



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**U LISBOA** | UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

---

**MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**  
**ESPECIALIDADE: CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

**A IMPROBABILIDADE DA JURISDIÇÃO**  
**CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA EM**  
**QUESTÃO**

FREDERICO STABILE RIBEIRO ROMANISZEN

---

LISBOA

2020

**FREDERICO STABILE RIBEIRO ROMANISZEN**  
(Aluno nº 58742)

**A IMPROBABILIDADE DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA EM  
QUESTÃO**

Dissertação apresentada no âmbito do Ciclo de Estudos de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, sob a orientação do Professor Doutor Luís Pereira Coutinho.

LISBOA  
2020

Aos meus pais, Claudete e Luiz.  
À Mari.

*Many indispensable truths, which could save men, go unspoken for reasons of this kind; those who could utter them cannot formulate them and those who could formulate them cannot utter them. If politics were taken seriously, finding a remedy for this would be one of its more urgent problems.*

Simone Weil, *Human Personality*

*We cannot solve all of our problems by referring them to judges or arbitrators (...) That framework is like a specialized tool; the very qualities which make it apt and efficient for one purpose make it useless for another.*

Lon Fuller, *Adjudication and the rule of law*

## AGRADECIMENTOS

A finalização de um trabalho como este traz sempre o alívio e a felicidade pelos derradeiros pontos finais. Neste caso, por tudo aquilo que representou a ida a Lisboa e a felicidade que tive na experiência de me dedicar ao estudo nas terras lusitanas, é já tempo de saudades. Saudades dos corredores da Faculdade de Direito, da Baixa, de Alvalade, do Bairro Alto, do Campo Grande, da Cinemateca, de Lisboa e das idas a Coimbra. Assim, digo hoje com António Reis: “uma saudade mais real/é que me inspira”.

Agradeço, com amor, aos meus pais, Luiz e Claudete, que nunca pouparam nada para me dar as condições e a liberdade para que eu pudesse tentar ser, sempre, o melhor de mim mesmo. É sob a inspiração do amor, do companheirismo e da compreensão de vocês que sigo. O início, o meio e o fim deste trabalho só puderam ser por causa de vocês.

Ao Professor Luís Pereira Coutinho, pela dedicação e atenção demonstradas na orientação dessa dissertação. De volta ao Brasil, com a incerteza que isso carregava para a realização dos estudos, fui surpreendido a cada contato com o senhor pela consideração e cuidado prestados a cada leitura e observação sobre o trabalho. Se no início do Mestrado fui surpreendido pela inédita (para mim, confesso) profundidade de suas lições, a orientação me revelou que a seriedade e o rigor intelectual em nada conflitam com a cortesia e o respeito. Este trabalho é, em muito, decorrente daquilo que aprendi consigo, pelo que agradeço.

Aos professores Carlos Blanco de Moraes e Miguel Nogueira de Brito, cujas aulas ao longo do curso foram determinantes para construção de meu pensamento sobre muitos dos assuntos tratados neste trabalho. Tenho noção, hoje, da sorte que tive de tê-los como professores. Agradeço, também, aos professores Paulo Otero, Jorge Reis Novais e David Duarte, cujas aulas pude frequentar na condição de ouvinte, e muito enriqueceram a minha passagem pelos corredores de Faculdade de Direito.

Aos amigos de cá e de lá, que levei e que trouxe, e que são sempre muitos para falar de cada um. À Julia e ao Guilherme, por serem uma necessária parte de casa em Lisboa. Ao Mateus, pela companhia nas tantas horas de biblioteca, caleidoscópio, e naquele lamentável Flamengo e Cruzeiro.

Especialmente, com amor, à Mari, com quem construí e vivi o sonho de ir a Portugal e que fez tudo melhor. Foi no seu apoio que superei as incertezas e angústias dessa realização. Que seja apenas o fim do começo de muito que ainda vem.

## **RESUMO**

Esta dissertação busca tratar do problema da jurisdição constitucional a partir do questionamento sobre as possibilidades de adjudicação do conflito político pela aplicação jurídica de normas constitucionais. Para tanto, é apresentada uma distinção entre os sentidos constitutivo e prescritivo de constituição, sendo a defesa de uma justiça constitucional que concentra poder para decidir tida como um marco característico da segunda abordagem. Antes de discutir as possibilidades de aplicação jurisdicional da constituição, é apresentado o conceito de legalismo, que explica a predileção por decidir conflitos dentro de formas jurídicas em detrimento da política. Já como foco central do trabalho, são discutidas três vias teóricas que apresentam modelos para o juiz constitucional: uma via objetivista, que busca limitar a moralização das decisões do julgador; uma via procedimentalista, associada a John Hart Ely, que busca construir uma alternativa de solução constitucional pautada na atuação do juiz em prol do bom funcionamento dos procedimentos de decisão político-democráticos; e, por fim, discute-se a solução de Ronald Dworkin, denominada pelo autor de leitura moral da constituição, segundo a qual não há alternativa para a jurisdição constitucional que não envolva a solução de desacordos entre diferentes compreensões de princípios de moralidade política. A conclusão é a de que o exercício de uma função que pode ser compreendida como jurisdição constitucional por tribunais é improvável. O principal motivo que se identifica para tal é que a prática de tribunais constitucionais dificilmente pode ser considerada uma prática de natureza jurisdicional, de forma que não será possível, em grande parte das circunstâncias, uma adjudicação do conflito político. A partir da crítica de Fernando Atria, apresenta-se ainda que a contradição entre a função política e a forma jurisdicional que caracteriza os tribunais constitucionais provoca problemas para a prática política.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Teoria da constituição. Fiscalização da constitucionalidade. Teoria do direito.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims to study the problem of the constitutional jurisdiction starting from the doubt about the possibilities of adjudicating a political conflict via the application of constitutional norms. To do so, a distinction between the constitutive and the prescriptive comprehensions of a constitution is advanced, in a way in which the defense of courts that are attributed with considerable power to decide is held as a paradigmatic characteristic of the latter. Before discussing the possibilities of the legal application of the constitution, the concept of legalism, is presented as an explanation of the preference for deciding conflicts via legal forms instead of politics. As the main discussion, three theoretical models for the constitutional judge are presented: the first is the objectivist, which aims to limit the moral content of the official's decisions; the second is the proceduralist, which is mainly associated with the work of John Hart Ely, and aims to present an alternative for constitutional adjudication that is mainly preoccupied with the democratic procedures of political decision; at last, Ronald Dworkin's moral reading of the constitution is brought forth as a theory according to which there is no alternative for the constitutional jurisdiction that does not involve solving disagreements between different understanding of principles of political morality. To conclude, the practice of a function that might be understood as constitutional jurisdiction by courts is said to be improbable. The main identified reason is that the function constitutional courts play can hardly be considered one of a legal nature, in a way that makes it hard, in a lot of cases, to consider its practice as the adjudication of the political conflict. To conclude, taking Fernando Atria's critique, the problems that stem from the contradiction between the political function and the legal form of constitutional courts is displayed.

**Key words:** Constitutional jurisdiction. Constitutional theory. Judicial review. Jurisprudence.

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS .....	4
RESUMO.....	5
ABSTRACT .....	6
ÍNDICE.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
<b>1. CONSTITUIÇÃO: ENTRE PRESCREVER E CONSTITUIR.....</b>	<b>12</b>
1.1. O modelo prescritivo de constituição e a democracia.....	20
1.2. Uma questão de prática, e não de textos: Frederick Schauer e as regras “metaconstitucionais” .....	29
1.3. Da jurisdição constitucional e o legalismo como ideologia.....	31
1.3.1. Contra o legalismo .....	39
<b>2. TEORIAS E INSTITUIÇÕES. A BUSCA POR UM MODELO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. ....</b>	<b>47</b>
2.1. O modelo objetivista: a jurisdição constitucional para Carlos Blanco de Moraes e Elival da Silva Ramos. ....	56
2.1.1. H. L. A. Hart e a textura aberta do direito .....	62
2.1.2. O juiz constitucional objetivista como cético .....	70
2.2. A teoria constitucional de John Hart Ely: o tribunal em favor da democracia. ....	77
2.2.1. Democracia e <i>judicial review</i> : antes e depois de John Hart Ely .....	84
2.2.1.1. Alexander Bickel e a prudência dos juízes constitucionais.....	84
2.2.1.2. Jeremy Waldron: contra a jurisdição constitucional .....	90
2.2.2. John Hart Ely e as questões de procedimento.....	101
2.3. Ronald Dworkin e a leitura moral da constituição.....	116
2.3.1. Os argumentos de princípio e a legitimidade da decisão judicial.....	117
2.3.2. O direito como integridade .....	121
2.3.3. A constituição (constituente?) da comunidade de princípios .....	125
2.3.4. Um novo capítulo ou uma nova obra? A irrelevância da constituição na leitura moral da constituição .....	127
<b>3. A IMPROBABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>138</b>
3.1. “Adjudicação” constitucional?.....	140
3.2. Função contra estrutura: a crítica de Fernando Atria à jurisdição constitucional como (possível) explicação do problema .....	151
CONCLUSÃO.....	158
BIBLIOGRAFIA .....	160

## INTRODUÇÃO

A aprovação de uma nova constituição democrática é um momento de enorme importância política. Trata-se, afinal, de uma exibição paradigmática das possibilidades do exercício de poder do povo – poder como a *ação conjunta* de que falava Hannah Arendt<sup>1</sup> –, que se manifesta como uma decisão de (re)elaboração das possibilidades de ação política que podem se concretizar no seio de uma comunidade. Assim, se essa comunidade assume como princípio basilar de sua organização constitucional a democracia, a decisão constituinte deve se expressar em formas institucionais capazes de dar voz à força política do povo depois de passado o momento constituinte.

Por outro lado, como o estabelecimento das instituições constituídas prescreve formas para o âmbito político daquela comunidade, as constituições modernas apresentam sempre uma característica: a imposição de limites ao exercício do poder, a tornar ilegítima – ou seja, inconstitucional – qualquer decisão pública que extrapola as formas definidas pelo direito constitucional da ordem político-jurídica.

Assim, a decisão constituinte, ao mesmo tempo em que possibilita a ação política ao constituir vias institucionais para a manifestação da vontade do povo sobre os caminhos a serem seguidos em uma vida vivida coletivamente, também prescreve formas para que isso aconteça e delimita as condições e possibilidades de ação das pessoas que venham a ocupar os cargos de poder político constituídos. Nesse sentido, a constituição como limitação ao poder não é apenas uma explicação histórica da origem dos textos constitucionais, mas uma consequência da decisão constituinte pelo estabelecimento voluntário de um povo sob uma ordem constitucional. Não por acaso, a relação próxima entre constituição política do povo e limitação do poder constituído já aparecia no artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que afirmava que não se pode falar em “Constituição” em uma sociedade em que não houver a garantia de direitos e nem um estabelecimento da separação de poderes.

Já no início do século XIX, nos Estados Unidos, a constatação de que a constituição impunha limites às decisões tomadas no âmbito político fez com que se passasse a tratar o documento constitucional como uma reunião de enunciados de normas jurídicas a serem interpretadas por tribunais, responsáveis, doravante, pela fiscalização das leis ordinárias elaboradas pelos legisladores e a avaliação de sua compatibilidade com as prescrições constitucionais. Logo, tal ideia apareceu (ou, pelo menos, se popularizou) no contexto europeu

---

<sup>1</sup> Para Arendt, o poder “*corresponds to the human ability not just to act but to act in concert*”. ARENDT, Hannah. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt Brace Jovanovic, 1972, p. 143.

continental como a ideia kelseniana da necessidade de um órgão alheio às instituições políticas que pudesse fazer valer, perante elas, o texto constitucional.

De certa forma, as vias de discussão teórica do direito constitucional na segunda metade do século XX parecem herdeiras desses momentos em que se concluiu que era necessário que uma jurisdição constitucional fizesse valer a vontade consagrada no momento inicial de decisão constituinte contra a volubilidade da ordem política cotidiana. As consequências práticas disso são evidentes, reveladas pela observação de que a adoção de diferentes organizações de justiça constitucional tem se espalhado pelo mundo, de forma que chega a parecer uma exigência para o estabelecimento de ordens constitucionais democráticas. Ainda que haja exceções, cada vez ganha mais força a ideia de que não bastam, para que se fale com propriedade em “Constituição”, a previsão de direitos e a separação de poderes. É preciso, mais, que haja um tribunal apto a fiscalizar qualquer descumprimento daquelas previsões.

Ocorre que, ao se consagrar cada vez mais a ideia de que o texto constitucional é um texto prescritivo a ser aplicado por tribunais, parece se perder de vista o sentido constitutivo das formas políticas em que a ação política do povo pode se manifestar. Passa a importar menos aquilo que outrora justificou a adoção de determinadas estruturas institucionais, e mais se os seus resultados estão de acordo com a interpretação que se faz das prescrições da normatividade constitucional.

É a partir dessa dicotomia entre o sentido constitutivo e prescritivo da constituição que este trabalho pretende abordar o tradicional problema da *jurisdição constitucional*. Procura-se responder, então, se as questões jurídico-constitucionais que surgem em processos de fiscalização judicial da constitucionalidade de leis ordinárias podem ser solucionadas por juízes que atuam como juízes. Nesse sentido, o que se questiona é se será possível o estabelecimento de um tribunal que toma as prescrições da normatividade constitucional e as aplica sobre o conflito político, pretendendo submetê-lo ao direito, sem que isso implique em um abandono de sua natureza jurisdicional.

Para tratar do tema, como dito, toma-se como ponto central do primeiro capítulo o estabelecimento da distinção entre os sentidos constitutivo e prescritivo da constituição, nos termos em que foi apresentada por Luís Pereira Coutinho. A opção pela defesa de órgãos competentes para a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos é tido como o ponto paradigmático da atribuição de um sentido prescritivo à decisão constituinte. Para caracterizar tal sentido, que se considera um padrão na discussão da teoria constitucional de hoje, são ainda apresentadas algumas das vias teóricas empregadas por autores para conciliar a justiça constitucional e a democracia.

Aquilo que o trabalho procura colocar em evidência é que, a despeito dos predominantes argumentos que seguem em sentido contrário, a atribuição da solução de conflitos políticos aos tribunais, sob a forma jurídico-constitucional, não é uma questão tão facilmente resolvida. Assim, para concluir o primeiro capítulo, busca-se apresentar argumentos que contrariam a ideia *legalista*, utilizando-se a expressão no sentido empregado por Judith Shklar, de que órgãos jurisdicionais são sempre mais bem preparados para resolver conflitos de qualquer natureza que as instituições organizadas em sentido mais tradicionalmente político e democrático.

A fragilização dessa percepção legalista, entretanto, não é suficiente para colocar em questão a aplicação jurisdicional da constituição. Pode ser que, a despeito dos argumentos apresentados, haja soluções técnicas e dogmáticas que expliquem de que forma um tribunal constitucional pode atuar para adjudicar as antinomias entre lei ordinária e constituição que se apresentam como uma aplicação propriamente jurisdicional e coerente das normas constitucionais, e sejam capazes de dar ordem ao exercício de poder que se manifesta na prática desses tribunais.

Assim, o segundo capítulo se dedica a uma abordagem de três diferentes propostas teóricas sobre a atuação dos juízes constitucionais. A primeira dessas propostas é reconstruída a partir da leitura das contribuições de Carlos Blanco de Moraes e de Elival da Silva Ramos sobre a aplicação jurisdicional da constituição, o que se justifica pela identificação de que ambos os autores demonstram uma preocupação com a limitação do papel das convicções morais dos julgadores em suas decisões de direito constitucional. A segunda é aquela que tem como contribuição paradigmática a obra de John Hart Ely. Para Ely, tribunais constitucionais atuam como tribunais quando as suas decisões são capazes de aperfeiçoar o funcionamento dos procedimentos democráticos de decisão, a impedir que se tomem decisões que bloqueiam o acesso à participação política ou que promovam a discriminação de determinadas minorias sociais. Por fim, discute-se a tese da “leitura moral da constituição” apresentada por Ronald Dworkin, para quem não há como se interpretar o texto constitucional sem realizar os juízos de moralidade política entre os princípios aos quais o documento constitutivo remete.

A conclusão da abordagem dessas três vias, que podemos já adiantar, é que nenhuma delas satisfaz a busca por um modelo que seja capaz de abordar a polemicidade dos conflitos políticos de forma propriamente jurídica, isto é, que possibilite identificar os juízes constitucionais como terceiros imparciais à questão *sub judice*, capazes de resolvê-las pela aplicação de normas jurídicas previamente definidas. É a isso que é dado o nome, ao final, de *improbabilidade da jurisdição constitucional*.

Para fechar a abordagem, o último capítulo investiga as diferenças de função que podem ser estabelecidas entre “jurisdição” e “jurisdição constitucional” e, por fim, é apresentada a crítica desenvolvida por Fernando Atria – cuja influência sobre todo o trabalho será notável e deve ser, desde já, ressaltada – à contradição entre forma e função que caracteriza os tribunais constitucionais.

O método de trabalho eleito para abordar o problema é uma revisão bibliográfica da produção teórica sobre a jurisdição constitucional, junto do uso explicativo e exemplificativo de decisões da jurisprudência constitucional.

Não se opta pela delimitação rígida do âmbito territorial de onde serão escolhidas as obras trabalhadas. Uma boa parte delas é pertinente à discussão anglófona sobre o *judicial review*, que tem sido desenvolvida com profundidade desde a segunda metade do século XX. Além dessas, são abordados textos de autores portugueses, brasileiros, latino-americanos, do restante da Europa continental, e de alguma outra localidade. Não há a pretensão de fazer um estudo exaustivo da literatura, mas sim identificar as contribuições, nos âmbitos destacados, que permitem aprofundar a discussão sobre a jurisdição constitucional de acordo com o problema de pesquisa traçado.

