação da jurisdição constitucional brasileira.

Sem dúvidas, o símbolo do ponto de partida da jurisdição constitucional no Brasil foi a Constituição Republicana de 1891 que, além de representar a incorporação do liberalismo no Brasil, estabelecendo os pilares básicos da organização político-estrutural brasileira (separação de poderes, federalismo e presidencialismo), contemplou o duplo grau de jurisdição, tendo criado e instituído o Supremo Tribunal Federal.²⁰

²⁰ Paulo Bonavides e Paes de Andrade ressaltam que a distribuição de competência aos poderes políticos na Constituição da Primeira República foi inexecedível: a finalidade consistia em neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo. Cfr. ANDRADE, Paes. BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do*

Antes da promulgação do que foi a primeira constituição republicana do Brasil, ainda no período imperial, o poder judiciário era visto como um verdadeiro apêndice do Executivo, pois lhe era vedado o conhecimento de questões de interesse geral como forma de mantê-lo fora de interferências políticas, ficando restrito apenas as resoluções de conflitos particulares²¹. Assim, com a instauração da república, o magistrado passou de uma condição de dependência do poder real, onde representava um mero mediador de questões locais, para figurar como árbitro dos conflitos públicos revestido de prerrogativas constitucionais.

Nesse contexto de mudança de paradigmas jurídicos e sociais, a Constituição de 1891 teve seu processo de elaboração liderado pelo jurista baiano Rui Barbosa que, sob a influência da doutrina americana, foi buscar nos Estados Unidos o mais acabado e perfeito modelo de república federativa implantado naquela época.

Dessa maneira, ao espelhar-se no sistema americano de governo, Rui Barbosa fez com que a Constituição de 1891 absorvesse, em parte, a estrutura jurídico-política daquele país, inclusive copiando o modelo de estrutura interna da Suprema Corte Americana para instituir o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, lhe sendo expressamente outorgado o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis.²²

A identificação do texto constitucional brasileiro de 1891 com a Constituição Americana de 1787 era tão clara que o deputado constituinte Amaro Cavalcanti, representante do estado do Rio Grande do Norte, chegou a afirmar que se tratava do “texto da Constituição norte-americana completado com algu-

Brasil. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 257.

²¹ Crf. KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: DCP-USP/Hucitec, 1998, p. 34.

²² Cfr. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2º Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 1/2.

mas disposições das Constituições suíça e argentina”.²³

Destarte, junto as influências norte-americanas, veio o debate sobre a judicialização de questões políticas dentro de um regime democrático, tema corriqueiro no cenário jurídico dos Estados Unidos naquela oportunidade, e que, desde então, passou a ser bastante recorrente na jurisdição constitucional brasileira que, por seu turno, acabava de se estruturar com a implementação do Supremo Tribunal Federal²⁴. O próprio Rui Barbosa, em um dos seus inúmeros escritos e discursos, já manifestava a necessidade do judiciário interferir em questões políticas que porventura viessem a atingir direitos individuais.²⁵

Em meio a esta preocupação sobre o papel do judiciário na democracia, foi criada no Brasil o que hoje denomina-se Justiça Federal, com função específica de controlar a constitucionalidade das leis, tendo como órgão maior o Supremo Tribunal Federal. Assim, pelo menos no papel, acreditava-se que a Justiça Federal seria capaz de fiscalizar os demais poderes, servindo como guardião da Constituição dentro do sistema de freios e contrapesos (“checks and balances”) idealizado pelos americanos²⁶. Contudo, como a fiscalização judicial da consti-

²³ Cfr. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79.

²⁴ Cfr. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 66/68.

²⁵ Vale citar, *in verbis*, as palavras de Rui Baborsa: “O efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. (...) Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais. Quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com interesses políticos da mais elevada monta”. Cfr. LACERDA, Virgínia Cortes de. (Org.) *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1997, p. 570/571.

²⁶ O “checks and balances” simbolizou o início do movimento doutrinário que reservava lugar de destaque ao Poder Judiciário, atribuindo-o a competência de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Alexander Hamilton na obra *Federalista 78*

tucionalidade das leis ainda não fazia parte da tradição jurídica brasileira, restavam questionamentos sobre se na prática o referido controle seria eficaz.

Naturalmente, a jurisdição constitucional brasileira, estruturada nos moldes idealizados pelos americanos, foi afirmando-se na medida em que cresciam os litígios que desafiavam a constitucionalidade das leis. Entretanto, foi o caso dos militares reformados no governo do Marechal Floriano Peixoto que consolidou, de uma só vez, o controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

O referido caso foi desencadeado quando o Marechal Floriano Peixoto, dando uma interpretação particular ao texto da Constituição de 1891, se auto-intitulou o Presidente da República, o que fez com que vários setores da sociedade, incluindo professores e militares, se manifestassem contra o que consideraram ser um golpe de Estado, posicionando-se contrários à posse do referido Marechal. Entre os manifestantes, treze generais redigiram uma carta-manifesto, dirigida a Floriano Peixoto, exigindo nova eleição presidencial.

A referida carta foi, sem dúvidas, o estopim de toda a crise jurídica que acabaria nos tribunais. O Presidente-Marechal resolveu, de imediato, reformar os militares e demitir os professores que não lhe deram apoio, em total desrespeito às normas constitucionais aplicáveis ao caso, já que os cargos militares eram considerados vitalícios pela Constituição de 1891.