No que toca à jurisprudência, procura-se utilizar como exemplos principalmente decisões do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Quando relevante, são indicadas algumas decisões da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, e alguma decisão de outra localidade.

Para encerrar este começo, vale explicar que a abordagem feita à questão da jurisdição constitucional se dará em plano deliberadamente teórico e abstrato. Pretende-se que, com isso, seja possível discutir o problema a partir de contribuições de diferentes contextos nacionais e sociais, e de autores que discutem o tema tendo como ponto de partida organizações de supremos tribunais e tribunais constitucionais, em seus países, em diferentes considerações. Com o distanciamento das preocupações dogmáticas próprias de um tratamento mais concreto do direito constitucional, espera-se que seja possível contribuir de forma mais generalizada para a teoria da jurisdição constitucional.

## 1. CONSTITUIÇÃO: ENTRE PRESCREVER E CONSTITUIR

*Why is it that this whole constitutional movement from king to people is so important? I will say it is because humans matter.*

M. J. DETMOLD, *Legislation and Adjudication*

*Se o homem é formado pelas circunstâncias, será preciso formar as circunstâncias de forma humana.*

Karl Marx e Friedrich Engels, a tratar dos materialistas franceses, *A Sagrada Família*

Quando, em meio à crise financeira que acometeu o país no início dos anos 10, o Tribunal Constitucional português teve diante de si a obrigação de fiscalizar a constitucionalidade da Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2013 (Lei nº 66-B/2012), foi a identificação de uma violação ao princípio constitucional da igualdade que motivou seus conselheiros a, em maioria, declarar a inconstitucionalidade dos artigos 29º e, consequentemente, 31º, da lei orçamentária, ao proferir o Acórdão nº 187/2013.

A disposição orçamentária do artigo 29º instituíra uma restrição salarial aos funcionários públicos, com a suspensão (ou redução, a depender alguns critérios relacionados à renda desses funcionários), das prestações correspondentes ao subsídio de férias ou ao 14º mês de rendimento dos trabalhadores. Tratava-se, naquela oportunidade, de um corte adicional às remunerações dos trabalhadores do setor público, para além das que já haviam sido introduzidas nas disposições orçamentárias passadas e eram mantidas para o novo ano<sup>2</sup>.

Assim, entendeu o Tribunal que uma restrição adicional às remunerações dos trabalhadores do Estado seria inconstitucional, ao implicar em uma relação de desconformidade material<sup>3</sup> com o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que esta exige a “igualdade perante a repartição de encargos

---

<sup>2</sup> O artigo 27º da Lei 66-B/2012 previa, também, uma redução dos salários dos trabalhadores do setor público, proporcional aos montantes das remunerações. A norma mantinha uma restrição que já constava das leis orçamentárias dos anos anteriores, e, contestada, foi julgada constitucional pelo Tribunal Constitucional no mesmo Acórdão nº 187/2013. Para uma descrição do contexto fático e jurídico dos acórdãos a respeito dos cortes salariais em meio à crise financeira, cf. PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 98, pp. 317-370, 2013, pp. 327-357.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 16-17.

públicos”, e, sobretudo, pela inadequação à fórmula da “igualdade proporcional”, teste admitido e desenvolvido pela própria jurisprudência do Tribunal<sup>4</sup>.

O critério da “igualdade proporcional”, na forma estabelecida pelo Tribunal, exigia que um corte de salários, além de se apresentar como uma medida adequada a um “critério ponderativo racionalmente credenciável”<sup>5</sup>, deveria ainda ser proporcional (e não excessiva) tanto em relação ao objetivo perseguido pelos entes públicos, quanto em relação à diferença de tratamento que promovia entre os atingidos pela redução dos vencimentos e os demais<sup>6</sup>.

A partir desse parâmetro, decidiu o Tribunal que o “sacrifício adicional” imposto aos funcionários públicos pelo corte do artigo 29º, junto da outra redução que a lei já previa em seu artigo 27º, representava uma desigualdade de tratamento inconstitucional perante a ordem jurídica portuguesa, e acabou por reconhecer a inconstitucionalidade daquela norma<sup>7</sup>.

A decisão, à semelhança das demais que fizeram parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional no período da crise financeira, foi analisada e criticada por estudiosos do Direito Constitucional.

Parte deles, sabe-se, se pôs a criticar a postura do Tribunal Constitucional e a afirmar, por exemplo, que em sua tentativa de se portar como um fórum de princípios, a sua jurisprudência revelaria o descumprimento de todas as exigências esperadas da atividade da justiça constitucional, incorrendo em “irrazoabilidade, imprevisibilidade, inadequação, ilegitimidade e insularidade”<sup>8</sup>.

Por outro lado, houve também aqueles que defenderam que tal postura não se tratava de mais que a legítima defesa e consagração dos direitos fundamentais do povo português, previstos em sua Constituição. Assim, a única crítica dirigível ao Tribunal seria a

---

<sup>4</sup> Acórdão n° 187/2013 do Tribunal Constitucional português. Diário da República n° 78/2013 de 22 abr. 2013, pp. 2328-2423, disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260391/details/maximized>>, acesso em 17 ago. 2020, p. 2373.

<sup>5</sup> Acórdão n° 187/2013..., p. 2368.

<sup>6</sup> Acórdão n° 187/2013..., p. 2368.

<sup>7</sup> Acórdão n° 187/2013..., p. 2372. Sobre as dificuldades internas do Tribunal em cumprir com o ônus argumentativo decorrente dos critérios por ele eleitos para a satisfação da “igualdade proporcional”, cf. BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira. A “Igualdade Proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n° 187/2013. *Direito & Política*, Lisboa, n. 4, pp. 182-191, 2013. Sobre a relação, a partir da decisão do Tribunal, entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, com a conclusão de que se trata de uma “operação de ponderação estruturalmente diversa da que é efetuada no contexto do princípio da proporcionalidade”, cf. CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). *E-pública*, Lisboa, n. 1, pp. 1-49, 2014, p. 34.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O Constitucionalismo dos Princípios. In *O Tribunal Constitucional e a Crise*, org. Luís Pereira Coutinho, Gonçalo de Almeida Ribeiro. Coimbra: Almedina, pp. 69-103, 2014, p. 82.

sua postura demasiadamente moderada, que o levou a deixar passar, ainda, certos atos normativos de flagrante inconstitucionalidade<sup>9</sup>.

Mas a intenção deste trabalho não é agregar alguma contribuição ao debate sobre a jurisprudência da crise, avaliar criticamente a concepção do princípio da igualdade à luz dos entendimentos do Tribunal Constitucional ou mesmo discorrer sobre a situação da soberania do Estado português entre as ofensivas das medidas de austeridade e as trincheiras estabelecidas pelo Tribunal. Em verdade, chama-se atenção ao Acórdão nº 187/2013 como ilustração de um problema específico: a eleição de tribunais constitucionais como fórum adequado para a solução dos conflitos políticos que permeiam as sociedades pluralistas atuais.

Afinal, a decisão mencionada mostra que, em uma democracia constitucional como a portuguesa, uma decisão normativa só pode ser considerada definitiva após a chancela de um órgão judicial competente para a fiscalização de sua constitucionalidade.

Neste contexto, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, a interpretação e a aplicação do princípio constitucional da igualdade, bem como a discussão subsequente, podem aparecer não apenas como uma problemática sobre a melhor dogmática para os métodos de interpretação constitucional. Podem ser colocadas em questão, aqui, discordâncias sobre o modelo, a compreensão e a função dos dispositivos encontrados no texto constitucional.

Afinal, o sentido que uma Constituição acaba por receber, na prática, é aquele mediado por seus intérpretes institucionalmente autorizados<sup>10</sup>. Com isso, as decisões da justiça constitucional pressupõem, ainda que de forma implícita, uma concepção sobre aquilo que é a (ou “uma”) constituição.

Uma distinção significativa entre concepções (ou modelos) de constituição foi apresentada por Luís Pereira Coutinho, que diferencia os modelos prescritivo e constitutivo de compreensão da constituição e de sua função<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais na crise. In *III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil*, org. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. Brasília: IDP, pp. 22-29, 2016, p. 25. Cf. também NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>10</sup> A institucionalização de uma Constituição como texto normativo hierarquicamente superior aos demais, *i.e.*, detentor de “supremacia” ante os demais atos normativos de determinada ordem jurídica, não implica logicamente na adoção de um determinado (ou qualquer) modelo de controle jurisdicional da constitucionalidade, e tampouco em uma postura definida do órgão que venha a ser atribuído deste controle. Nesse sentido, cf. NINO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, pp. 79-88, 1989, pp. 81 e ss.

<sup>11</sup> A dicotomia entre modelo prescritivo e constitutivo de constituição não se identifica com outras categorias trabalhadas na teoria constitucional, como o contraponto entre modelo processual e substantivo de Constituição (aqui, Coutinho ressalta que um modelo constitutivo guarda relação com valores substantivos, como a igualdade fundamental, o respeito pela participação e pela autonomia pública de todos), e nem com a distinção entre constituições liberais e sociais. COUTINHO, Luís Pereira. Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional. In *O Tribunal Constitucional e a Crise*, org. Luís Pereira Coutinho, Gonçalo de Almeida Ribeiro.

Quanto ao modelo constitutivo de constituição, trata-se daquele que a ela atribui a função de erigir uma “estrutura de estabilidade dentro da qual decorre um processo político plural”<sup>12</sup>. Com a consciência de que o Estado está repleto de indivíduos e grupos que assumem convicções políticas e morais divergentes, não se atribui à constituição a pretensão de restringir o espaço para a atuação política, mas sim de definir o âmbito em que esta pode se desenvolver a partir de uma ideia de radical respeito à posição de cada um como participante de sua comunidade.

A constituição, ao estruturar um universo institucional em que a prática política pode se desenvolver, estabelece um espaço comum, identificável por todos. Como afirma Massimo La Torre, trata-se de assumir o sentido arendtiano que entende que o direito e suas estruturas fornecem um âmbito em que é possível desenvolver nossas vidas como vidas humanas, relacionando-nos com os demais<sup>13</sup>. Como afirma Hannah Arendt em uma passagem digna de reprodução:

No governo constitucional, as leis positivas destinam-se a erigir fronteiras e a estabelecer canais de comunicação entre os homens, cuja comunidade é continuamente posta em perigo pelos novos homens que nela nascem. A cada nascimento, um novo começo surge para o mundo, um novo mundo em potencial passa a existir. A estabilidade das leis corresponde ao constante movimento de todas as coisas humanas, um movimento que jamais pode cessar enquanto os homens nasçam e morram. As leis circunscrevem cada novo começo e, ao mesmo tempo, asseguram a sua liberdade de movimento, a potencialidade de algo inteiramente novo e imprevisível; os limites das leis positivas são para a existência política do homem o que a memória é para a sua existência histórica: garantem a preexistência de um mundo comum, a realidade de certa continuidade que transcende a duração individual de cada geração, absorve todas as normas origens e dela se alimenta.<sup>14</sup>

É nessa linha que segue uma compreensão do texto constitucional como mais que o pressuposto para uma dogmática de limites para decisões políticas, mas sim como um incremento das possibilidades de formas de vida mais humanas – mais humanas, na medida em que realizadas junto aos outros<sup>15</sup>.

---

Coimbra: Almedina, pp. 243-261, 2014, p. 246. Para uma leitura dos direitos sociais reconhecidos no texto constitucional como compromissos constitutivos, cf. COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais como compromissos. *E-pública*, Lisboa, n. 3, pp. 86-98, 2014.

<sup>12</sup> COUTINHO, Luís Pereira. Formular..., p. 245.

<sup>13</sup> LA TORRE, Massimo. Hannah Arendt y el concepto de Derecho. Contra la tradición. In *Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois*, org. Paulo de Sousa Mendes, Luís Pereira Coutinho. São Paulo: Marcial Pons, pp. 53-75, 2017, p. 65.

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 619.

<sup>15</sup> Segue-se, aqui, a afirmação de Marx: “*The more deeply we go back into history, the more does the individual, and hence also the producing individual, appear as dependent, as belonging to a greater whole (...) The human being is in the most literal sense a zoon politikon, not merely a gregarious animal, but an animal which can*

A distinção apresentada por Coutinho remete, ainda, a uma diferença elaborada por Michel Troper entre dois modelos de constituição: a “máquina” e a “norma”. Para Troper, o modelo da constituição como norma considera que o texto constitucional é um texto normativo obrigatório, exigível perante tribunais, que se caracteriza pela questão: “determinada opção política é legítima perante a constituição?”. Para responde-la, a perspectiva normativa recorre a critérios de dogmática jurídica – do direito constitucional como ciência – para estabelecer os termos em que se pode haver uma resposta afirmativa ou negativa à questão<sup>16</sup>.

O modelo mecanicista, por sua vez, compreende o funcionamento da constituição em termos dos poderes que as diferentes instituições da organização jurídico-constitucional possuem para decidir em sentidos determinados. A busca se dá, então, é por uma organização do poder político que permita a liberdade política (caracterizada como a existência de uma “legislação moderada”) no seio de uma constituição que se faz inviolável pelo bom equacionamento da dinâmica de seus atores. Ainda que não se tenha visto sucesso na elaboração de uma constituição a partir de tais critérios, aquilo que basta para tratar deste modelo é a existência de uma tentativa, que oferece uma possibilidade em que “*no es necesario pensar la constitución como obligatoria, puesto que ésta constriñe efectivamente*”<sup>17</sup>.

Como não poderia deixar de ser, Troper ressalta que as duas concepções são modelos ideais que nunca existiram por completo nos termos exatos por ele apresentados, mas que aparecem nas tendências a se privilegiar uma ou outra perspectiva. Para o autor, enquanto o modelo da constituição como norma se depara com uma série de obstáculos teóricos, o problema da constituição como máquina é prático, dado pela dificuldade de elaboração de modelos que cumpram seus pressupostos<sup>18</sup>.

A partir das categorias de Troper, é possível afirmar que este trabalho busca explorar alguns dos problemas teóricos que caracterizam a predominante abordagem normativa do direito constitucional.

Dito isso, é possível retomar aquilo que caracteriza uma abordagem que atribui à constituição um sentido primordialmente constitutivo. Para Fernando Atria, uma característica

---

*individuate itself only in the midst of society*”. MARK, Karl. *Grundrisse*. Tradução de Martin Nicolaus. New York: Random House, 1973, p. 84. Marx sucede, nessa compreensão, a Aristóteles, para quem “aquele que, por sua natureza e não por obra do acaso, existisse sem nenhuma pátria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem (...) Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade”. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 4-5.

<sup>16</sup> TROPER, Michel. La máquina y la norma. Dos modelos de constitución. Tradução de Juan Ruiz Manero. *Doxa*, Alicante, n. 22, pp. 331-347, 1999, p. 338.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 335.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 332 e pp. 340-347.

que decorre desse sentido é que as previsões constitucionais de carácter mais indeterminado, nomeadamente as disposições de direitos fundamentais, são entendidas como expressões dos conceitos partilhados por uma comunidade política. Trata-se de previsões que podem ser comuns a todos em uma situação de pluralismo de convicções divergentes. Isso, enquanto sejam abertas ao preenchimento preenchidas por diferentes concepções políticas, caracterizando-se o conflito político justamente nessa disputa de convicções: *“el conflicto político normal es el conflicto sobre como hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones). El que no comparte nuestros conceptos no participa de nuestras prácticas políticas”*<sup>19</sup>.

Rejeita-se, portanto, a pretensão de que uma constituição contenha em si as soluções para todos os conflitos que envolvem essas previsões. Conforme assevera Atria, para ser comum a todos, a constituição deve ser neutra diante do conflito político. As divergências sobre o conteúdo a ser atribuído às previsões sobre a igualdade, a liberdade de expressão, o direito à saúde e à educação, *etc.*, são justamente aquelas divergências que separam os grupos de uma comunidade em partidários de diferentes convicções políticas<sup>20</sup>. O liberal e o socialista, o progressista e o conservador, a esquerda e a direita, assumem convicções, e agem politicamente e coletivamente para concretizar aquelas que entendem mais aptas a propiciar, por exemplo, a igualdade a todos em seu sentido mais significativo, ou propiciar o acesso às melhores condições de saúde e educação. Os conceitos, que eram compartilhados, são polêmicos porque o preenchimento de seu conteúdo implica em concepções polarizadas<sup>21</sup>.

Um diagnóstico semelhante é apresentado por Luís Pereira Coutinho, para quem o pluralismo das comunidades políticas que hoje conhecemos, ao menos em parte, se manifesta em uma variedade de pretensões de absoluto que, acompanhadas de correspondentes teorias formuladas para sua correspondente justificação, destinam-se a dar conteúdo às expressões indeterminadas elencadas nos textos constitucionais destas comunidades<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 275. No mesmo sentido, cf. ATRIA, Fernando. *El derecho y la contingencia de lo político*. *Doxa*, Alicante, n. 26, pp. 319-344, 2003, p. 331.

<sup>20</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 276.

<sup>21</sup> A distinção entre conceitos e concepções apresentada aqui é a mesma utilizada por Ronald Dworkin e, antes, por John Rawls, que a atribui a H. L. A. Hart. Para Rawls, um conceito abstrato como a justiça admite o preenchimento por diferentes concepções, de forma que um conceito pode ser compartilhado mesmo quando há desacordo sobre diferentes concepções. Nos termos de Hart, seria possível concordar que “justiça” quer dizer “tratar casos semelhantes de forma semelhante”, ainda que haja desacordo sobre quais são os casos semelhantes e quais as exigências para que sejam tratados da mesma forma. Cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, p. 5. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 160.