Foi diante desse caso que Rui Barbosa, na qualidade de

já defendia que os atos legislativos deveriam ser fiscalizados pelo Judiciário, e seus principais argumentos resumiam-se em: 1) A Constituição estatui limitações à atividade legislativa, não sendo adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações; 2) A interpretação das leis é função específica dos juízes, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição; e 3) O Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso (*the least dangerous branch*) do poder para os direitos previstos na Constituição. Cfr. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

advogado e sustentado a inconstitucionalidade do ato presidencial, ingressou com diversas ações civis perante a recém-criada Justiça Federal, visando anular judicialmente os atos de reforma dos militares que se opuseram ao suposto golpe do Presidente despótico.

Naquela oportunidade, como ainda não havia um sentimento de supremacia constitucional no país e a Justiça Federal ainda dava seus primeiros passos, era, no mínimo, estranho dizer que um juiz federal teria tamanho poder a ponto de decretar a nulidade de um ato da mais alta autoridade do Executivo, especialmente quando se tratava de um regime autoritário.²⁷

Entretanto, para surpresa geral, em 1895, o Juiz Federal de primeira instância julgou a favor dos militares reformados, pelo que garantiu aos autores das ações o direito de receberem os vencimentos dos cargos/patentes como se não tivessem sido reformados, tendo a decisão sido posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, anulou os decretos presidenciais de abril de 1892.

O caso tornou-se um marco inicial do controle de constitucionalidade no Brasil, podendo ser considerado como o gênese da revisão judicial (*judicial review*) em território nacional. Trata-se do “*Marbury versus Madison*” brasileiro por ter sido a primeira oportunidade em que se sustentou, perante a Justiça Federal, a inconstitucionalidade de um ato do executivo. O próprio Rui Barbosa considerou o caso uma “novidade de um

²⁷Para se ter uma ideia da fragilidade da aceitação da tese de que os magistrados detinham o poder de controlar a validade dos atos do Executivo e do Legislativo, basta dizer que alguns juízes que, naquele período, se negaram a aplicar leis, sob o fundamento de inconstitucionalidade, chegaram a ser acusados por crime de responsabilidade ou de prevaricação, lendo Rui Barbosa a escrever uma obra memorável sob o tema, em defesa da liberdade de consciência do juiz, intitulada “Defesa do Dr. Alcides de Mendonça Lima no Recurso de Revisão contra a Sentença do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul”, que serviu de fundamento à defesa de um magistrado que havia sido condenado à pena de 9 meses de suspensão do emprego por haver declarado a inconstitucionalidade da Lei de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul. Cfr. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 84.

regime inteiramente sem passado entre nós”.²⁸

Portanto, foi a partir de casos simbólicos como este que a jurisdição constitucional conseguiu, aos poucos, se consolidar no direito brasileiro. E o mais interessante é que o modelo de organização estrutural da Suprema Corte Americana, importado para o Brasil através da Constituição de 1891, foi mantido em todas as Constituições posteriores até os dias de hoje, mesmo tendo passado por períodos ditatoriais.

Nesse viés, pode-se afirmar que do período que compreende a proclamação da primeira república, com a outorga da Constituição de 1891, até o fim da ditadura militar, na década de 1980, culminando com a promulgação da Constituição de 1988; a estrutura básica e a atuação do Supremo Tribunal Federal mantiveram-se sob a influência e dentro dos moldes estruturais importados dos americanos, de maneira que as únicas modificações sofridas se deram em razão dos inevitáveis rompimentos institucionais da história brasileira, os quais resultaram, apenas, em meras alterações no número de membros do Tribunal.²⁹

Entretanto, embora a tensão entre democracia e jurisdição constitucional figure sempre como um fator constante no contexto histórico brasileiro, observa-se que o papel do Tribunal Constitucional como fiscalizador e guardião do texto fundamental só foi plenamente desenvolvido durante os períodos que coincidiram com regimes democráticos. Assim, na medida em que foi se afirmando historicamente, o Supremo Tribunal

²⁸ *Ibidem*, p. 63.

²⁹ Sobre o contexto histórico da atuação do Supremo Tribunal Federal, Sérgio Fernando Moro ressalta que: “Não se pode deixar de levar em conta que a atuação do Supremo foi prejudicada por constantes rompimentos institucionais na história brasileira. Deve ser lembrado, inclusive, que a Corte sofreu intervenções diretas de Getúlio Vargas em 1931, com a redução do número de seus membros e com a aposentadoria compulsória de alguns de seus integrantes, o mesmo ocorrendo durante o regime militar, com o Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, e com o Ato Institucional nº 6, de 01.02.1969”. Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

Federal, em meio aos períodos altos e baixos, conseguiu, gradativamente, demonstrar sua independência em relação aos demais poderes da União.

Diante disso, através da breve análise histórica acima desenvolvida, verifica-se o quão é incontestável a influência norte-americana na formação e consolidação do sistema jurídico-constitucional brasileiro que, por sua vez, mesmo tendo estrutura romano-germânica, fundada na *Civil Law*, sofreu bastante influxo do sistema anglo-saxão (*Common Law*) principalmente no que diz respeito a estruturação e atuação do modelo de jurisdição constitucional que adotou.³⁰

Dito isso, torna-se conveniente tratar sobre a atuação da jurisdição constitucional brasileira no contexto democrático atual, analisando o papel do Poder Judiciário após a consolidação do regime democrático e a outorga da Constituição Cidadã de 1988. A partir daí, pretende-se identificar os pontos de convergência entre a atuação da jurisdição constitucional no atual quadro da democracia brasileira com a doutrina de Ronald Dworkin.

2.2. A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Assim como na maioria dos países recém-saídos de períodos ditatoriais, os brasileiros, após anos sob tutela de regimes autoritários, interpretaram a redemocratização como o início de

³⁰ Vale citar as palavras de Paulo Bonavides que, com altivez e precisão, destaca a densidade da influência norte-americana na jurisdição constitucional brasileira: “Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação de poderes”. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 325.

uma fase onde seriam discutidos novos valores e eleitas novas prioridades, tanto no âmbito da política como nas questões do judiciário.

Dentro desta perspectiva, a Constituição de 1988 simbolizou a transição democrática do Brasil com o ingresso de um conjunto de novos valores que resultaram na institucionalização de direitos que, até então, sequer eram discutidos. Assim, devido a predominância do sentimento “pós-ditadura”, o novo texto constitucional procurou instituir um Estado Democrático de Direito onde os direitos fundamentais foram considerados elementos essenciais na composição do ordenamento jurídico, figurando como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Alíás, esta era uma característica comum entre as constituições contemporâneas a brasileira de 1988. Luís Roberto Barroso³¹ destaca que tais constituições buscam garantir certo equilíbrio entre a democracia e o constitucionalismo na medida em que desempenham duas importantes funções: (1) a de condensar os valores políticos da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (2) a de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder.

Nesse sentido, ao pugnar por uma noção de Estado Democrático de Direito ligada indissociavelmente a efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, automaticamente, pôs em discussão o papel destinado ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, a jurisdição constitucional, tendo ambos assumido a função de proteger e promover os direitos fundamentais ao mesmo tempo em que buscam resguardar as regras do jogo democrático.

Dessa forma, a Constituição de 1988 admite que em de-

³¹ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 89/90.

terminadas ocasiões é favorável ao regime democrático que o Poder Judiciário atue contra a vontade da maioria e em defesa dos elementos fundamentais da Constituição, adotando assim uma visão substancialista acerca do papel da jurisdição constitucional no regime democrático brasileiro.³²

O próprio texto fundamental mostra-se receptivo a essa visão a partir do momento em que fornece meios processuais para arguição de inconstitucionalidade. Paulo Bonavides lembra que a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados para proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), estendendo tal direito as confederações sindicais, ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional; além de ter criado a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO), cujo objetivo é sanar os casos em que houve omissão do legislador como uma garantia destinada a resolver o problema de eficácia das normas constitucionais programáticas.³³

Aliado a isso, José Afonso da Silva³⁴ destaca que o controle de constitucionalidade brasileiro, sob influência do constitucionalismo norte-americano, acolheu, desde a primeira constituição republicana (1891), o critério de controle difuso por via de exceção, através do qual “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”. Tal critério foi mantido pela Constituição de 1988 que o adotou junto ao critério de controle difuso, conferindo ao Supremo Tribunal Federal o caráter de intérprete maior do texto constitucional.

Destarte, como se vê, a grande maioria da doutrina constitucionalista brasileira comunga da opinião de a Constituição

³² *Ibidem*, p. 91/92.

³³ Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 332.

³⁴ Cfr. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50/52

de 1988 adotou a visão substancialista de democracia por ter adotado a ideia de supremacia dos direitos fundamentais, ou seja, pelo fato de ter conferido um papel mais ativo ao judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de normas ou decisões que vão de encontro aos direitos fundamentais elencados no texto constitucional.³⁵

Lenio Luiz Streck³⁶, por exemplo, alega que a Constituição Federal de 1988 criou um novo paradigma ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, dando um novo papel ao Poder Judiciário e à Justiça Constitucional de guardiões dos valores materiais positivados no texto constitucional. Para o autor, a noção de Estado Democrático de Direito adotada pela Constituição brasileira agrega “o conteúdo material das constituições, por meio dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade”.

Seguindo sua linha de raciocínio, o autor vai mais além quando afirma que não há condições de ser aplicada no Brasil a visão procedimentalista de democracia nos moldes idealizados por Habermans. Isso porque a referida teoria pressupõe a participação de cidadãos instruídos e autônomos, o que não acontece no Brasil visto que uma considerável parte do eleitorado sequer tem o conhecimento suficiente para compreender as principais linhas do debate político.³⁷

Em suma, Streck coloca-se em oposição ao modelo maio-

³⁵ Entre os autores destacam-se: BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, 89/91. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147/196. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 227. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 325/333.

³⁶ Cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147/148.

³⁷ Cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 174.

ritário e procedimentalista de democracia na medida em que acredita na “perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais”³⁸. Assim, o autor reforça a ideia da necessidade de certa supremacia constitucional no Brasil, não só no sentido de abertura para certo ativismo judicial, mas, principalmente, na necessidade do Poder Judiciário assumir uma postura intervencionista em relação aos direitos fundamentais.

Já Gisele Cittadino, além de propor que a Constituição tenha uma pluralidade de intérpretes, também acredita na necessidade de supremacia dos direitos fundamentais afirmando que a Constituição de 1988 é substantiva e tem o Poder Judiciário como seu maior intérprete. Nesse linha, a autora defende que os direitos fundamentais do homem funcionam como “restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”.³⁹

Cittadino aponta, ainda, que a Constituição Brasileira de 1988 tem diversas “marcas” que demonstram preocupação não só com o procedimento democrático, mas principalmente com os objetivos e resultados a serem alcançados por meio dele, adotando, assim, valores substantivos eleitos pela comunidade, quais sejam: 1) no preâmbulo, a identificação da igualdade e justiça como valores supremos da sociedade brasileira; 2) a definição dos objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro (art. 3º), “destacando a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária”; 3) a adoção de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, na medida em que prevê diversos institutos processuais que alargam o círculo de intérpretes da Constituição; e 4) a concessão ao Supremo Tribunal Federal de atribuições jurídico-políticas de

³⁸ *Ibidem*, p.180.