<sup>22</sup> Teorias que “nos dividem em decisionistas e não decisionistas, institucionalistas e não institucionalistas, historicistas e actualistas, comunitaristas e liberais, *etc.*”. COUTINHO, Luís Pereira. *O facto do pluralismo e a*

Em um escrito posterior, Coutinho ressalta que uma das dimensões preocupantes dessa pluralidade de pretensões de absoluto (ou concepções) é a eventual fragilização da possibilidade de integração de grupos plurais sob uma mesma constituição, cujos princípios são concretizados em direções antagônicas. Afinal, trata-se “diferentes grupos que têm as suas *distintas* convicções como estruturantes da *mesma* lei constitucional”<sup>23</sup>.

A mesma preocupação, no âmbito de uma discussão sobre a jurisdição constitucional, motiva a solução defendida por Cass R. Sunstein, para quem a situação abordada impõe que a tomada de decisões a partir de um texto constitucional impreciso seja proferida a partir de acordos parciais, que reflitam o mínimo possível sobre convicções morais, políticas e filosóficas mais abstratas<sup>24</sup>.

Ainda neste contexto, e embora não se pretender discutir a fundo essa questão aqui, uma retomada da compreensão constitutiva da constituição parece necessária para qualquer teoria democrática que tenha como problema principal a concretização de um ideal de autogoverno do povo. Parece ser esse o caminho traçado por Jed Rubenfeld, que atribui a uma constituição escrita a possibilidade de autogoverno popular como um compromisso do povo, ao longo do tempo, com seus próprios compromissos constitutivos<sup>25</sup>. Aquilo que o ato de elaboração de uma Constituição escrita pelos constituintes estadunidenses em 1788 teve de revolucionário, de acordo com Rubenfeld, foi justamente a inauguração da possibilidade de que um povo criasse a sua própria identidade a partir de seu constante reencontro com os compromissos assumidos no momento de sua fundação. A constituição vincula o povo, na elucidativa imagem elaborada por Rubenfeld, como a espinha de um livro vincula as suas páginas. É apenas a partir dessa vinculação, como atribuidora de uma identidade, que é possível, então, dizer que existe um “aquele” (o povo) que se autogoverna<sup>26</sup>.

---

fiscalização judicial da constitucionalidade. In *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, coord. Paulo Pulido Adragão. Coimbra: Almedina, pp. 69-78, 2014, pp. 70-71.

<sup>23</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado como representação: do momento hobbesiano aos problemas contemporâneos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 164.

<sup>24</sup> “*The agreement on particulars is incompletely theorized in the sense that the relevant participants are clear on the result without agreeing on the most general theory that accounts for it*”. SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2. ed. New York: Oxford University Press, 2018, p. 5.

<sup>25</sup> Embora o assunto não seja discutido com mais detalhes aqui, uma teoria democrática que parece disposta a preencher esse espaço é aquela Mark Tushnet denomina constitucionalismo popular, assim definido: “*a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government*”. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 181. A acompanhar Tushnet, no contexto da aplicação da constituição, afirma Miguel Gualano de Godoy que “o sentido da Constituição deve ser construído e definido coletivamente entre o povo e as instituições de sua sociedade”. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 110. Trata-se, de certa forma, de seguir a frase atribuída ao ex-presidente do Haiti, Jean-Bertrand Aristide: “*quand nous disons démocratie, nous devons pratiquer ce que nous disons*”.

<sup>26</sup> RUBENFELD, Jed. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001, pp. 163-177. O contexto deste trabalho implica em um esclarecimento. Para Rubenfeld, o

Não obstante, uma observação do atual estado de coisas da teoria constitucional nos mostra que essa compreensão da constituição parece, hoje, perdida. Com o risco do exagero no empréstimo da expressão, poder-se-ia falar em um tesouro sem testamento, perdido pela tradição<sup>27</sup>, deixado de lado em favor de uma compreensão dos textos responsáveis por inaugurar (constituir) nossas comunidades políticas que favorece a solução dos desacordos políticos mais importantes pela via judicial. A expectativa, na remissão da solução desses desacordos à jurisdição constitucional, o direito – via interpretação e aplicação de textos constitucionais – deve ser capaz de submeter a política aos seus critérios.

Neste contexto, remeter a uma compreensão de constituição que se afasta da determinação daquilo que é constitucional/inconstitucional, em favor da estruturação do espaço em que podem se desenvolver as “virtudes e capacidades próprias do pólo político”<sup>28</sup>, é tratada, em geral, como uma decisão perigosa e imprudente (pela lembrança dos terrores fascistas do início do século XX), quando não reacionária, por contrariar a esperança em uma estranha ideia de emancipação via dogmática constitucional<sup>29</sup>.

---

constitucionalismo escrito implica, necessariamente, em alguma forma de fiscalização judicial da constitucionalidade, *i.e.*, de que sempre seja definido um grupo de pessoas desvinculado das vontades populares para avaliar se as decisões tomadas pelas formas democráticas se ajustam aos compromissos fundamentais da comunidade. O autogoverno constitucional, na defesa do *judicial review* à Rubinfeld, não pode nunca tornar os cidadãos de hoje em juízes em causa própria, que fariam do conteúdo da constituição meras “promessas de Ano Novo”. O problema é que, aqui, Rubinfeld restringe a possibilidade de que uma constituição escrita atribua identidade ao povo, cuja autonomia então só pode existir ser mediada por um tutor. O estranho é que, como elucida Fernando Atria, quando se fala em autogoverno, não há povo que não é juiz em causa própria. Não há um ponto arquimediano de onde um grupo de tutores (juízes) poderá proferir as decisões corretas. Assim, aquilo que falta no argumento de Rubinfeld em prol da jurisdição constitucional é um argumento normativo sobre a prioridade da tomada judicial das decisões importantes sobre conflitos políticos (ou, nos termos do autor, sobre as decisões que dão conteúdo aos compromissos constitucionais que identificam o povo). Cf. *Ibidem...*, p. 172. Cf. também ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 266.

<sup>27</sup> Utiliza-se, deliberadamente, a expressão de Hannah Arendt. Cf. ARENDT, Hannah. Prefácio: A quebra entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa. In *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, pp. 28-42, 2016, pp. 28 e ss.

<sup>28</sup> COUTINHO, Luís Pereira. Jurisdição constitucional e justificação pública. In *Atas das I e II Jornadas de Metodologia Jurídica*, org. José Lamego, *no prelo*, p. 15.

<sup>29</sup> Para um exemplo: “ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social. Trata-se de usar a interpretação constitucional como um ‘espaço de luta’(...)”, cf. SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, pp. 272-297, 2003, p. 279. Qualquer que seja a ideia de “emancipação” aqui, certamente não se trata da emancipação humana real de Marx, que em certo sentido é justamente a superação da necessidade de entender o homem como sujeito de direitos reconhecidos pelo Estado. MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 54.

## 1.1. O modelo prescritivo de constituição e a democracia

Quando um tribunal atribuído do dever de aplicar (ou de “guardar”<sup>30</sup>) a constituição entende que tal tarefa envolve a aplicação direta dos preceitos abstratos instituídos no texto constitucional (por meio de um método de concretização<sup>31</sup>, de ponderação, de desenvolvimento de fórmulas dogmáticas<sup>32</sup> *etc.*), como o princípio da igualdade, contra as decisões normativas tomadas pelos demais órgãos de poder estatal (sobretudo o legislativo), essa postura presume um modelo prescritivo de Constituição<sup>33</sup>.

O modelo prescritivo de Constituição, conforme descreve Luís Pereira Coutinho, é aquele em que, do texto constitucional, são extraídas decisões conformadoras do desacordo característico do pluralismo político, a implicar diretamente na exclusão do âmbito político de determinadas posições (com a anulação das decisões que as refletem), ainda que razoáveis e passíveis de adesão em boa-fé pelos participantes da vida política de uma comunidade<sup>34</sup>.

Para essa compreensão da constituição, a invalidação de uma decisão legislativa por um tribunal torna-se cabível sempre que a decisão puder ser justificada a partir de valores substantivos presentes no texto, e passível de fundamentação por “parâmetros jurídicos objetivos”, ou seja, não se resume a uma formulação política em substituição daquela pela qual optou o legislador democrático<sup>35</sup>.

E assim, permeia a uma tal concepção a convicção de que, mesmo quando é reconhecida a existência de alguma tensão entre a imposição de valores constitucionais por tribunais e o princípio democrático (materializado nas decisões de órgãos democraticamente

---

<sup>30</sup> Prevê o artigo 102 da Constituição Federal brasileira de 1988: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

<sup>31</sup> Sobre os direitos fundamentais como normas de direito positivo, concretizadas a partir de suas previsões textuais por via do âmbito e do programa da norma, cf. MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. Tradução de Peter Naumann. In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 7, pp. 315-327, 2003, pp. 323-325. Ainda, sobre as diferenças entre direitos fundamentais e “cláusulas gerais” constitucionais, ambas consistindo em disposições com normatividade concretizável, cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 269-300.

<sup>32</sup> NAGEL, Robert F. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*. Berkeley: University of California Press, 1989, p. 128. Sobre a jurisprudência “formulaica” do Tribunal Constitucional português, cf. COUTINHO, Luís Pereira. *Formular...*, pp. 247-253.

<sup>33</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *Formular...*, p. 245.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 245-246 e p. 249.

<sup>35</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 81.

legitimados), essa tensão pode ser resolvida com uma prescrição boa o suficiente de técnicas de decisão para que o juiz constitucional não extrapole a sua função<sup>36</sup>.

Essa solução é possível porque, conforme defende Jorge Reis Novais, quando uma Constituição passa a prescrever um rol de direitos fundamentais, o desacordo sobre esses direitos, num contexto inegável de pluralismo, se converte do desacordo político sobre o conteúdo e o alcance de expressões como a “liberdade de expressão”, para um problema puramente jurídico-constitucional, sobre o alcance das previsões previstas na lei constitucional<sup>37</sup> – ou, nos termos de Ferrajoli, no momento da adjudicação, não há mais discricionariedade política, mas sim discricionariedade judicial<sup>38</sup>. Desta forma, tornar-se-ia inviável criticar a justiça constitucional por entender que esta implica na conformação de desacordos politicamente relevantes por meios indevidamente legitimados, como faz Jeremy Waldron<sup>39</sup>.

Há ainda aqueles que levam mais além o caráter prescritivo atribuído à Constituição, a reduzir ao mínimo a deferência a algum tipo de princípio democrático facilmente reconhecível<sup>40</sup>. É a via que segue Luís Roberto Barroso, que, em estudo descritivo e prescritivo, identifica entre as virtudes das cortes atuantes na justiça constitucional, além da

---

<sup>36</sup> “(...) o que nos importa é garantir o aperfeiçoamento, racionalidade, objectividade, e adequação dos mecanismos e técnicas de controlo de constitucionalidade das restrições e intervenções restritivas que afectam os direitos fundamentais em Estado de Direito. Esse é o *problema* do jurista que labora no *mundo* dos direitos fundamentais e é em função da resolução mais adequada desse problema prático que, em última análise, se justificam as presentes considerações teóricas”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...*, p. 33. Cf., também, FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 75.

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, p. 124.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 74.

<sup>39</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 287-289; cf., também, WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 115, vol. 6, pp. 1346-1406, 2006, pp. 1369 e ss. Que a resposta de Reis Novais a Waldron seja satisfatória é, pelo menos, questionável. Já na introdução de *Law and Disagreement*, Waldron rejeita a importância de classificar os desacordos que persistem sobre direitos constitucionalizados entre “desacordos sobre direitos” ou “desacordos sobre a sua interpretação”, e o comentário que segue parece se manter oponível aos desenvolvimentos do constitucionalista português: “*It is puzzling therefore that some philosophers and jurists treat rights as though they were somehow beyond disagreement, as though they could be dealt with on a different plane in law – on the solemn plane of constitutional principle far from the hurly-burly of legislatures and political controversy and disreputable procedures like voting*”. WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 12.

<sup>40</sup> Encontra-se uma expressão dessa posição nos lamentos de Lenio L. Streck a respeito do “excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição” por parte de juízes e tribunais de instâncias inferiores, no Brasil. O “apego excessivo” à decisão do legislador implica, segundo Streck, em um baixo índice de decisões desses órgãos a declarar a inconstitucionalidade de atos normativos pela via difusa, ainda que autorizados a tal na ordem constitucional brasileira. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense 2018, p. 164.

salvaguarda de direitos (de forma contramajoritária), a sua capacidade de cumprir funções de representação democrática e de iluminismo social<sup>41</sup>.

Que os tribunais possam exercer uma função representativa quer dizer, no sentido empregado pelo autor, que muitas vezes as cortes, no desempenho da justiça constitucional, refletem de forma mais profícua os valores realmente defendidos em uma sociedade – valores, estes, que teriam sido deixados de lado pelas maiorias parlamentares, como consequência da crise de legitimidade e representatividade que as acomete<sup>42</sup>.

Já a função “iluminista” a que alude Barroso se reporta ao imperativo de que a jurisdição constitucional empregue uma “razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”<sup>43</sup>, apta a “superar bloqueios institucionais e empurrar a história”<sup>44</sup> com decisões que, sem encontrar guarida nas opiniões dos representantes legislativos, e tampouco na sociedade, são corretas, justas e legítimas, a protagonizar uma vanguarda que busca determinar o hoje de acordo com o *zeitgeist* de amanhã<sup>45</sup>. Trata-se de uma formulação prescritiva daquilo que Alexander Bickel identificou como objetivo geral da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no período denominado de “Corte Warren”: uma tentativa de decidir de acordo com uma previsão dos valores que viriam a ser reconhecidos como um progresso para a sociedade<sup>46</sup>. Tal posição depende, conforme destaca John Hart Ely, de entender que um tribunal que se comporta como um “acelerador liberal” num ambiente de marcado pluralismo político será um órgão mais democrático que aquele que não o faz (e, portanto, mais democrático que seu

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, pp. 2171-2228, 2018.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 2205. A descrição da posição defendida por Barroso faz lembrar as críticas de John Hart Ely à possibilidade de que cortes identifiquem os valores de fato defendidos pela sociedade. Para Ely, “*by viewing society’s values through one’s own spectacles – resolving apparent inconsistencies in popular thinking in the ‘appropriate’ direction by favoring the ‘emergent over the recessive’, the ‘general over the particular’, or whatever – one can convince oneself that some invocable consensus supports almost any position a civilized person might want to see supported*” e, nesse sentido, ainda que as casas legislativas não sejam democráticas o suficiente, ou incorram em um déficit de representatividade, isso de forma alguma mostra que uma corte está mais apta a refletir quais são os valores de fato defendidos, em geral, pela maioria da sociedade, do que as casas compostas por legisladores eleitos democraticamente. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980, p. 67. O argumento de Barroso é semelhante, ainda que menos desenvolvido, à ideia de Robert Alexy sobre a jurisdição constitucional como esfera de representatividade. Para o professor alemão, há uma representatividade legitimadora no exercício argumentativo de uma corte constitucional, desde que haja, simultaneamente, o emprego de razões identificadas com as razões do povo, e uma parcela deste que aceite tais argumentos como corretos: “*constitutional review can be successful only if the arguments presented by the constitutional court are sound and only if a sufficient number of members of the community are able and willing to exercise their rational capacities*”. Cf. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation. I-CON*, Oxford, vol. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005, p. 580.

<sup>43</sup> BARROSO. *Contramajoritário...*, p. 2208.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 2213.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 2211.

<sup>46</sup> BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the idea of progress*. Nova York: Harper & Row, 1970, pp. 2-9.

equivalente de sinal trocado: a corte que faz de si um “freio conservador”<sup>47</sup>, posição que parece de difícil aceitação por qualquer um que não compartilhe das convicções políticas dos juízes constitucionais.

Nesse ponto, a função “iluminista” preconizada por Luís Roberto Barroso afasta qualquer tipo de deferência à lei positiva (ou, genericamente, a qualquer decisão democraticamente tomada antes de sua atuação) que poderia ser exigida de um juiz constitucional.

Tal movimento acaba por remeter à reconstrução de Hannah Arendt sobre a relação entre os regimes totalitários e a lei positiva que os antecedia. Afinal – e é claro que de forma extremamente menos agressiva e perniciosa – o juiz constitucional que decide com o objetivo “empurrar a história” em decisões que serão determinadas por seus próprios valores (ideológicos, morais, políticos, *etc.*) não deixa de recorrer a uma “forma superior de legitimidade”, a fim de promover a “lei da justiça na terra”. Passa a ser do escopo de atuação do juiz a substituição das estruturas institucionais previamente determinadas pela “lei de movimento”<sup>48</sup> que julga correta<sup>49</sup>.

A referência feita à obra de Arendt requer um esclarecimento. Não se trata, aqui, de instrumentalizar a obra da autora para produzir um argumento de estilo *reductio ad hitlerum* contra uma determinada teoria constitucional. Busca-se apenas evidenciar o risco que aparece quando valores, tidos como autoevidentes por um juiz, são aplicados sem mediação democrática em substituição de procedimentos legislativos, mesmo quando tais valores sejam os mais diferentes possíveis daqueles que levaram ao terror! E o risco em questão é justamente a perda da função que Arendt atribui ao direito decidido, compartilhado por uma sociedade, apto a fornecer um “muro” estabilizador e constitutivo de um mundo comum entre pessoas cuja existência é inevitavelmente instável e dinâmica, permeável à transformação a cada novo nascimento<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 70.

<sup>48</sup> As “leis de movimento” dos regimes totalitários, objeto do estudo de Arendt, materializavam as ideologias fundamentais daqueles regimes, e eram, de um lado, o bolchevismo a concretizar a ideia marxista do movimento da história impulsionado pela luta de classes; do outro, o nazismo e a seleção racista de seres humanos, a propiciar a realização daquilo que se entedia como uma “evolução natural”. Cf. ARENDT, Hannah. *Origens...* p. 617.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 613 e ss.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 615 e p. 619. No mesmo sentido: “(...) *men are equipped for the logically paradoxical task of making a new beginning because they themselves are new beginnings and hence beginners, that the very capacity for beginning is rooted in natality, in the fact that human beings appear in the world by virtue of birth*”, cf. ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres: Penguin Books, 1990, p. 211. Para um paralelo entre o lugar privilegiado que o nascimento recebe no projeto filosófico de Arendt e os momentos constituintes, cf. LA TORRE, Massimo. Hannah Arendt..., pp. 53-75, pp. 72 e ss.

Aqui, a fim de avançar na caracterização daquilo que se identifica por um modelo prescritivo de constituição, importa abordar o modelo de democracia à qual este se reporta. Trata-se de uma concepção que tem como prioridade a garantia de valores fundamentais em detrimento da tomada de decisões legitimadas diretamente por procedimentos democráticos. Trata-se, para Coutinho, de um modelo de democracia “tutelada, vigiada ou protegida”<sup>51</sup>.

No sentido apresentado pelo professor lusitano, as democracias protegidas são, a princípio, aquelas caracterizadas pelas opções institucionais adotadas a partir da reconstrução democrática da Europa Ocidental no pós-guerra<sup>52</sup>, sendo o grande exemplo a Constituição de Bona de 1949.

A ideia que subjaz a esse movimento é bastante clara. Quando a experiência nazista do começo do século XX revelou que uma identificação entre democracia e domínio incondicional da vontade majoritária permitiu que, a partir das formas jurídicas, fossem criados todos os tipos de regras – incluindo-se aí o pior tipo possível – tornou-se necessário o estabelecimento de medidas que impedissem o retorno de tais consequências. Era necessário explicitar que, nos termos de Radbruch, um conflito insuportável entre a lei positiva e justiça deveria ser resolvido em favor da justiça<sup>53</sup>.

Uma democracia protegida, nesse sentido, materializa-se com a institucionalização de instrumentos que: (i) limitam o pluralismo político, sobretudo com a proibição e exclusão de partidos políticos que provocam riscos à ordem democrática; (ii) buscam a contenção do populismo político, com a preponderância da democracia representativa, com elementos de democracia direta restritos a formas bem definidas<sup>54</sup>, o fortalecimento dos partidos políticos, e a permeação dos sistemas de governo por elementos racionalizadores, pensados para garantir a moderação e estabilidade aos órgãos de poder público, a fim de que, nos termos de James Madison, a relação entre esses órgãos mantenham-nos em seus lugares<sup>55</sup>; (iii) o controle interno das decisões políticas, sobretudo via fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis;

---

<sup>51</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *Formular...*, p. 253.

<sup>52</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *Teoria dos Regimes Políticos: lições de Ciência Política*. Lisboa: AAFDL: 2015, pp. 129 e ss. Quanto a esse contexto, diria Luigi Ferrajoli que “(...) podemos afirmar que *el antifascismo – o, más em general, el antitotalitarismo – es un rasgo genético de las constituciones democráticas y de la democracia constitucional*”. *Principia Iuris...*2, p. 50.

<sup>53</sup> RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 37. Vale destacar que em momento anterior, Radbruch já reconhecia aquilo que chamava de antinomia entre a segurança jurídica, a justiça e os fins do direito, mas sem destacar a solução em prol da justiça, contra a segurança jurídica, em casos de extrema injustiça. Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 5ª ed. revista e acrescida. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974, pp. 159 e ss.

<sup>54</sup>

<sup>55</sup> MADISON, James. Fifty-one (n. 50 in newspapers). In HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*, ed. J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005, p. 280.

(iv) hoje, também, um controle externo no âmbito de organizações regionais de cooperação transnacional<sup>56 57</sup>.

Uma grande influência sobre tais ideias pode ser atribuída a Karl Loewenstein. Em meio ao turbilhão das questões sociopolíticas que levariam à Segunda Guerra Mundial, Loewenstein prescreveu em seus estudos a adoção de formas políticas capazes de impedir que a democracia fosse subvertida “de dentro”, corrompida por movimentos fascistas que se aproveitassem das circunstâncias (extraordinárias) propiciadas pelas próprias formas democráticas, caracterizadas por sua propensão à tolerância<sup>58</sup>.

O autor entendia que, uma vez que a democracia seria incapaz de combater os ataques “emocionais” dos movimentos fascistas – descrito como uma técnica para a conquista e manutenção do poder, e, portanto, não como uma filosofia ou programa de valores abrangente para o Estado<sup>59</sup> – seria nas frentes política e legislativa que a democracia deveria se converter em Democracia Militante: politicamente, com a unificação dos setores democraticamente orientados do povo contra aqueles que apareciam como inimigos; e legislativamente, consolidando institucionalmente o combate às técnicas fascistas<sup>60</sup>.

Hoje, entretanto, mais do que um entrincheiramento da democracia contra movimentos fascistas ou totalitários, a dimensão de limitação do pluralismo político que caracteriza uma “democracia protegida” parece antes formatar aquilo que Paul Kahn descreve como um esforço de negação da oposição política. Como os desacordos políticos podem ser convertidos<sup>61</sup> em desacordos jurídico-constitucionais e resolvidos pela decisão de um tribunal dotado de autoridade para tanto, aqueles que guardavam opinião contrária à decisão agora estão do lado errado: “*those who disagree are not understood as politically opposed but rather as*

---

<sup>56</sup> Um exemplo desse controle externo deu-se no processo C-619/18 do Tribunal de Justiça da União Europeia, que tinha como partes, de um lado, a República da Polónia e, de outro, a Comissão Europeia. Neste caso, decidiu o Tribunal de Justiça que uma norma polaca que reduzia a idade de aposentação de juizes do Supremo Tribunal da Polónia que haviam sido nomeados até 03 de abril de 2018, e outra, que autorizava ao presidente da República a discricionariedade de manter na função judicial juizes para além de sua idade de aposentação, não respeitavam a necessidade tutela judicial efetiva nos âmbitos sob a jurisdição do Direito da União Europeia, a violar, então, o artigo 19º, nº 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia. Vale destacar que, antes mesmo da prolação do acórdão em questão, em novembro de 2018, o governo polaco havia revogado as normas e anulado os seus efeitos, a atender a recomendação da Comissão Europeia (ainda que, em um momento anterior, houvesse se recusado a fazê-lo). Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso nº C-619/18. Julgado em 24 jun. 2019. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62018CJ0619&lang1=fr&type=TX&ancre=>>>, acesso em 17 ago. 2020.

<sup>57</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *Teoria dos Regimes...*, pp. 129-137.

<sup>58</sup> “*Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-democratic machine could be built up and set in motion legally*”. LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, vol. XXXI, n. 3, pp. 417-432, 1937, pp. 423-424.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 422-423.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 428-429.

<sup>61</sup> Cf. 1.5.1, *infra*.

*mistaken in their understanding of the law*”<sup>62</sup>. Na formulação de Luís Pereira Coutinho, o caráter integrativo das normas constitucionais dá lugar à cisão de uma comunidade política entre amigos e inimigos da Constituição<sup>63</sup>.

Um projeto teórico que parece seguir o caminho indicado é a teoria da democracia constitucional de Luigi Ferrajoli. O jurista italiano normatiza um regime político em que os poderes de Estado, inclusive o legislativo, são limitados não apenas por formas jurídicas, mas também no conteúdo de suas decisões, que deve se adequar substancialmente às normas constitucionais, nomeadamente ao princípio da igualdade e aos direitos fundamentais<sup>64</sup>. A dimensão formal do regime democrático, identificada com o “contar de cabeças” do voto majoritário, é tida então como condição necessária (“*sine qua non*”), mas não suficiente, da democracia, cuja identificação e funcionamento real, mesmo em seu âmbito formal, depende do respeito a limites de substância<sup>65</sup>.

Assim, para Ferrajoli, à democracia constitucional corresponde uma teoria do direito segundo a qual a validade das normas jurídicas produzidas pelos órgãos legislativos depende de uma questão de substância, qual seja, a obediência aos princípios constitucionais e direitos fundamentais – normas que, afinal, ocupam uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico<sup>66</sup>. Na leitura de Giorgio Pino, com essa moralização do critério de validade das normas jurídicas, passaria a haver uma distinção maior entre aprovação e validade de um dispositivo legal. A validade, aqui, passa a depender de juízos valorativos e razões de substância a confirmar sua compatibilidade com o programa constitucional<sup>67</sup>.

Com isso, Ferrajoli afirma que, para além do “como” e “quem” das decisões políticas democráticas, determinadas por normas de competência e de procedimento, uma democracia constitucional é caracterizada também por uma determinação do “quê”<sup>68</sup>. A

---

<sup>62</sup> KAHN, Paul W. *Political Theology: four new chapters on the concept of sovereignty*. New York: Columbia University Press, 2011, p. 74.

<sup>63</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, p. 170.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...* 2, p. 10.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 11-13.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 17-18. Nesse sentido: “*todos los derechos fundamentales, si están constitucionalmente establecidos, son normas sobre la producción de grado supraordenado a todas las demás normas producidas*”. *Ibidem*, p. 22.

<sup>67</sup> PINO, Giorgio. The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States, in *Law and Philosophy*, vol. 18, n. 5, pp. 513-536, 1999, pp. 535-536.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Tradução de Nicolás Guzmán. *Doxa*, Alicante, n. 34, pp. 15-53, 2011, p. 27. No mesmo sentido, afirma o autor em *Principia Iuris*: “[el derecho] ya no se funda sólo sobre el principio autorictas, non veritas, facit legem, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la veritas que logicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior com las de grado superior”. ). Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*: 1. Teoría del derecho. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 463.

produção normativa infraconstitucional, além de cumprir os procedimentos estabelecidos para a sua elaboração, deve corresponder a uma série de critérios de substância para que seja, além de vigente, válida.

Para o autor, tal concepção de democracia não provoca uma moralização do direito. A positivação no texto constitucional de princípios ético-políticos converte-os em princípios jurídicos vinculantes, legitimados não por sua correção moral mas por fazerem parte do ordenamento jurídico<sup>69</sup>. E, se houver desacordo a respeito da interpretação de uma disposição constitucional, esse desacordo não será mais moralizado que qualquer outro que aparece na interpretação de uma lei infraconstitucional. A única diferença será a sua posição hierárquica<sup>70</sup>.

Por um lado, o projeto de Ferrajoli dá tanta importância a uma separação, no contexto da democracia, entre questões de forma e substância (com a subordinação das primeiras às segundas)<sup>71</sup>, que acaba por ignorar que o próprio estabelecimento de um espaço político democrático pode ser em si a expressão de um valor de substância<sup>72</sup>. Tampouco reconhece que os procedimentos de voto majoritário também podem eles mesmos refletir o reconhecimento de um importante padrão de igual respeito entre membros de uma comunidade que assumem posições em desavença em um ambiente de pluralismo democrático<sup>73</sup>.

Ademais, a solução de Ferrajoli, à semelhança de outras teorias neoconstitucionalistas<sup>74</sup>, ainda que de forma não reconhecida, implica em uma moralização significativa da prática jurídica. Ao atribuir à validade de qualquer norma a exigência de

---

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo...*, pp. 26-27.

<sup>70</sup> *Ibidem...*, p. 28.

<sup>71</sup> Em Ferrajoli, inclusive as previsões de direitos fundamentais se reportam a questões ou de forma, ou de substância democrática. Nesse sentido, a dimensão formal da democracia, isto é, a organização do exercício do poder político, estaria legitimada pelos direitos políticos (na esfera pública) e os direitos privados (na esfera privada) (categorias denominadas “direitos secundários” por Ferrajoli). Por outro lado, a dimensão substancial, que designa as finalidades dessa organização democrática – aquilo que deve dar conteúdo às formas previamente estabelecidas – estaria legitimada pelos direitos sociais e de liberdade (“direitos primários”). A subordinação em questão opera, neste contexto, para impedir que haja conflito entre as dimensões de direito. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, 2, pp. 26 e ss.

<sup>72</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *Formular...*, p. 246.

<sup>73</sup> “*First, it respects their differences of opinion about justice and the common good: it does not require anyone’s sincerely held view to be played down or hushed up because of the fancied importance of consensus. Second, it embodies a principle of respect for each person in the processes by which we settle on a view to be adopted as ours even in the face of disagreement*”. WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 109. Relevante, também, a observação de Fernando Atria: “*la regla de mayoría es una regla de decisión, que descansa em el hecho de que el reconocimiento recíproco exige una regla de decisión que trate a todos como iguales*”. *La forma...*, p. 410. Ainda no mesmo sentido, o questionamento de Luís Pereira Coutinho: “Nesse caso, uma dita democracia não estará a contradizer o seu próprio valor fundante primordial, que se encontra na igualdade fundamental entre os cidadãos? Não se projeta este valor necessariamente no respeito pela autonomia pública dos cidadãos e no, pelo menos potencial, igual peso da sua participação?”, cf. *Formular...*, p. 255.

<sup>74</sup> Utiliza-se a expressão “neoconstitucionalista” para fazer referência, genericamente, às teorias constitucionais que apostam em uma atividade substancialmente moralizada de juízes na aplicação direta do texto constitucional para a solução de qualquer controversa. Não se discute, aqui, as razões pelas quais Ferrajoli rejeita o rótulo “neoconstitucionalista”. Para esta questão, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo...*, pp. 21 e ss.

compatibilidade com disposições constitucionais imprecisas, cuja operacionalização exige o recurso a argumentos políticos e morais, promove-se uma “desformalização” do direito. Por isso, em Atria, o neoconstitucionalismo retoma aquilo que se chama de “direito pré-moderno”. Enquanto o direito moderno (próprio dos desenvolvimentos do século XIX) caracterizava-se pelo reconhecimento da autoridade do Estado e de suas decisões, de forma que juízes passavam a decidir não de acordo com a sua própria racionalidade na busca de uma melhor solução para o caso, mas pela vinculação à lei previamente decidida, o neoconstitucionalismo caracteriza-se não pela sofisticação dos paradigmas do direito moderno, mas uma subversão de seus pressupostos e um retorno ao período “pré-moderno”, cujo paradigma eram os julgamentos discricionários destinados à correção e à justiça, “*arbitrariedad hasta la perfección*”<sup>75</sup>.

Neste contexto, o que se verifica é um deslocamento do poder de decisão política para os juízes. Ao buscar transformar o modelo de democracia preocupado apenas com procedimentos em um novo modelo de democracia de “substância”, *i.e.*, ao buscar garantir o “quê”, o *dever-ser democrático*, de toda produção normativa, que as formas institucionais tradicionalmente democráticas parecem cada vez menos capazes de propiciar, Ferrajoli (e os neoconstitucionalistas, em geral) não promovem um afastamento total das formas e procedimentos. Ocorre, na realidade, uma substituição destes por novos procedimentos, que atribuem a juízes e tribunais as decisões políticas e a solução de conflitos políticos – instituições cuja aptidão para proferir decisões que se identifiquem com o “quê” democrático, compreendido como uma decisão reconduzível à vontade do povo ou, no léxico de Fernando Atria, àquilo que vai ao interesse de todos, não parece mais certa e evidente do que a dos conhecidos procedimentos imediatamente democráticos<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> “*En suma, el derecho neo-constitucionalista es un derecho que vale porque corresponde a criterios de justicia que no fluyen sino que pueden oponerse al derecho puesto; la ciencia jurídica es normativa en tanto impone deberes y obligaciones al legislador (y, por qué no añadir, al juez), y la función judicial es resolver conforme a la ley solo si la ley no merece al juez un reproche de constitucionalidad. Veritas, non auctoritas facit legem! El derecho del Estado constitucional de Ferrajoli no es un tercer paradigma de derecho: es el mismo viejo paradigma pre-moderno*”. ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 70.

<sup>76</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, pp. 184 e ss. No mesmo sentido: “(...) pensando em termos democráticos, se são os juízes (e especialmente os juízes constitucionais) os responsáveis por levar adiante essa empresa tão imodesta, os membros da comunidade política, os que votam, os que elegem e os que são destinatários das leis e da Constituição, terminam por ficar à margem do processo de sua própria ‘emancipação’”, cf. OLIVEIRA JUNIOR, José A. MOREIRA, Pedro da Silva. O que há de tão democrático no “constitucionalismo democrático”? *Conpedi Law Review*, Florianópolis, v. 1, n. 14, pp. 100-120, 2016, p. 118.

## 1.2. Uma questão de prática, e não de textos: Frederick Schauer e as regras “metaconstitucionais”

Apresentados os fundamentos daquilo que se identifica por uma Constituição de caráter prescritivo, e a sua relação com a concepção de democracia que a ela corresponde, cabe aqui um esclarecimento.

Discutir a posição conferida à jurisdição constitucional não implica, necessariamente, em questionar as previsões constitucionais positivadas sobre as competências dos órgãos legitimados para o seu desempenho. Assim como, ao contrário do que já se supôs, nem toda constituição escrita e rígida deverá ser garantida por uma fiscalização difusa da constitucionalidade<sup>77</sup>, o papel dos tribunais na solução de disputas políticas dependerá mais da compreensão dos participantes da prática das instituições políticas e jurídicas do que das previsões expressas sobre elas.