³⁹ Cfr. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 15/17.

uma verdadeira Corte Constitucional.⁴⁰

Nesta perspectiva, a autora defende que o Supremo Tribunal Federal exerça um papel político, tentando fugir da neutralidade e, ao mesmo tempo, buscando no texto constitucional procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais. Assim, a partir do momento em que considera a Constituição um sistema de valores, “a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política”⁴¹.

Dessa forma, verifica-se, não apenas através da análise direta dos dispositivos da Constituição de 1988, mas, também, num breve passeio pela doutrina contemporânea do direito constitucional brasileiro, que após o processo de redemocratização do país, foi fecundada a ideia de proteção dos direitos fundamentais como garantia do processo democrático, tendo o Poder Judiciário o papel de intérprete da Constituição, o que faz corroborar, assim, com a concepção substantivista de democracia.

Neste diapasão, conclui-se pela substantividade do atual quadro democrático brasileiro principalmente pelo fato de ser atribuída ao Judiciário a participação na efetivação dos direitos fundamentais enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade.

Diante desse cenário, torna-se propício partir para um ponto-chave do presente trabalho que, por sua vez, consiste na busca dos elementos de identificação e convergência do atual quadro democrático brasileiro com a concepção constitucional de democracia idealizada por Ronald Dworkin.

Capítulo III – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA

⁴⁰ *Ibidem*, p. 228.

⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

3.1. A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Quando se tem por objetivo correlacionar a doutrina de um autor como Ronald Dworkin com qualquer temática relacionada ao direito brasileiro, os primeiros questionamentos que surgem giram em torno da plausibilidade jurídica desta relação, haja vista que seus dois contrapontos pertencem a sistemas jurídicos diferentes. Isso porque enquanto Dworkin desenvolve sua linha de pensamento com base no sistema anglo-saxão da *Common Law*, o direito brasileiro tem toda a sua estrutura fundada sob o sistema romano-germânico da *Civil Law*.

Tal impasse não traz qualquer dificuldade para a análise que aqui pretende ser debruçada, visto que não há o condão de discutir valores normativos ou questões jurídico-estruturais que se apeguem aos pormenores do sistema jurídico em específico. A referida análise tem o intuito de levar a concepção constitucional de democracia de Ronald Dworkin ao panorama atual da democracia brasileira, de maneira a ressaltar a atuação do Supremo Tribunal Federal como revisor judicial.

Entretanto, vale ressaltar que mesmo se tratando de sistemas jurídicos diferentes, restou comprovado, no decorrer do presente trabalho, que apesar de ter consolidado um sistema jurídico-constitucional com estrutura normativa romano-germânica (*Civil Law*), o Brasil, historicamente, teve toda a sua jurisdição constitucional estruturada com base no sistema anglo-saxão, herdando, assim, um modelo de revisão judicial (*judicial review*) semelhante ao americano.

Desta feita, ao partir para analisar a compatibilidade entre revisão judicial e democracia com o papel da jurisdição constitucional brasileira no actual regime democrático implantado no país, foi necessário, primeiramente, traçar as características principais da linha de pensamento do autor com vistas a estru-

turar uma espécie de plano teórico para desenvolvimento do tema pretendido.

Com isso, ficou verificado que é a partir da crítica ao suposto carácter antidemocrático da revisão judicial que Ronald Dworkin fundamenta seus argumentos em prol de um regime democrático substancial e societário (co-participativo). Para o autor, o Tribunal Constitucional não pode fugir do papel de decidir todas e quaisquer questões de forma a evitar que decisões majoritárias baseadas em opiniões morais venham a ferir o direito das minorias e, conseqüentemente, ofender o princípio do igual respeito e consideração.⁴²

Nessa linha de raciocínio, constatou-se que Dworkin ao mesmo tempo em que se posiciona contrário a concepção maioritária de democracia, propõe o que denomina por ser a concepção constitucional de democracia que consiste numa espécie de regime de governo através do qual as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros de uma comunidade com igual consideração e respeito.⁴³

Sendo assim, o autor enfatiza que desde que a formulação das políticas públicas seja atribuída de forma maioritária a instituições com perfil democrático, especialmente ao parlamento, a atribuição de algum poder, mesmo que de controle, ao juiz constitucional não desqualificaria necessariamente um regime político democrático.⁴⁴

Desse modo, Dworkin procura defender que a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que a revisão judicial pode conviver em total harmonia com o princípio da democracia. Isso faz com

⁴² Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 100/101.

⁴³ Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

⁴⁴ Cfr. MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2004, p. 118

que a sua concepção constitucional de democracia ganhe caráter de uma teoria substantiva pelo fato de elevar os direitos fundamentais ao defender que o Poder Judiciário resguarde uma Constituição que estabeleça os limites do que deve e do que não deve ser decidido por uma maioria eventual.