Assim, quando se fala em “modelos” de constituição, não se trata de propugnar o abandono das constituições hoje conhecidas, ou a elaboração de novos documentos constitucionais. Trata-se, na realidade, de reconhecer uma forma diferente de leitura da constituição, condizente com uma postura jurisdicional menos absorta pela possibilidade do criativo desenvolvimento de valores a partir das abstrações dispostas nesses textos<sup>78</sup>. Afinal, como afirma Böckenförde, a compreensão básica acerca daquilo que é e representa uma constituição vem a determinar, simultaneamente, a dimensão da força e do alcance desta constituição e, nesse sentido, também aquilo que se enquadra na função da jurisdição constitucional<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> A existência de uma multiplicidade de configurações para a fiscalização judicial da constitucionalidade a partir de um texto constitucional rígido revela que, ao contrário do que afirmava John Marshall, a fiscalização difusa, no modelo da *judicial review* norte-americana, não é uma obrigação para qualquer constituição escrita. Afinal, para Marshall, que não conhecia a possibilidade de um Tribunal Constitucional estabelecido para a fiscalização abstrata da constitucionalidade: “*those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes to the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions*”. Cf. Acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nº 5 US 137. Julgado em 24 fev. 1803. Disponível em < <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>>, acesso em 17 ago. 2020.

<sup>78</sup> COUTINHO, Luís Pereira. Formular..., p. 255.

<sup>79</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Constitutional Jurisdiction: Structure, organization and legitimation. Tradução de Thoman Dunlap. In \_\_\_\_\_. *Constitutional and Political Theory: selected writings*, vol. I, ed. Mirjam Künkler, Tine Stein. Oxford: Oxford University Press, pp. 186-205, 2017, p. 194.

O reconhecimento de que uma constituição pode, sem alteração de seu texto, implicar em diferentes posturas daqueles que são responsáveis por sua aplicação também aparece nas considerações de Frederick Schauer sobre a jurisdição constitucional.

Para Schauer, “*the Constitution is necessarily silent about its own status*”<sup>80</sup>, ou seja, mesmo a mais analítica das constituições não é (e é difícil imaginar com qual linguagem poderia fazê-lo) explícita sobre o quanto faz parte da atribuição de juízes constitucionais a substituição dos juízos valorativos realizados pelos legisladores pelos seus próprios.

Portanto, o grau de moralização que a atividade do juiz constitucional pode adquirir não se trata de um problema de interpretação do próprio texto constitucional, no sentido da atribuição de conteúdo às suas previsões. Schauer identifica que tais questões são resolvidas, na realidade, por um âmbito de decisões políticas metaconstitucionais<sup>81</sup> que, essas sim, determinam, por exemplo, a influência da teoria moral, a irrelevância da numerologia e a força dos precedentes na prática adjudicativa dos tribunais constitucionais<sup>82</sup>.

A origem dessas regras metaconstitucionais, segundo Schauer, está na própria vida política de uma sociedade que, como um comitê de regras, orienta seus juízes constitucionais por meio do estabelecimento de *razões de prudência* para influenciar a sua prática institucional. Essas razões podem ter a forma de elogios ou críticas, discussões públicas sobre as declarações ou decisões dos juízes, e até a possibilidade de que os juízes sejam mais populares entre seus pares, a academia jurídica, ou o povo. Tais fatores serão levados em consideração por juízes para que façam de sua atuação uma atividade mais ou menos moralizada<sup>83</sup>.

Aqui, é possível tomar a perspectiva de Schauer sem a necessidade de discutir o papel da sociedade como o comitê de regras de que fala o autor, mas sobretudo na medida em que reconhece um âmbito metaconstitucional em que é definida a leitura que se fará de uma constituição e a postura que terão seus juízes. Trata-se, justamente, do âmbito em que se dá a distinção apresentada no início deste capítulo entre a constituição prescritiva e a constituição constitutiva.

---

<sup>80</sup> SCHAUER, Frederick. Constitutional positivism. *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 25, pp. 797-828, 1992, p. 815.

<sup>81</sup> “(...) a host of political decisions logically antecedent to constitutional law determine the shape of constitutional law and the effect that it shall have”. *Ibidem*, p. 815.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 815.

<sup>83</sup> *Ibidem*..., p. 816. A dimensão dessa influência a ser exercida pela sociedade será, certamente, difícil de avaliar. Mas aquilo que Schauer apresenta é, antes, um argumento em prol da existência de uma influência dessa natureza: “(...) still it seems counterintuitive to suppose that in the intermediate or long term the processes of constitutional decisionmaking are not substantially influenced by the prudential reasons that a society uses as its mechanism of enforcement of its constitutional metarules”. *Ibidem*, p. 816. Para uma leitura, a partir dessa perspectiva, sobre uma postura mais retraída da Suprema Corte norte-americana após o ativismo conservador da Corte Lochner, cf. *Ibidem*, pp. 818 e ss.

E é pelo reconhecimento de que existe esse âmbito de decisões políticas logicamente antecedentes à própria constituição positiva (seja ela escrita ou não escrita) que é possível dizer que uma decisão proferida pela jurisdição constitucional é, sempre, uma decisão que pressupõe uma posição a tal respeito, ainda que as sentenças, em suas fundamentações e dispositivos, possam ser opacas em relação às razões sobre a compreensão da constituição.

### 1.3. Da jurisdição constitucional e o legalismo como ideologia

A compreensão prescritiva da constituição, com a sua predileção pela jurisdição constitucional como âmbito de tomada de decisões políticas conformadoras e delimitação do espaço de deliberação política, pode ser entendida como uma manifestação atual da posição ideológica que Judith Shklar, há algumas décadas, chamou de legalismo.

O legalismo, em Shklar, corresponde a uma atitude ética que identifica um agir moralmente correto com a obediência a regras, e relações sociais morais como aquelas que estejam de acordo com deveres e direitos previamente determinados por tais regras<sup>84</sup>. A visão legalista, que seria uma perspectiva generalizada entre as profissões jurídicas<sup>85</sup>, envolve, ainda, uma predileção pelo tratamento “caso a caso” de questões sociais e a estruturação das relações humanas na forma de argumentos (e contra-argumentos) sob regras pré-estabelecidas<sup>86</sup>.

Segundo Shklar, a posição legalista assume uma visão do direito (e das normas jurídicas) que o isola do contexto social do qual é fruto, a fazer com que o direito seja encarado como um fenômeno dotado de uma história própria, alheia à história social em geral, e desvinculada das demais teorias sociais, da política e da moralidade<sup>87</sup>. Como afirma Zenon Bankowski, essa concentração no direito e em suas normas de forma a afastar de vista considerações de outra natureza tem como consequência uma visão do fenômeno jurídico que é alheia à sua dimensão contingencial<sup>88</sup>, isto é, ao fato de que sua configuração é sempre, ao menos em parte, consequência de fatos e decisões tomadas em um momento histórico passado. “*The rules appear as though they have a life of their own which cannot be challenged. They control us rather than we control them*”<sup>89</sup>, explica Shklar, a fazer lembrar a conhecida

---

<sup>84</sup> SHKLAR, Judith. *Legalism: an essay on law, morals and politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1964, p. 1.

<sup>85</sup> “*Legalism is, above all, the operative outlook of the legal profession, both bench and bar*”, cf. *Ibidem*, p. 8.

<sup>86</sup> *Ibidem*..., p. 10.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>88</sup> BANKOWSKI, Zenon. *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love*. Dordrecht: Springer, 2001, p. 48.

<sup>89</sup> *Ibidem*..., p. 48.

advertência de Karl Marx: “não se pode esquecer que o direito, tal como a religião, não tem uma história própria”<sup>90</sup>.

A doutrina constitucional brasileira parece, por vezes, aderir a uma perspectiva bastante legalista sobre os sucessos e fracassos do desenvolvimento sócio-político brasileiro, que é interpretado apenas como uma questão de concretização (ou sua falta) do texto constitucional. E assim, o valor do processo de redemocratização do país após as décadas de ditadura militar está antes na possibilidade de aplicação jurisdicional do novo texto constitucional do que no fim do governo militar, da retirada dos tanques das ruas e do fim da prisão e tortura aos opositores políticos. Isso se manifesta como uma frequente identificação entre a eficácia do texto constitucional (isto é, o fato de as pessoas poderem ou não exercer seu direito à saúde, à educação, de possuírem um *status* igualitário ante as instituições estatais, *etc.*) com a possibilidade de exigí-lo diretamente diante de um juiz<sup>91</sup>. De forma semelhante, é comum que se apresentem históricos sobre a evolução dos modelos de fiscalização da constitucionalidade no Brasil sem qualquer menção às transformações políticas e sociais que permitiram o incremento nas possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal no período posterior a 1988<sup>92</sup>.

Mas de volta ao estudo de Judith Shklar, um dos elementos da postura legalista por ela identificada que mais relevância adquire hoje é uma compreensão da relação entre direito e política que privilegia o primeiro como uma instância superior, voltada à justiça, à objetividade e à racionalidade, em oposição à vulgaridade da política. Descreve a autora:

---

<sup>90</sup> MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Tradução de Rubens Enderle *et al.* São Paulo: Boitempo, 2007, p. 76. Não que haja uma identificação entre o pensamento de Judith Shklar e as considerações de Marx e Engels a respeito do direito. Ainda assim, é de se destacar que o contexto da frase citada é justamente um estudo a respeito da antecedência da evolução das formas de intercâmbio e de produção ao desenvolvimento do direito – “sempre que, por meio do desenvolvimento da indústria e do comércio, surgiram novas formas de intercâmbio (...) o direito foi, a cada vez, obrigado a admiti-las entre os modos de adquirir a propriedade” –, o que não deixa de fornecer um argumento contra a autonomia do direito propugnada pela míope visão legalista. Cf. *Ibidem*, p. 77; e, no mesmo sentido, p. 68. Para uma síntese crítica dos estudos de Karl Marx sobre o direito, cf. LA TORRE, Massimo. *Derecho, Poder y Dominio*. Tradução de Francesca Gargallo. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1998, pp. 38-46.

<sup>91</sup> “Na antevéspera da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser”. BARROSO, Luís R. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014, pp. 01-27, p. 4. Para Lenio Streck, a falta de cumprimento das promessas do texto constitucional de 1988 foi resultado da “falta de uma teoria constitucional adequada e a própria crise do direito foram fatores preponderantes para a inefetividade do texto”. STRECK, Lenio. *Jurisdição...*, p. 155. Para um exemplo da identificação entre eficácia e judicialização da constituição, cf. SARMENTO, Daniel. *A normatividade...*, pp. 272-280.

<sup>92</sup> Para exemplos, cf. MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 38-72. CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, pp. 91-93.

*Politics is regarded not only as something apart from law, but as inferior to law. Law aims at justice, while politics looks only to expediency. The former is neutral and objective, the latter the uncontrolled child of competing interests and ideologies. Justice is thus not only the policy of legalism, it is treated as a policy superior to and unlike any other. All this more than merely encourages legal theory to present law in a decidedly apolitical manner.*<sup>93</sup>

Aqui, é possível perceber por que a perspectiva legalista da política e do direito sugere um modelo prescritivo de constituição. Ao se aceitar o contraponto descrito entre a racionalidade dos tribunais e o jogo de interesses do parlamento, constrói-se (como pressuposto não justificado) um argumento em prol da postura legalista que entende preferível que um conflito político seja ressignificado e solucionado como um conflito jurídico-constitucional. Prefere-se a discricionariedade judicial à arbitrariedade política<sup>94</sup> porque, como afirma Mangabeira Unger, santifica-se a ordem jurídica como o reino dos “propósitos, políticas e princípios inteligíveis, em brusco contraste com a visão padrão, desencantada, da política legislativa”<sup>95</sup>

Afinal, se a escolha institucional a ser feita é entre a atribuição da última palavra em nossos conflitos políticos a um grupo de parlamentares egoístas, interesseiros e corruptos, ou a juízes cuja conduta é pautada pela racionalidade e pela interpretação canônica e técnica daquilo que já foi decidido como parte integrante da constituição pelo legislador constituinte que os precedeu, haverá pouca dúvida na escolha. Mas o próprio pressuposto dessa comparação está enviesado por uma compreensão legalista ao extremo das instituições que compõem as democracias constitucionais atuais. A relação entre política e direito é, em si, uma questão interpretativa de nossas comunidades políticas, sujeita a uma compreensão normativa de seus participantes (e, por isso, intérpretes)<sup>96</sup>.

Em certo sentido, pode parecer que uma concepção legalista subjaz, ainda que em outros termos, a algumas das considerações de Hans Kelsen em defesa do tribunal constitucional. Para Kelsen, sendo necessário o estabelecimento de um órgão para atuar na fiscalização da constitucionalidade de atos normativos, um princípio seria determinante na

---

<sup>93</sup> SHKLAR, Judith. *Legalism...*, p. 111.

<sup>94</sup> Cf. 1.2, *supra*.

<sup>95</sup> UNGER, Roberto M. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*, 2. ed. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 105.

<sup>96</sup> Trata-se de uma questão interpretativa no sentido dworkiniano: “we share an interpretive concept when our collective behavior in using that concept is best explained by taking its correct use to depend on the best justification of the role it plays for us”. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011, p. 158. Cf. também DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, pp. 46 e ss. Cf. ainda a reconstrução do pensamento de Dworkin em BUSTAMANTE, Thomas. *Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian response to Mark Greenberg's Moral Impact Theory of Law*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Ontario, vol 32, n. 1, pp. 5-43, 2019, pp. 9 e ss.

escolha dessa instituição: *nemo iudex in causa sua*. Afinal, conferir a capacidade para a fiscalização ao próprio órgão legislativo, responsável pela produção normativa, seria como permitir que alguém fosse juiz em causa própria<sup>97</sup>. Anos antes, o professor de Viena já havia concluído que não havia modo eficaz de vincular um parlamento à decisão de inconstitucionalidade de determinado ato proferida por outro órgão, ao afirmar que confiar que um parlamento cumpriria com a obrigação de anular os seus próprios atos, se entendidos inconstitucionais por outro órgão estatal, seria “ingenuidade política”<sup>98</sup>. Entretanto, a possibilidade de que um tribunal constitucional também venha a atuar, como argumenta Mark Tushnet, a fim de aumentar a sua esfera de poder e de responsabilidades<sup>99</sup>, foi pouco considerada nos estudos de Kelsen.

Não obstante, há pelo menos dois pontos em que a argumentação de Kelsen em favor da adoção da jurisdição constitucional se revela mais sofisticada do que a sua associação ao legalismo pode fazer parecer. Primeiro, para o autor, a anulação de leis inconstitucionais não seria uma função propriamente jurisdicional, mas antes um exercício da função legislativa com um sinal trocado – “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração” –, de forma que aquilo que de fato identifica um tribunal constitucional com os

---

<sup>97</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. In \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*, org. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, pp. 237-298, 2003, p. 240. A ideia é apresentada por Jorge Miranda como a necessidade de controle de um órgão de poder por um outro órgão de poder: “contra o poder só o poder consegue, em último termo, prevalecer. Logo, a garantia constitucional implica não apenas na coordenação de normas mas também coordenação de órgãos”, cf. MIRANDA, Jorge. *Fiscalização...*, pp. 53-54.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Tradução de Maria Ermantina Galvão. In \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*, org. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, pp. 119-186, 2003, p. 150.

<sup>99</sup> E, por isso, “*if the Court is properly skeptical about Congress’s decisions defining the scope of its sphere of power and responsibilities, so should Congress and the citizenry be skeptical about the Court’s decisions defining – and maximizing – the scope of its sphere of power and responsibilities*”. TUSHNET, Mark..., p. 26. Com efeito, essa postura por parte de tribunais constitucionais parece ser mais frequente do que fazem parecer as afirmações de Kelsen. Talvez a mais conhecida das decisões da história da jurisdição constitucional, aquela proferida por John Marshall em *Marbury v. Madison*, passou justamente por uma autoatribuição da possibilidade de revisão dos atos normativos pela Suprema Corte norte-americana. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal brasileiro é certamente uma das instituições protagonistas no tema. Nesse sentido, podem ser citadas dois exemplos: primeiro, os Mandados de Injunção nº 712-8/PA e 708/DF, em que o Tribunal alterou o seu entendimento sobre o mandado de injunção, previsto no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, a atribuir para si a competência para produzir uma norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos com eficácia generalizada. Posteriormente, o mandado de injunção foi regulamentado pela Lei nº 13.300/2016, que consagrou a possibilidade inaugurada pelo STF em seu artigo 9º, § 1º. O segundo exemplo diz respeito ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que limita os poderes de fiscalização da constitucionalidade do STF ao impor que o Senado Federal deverá suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Tribunal, a completar a sua exclusão do ordenamento jurídico após o juízo de incompatibilidade proferido pelo STF. Na última década, o Supremo discutiu a superação dessa norma, na forma de uma estranha mutação constitucional, no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, e parece ter promovido, finalmente, a superação do instituto, em sede de controle difuso da constitucionalidade no julgamento da ADIn nº 3.470. Com isso, contra a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal afastou o papel do Senado e ampliou o alcance de suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

órgãos tradicionalmente jurisdicionais é, sobretudo, a independência de seus membros<sup>100</sup>. Ainda nesse sentido, em sua resposta à crítica de Carl Schmitt à jurisdição constitucional<sup>101</sup>, Kelsen afirmaria que é irrelevante saber se é possível classificar a função da jurisdição constitucional como uma função judicial, propriamente dita. De tal classificação, segundo Kelsen, “nada resulta a favor ou contra que se confie a referida função a um órgão colegiado cujos membros, a ser nomeados de alguma maneira, tenham garantida a plena independência”<sup>102</sup>.

Segundo, há que se perceber que há, em Kelsen, uma acentuada preocupação com a inclusão de princípios abstratos como equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade *etc.*, no texto constitucional apto a ser interpretado e aplicado pela jurisdição constitucional. Para o autor, tais previsões, desprovidas de uma maior precisão quanto ao seu conteúdo, englobam um número de concepções possíveis que é apto a justificar qualquer norma jurídica. Mas se é assim, certamente haverá sempre concepções contrárias a qualquer regra de direito – o que Kelsen de fato reconhece, concluindo que a jurisdição constitucional que toma para si o desenvolvimento de previsões acerca daqueles princípios, viria a adquirir uma força “simplesmente insuportável”, além de provocar um indesejável deslocamento de poder no arranjo constitucional em que se insere<sup>103</sup>.

Ambos os aspectos esclarecem a distância existente entre a teoria de Hans Kelsen sobre a fiscalização judicial de atos normativos e o legalismo, no sentido aqui discutido. Percebe-se, afinal, que a posição de Kelsen não depende de uma desvalorização da política como campo de tomada de decisões conformadoras.

Não obstante, vale ainda apresentar algumas considerações sobre o legalismo, na dimensão que tem sido apresentada até aqui, e o modelo prescritivo de constituição. Aqui, a jurisdição constitucional aparece como instituição que se fortalece justamente a partir dessa relação, por ser eleita como sede preferencial da solução de embates políticos e morais no seio de uma comunidade política.

A preferência de que se fala é a promessa da estruturação de um arranjo político que seja capaz de ter, nas palavras de Lenio Streck, “a Constituição como lei fundamental apta

---

<sup>100</sup> KELSEN, Hans. A garantia..., pp. 151-152.

<sup>101</sup> Cf. 1.4.1, *infra*.

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. Quem deve..., p. 248.

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. A garantia..., pp. 168-170. Kelsen viria a rever a sua posição quanto à aplicação de disposições constitucionais abertas pela jurisdição constitucional em sua resposta a Schmitt, vindo a afirmar a impossibilidade da distinção entre questões jurídicas e questões políticas. Cf. KELSEN, Hans. Quem deve..., pp. 248 e ss. Sobre o ceticismo kelseniano a respeito da adjudicação a partir dos conceitos abertos e a posterior mudança de entendimento, cf. COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, p. 172, nota nº 366.

a limitar o poder, porém, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos”, uma vez que “o constitucionalismo é (...) um movimento que objetiva colocar limites no político”<sup>104</sup>. O *político* deve estar submetido ao direito, controlado a partir das disposições constitucionais, sobretudo as previsões de direitos fundamentais.

Mas os direitos fundamentais não aparecem como uma delimitação clara das posições aptas a serem levadas a frente no âmbito político. Eles (ou, ao menos, uma boa parte deles) aparecem na forma daquelas previsões que, em determinado momento, preocuparam Kelsen, como a liberdade, a igualdade, *etc.*, aptas a legitimar ou afastar decisões políticas de acordo com o conteúdo que lhes é atribuído. A situação é reconhecida por Robert Alexy que, no âmbito de sua teoria, afirma que a estrutura e a natureza principiológica das previsões de direitos fundamentais fazem com que o sistema jurídico seja substancialmente determinado (e, portanto, circunscrito por aquelas previsões), mas de forma aberta, visto que a definição desse espaço é determinado, em Alexy, pelo imprevisível (mas racional) resultado de um processo de sopesamento entre as diferentes previsões de direitos<sup>105</sup>.

O objetivo dessa seção não é a apresentação de argumentos abrangentes em favor da jurisdição constitucional ou de uma compreensão prescritiva da constituição. Há, na realidade, a pretensão de demonstrar que tais ideias estão intimamente vinculadas a uma interpretação legalista da relação entre política e direito, que privilegia este em detrimento daquela. Para isso, serão delineadas duas teorias normativas em favor daquilo que foi indicado como a sujeição da política ao direito. Em seguida, serão apresentados duas críticas que, sem a pretensão de serem definitivas, podem fragilizar a pretensão de imediata evidência da compreensão legalista de algumas das teorias em favor da jurisdição constitucional.

A teoria de Ronald Dworkin sobre a justiça constitucional será considerada com atenção no final do próximo capítulo. Não obstante, a importância de suas contribuições e a clareza com que apresenta uma visão em prol da solução jurisdicional dos conflitos políticos vale uma breve consideração, aqui. Para tal, considere-se a seguinte passagem de *A Matter of Principle*:

*Judicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself. That is important beyond the importance of the actual decisions reached in courts so charged.*

---

<sup>104</sup> STRECK, Lenio. *Jurisdição...*, p. 1.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 543-544. Embora Alexy faça referência ao sopesamento entre direitos fundamentais, é possível separar esse aspecto, intrínseco à sua teoria normativa sobre a argumentação jurídica, da observação descritiva sobre a abertura do sistema jurídico ante as previsões sobre direitos fundamentais.

*[Judicial review] is a pervasive feature, because it forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to Court but also long before and long after.*<sup>106</sup>

Em Dworkin, a jurisdição constitucional deve ser capaz de proteger os direitos morais que os membros da comunidade política têm em face do estado<sup>107</sup>, e a legitimidade da decisão que consagra esses direitos está em uma distinção teórica consagrada ao longo da obra do autor, entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. A síntese da distinção é a de que os primeiros justificam decisões políticas por referência à proteção de direitos (individuais ou coletivos), enquanto os segundos dizem respeito à justificação de uma decisão por sua adequação para a melhora do bem comum de uma comunidade, contribuindo para o desenvolvimento ou proteção de seus interesses<sup>108</sup>.

Assim, é pela possibilidade de que um juiz se dedique à empreitada interpretativa necessária para a busca de uma resposta correta sobre o conteúdo de uma disposição constitucional (e do direito, em geral) – consistente na descoberta dos princípios de moralidade política que justificam da melhor maneira a história institucional daquela comunidade, a partir de suas convicções<sup>109</sup> –, que o autor privilegia as cortes, como “fóruns de princípio”, como o local para a tomada de decisões a partir dos argumentos de princípio.

A teoria de Dworkin é apresentada por Jorge Reis Novais como um exemplo daquilo que chama de “tese da integração”<sup>110</sup>, o que é apresentado como um rótulo para o conjunto de posições teóricas que identificam uma correspondência entre a ideia de democracia (adjetivada como democracia constitucional, substancial, material, *etc.*) e a garantia de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a garantia de direitos é um fator constitutivo do próprio conceito de democracia adotado, uma vez que a vida política de uma tal comunidade depende da garantia de determinados direitos (de expressão, de liberdade de associação, de participação política).

---

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985, p. 70.

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, p. 147.

<sup>108</sup> Apresenta-se, aqui, a distinção nos termos em que aparece em *Hard Cases*, cf. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, pp. 82-83.

<sup>109</sup> *Ibidem...*, p. 126.

<sup>110</sup> Aquilo que Jorge Reis Novais denomina “integração” parece se identificar com as teorias que Emílios Christodoulidis reúne sob a bandeira do “republicanismo”. Para Christodoulidis, o republicanismo é uma teoria sobre a expressão da soberania política pelo direito. Trata-se da compreensão das previsões constitucionais como o meio pelo qual a soberania política se manifesta, ou seja, que entende que é por meio da deliberação, contida e promovida pelas formas jurídico-constitucionais, que a comunidade política se desenvolve. Por isso, “*republican theory claims nothing less than that the constitution provides the possibility of politics and the substantiation of community (...)* what characterizes the republican thesis is the centrality of law both to politics and to the moulding of community”, cf. CHRISTODOULIDIS, Emílios A. *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht: Springer, 1998, p. 61.

Embora a jurisdição constitucional tenha aqui uma função de delimitação do espaço de autonomia decisória da comunidade política, a interpretação que se faz é a de seu papel como reforço democrático<sup>111</sup>. Afinal, se a vida política é estruturada a partir de direitos (e do direito), de forma legalista, ganha força a observação de Simone Weil: quando se fala em direitos, estes devem estar apoiados na possibilidade do uso da força para que não se tornem motivo de risada<sup>112</sup>.

Entretanto, Jorge Reis Novais opõe à “idílica” “tese da integração” aquilo que chama de “tese da oposição potencial”, que consiste no reconhecimento do conflito e da tensão entre a garantia dos direitos fundamentais e a democracia. Levar a sério a tensão entre esses dois princípios, segundo o autor, permite identificar aquilo que os conceitos têm como prioridade (garantia de direitos individuais de um lado, governo pela maioria do outro). Tal esclarecimento proporciona uma melhor tomada de decisões, a partir da compreensão mais sofisticada do trabalho que cabe ao juiz constitucional, que é a solução de colisões de interesses<sup>113</sup>.

Nesse sentido, a diferenciar a decisão sobre o conteúdo de um direito fundamental da decisão sobre a existência ou não de violação ao direito (ou a previsões constitucionais em geral), Reis Novais afirma que esta última decisão é aquela que é passível de ser tomada da melhor forma por um tribunal constitucional: “o objetivo da indagação e da decisão jurisdicionais (...) [é] tão só verificar as questões de constitucionalidade, apurar se a solução do legislador viola ou não normas ou princípios constitucionais”<sup>114</sup>. De forma algo pragmática, Reis Novais identifica nos tribunais órgãos aptos à identificação de violações às previsões constitucionais, ainda que sem a elaboração de doutrinas abrangentes para preencher por completo seus sentidos.

Feita essa identificação das posições teóricas legalistas, no sentido apresentado anteriormente, passa-se agora a uma breve explanação de duas possíveis críticas a essa

---

<sup>111</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...*, pp. 23-27.

<sup>112</sup> “The notion of rights is linked with the notion of sharing out, of exchange, of measured quantity. It has a commercial flavor, essentially evocative of legal claims and arguments. Rights are always asserted in a tone of contention; and when this tone is adopted, it must rely upon force in the background, or else it will be laughed at”, cf. WEIL, Simone. *Human Personality*. Tradução de Richard Rees. In \_\_\_\_\_. *An Anthology*, ed. Siân Miles. Londres: Penguin Books, 2005, pp. 69-98, p. 81. É irônico que, neste aspecto, os neoconstitucionalistas concordam com Simone Weil. Entretanto, enquanto ela o afirmava para criticar a ideia de direitos, aqueles, absortos pela possibilidade de aplica-los jurisdicionalmente, dedicam-se permanentemente à rejeição de qualquer possibilidade de previsão constitucional que não possa ser levada aos tribunais. Direitos constitucionais, para o neoconstitucionalista, são comandos sustentados por sanções. Por todos, cf., BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, pp. 30-60, 1994, p. 60.

<sup>113</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...*, pp. 23-42.

<sup>114</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...*, p. 133.

interpretação sobre a relação entre direito e política em comunidades políticas constitucionais. O objetivo não será o fornecimento de uma crítica definitiva, mas sim um questionamento da visão legalista como um pressuposto evidente por si só. Assim, as críticas seguirão dois caminhos: a primeira terá como foco as consequências da submissão do desacordo político às formas jurídicas, e se baseará nas ideias de Emílios Christodoulidis; a segunda diz respeito à possibilidade do julgamento jurisdicional de questões políticas, nos termos desenvolvidos por Carl Schmitt.

### 1.3.1. Contra o legalismo

A submissão da política ao direito se apresenta como a preferência pela solução de conflitos políticos na forma de conflitos jurídico-constitucionais, dentro de tribunais e com a pretensão de que a atuação de juízes garantirá uma solução racional e argumentativa para tais embates. Parece ser essa a expectativa que o direito tem de satisfazer para poder ser atribuído, em termos de Ronald Dworkin, da identificação daquilo que queremos ser e das comunidades que queremos ter<sup>115</sup>.

Para isso, é preciso que os projetos e razões defendidos por diferentes pessoas no âmbito político possam ser expressas com sucesso na linguagem do conflito jurídico. A tomar emprestada a expressão de Gustavo Zagrebelsky, é preciso que o direito seja dúctil<sup>116</sup>, maleável o suficiente para que a pluralidade de visões defendidas em uma comunidade política seja transmitida sem perdas dentro de suas formas.

Pode o direito cumprir essas expectativas? Para Emílios Christodoulidis, a resposta é negativa, uma vez que o direito só é capaz de reencenar, e não de exibir os conflitos do âmbito político<sup>117</sup>. Para o autor, se um conflito é transplantado do campo político para o direito, o que opera não é uma simples tradução para os papéis e valores intrínsecos à prática jurídica. Na realidade, opera-se um reencenar daquele conflito, a seguir as coordenadas fornecidas pelas expectativas, critérios, papéis e valores próprios das disputas jurídicas<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's...*, p. 413.

<sup>116</sup> Para Zagrebelsky, a imagem do “direito dúctil” corresponde à acomodação, em um Estado de Direito, “tanto la espontaneidade de la vida social como la supervivência de uma sociedade pluralista y democrática”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 14. Vale destacar que “ductilidad” foi a opção da tradutora para o espanhol diante da expressão italiana “mítezza”. Aqui, utiliza-se o correspondente em português da tradução, cf. *Ibidem*, p. 14, nota nº 11.

<sup>117</sup> CHRISTODOULIDIS, Emílios. *Law...*, p. 162.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 149-150.

Esse processo não ocorre com uma reprodução fictícia do conflito original, visto que não há nada de fictício a respeito do funcionamento de um sistema jurídico e de conflitos em seu interior<sup>119</sup>. Tampouco se trata de uma representação de uma realidade “bruta” exterior, visto que a percepção sobre o conflito político já é, ela mesma, condicionada e influenciada por projeções do funcionamento das instituições jurídicas<sup>120</sup>.

Assim, o que ocorre com essa reencenação do conflito é uma perda de complexidade e das nuances que prevalecem no desenvolvimento de razões e argumentos próprios do debate político. Primeiro, porque o direito toma a pluralidade de posições a respeito de determinada questão política (ou moral) – o aborto, a eutanásia, o lenocínio, a pornografia, *etc.* – e as reduz a uma dualidade: legal e ilegal (ou, no contexto de que se fala aqui, constitucional e inconstitucional)<sup>121</sup>. Se, de acordo com critérios jurídicos, as ofensas provocadas pela permissão daquilo que se discute superam as razões para protegê-lo, deverá ser considerado legal. Do contrário, deverá ser considerado ilegal.

Nesse contexto, Christodoulidis utiliza o conceito de “interesses” para descrever aquilo que o direito identifica como o que está em embate em um conflito político. Para o autor, embora o direito trate esses “interesses” como algo externo, trata-se, na realidade, do meio de compreensão do próprio direito sobre o âmbito político. A política como um conflito de interesses mediado por direitos é, portanto, uma interpretação da política que vem, ela mesma, do campo jurídico<sup>122</sup>.

O exemplo que o autor fornece em *Law and Reflexive Politics* para expor a incapacidade dessa reencenação em satisfazer as expectativas de corresponder ao conflito político original envolve a discussão de pensadoras feministas radicais acerca da proibição da pornografia. Na exposição de Christodoulidis, essas pensadoras (o autor nomeia Beverly Brown) encaram o problema da pornografia a partir de uma pluralidade de pontos de vistas e problemáticas: seja a sua caracterização como uma forma de violência, ou como a legitimação de um papel social discriminador a que é relegada a mulher, e até como uma forma de representação objetificada da mulher na sociedade<sup>123</sup>.

Assim, para satisfazer às pretensões legalistas, seria necessário que tais objeções à pornografia pudessem ser manifestadas com o mesmo conteúdo quando judicializadas.

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>120</sup> “One goes into the world to look for the brute/natural datum ‘political conflict’. What one encounters as natural fact depends on what one has set off to look for on the basis of what assumptions the search is initiated. These assumptions are institutional”, cf. CHRISTODOULIDIS, Emiliós. *Law and reflexive politics...*, p. 153.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 156-157.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 158.

Ocorre que, como dito, o que importa para o direito é uma conclusão quanto ao dualismo sobre a legalidade (constitucionalidade) daquilo que se discute. E, no processo de converter as críticas mencionadas em uma discussão jurídico-constitucional, o que ocorre é a reencenação do conflito em uma disputa entre dois interesses: a dimensão do dano provocado pela pornografia, e a necessidade de garantir a liberdade de expressão. Mas ao ser dado este passo, perde-se aquilo que não pode ser expressado na linguagem dos interesses e direitos: *“to negotiate conflict through negotiating rights, is to allow a vast area of conflict, and an infinite area of potential conflict, to be defined away”*<sup>124</sup>.

As críticas antes formuladas, para adquirirem sentido no âmbito jurídico, convertem-se (são “reencenadas”) como, *e.g.*, uma tentativa de demonstração de nexos causais entre ação ilícita e dano, como um sopesamento entre dano e liberdade de expressão (*“the feminists denounce oppression and find themselves, in law, opposing basic constitutional principles instead”*<sup>125</sup>), na forma de analogias entre categorias socialmente discriminadas e o lugar da mulher na sociedade, *etc.* O próprio silêncio diante do direito, ou seja, a opção por rejeitar a judicialização da objeção à pornografia como uma consciência de sua incapacidade para lidar com os problemas, por exemplo, dos efeitos culturais que aquela provoca, aparece juridicamente como um respeito à garantia da liberdade de expressão (*“the law cannot see the political motivation for not taking to law”*<sup>126</sup>).

Aquilo que fica evidente é que há uma série de argumentos e razões que simplesmente não podem ser expressos e manifestados em sua formulação original quando têm de ser convertidos em argumentação jurídica para convencer um tribunal. Nesse sentido, a judicialização do conflito implica em uma notável perda de complexidade e diversidade de razões que podiam aparecer e se desenvolver no conflito original.