Dentro desta perspectiva, ao verificar se a referida concepção constitucional de democracia, proposta por Dworkin, encontra abrigo no modelo de democracia implantado pela Constituição de 1988, observa-se que esta, pela sua forma e estrutura, além de se mostrar em consonância com as linhas gerais do pensamento do autor, fornece mecanismos que visam assegurar o regular exercício do Poder Judiciário dentro do regime democrático, garantindo-lhe uma maior acessibilidade e autonomia.

Nesse sentido, a fim de justificar esta suposta “consonância”, é necessário destacar alguns pontos característicos do texto constitucional brasileiro que os tornam congruente com a concepção constitucional de democracia, quais sejam: 1) a adoção dos valores concernentes a igualdade e justiça como vetores da norma fundamental brasileira, ressaltando a dignidade da pessoa humana como princípio norteador na construção de uma sociedade justa e necessária; 2) a instituição de um Estado Democrático de Direito ligado indissociavelmente a proteção e efetivação dos direitos fundamentais; 3) a atribuição da função de proteção e promoção dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário e, especificamente, a jurisdição constitucional, tendo, inclusive, reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF) o papel de intérprete maior da Constituição; e, por fim, 4) a previsão de mecanismos processuais para exercício do controle de constitucionalidade, atribuindo ampla legitimidade a sectores abertos da sociedade brasileira (entidades sindicais, partidos políticos etc).

Diante de tais características, verifica-se, em primeiro lugar, que só por adotar a igualdade e a justiça como alicerces da

constituição, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, o referido texto constitucional já demonstra atender os valores do igual respeito e consideração, apontados por Dworkin como critérios basilares da democracia constitucional.

Em segundo plano, ao instituir um Estado Democrático de Direito que prioriza a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, a constituição brasileira vai de encontro ao modelo, puro e simples, de concepção majoritária de democracia, pondo limites a vontade absoluta da maioria. Em contrapartida, se coloca a favor do modelo de concepção societária (co-participativa) de democracia, idealizado por Dworkin, que condena as sociedades que desprezam as necessidades e perspectivas dos grupos minoritários em privilégio de maiorias eventuais.⁴⁵

Por último, observa-se que ao conferir ao Poder Judiciário, e especificamente à jurisdição constitucional, o papel de promoção e proteção dos direitos fundamentais, prevendo, inclusive, instrumentos processuais para o exercício do controle de constitucionalidade, a Carta Magna de 1988 mostra-se em conformidade com a ideia do autor de que a revisão judicial assegura que questões fundamentais sejam debatidas pela comunidade, retirando-lhe o suposto carácter antidemocrático por figurar como elemento de aperfeiçoamento do regime democrático.⁴⁶

Dessa forma, em meio a este cenário, não restam dúvidas de que a o atual texto constitucional brasileiro é receptivo ao modelo de democracia proposto por Ronald Dworkin. Contudo, não basta identificar uma compatibilidade formal entre a jurisdição constitucional brasileira e a concepção constitucional

⁴⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38/39. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 512/513.

⁴⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 100/103.

de democracia proposta pelo autor, é necessário verificar se, na prática, o referido modelo é aplicado dentro do atual quadro democrático brasileiro.

3.2. O NOVO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao observar as inovações trazidas pela Constituição de 1988 no que diz respeito a organização da jurisdição constitucional brasileira, restou comprovado que houve uma significativa ampliação da competência originária do Supremo Tribunal Federal uma vez que, além de ter expandido o rol de legitimados para proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), foi dada atenção especial a omissão do legislador com a previsão da chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO).

Em virtude disto, na medida em que o novo regime democrático implantado pela Carta Magna de 1988 foi amadurecendo e se afirmando, o Supremo Tribunal Federal assistiu a um gradativo crescimento da demanda processual interna, tendo deixado de restringir sua atuação apenas a mera declaração de inconstitucionalidades, para, também, emitir orientações aos legisladores e reconhecer a omissão do Poder Legislativo.⁴⁷

Dentro desta perspectiva, Luís Roberto Barroso⁴⁸ aponta

⁴⁷ Sobre a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao problema da omissão legislativa, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes debruçou-se sobre o tema, de forma clara e precisa, num artigo científico publicado pelo site do referido tribunal. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição Constitucional no Brasil: O Problema da Omissão Legislativa Inconstitucional*. Data de publicação: 27/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 07/09/2012.

⁴⁸ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, activismismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/09/2012, p. 3.

que a partir da redemocratização, formalmente simbolizada com a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer o texto constitucional, inclusive em confronto com os demais Poderes. O autor relata que o Supremo Tribunal Federal passou a ser composto por uma nova geração de Ministros e o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação sobre direitos a amplos segmentos da população, o que fez com que os cidadãos passassem a buscar uma melhor proteção através de juízes e tribunais.

Todavia, ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional teve ampliada sua forma de atuação, assegurado uma maior autonomia perante os demais poderes do Estado, esta deparou-se com um período de crescente judicialização da política, o que, aos poucos, foi dando margem a formação de um ambiente propício ao ativismo judicial.

No entanto, tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial são tendências que não merecem serem atribuídas, única e exclusivamente, ao novo papel da jurisdição constitucional dado pela Constituição de 1988, mas, principalmente, a estagnação do Poder Legislativo que atravessa uma espécie de crise de representatividade, esquivando-se constantemente de tomar decisões, ou até de debater, sobre assuntos polêmicos, com receio de que estes venham a comprometer a imagem política dos legisladores perante o eleitorado.⁴⁹

Em razão disso, no atual quadro do regime democrático

⁴⁹ Sobre a inércia do Poder Legislativo, Luís Roberto Barroso destaca que "...nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral". Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/09/2012, p. 3.

brasileiro, o Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, se vê na necessidade de atender as demandas da sociedade que não estão sendo satisfeitas pela esfera legislativa. Isso explica o fato do Judiciário ter, constantemente, tomado posições claramente ativistas, chegando até a aplicar a Constituição a situações que não estão expressamente contempladas no seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário.

A título exemplificativo, vale lembrar a posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento da união homoafetiva. Tal decisão se deu em razão de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nº 4277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, cujo pedido era o de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça a incidência da união estável como entidade familiar a pessoas do mesmo sexo com base nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da vedação de discriminação odiosa, da liberdade (artigo 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica; todos devidamente previstos na Constituição Federal (CF).

Ocorre que tanto o artigo 1.723 do Código Civil quanto o artigo 226 da Constituição Federal são expressamente claros no sentido de que a união estável entre “homens e mulheres” é reconhecida como entidade familiar⁵⁰. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a união homoafetiva, sob o argumento de que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da família – objeto de uma série de artigos da CF – está contida a proibição de sua

⁵⁰ *Constituição Federal Art. 226.* A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifo nosso)

Código Civil Brasileiro Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (grifo nosso)

formação a partir de uma relação homoafetiva, apoiando-se no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988 que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça ou cor.

Assim, verifica-se que mesmo diante de dispositivos juridicamente tão claros, o Supremo Tribunal Federal teve que agir com certa dose de ativismo judicial, em defesa dos direitos fundamentais de um grupo minoritário da sociedade brasileira, para, assim, cumprir uma função que deveria ter sido exercida pelos membros do Poder Legislativo através de emendas constitucionais.

Dessa maneira, por intermédio de casos como este é que a jurisdição constitucional brasileira, personificada na figura maior do Supremo Tribunal Federal, vem solidificando uma forma ativista de atuação que, na grande maioria dos casos, se deve a inércia e inoperância do Poder Legislativo.⁵¹

Sendo assim, esclarecido o papel ativo que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo dentro da nova sistemática constitucional adotada pela Constituição de 1988, vale observar que é justamente sob esta forma de atuação que recaem os argumentos acerca do caráter antidemocrático da revisão judicial, ou seja, é em razão destes tipos de julgamentos que surgem os riscos a legitimidade democrática implantada no país.

⁵¹ Luís Roberto Barroso cita como exemplos de condutas ativistas do Supremo Tribunal Federal em razão da omissão legislativa, os casos da fidelidade partidária e a extensão da vedação ao nepotismo. No primeiro caso, o STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Já em relação a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, o autor lembra que com o STF expediu súmula vinculante após o julgamento de um único caso, assumindo, assim, uma conotação quase-normativa. Com isso, baseada nos princípios da moralidade e da impessoalidade, a Corte extraiu uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/09/2012, p. 8.

Nesse sentido, é a partir deste debate que se pretende inserir o pensamento de Ronald Dworkin no que diz respeito a compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia, de maneira a traçar um paralelo entre suas convicções e a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal dentro do regime democrático brasileiro.

3.3. RONALD DWORKIN E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No decorrer do presente trabalho, através da análise da doutrina de Ronald Dworkin, ficou constatado, em linhas gerais, que o autor idealiza o que denomina por concepção constitucional de democracia em contrariedade ao modelo de concepção majoritária, apoiando-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais deve ser efetivada por via jurisdicional, o que faz fortalecer e aperfeiçoar o processo democrático.

Desse modo, é precisamente dentro desta perspectiva que o autor procura justificar o papel ativo do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, admitindo que uma comunidade verdadeiramente democrática deve admitir decisões que, fundamentadas em princípios, vão de encontro a vontade da maioria, afastando a possibilidade de questões importantes serem decididas com base em rótulos criados por grupos majoritários da sociedade.⁵²

Tomando por base esta linha de raciocínio do autor, ficou verificado que a referida concepção constitucional de democracia, pelo menos formalmente, enquadra-se no atual contexto democrático brasileiro implantado pela Constituição de 1988 que, por sua vez, ampliou o papel do Supremo Tribunal Federal, dando-lhe maior autonomia e aumentando sua interferência

⁵² Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 100/102. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132/133.

nos demais poderes do Estado em prol dos dispositivos constitucionais e em defesa dos direitos fundamentais.

Ocorre que, como visto, o Supremo Tribunal Federal, apesar de investir-se na função que lhe foi atribuída pelo texto constitucional brasileiro, tem sido impelido a agir de maneira excessiva, com vigoroso ativismo judicial, em face da ineficiência do Poder Legislativo que insiste em desviar-se do dever de legislar questões polêmicas e permanecer inerte por razões de cunho meramente político.

Vale ressaltar que em razão disto, alguns ministros, apesar reconhecerem a deficiência dos legisladores, tentam justificar o papel ativo do Supremo Tribunal Federal fundamentando seus votos de acordo com a chamada “leitura moral” da Constituição defendida por Ronald Dworkin como instrumento de concretização de sua concepção constitucional de democracia.⁵³

Diante desta realidade, seria mais do que forçoso se utilizar do pensamento de Dworkin como justificação filosófica a uma atuação ativista nos moldes desempenhados atualmente pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme anteriormente ressaltado, ao mesmo tempo em que defende que questões fundamentais de uma comunidade política estejam sob a tutela jurisdicional, o autor procura manter uma revisão judicial pautada por argumentos racionais e controláveis, que não se transforme numa versão ativista e autoritária de um governo dirigido por juízes.