A incapacidade das formas jurídicas de acomodar a complexidade de determinadas questões de grande relevância política tem sido evidenciada por decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. Assim, no julgamento (ainda não definitivo) da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a questão carcerária no país, tornada urgente pela superlotação de presídios e a situação degradante a que é submetida uma parte dos encarcerados no país – e que, politicamente, pode ser encarada com uma crítica ao encarceramento em massa, aos fundamentos da justiça penal, ou à atuação dos agentes de Estado, juízes e promotores de justiça, *etc.* – foi levada ao Tribunal como a possibilidade de reconhecimento de um “estado de

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>125</sup> *Ibidem...*, p. 161.

<sup>126</sup> *Ibidem...*, pp. 161-162.

coisas inconstitucional”, sujeito a prolegômenos dogmáticos sobre a aplicação ou não da categoria jurídica em questão<sup>127</sup>.

E o mesmo problema pode ser identificado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, em que a questão complexa e urgente das ofensas e agressões a homossexuais e transexuais no país foi levada ao julgamento do STF. Aqui, a complexidade do problema original foi transformada (“reencenada”) em um pedido pelo reconhecimento de que a previsão constitucional do crime de racismo<sup>128</sup> viesse a ser interpretada (“conforme a constituição”) a fim de que abrangesse, também, as violações contra sujeitos pertencentes aos grupos em questão. A decisão do Tribunal foi pela procedência da aplicação<sup>129</sup>.

Não se pretende discutir, aqui, a eficácia das soluções obtidas perante o Supremo Tribunal Federal para as questões sociais levadas à sua consideração, e tampouco a sua correção, seja ela jurídica, política ou moral. Antes, busca-se evidenciar que a procura de soluções jurisdicionais para tais questões, o esforço de “reencena-los”, não conserva o conflito político em suas razões originais. O direito, tido como sede ideal para a solução dos conflitos políticos e morais de uma sociedade plural, acaba, na realidade, por silenciar parte das dimensões desses conflitos pelas formas em que se desenvolve.

Se, por um lado, a judicialização do conflito político não parece capaz de fazer jus à sua complexidade original, é possível encarar os efeitos dessa opção como prejudiciais para a própria estrutura jurisdicional, nos termos apresentados por Carl Schmitt no início do século XX.

As considerações de Carl Schmitt sobre a jurisdição constitucional que interessam aqui não são os méritos do conhecido debate com Hans Kelsen<sup>130</sup>, e tampouco o caráter prescritivo de sua teoria sobre o presidente do Reich como guardião da constituição, que, hoje, só faz sentido se apresentada junto do projeto normativo mais amplo do autor sobre o Estado e

---

<sup>127</sup> Cf. Medida cautelar do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em 09 set. 2015. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>, acesso em 17 ago. 2020.

<sup>128</sup> O artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal brasileira dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. A previsão foi regulamentada pela Lei nº 7.716/1989.

<sup>129</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em 13 jun. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>, acesso em 17 ago. 2020.

<sup>130</sup> Para uma síntese do debate e de seu contexto na história do pensamento constitucional, cf. AMARAL, Maria Lúcia. Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição. In *Carl Schmitt Revisitado*, ed. Carlos Blanco de Moraes, Luís Pereira Coutinho. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, pp. 133-149.

a constituição<sup>131</sup>. Dar-se-á foco, portanto, às prescrites observações de Schmitt sobre as consequências da judicialização da constituição para a função judicial.

Para Carl Schmitt, em uma ordenação estatal amparada na ideia do *rechtsstaat*, a função judicial está caracterizada por sua independência, que a afasta da influência das diretivas e comandos advindos do governo ou de outros órgãos de poder político<sup>132</sup>. Tal independência judicial, por sua vez, só pode existir quando a decisão proferida pelo juiz está vinculada a uma norma prévia e geral, fruto de uma decisão anterior, identificável de forma suficientemente determinada, e que permite a diferenciação entre sentença e lei<sup>133</sup>. Afinal, se não há norma “determinável e mensurável”, apta a abranger o caso concreto por subsunção<sup>134</sup>, não se materializa a base sobre a qual é passível de desenvolvimento a prática de uma função judicial independente<sup>135</sup>.

A partir disso, o problema de uma jurisdição constitucional é que uma sentença que aplica uma cláusula constitucional imprecisa (Schmitt faz referência à segunda parte da Constituição de Weimar, em que foi incluído um catálogo de direitos e deveres do povo alemão) será, ela mesma, a normatização do conteúdo da disposição constitucional: não há, antes disso, uma decisão determinada e mensurável, proferida pelo legislador, que vincula o juiz no ato de adjudicação. Assim, o juiz (ou tribunal) que profere tais decisões revela-se um “constituinte em função altamente política”<sup>136</sup>.

É por isso que, para Schmitt, não é possível considerar as variadas disposições abstratas dos catálogos de direitos de uma constituição – produzidas não por uma decisão em acordo, mas em fórmulas ambíguas – como “normas”, sem que a palavra perca seu valor

---

<sup>131</sup> Somente a partir das críticas schmittianas ao pluralismo liberal, e de sua teoria da constituição como ato unilateral, a rejeitar a ideia de um contrato ou acordo constitucional, fará sentido a ideia de que cabe ao presidente do Reich “a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 234; sobre a constituição entre ato unilateral e contrato, cf. *Ibidem*, pp. 90 e ss; sobre a reação de Schmitt ao liberalismo do início do século XX, cf. SEGADO, Carmelo Jiménez. El poder judicial y la defensa de la constitución em Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 161, pp. 41-67, 2013.

<sup>132</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, pp. 229 e 300. Também, SCHMITT, Carl. *O Guardião...*, p. 55.

<sup>133</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião...*, pp. 55-56.

<sup>134</sup> Cabe esclarecer que, ao tratar da aplicação de uma norma geral “por subsunção”, Schmitt não trata da possibilidade de um julgamento por subsunção com a preocupação de estudos que viriam a ser publicados décadas mais tarde, como a conhecida reflexão de Neil MacCormick sobre o caso “*Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard*”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978 pp. 20 e ss. Para uma perspectiva atual crítica à ideia do silogismo na decisão judicial, cf. LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007, pp. 46 e ss. O esclarecimento faz-se necessário pois, em Schmitt, mesmo aquelas decisões proferíveis por subsunção de um fato à norma têm em sua estrutura um elemento de “pura decisão” do juiz. Cf. SCHMITT, Carl. *O Guardião...*, p. 67.

<sup>135</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião...*, p. 29.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 70.

conceitual, haja vista a pluralidade de diferentes previsões a que faria referência (o autor fala em princípios, disposições de direito material, programas, diretrizes e compromissos incertos)<sup>137</sup>.

Se não há norma determinada à qual o juiz se vincula para proferir a decisão, e se o juiz que interpreta e aplica a disposição constitucional vaga está, segundo Schmitt, a produzir o próprio conteúdo normativo a ser aplicado, a jurisdição constitucional elide aquilo que possibilita a independência judicial<sup>138</sup>: a diferença entre a sentença e a lei geral que vincula o julgador.

Ademais, a decisão produzida pelo juiz constitucional que confere conteúdo à disposição constitucional imprecisa se trata mais de um amálgama de legislação e parecer jurídico do que, essencialmente, de uma sentença judicial<sup>139</sup>. Assim, Schmitt assevera que apenas um sentido estritamente formalista de “sentença judicial” englobará aquela decisão (por ter sido proferida por um juiz ou grupo de juízes organizados na forma de um tribunal, *etc.*) O problema de tais conceitos (meramente) formais, alerta Schmitt, é que a partir deles “tudo pode ser imputado a todos, tudo pode se tornar justiça, mas, do mesmo modo, tudo pode se tornar ‘norma’ e estabelecimento de normas e, por fim, tudo pode se tornar Constituição”<sup>140</sup>.

É nesse sentido que, para Schmitt, a judicialização dos conflitos políticos que é promovida pela solução de disputas constitucionais em um tribunal não leva apenas a uma “judicialização da política”, mas à politização da justiça em um sentido bastante significativo<sup>141</sup>.

Schmitt não está a colocar em questão a necessidade de fidelidade a uma teoria dogmática e estagnada sobre a separação de poderes do Estado. Tal é possível perceber a partir da compreensão do autor sobre a questão, que privilegia a ideia de um equilíbrio entre poderes, e não uma separação estrita. O que é necessário, segundo Schmitt, é possibilitar uma distinção entre os poderes do Estado<sup>142</sup>. Tampouco parece haver uma preocupação, em Schmitt, de afirmar analiticamente uma separação estrita entre funções política e jurídica com base na existência da criação de direito em um ato de adjudicação<sup>143</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>138</sup> “*Judges are independent only so long as the general character of the statute is retained*”, cf. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory...*, p. 195.

<sup>139</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião...*, p. 74.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>142</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory...*, p. 223. Cf., também, SEGADO, Carmelo J. *El poder judicial y la defensa...*, p. 43.

<sup>143</sup> Esse é um dos elementos da crítica feita a Schmitt por Kelsen, que afirma que é um erro compreender que “apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva”, cf. KELSEN, Hans. *Quem deve ser...*, p. 251. Embora Kelsen esteja correto, isso certamente não corresponde à solução para os problemas levantados por Schmitt. A irrelevância da distinção entre criação e não-criação do

A questão colocada por Schmitt é que o emprego do raciocínio jurídico-constitucional exigido pela jurisdição constitucional na solução de conflitos políticos – que se caracteriza, como afirma Massimo La Torre, pelo recurso a princípios cujo conteúdo precisa ser exposto como uma forma de raciocínio moral<sup>144</sup> –, o que ocorre não é uma “politização da justiça” em sentido superficial, i.e., como uma mera qualificação do desempenho corriqueiro da prática jurisdicional. O que está em questão é a possibilidade de uma descaracterização da função judicial que erode seus pressupostos, ao afastar a sua independência e fragilizar a objetividade que caracteriza a sua atuação.

Portanto, o problema da jurisdição constitucional hoje, se Schmitt (e a leitura aqui elaborada) estiver correto, não consiste no surgimento de uma nova espécie de jurisdição, que opera como sempre fez, mas agora de forma mais “politizada”. Afinal, jurisdição que não se encontra vinculada a uma norma anterior e definida é uma não-jurisdição, que permanece identificada como tal apenas por suas características formais.

O caminho trilhado neste capítulo buscou traçar sucessivas relações entre aspectos da compreensão que hoje parece prevalecer na teoria e na prática do direito constitucional, em maiores e menores graus de abrangência. Assim, a ideia de uma constituição prescritiva, que limita o espaço de deliberação política em comunidades políticas plurais, relaciona-se a uma compreensão legalista da relação entre direito e política, que entende o direito como um espaço de decisão superior (mais racional, mais objetivo) à política. Com isso, elegem-se os tribunais como a sede para a solução dos conflitos políticos e morais que surgem nessas comunidades, isto é, como os órgãos que são capazes de sujeitar a política ao direito. A jurisdição constitucional, portanto, em suas diferentes formulações (concentrada ou difusa, incidental ou abstrata, *etc.*), aparece justamente na intersecção de todas as questões anteriormente tratadas.

O esforço crítico desse capítulo procurou colocar em questão uma ideia cada vez mais generalizada, qual seja, a atribuição dada a juízes e tribunais para interpretar e aplicar as abstrações do texto constitucional, conferindo-lhe conteúdo, com a finalidade de delimitar as possibilidades políticas e afastar tudo aquilo que vá de encontro à sua leitura daquele texto. O que se procurou demonstrar é que a superioridade da deliberação jurídico-constitucional sobre a deliberação política, ao menos de acordo com os argumentos apresentados, não pode ser um pressuposto garantido.

---

direito para a teoria jurídica schmittianas fica evidente a partir da explicação de Paul Kahn, que afirma: “*on Schmitt’s view, we don’t know what the law is until after the decision. The decision does not follow from the law, but the law follows from the decision*”. KAHN, Paul W. *Political...*, p. 77.

<sup>144</sup> LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism...*, p. vii.

No próximo capítulo, o foco estará sobre a questão da jurisdição constitucional em específico. Assim, serão discutidas três modelos normativas de jurisdição constitucional: um modelo objetivista e pragmático; o modelo de John Hart Ely, que dá ênfase aos procedimentos democráticos; e um terceiro modelo, em defesa de uma leitura moral substancial da constituição, elaborado por Ronald Dworkin. Se a visão legalista deve, mesmo, ter o lugar proeminente que mantém na teoria constitucional, hoje, argumenta-se que será necessário que algum desses modelos se mostre coerente e adequado para embasar a prática da jurisdição constitucional.

## 2. TEORIAS E INSTITUIÇÕES. A BUSCA POR UM MODELO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

*Higher courts have no greater access to truth, only power.*

Paul W. Kahn, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*

*The flight from substance must end in substance.*

Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*

Há uma considerável variedade de configurações que uma jurisdição constitucional pode assumir em sua institucionalização. Desta variedade, surgem as classificações que são bastante comuns na dogmática constitucional, que buscam separar os tipos de fiscalização judicial entre aqueles que seguem o modelo kelseniano ou o modelo de *judicial review*, os que colocam suas cortes constitucionais no topo ou fora da hierarquia judiciária comum, os procedimentos de fiscalização concreta ou difusa, preventiva ou repressiva, abstrata ou concreta, *etc.* A classificação não afasta, é claro, a possibilidade de que um mesmo ordenamento seja um amálgama de possibilidades de fiscalização desenvolvidas em diferentes partes do mundo, do que é exemplo paradigmático o sistema brasileiro.

Embora tais classificações não sejam triviais, parece ser possível definir genericamente (e parcialmente) a jurisdição constitucional como a possibilidade de que uma decisão normativa proferida por mandatários eleitos democraticamente, atribuídos da autoridade para legislar por procedimentos definidos constitucionalmente, venha a ser definitivamente rejeitada e afastada da prática do ordenamento jurídico do Estado por uma decisão proferida por uma maioria de juízes (ainda que atribuídos de uma nomenclatura diferente dos demais juízes), imbuídos da atribuição de averiguar se aquela opção normativa está de acordo com a constituição<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> É preciso fazer um esclarecimento metodológico. Como o objetivo do trabalho é uma discussão da jurisdição constitucional em termos abstratos, como uma forma institucional adotada por um grande número de democracias constitucionais com diferentes especificidades de estrutura e procedimentos, este trabalho procura evitar a discussão sobre essas particularidades. Não são abordadas características como os tipos de ato que podem ser levados à impugnação perante um tribunal constitucional em cada ordem jurídica, os efeitos das decisões de acordo com o procedimento que leva ao juízo de fiscalização *etc.* Além disso, com consciência da possível impropriedade, utiliza-se a expressão “tribunal constitucional” de forma genérica, sem aplicar a distinção da teoria constitucional entre tribunais constitucionais e supremas cortes, por exemplo. Também não se faz uma distinção, exceto quando necessário, entre uma decisão definitiva de um tribunal constitucional que retira uma norma do ordenamento jurídico, e uma decisão de *judicial review* de um tribunal superior que torna inaplicável uma norma e que é

Com isso, a posição peculiar que as instituições destinadas à prática da jurisdição constitucional ocupam na estruturação de um Estado de Direito faz com que as teorias a respeito de seu funcionamento tenham sempre um grande ônus argumentativo. Mesmo a mais simples das teorias terá de resolver, da melhor maneira possível (e ainda que implicitamente), três problemas: i) a justificação para a necessidade de fiscalização judicial da constitucionalidade das opções legislativas; ii) os limites para a atuação de juízes atribuídos desta fiscalização; iii) a necessidade de que decisões, em uma sociedade pluralista, sejam proferidas de forma neutra, *i. e.*, sem que sejam determinadas por valores subjetivos defendidos por apenas uma parte dessa sociedade<sup>146</sup>. A satisfação destes três princípios, na visão de Mark Tushnet, é a exigência para que a vontade, identificada com a função legislativa, seja controlada pela razão, encampada pelo judiciário<sup>147</sup>. Assim, a busca é pela coerência de uma teoria que autorize, nos termos da discussão do primeiro capítulo, uma sujeição da política ao direito.

A mesma dificuldade parece ser aquela identificada por Michel Troper em *Logic of justification of judicial review*, artigo voltado à sistematização crítica de diferentes teorias de justificação da jurisdição constitucional<sup>148</sup>.

Após discutir uma série de hipóteses candidatas para a justificação<sup>149</sup>, Troper assevera que o problema dessas teorias está na impossibilidade de conciliação entre os seus pressupostos e a própria realidade institucional de um tribunal constitucional. Os pressupostos são dois: a) que cortes constitucionais devem aplicar a constituição que as institui, e b) que essas constituições são democráticas. Ocorre que, para o professor francês, uma análise positiva da jurisdição constitucional revela que as cortes possuem poder discricionário para proferir decisões legislativas junto das autoridades eleitas democraticamente, a resultar não necessariamente em uma democracia, mas em um “governo misto”, que partilha a função legislativa entre mandatários eleitos e uma classe aristocrática de funcionários, realidade que é incompatível com os pressupostos anunciados. É por isso que, para Troper, é a própria instituição que não é propícia para satisfazer os pressupostos das teorias que buscam justifica-

---

obedecida por atenção ao *stare decisis*. Espera-se, com isso, uma generalização das questões tratadas sem abandonar a clareza. A validade dos argumentos poderá ter de ser adaptada para que se acomode a contextos e dogmáticas constitucionais específicas, mas a intenção é a de que isso não se dê de forma excessiva.

<sup>146</sup> TUSHNET, Mark. Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 89, n. 6, pp. 1037-1062, 1980, pp. 1037-1038.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 1060.

<sup>148</sup> TROPER, Michel. The logic of justification of judicial review. *I-CON*, Oxford, vol. 1, n. 1, pp. 99-121, 2003.