Nessa perspectiva, observa-se que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não tem atuado apenas como fiscali-

⁵³ O referido argumento é utilizado frequentemente pelo Ministro Luiz Fux que vem sendo considerado o introdutor da teoria dworkiniana no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Os votos do Ministro nos casos do reconhecimento da união homoafetiva (disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>) e do não reconhecimento do crime por aborto de anencéfalos (disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>).

zador da Constituição, o que por si só justificaria sua interferência em outras esferas do poder, mas, também, tem exercido funções que são constitucionalmente atribuídas ao Poder Legislativo. Dessa forma, o mesmo passa a ganhar certa inserção dentro do governo, chegando a tomar decisões que interferem na vida política da comunidade.

Nestes moldes, definitivamente, não há possibilidades de defender o desempenho atual da jurisdição constitucional brasileira sob o ângulo das argumentações trazidas por Dworkin, visto que o autor, embora situe a moralidade política no âmago do direito constitucional através da chamada “leitura moral” da Constituição, esclarece que os juízes e as Cortes não detém o poder absoluto de impor suas convicções, devendo aplicar a Constituição a partir de limites previamente estabelecidos de maneira a afastar qualquer possibilidade de recorrer a critérios discricionários para aplicação de direitos.⁵⁴

Longe de querer incentivar uma prática constitucional em que o Poder Judiciário chegue ao ponto de exercer, também, as funções atribuídas ao legislativo, Dworkin propõe que a democracia deve seguir os ditames constitucionais com a valorização dos direitos fundamentais, prevendo que as decisões meramente políticas sejam tomadas somente pelos agentes eleitos democraticamente pelo povo, mas permitindo que, ao mesmo tempo, o Poder Judiciário possa tomar decisões constramaioritárias sobre direitos, uma vez que os tribunais estão mais bem preparados para resguardá-los garantindo o igual respeito a todos os cidadãos.⁵⁵

A bem da verdade, ao analisar o caso brasileiro, é de se concluir que a tão almejada e debatida reforma política ganha caráter de urgência, tornando-se cada vez mais necessária para o país, pois somente um novo sistema político que busque for-

⁵⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2/3.

⁵⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 26/28.

talecer o regime partidário e estimular a reaproximação da classe política com a sociedade civil é capaz de sanar as atuais deficiências do Poder Legislativo.

É certo que, em determinadas situações, as decisões ativas trazem benefícios ao regime democrático, principalmente quando em defesa de direitos fundamentais, porém estas devem ser sempre eventuais, de maneira que não se tornem uma prática habitual do judiciário.

Nesse viés, conclui-se que independente da formação de um Poder Judiciário sólido e atuante, não há como sustentar uma democracia segura e estável no Brasil sem que exista uma atividade política forte e ativa que dê credibilidade ao Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

O que no início poderia parecer uma das inúmeras discussões sobre a compatibilidade entre a democracia e a revisão judicial (*judicial review*), ganhou ares de um tema diferente e inovador ao inserir, como fatores de correlação, a doutrina de Ronald Dworkin no quadro em que se encontra a democracia brasileira atual.

Ao debater sobre a democracia, ficou constatado que Dworkin elege como ponto de partida a análise do verdadeiro significado e sentido do regime democrático na atualidade, utilizando-se do entendimento do que denomina por “modelos de concepção de democracia”, através dos quais formula sua visão acerca da organização do regime democrático.

Por esse caminho, percebe-se que a partir da crítica ao tradicional modelo de concepção majoritária de democracia, o autor idealiza o que denomina por modelo societário (co-participativa) como fundamento prático para a construção da concepção constitucional de democracia. Assim, verifica-se que a crítica do autor a premissa majoritária concentra-se no

fato de que seria, no mínimo, incongruente considerar o governo das maiorias como forma justa e valiosa de governar, uma vez que este baseia-se, única e exclusivamente, num processo político que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um grupo minoritário da sociedade sem que sejam resguardados os direitos fundamentais do cidadão.

Assim, sob esses argumentos, Ronald Dworkin articula a chamada concepção societária, ou co-participativa, de democracia que, em contraposição a ideia de supremacia das maiorias, propõe uma espécie de autogoverno, onde cada cidadão governa a si próprio, agindo em conjunto com igual respeito e consideração em relação a todos os demais membros da comunidade política a que pertencem.

Nesse sentido, em meio a este cenário de contraposição de concepções, é fácil observar que a grande diferença entre ambos os modelos reside na protecção dos direitos fundamentais como garantia de participação das minorias nas decisões políticas da comunidade. Dessa forma, pode-se concluir que enquanto o modelo maioritário preocupa-se apenas em garantir a participação política aos cidadãos sem que lhes seja assegurada a igualdade política, o que faz com que as decisões da comunidade não levem em consideração o interesse de todos; o modelo societário de democracia procura garantir a igualdade política dando mais ênfase aos resultados do que aos procedimentos democráticos, o que faz com que os direitos fundamentais sejam priorizados no exercício da democracia, forçando o governo das maiorias a conviver em tolerância com o direito das minorias.

Diante disso, observa-se que ao tentar contrastar os referidos modelos de concepções de democracia dentro da temática da compatibilidade do regime democrático com a revisão judicial (*judicial review*), o autor defende o modelo societário enfatizando que, de um lado, a concepção maioritária, apesar aceitar um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia

do processo democrático, insiste que é contraditório legitimar uma decisão que vai de encontro a vontade da grande maioria; já, por outro lado, a concepção societária tem a revisão judicial como um instrumento de garantia de protecção dos direitos das minorias.

Nesse contexto, ao analisar o suposto carácter antidemocrático da revisão judicial pelo fato de possibilitar que juízes não eleitos possam interpretar os valores substantivos da Constituição, Ronald Dworkin apresenta uma resposta plausível e incisiva ao destaca que os legisladores, mesmo respaldados pela vontade popular, não são mais preparados do que os juízes para decidirem questões de direito, principalmente quando envolve os interesses de grupos minoritários da sociedade. Dito isso, conclui-se que, na visão do autor, a revisão judicial no lugar de figurar como elemento nocivo ao regime democrático, aperfeiçoa-o na medida em que introduz o chamado fórum do princípio no momento em que são tomadas as decisões da comunidade.

Após a abordagem do pensamento de Ronald Dworkin sobre o tema pretendido, buscou-se discorrer sobre a revisão judicial no constitucionalismo brasileiro. Através de uma breve análise histórica, restou constatado que, embora a tensão entre democracia e jurisdição constitucional sempre existisse, o papel do Tribunal Constitucional como fiscalizador e guardião do texto fundamental só foi plenamente desenvolvido durante os períodos que coincidiram com regimes democráticos.

Aliado a isso, verificou-se que é inegável a influência norte-americana na formação e consolidação do sistema jurídico-constitucional brasileiro que, por sua vez, mesmo tendo estrutura romano-germânica, fundada na *Civil Law*, sofreu bastante influxo do sistema anglo-saxão (*Common Law*) principalmente no que diz respeito a estruturação e atuação do modelo de jurisdição constitucional adotado.

Como visto, a Constituição de 1988, por sua vez, pugnou

por um Estado Democrático de Direito atrelado indissociavelmente a efetivação dos direitos fundamentais, e isto se comprova quando verifica-se o papel que atribuiu ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, a jurisdição constitucional, tendo ambos assumido a função de proteger e promover os direitos fundamentais ao mesmo tempo em que buscam garantir as regras do jogo democrático. Dessa forma, conclui-se que o referido texto constitucional admite que, em determinadas ocasiões, é favorável ao regime democrático que o Poder Judiciário atue contra a vontade da maioria e em defesa dos elementos fundamentais da Constituição, adotando assim uma visão substancialista acerca do papel da jurisdição constitucional no regime democrático brasileiro.

Dentro dessa perspectiva, por esses e outros motivos mencionados no decorrer do trabalho, ficou certificado que a Constituição de 1988, pelo menos formalmente, é receptiva ao modelo de democracia proposto por Ronald Dworkin. Contudo, na prática, através da atuação do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a jurisdição constitucional brasileira vem exercendo um papel excessivamente ativista em virtude da inoperância do Poder Legislativo, o que, por si só, afasta qualquer tentativa de correlacionar sua atuação com o pensamento de Dworkin, visto que o autor, embora defenda a chamada “leitura moral” da Constituição, esclarece que os juízes e as Cortes não detém o poder absoluto de impor suas convicções, devendo aplicar a Constituição a partir de limites previamente estabelecidos de maneira a afastar qualquer possibilidade de recorrer a critérios discricionários para aplicação de direitos.

Assim, é importante concluir que seria, no mínimo, exagerado supor que Ronald Dworkin procura incentivar uma prática constitucional em que o Poder Judiciário chegue ao ponto de exercer, também, as funções atribuídas ao legislativo. Na verdade, o autor, ao formular a chamada concepção constitucional de democracia, propõe que o regime democrático deve

seguir os ditâmes constitucionais com a valorização dos direitos fundamentais, prevendo que as decisões meramente políticas sejam tomadas somente pelos agentes eleitos democraticamente pelo povo, mas permitindo que, ao mesmo tempo, o Poder Judiciário possa tomar decisões contramajoritárias sobre direitos garantindo o igual respeito e consideração a todos os cidadãos.

Por fim, em meio a toda abordagem desenvolvida no decorrer do presente trabalho, percebe-se que o fato da revisão judicial (*judicial review*) não figurar como uma instituição imprescindível ao regime democrático, não a torna incompatível com a democracia, podendo a mesma ser utilizada de maneira positiva como elemento de defesa dos direitos fundamentais e garantia do processo da igualdade política, assim como propõe Dworkin.

Dessa maneira, conclui-se que a revisão judicial não é automaticamente compatível com a democracia, pois, na verdade, cabe aos intérpretes da Constituição (o que inclui todos os membros dos três poderes do Estado) a responsabilidade de torna-la compatível sem que seja necessário declinar para um ativismo exagerado que descaracterize a natureza do instituto.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribucioes Fontamara, 1993.
- ANDRADE, Paes. BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.
- ARANGO, Rodolfo. *Hay Respuestas Correctas en el Derecho?*, Bogotá: Singlo Del Hombre Editores, 1999.

- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07/09/2012.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- CASALMIGLIA, Albert. *Prólogo a Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- _____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2ª edição. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: DCP-USP/Hucitec, 1998.
- LACERDA, Virgínia Cortes de. (Org.) *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição Constitucional no Brasil: O Problema da Omissão Legislativa Inconstitucional*. Data de publicação: 27/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 07/09/2012.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2º Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.