<sup>149</sup> Michel Troper arrola cinco possibilidades teóricas de justificação: a) a garantia da supremacia da constituição; b) a realização da supremacia da constituição; c) como uma qualidade inerente à realização da democracia; d) como limitação à democracia; e) como uma transformação da democracia, cf. *Ibidem*, pp. 103-120.

la: “*doctrine is thus obliged to attempt to reconcile the institution with democratic principles and is unable to escape from the ensuing labyrinth*”<sup>150</sup>.

Mark Tushnet também se revela cético quanto à possibilidade de que uma teoria seja apta a satisfazer os requisitos elencados acima. Para o autor, uma vez que legisladores e juízes são indivíduos com vontades próprias, seria preciso garantir que aqueles que ocupam essas posições não imponham suas vontades aos demais de forma arbitrária. Disto, é possível derivar uma justificação para a jurisdição constitucional (para evitar a “tirania da maioria”), e uma delimitação da autonomia de decisão dos juízes (para evitar uma “juristocracia”), de acordo com os dois primeiros princípios. O problema aparece, para o autor, na necessidade de que esses princípios sejam ordenados de acordo com uma ideia de “*rule of law*”, que deve ser neutra diante das diferentes posições assumidas em uma sociedade. Ao ser dado esse passo, Tushnet indica um problema: se o “*rule of law*” for neutro e formal, não haverá conteúdo que delimite as possibilidades da vontade de juízes e legisladores. Por outro lado, se o “*rule of law*” estiver dotado de conteúdo, a vontade de uma parte dos indivíduos será guiada pela vontade de outros<sup>151</sup>.

Tushnet desconfia, também, da possibilidade que uma teoria seja suficiente para garantir coerência à prática de uma jurisdição constitucional, ou seja, quanto à possibilidade de imposição de uma ordem normativa bem acabada sobre a confusa realidade dos tribunais constitucionais<sup>152</sup>. Em sua tentativa de eliminar a arbitrariedade, as próprias teorias incluem seu próprio grau de arbitrariedade, sendo que elas próprias sempre contém um ponto de inflexão em que as preferências do próprio teórico (a vontade), e não a teoria (a razão) ditam o resultado. Segundo Tushnet, a conjuntura de fatores políticos que cercam uma determinada decisão fornecerá uma explicação mais segura para as decisões constitucionais tomadas do que qualquer

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>151</sup> TUSHNET, Mark. *Darkness...*, p. 1061. O argumento de Tushnet é uma aplicação de um aspecto da crítica de Roberto Mangabeira Unger à tradição de pensamento liberal. Para Unger, é uma característica daquilo que chama de “psicologia liberal” um entendimento da mente que separa as faculdades da vontade e da razão. Neste esquema, a vontade é arbitrária, *i.e.*, não determinada pelo conhecimento racional de fatos, e tampouco justificável racionalmente a partir deles. O problema para o pensamento liberal está, então, naquilo que Unger denomina de antinomia entre a razão e o desejo: é impossível estabelecer uma moralidade racional se a vontade é sempre arbitrária do ponto de vista do conhecimento. Para produzir juízos morais sobre desejos, é necessária a produção de regras mais específicas que permitam julgar racionalmente quais objetivos (definidos pela vontade) tem, comparativamente, mais valor. Entretanto, como estes objetivos não são definidos pela razão, há um paradoxo na necessidade de que a razão julgue a vontade sem que tenha a autoridade para tanto. Ademais, segundo Unger, a tradição liberal identifica na vontade a característica constitutiva das individualidades dos seres humanos, enquanto a razão pertence ao universal (ao mundo que é compreensível por todos da mesma maneira). Desta forma, se a vontade passa a ser controlada por uma razão que é externa, erode-se justamente aquilo que pode definir as individualidades pessoais. Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press, 1976, pp. 29-55.

<sup>152</sup> TUSHNET, Mark. *The Dilemmas of Liberal Constitutionalism*. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 42, pp. 411-426, 1981, p. 416.

teorização mais ambiciosa será capaz: “*the whole point of the approach is to insist that there are no general answers, but only tentative ones based on the exact conjuncture of events when the question is asked*”<sup>153</sup>.

De forma talvez surpreendente, a posição defendida por Mark Tushnet é convergente, ao menos em parte, com as críticas de Steven D. Smith às pretensões racionalistas do projeto constitucionalista. O ponto de partida de Smith, entretanto, será um tanto mais abrangente. Parte o autor da constatação de que a partir de algum momento da evolução do pensamento ocidental, foi abandonada uma compreensão moralizada e valorativa da natureza, a partir da qual cabia à razão o papel de identificar propostas morais a partir da ordem natural do mundo, em prol de uma visão segundo a qual a natureza é simplesmente algo que existe (“matéria em movimento”). Essa passagem teve como consequência um grande problema na definição do papel da racionalidade para solucionar a correção de proposições éticas e políticas<sup>154</sup>.

Esse é o mesmo problema, segundo Smith, que Alasdair MacIntyre identifica na definição do “emotivismo” como característica do estado de coisas racional de nossas formas de vida atuais. De acordo com MacIntyre, com o abandono de convicções filosóficas que atribuíam ao homem um *telos* natural (que teria a ética como instrumento para a sua busca), aquilo que resta ao homem é a realização de julgamentos morais baseados apenas em preferências e vontade, ainda que permeados superficialmente por argumentos aparentemente racionais. O problema, aqui, é a impossibilidade de que tais argumentos compartilhem de uma mesma estrutura de pensamento universal que permita um acordo racional sobre aquilo que é moralmente verdadeiro ou falso<sup>155</sup>.

Nesse contexto, para Steven Smith, resta à razão estabelecer como um parâmetro para a discussão moral as convenções culturais da comunidade política em que se insere. Alguma forma de realismo moral é substituída (no pensamento filosófico tradicional, ao menos)

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>154</sup> SMITH, Steven D. *The Constitution and the Pride of Reason*. New York: Oxford University Press, 1998, pp. 84-88.

<sup>155</sup> *Ibidem* pp. 88-89. A aplicação de Smith da tese de Alasdair MacIntyre para criticar a situação das teorias constitucionais contemporâneas parece de certa forma modesta se comparada às consequências que o próprio autor atribui à generalização do emotivismo como caracterização das formas de vidas atuais. Afinal, segundo MacIntyre, no que toca às relações sociais, o emotivismo impede a diferenciação entre relações sociais manipulativas e não-manipulativas, e conseqüentemente, torna ilusórias as distinções entre o tratamento de pessoas como fins ou meios. No plano político, a conclusão é pela rejeição do marxismo e de todas as outras tradições políticas encontradas na cultura contemporânea por sua exaustão, que deve dar lugar à construção de comunidades locais segregadas, como possibilidade de existência de uma vida cívica, intelectual e moral compartilhada entre seus membros. Cf. MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3 ed. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2007, pp. 23-24, pp. 262-263.

por uma postura convencionalista, ainda que nem sempre expressamente reconhecida<sup>156</sup>. E, então, o discurso moral assume sobretudo a forma de uma razão regulatória da moral, que tem como objetivo a avaliação das convenções morais na busca das melhores razões para justificar as posições ali identificadas, e o afastamento de contradições e preconceitos<sup>157</sup>. Um trabalho que, no âmbito da teoria constitucional, se mostrará familiar aos juristas, na medida em que não corresponderá à produção de filosofias morais abrangentes, mas sim limitar-se-á a avaliar as convenções morais de uma comunidade conforme elas se manifestam no direito: “*what could be more lawyer-like than to interrogate an ostensible moral position in order to detect latent inconsistencies or underlying biases and prejudices?*”<sup>158</sup>.

Contudo, para Smith, o problema estará justamente na necessidade de que o “regulador” racional das opções de uma comunidade só tenha como opção de parâmetro as próprias convenções morais daquela comunidade – uma estrutura que não é firme o suficiente para averiguar a veracidade das proposições morais que têm à sua frente, dada a inexistência de critérios para um julgamento puramente objetivo. O contexto implica em que as conclusões sempre poderão ser identificadas como fruto das convicções subjetivas daquele regulador (determinadas, portanto, por sua vontade e não sua razão)<sup>159</sup>, e seus critérios manipulados da mesma forma<sup>160</sup>.

E essa é, em Steven Smith, a situação do discurso constitucional atual: “*these formulas, tests, and techniques may create the appearance of discursive precision, but the appearance is illusory; if anything the plethora of techniques and the multiple layers of loose doctrine free the courts to reach and justify a variety of different results*”<sup>161</sup>. Por isso, as teorias que buscam construir um esquema racional para a tarefa da jurisdição constitucional seriam, para o autor, exercícios sofistas – hábeis linguisticamente, mas fadados à ausência de conteúdo objetivo<sup>162</sup>.

O conjunto de críticas apresentado até aqui busca colocar em evidência a complexidade da empreitada em que as teorias em favor da jurisdição constitucional têm de

---

<sup>156</sup> SMITH, Steven D. *The Constitution...*, pp. 92-93.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>159</sup> “*But the conventionalist does not suppose that there is any independent, objective reality backing up the beliefs, and against which the beliefs might be judged true or false. It would be nonsensical, therefore, for a conventionalist to assert that intellect, or emotion, or any other faculty is the best way of ascertaining objective moral truth*”. *Ibidem*, p. 106.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 105-124. Cf. também SMITH, Steven D. Judicial Activism and “Reason”. In *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, org, Luís Pereira Coutinho, et al. New York: Springer, pp. 21-30, 2015.

embarcar para satisfazer seus pressupostos e pretensões racionais, que serão expostos nas discussões sobre diferentes teorias que compõem este capítulo. E é claro que, se para os autores citados até aqui a empreitada está fadada ao fracasso, haverá um grande número de teóricos dispostos a contraria-los, na busca por promover uma racionalização coerente da prática da jurisdição constitucional.

Aqui, é possível observar uma separação entre teoria e prática, *i.e.*, entre as teorias sobre a jurisdição constitucional e o funcionamento das instituições às quais cabe exercê-la. Afinal, as instituições que as tais teorias buscam justificar e normatizar continuam a existir – sujeitas, é claro, à influência de teorias, em maior ou menor grau – independentemente do sucesso argumentativo e de coerência de seus teóricos. Pelo menos nesse sentido, que tem pouca relação com o valor e a correção das decisões, estava certo o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando afirmou, em reveladora passagem, que à doutrina jurídica cabia apenas seguir as decisões judiciais<sup>163</sup>.

Com isso, a posição que cabe às teorias sobre a jurisdição constitucional encontra um curioso paralelo em uma passagem da filosofia antiga, que merece uma breve abordagem. Refere-se, aqui, ao diálogo entre Sócrates e Eutífron<sup>164</sup>.

Narra Platão que, antes de seu julgamento, Sócrates dirigia-se ao Pórtico do Rei, em Atenas, quando se deparou com Eutífron, que lhe contou que estava naquele local para formular uma queixa contra seu próprio pai<sup>165</sup>. Diante da surpresa de Sócrates, explicou Eutífron que a piedade divina exigia a promoção da queixa de homicídio contra seu pai, que prendera e abandonara um funcionário – este, também um homicida –, o qual faleceu enquanto o pai buscava orientação religiosa sobre como proceder com o prisioneiro<sup>166</sup>.

O diálogo prossegue, então, com um sucessivo questionamento de Sócrates a Eutífron sobre a natureza das coisas piedosas. Para Eutífron, seria piedoso tudo aquilo que os deuses assim o consideram, e explica que a sua convicção na necessidade da queixa contra seu

---

<sup>163</sup> “Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso”, cf. o voto do Ministro Eros Grau no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro da Reclamação nº 4.335/AC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 30 mar. 2014. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>>, acesso em 17 ago. 2020.

<sup>164</sup> PLATÃO. Eutífron. In \_\_\_\_\_. *Eutífron, Apologia de Sócrates, Críton*. Tradução de José Trindade Santos, 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1983, pp. 23-56.

<sup>165</sup> PLATÃO. *Eutífron*, 4a.

<sup>166</sup> *Ibidem*, 4d.

pai estava baseada no conhecimento de que Zeus também aprisionou Cronos, seu pai, porque este devorava seus filhos<sup>167</sup>.

Sócrates não se convence com a menção às narrativas religiosas, e insiste para que Eutífron lhe apresente uma caracterização daquilo que de fato é a piedade, e não apenas exemplos de condutas piedosas e ímpias<sup>168</sup>. Ocorre que Eutífron se mostra incapaz de satisfazer a pretensão de Sócrates, incorrendo na elaboração de argumentos circulares que não escapam de sua pressuposição inicial: piedoso é aquilo que agrada aos deuses<sup>169</sup>, ou aquilo que é amado pelos deuses<sup>170</sup>, ou, mais uma vez, aquilo que agrada aos deuses<sup>171</sup>.

E o interessante para os propósitos dessa seção é justamente o primeiro questionamento de Sócrates a esta ideia. Se o próprio exemplo que Eutífron fornecia para atestar a piedade da acusação contra seu pai era o fato de que Zeus agira contra seu pai, também um deus, tornava-se aparente a existência de um desacordo entre os deuses sobre as questões que poderiam definir aquilo que é piedoso ou ímpio, e justo ou injusto: “essas coisas então, ao que parece, são odiadas e amadas pelos deuses e as mesmas coisas seriam odiadas pelos deuses e queridas pelos deuses?”. Se isso for verdade, conclui Sócrates, as mesmas coisas poderiam ser, ao mesmo tempo, piedosas e ímpias<sup>172</sup>.

Sócrates tampouco se satisfaz com a possibilidade, com a qual Eutífron concorda, de uma espécie de resolução procedimental para o desacordo entre os deuses, em que prevaleceria o consenso entre eles para definir as disputas sobre a piedade<sup>173</sup>. E, então, Platão apresenta um passo no argumento socrático que é provavelmente o mais discutido do diálogo, em que este busca demonstrar que as soluções de Eutífron não são aptas a resolver a dúvida sobre o que seria o principal: a característica “piedade” da coisa que é piedosa, ou o fato de que esta coisa é amada pelos deuses? Ou, dito de outra forma: os deuses amam algo que é piedoso por que assim o é, ou a coisa se torna piedosa a partir do acordo entre os deuses para amá-la?<sup>174</sup>.

Aqui, há que se lembrar que não há qualquer pretensão deste trabalho em discutir a filosofia socrática ou desenvolver uma possível filosofia do direito a partir dos diálogos

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, 6a.

<sup>168</sup> *Ibidem*, 6d.

<sup>169</sup> *Ibidem*, 7a.

<sup>170</sup> *Ibidem*, 9e.

<sup>171</sup> *Ibidem*, 15b.

<sup>172</sup> *Ibidem*, 8a.

<sup>173</sup> “Eis, então, o que ora rectificamos na conversa: que aquilo que todos os deuses odiassem seria ímpio e o que amassem seria piedoso. E aquilo que alguns amassem e outros odiassem seria nem uma coisa nem outra; ou, então, ambas? Queres que essa fique como a definição da piedade e da impiedade que damos?”, cf. PLATÃO. *Eutífron*, 9d.

<sup>174</sup> *Ibidem*, 9a-11d.

deixados por Platão<sup>175</sup>. O que interessa nesta seção é de que forma a dificuldade de Eutífron em oferecer uma resposta satisfatória a Sócrates sobre a piedade é comparável à dificuldade das teorias constitucionais em satisfazer as necessidades impostas pelas instituições da justiça constitucional que têm como objeto.

E a posição é surpreendente semelhante. Eutífron, interessado em questões religiosas, buscava interpretar aquilo que correspondia à vontade do Panteão de acordo com as narrativas que conhecia, recorrendo ao acordo entre deuses para identificar o que podia ser chamado de piedoso. Pode até ser que houvesse, entre os deuses, uma teoria geral da piedade apta a ser identificada por Eutífron, mas aquilo que narra Platão é a sua falha em atingir qualquer elaboração suficientemente coerente, e a sua volta à identificação entre piedade e a vontade dos deuses. Incapaz de elaborar uma ordem racional para as decisões divinas sobre a piedade, o que resta para Eutífron é seguir aquilo que compreende como a vontade dos deuses.

Agora, considere-se um tribunal constitucional. Aqui, sob a ótica de fatos institucionais, a resposta de Eutífron é indefectível: inconstitucional é aquilo que desagrade ao tribunal constitucional, *i.e.*, aquilo que a maioria dos juízes decide que deve ser inconstitucional.

E, assim como na crítica inicial de Sócrates, os juízes também discordam constantemente sobre a inconstitucionalidade de determinadas opções normativas (às vezes, até quando em acordo sobre o resultado, discordam das razões para tal!). Suas decisões são proferidas a partir de um raciocínio jurídico-constitucional extremamente aberto, dada a imprecisão das previsões constitucionais a serem interpretadas, implicando em uma considerável imprevisibilidade das decisões. A situação é posta especialmente em evidência quando questões políticas importantes são levadas ao tribunal e resolvidas em um julgamento por maioria simples, com a inaceitabilidade de determinada norma (e da posição política que a esta corresponde) decretada pela diferença de um voto. Tais decisões, lembre-se, valem por sua forma – o fato de serem proferidas pelo tribunal com autoridade para fazê-lo –, e não por sua substância. Prevaecem porque suas decisões não são submetidas ao juízo de outrem, e não pela correção material de seus julgamentos<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Sobre uma filosofia do direito socrática, a partir do Eutífron e de outros diálogos, cf. MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 45-49.

<sup>176</sup> Posto de outra forma, afirma Michel Troper que é impossível saber se a decisão de um tribunal constitucional é, ela mesma, lícita: “*a la cuestión de saber se tal conducta de una de las autoridades constituídas es lícita, se puede evidentemente responder que la jurisdicción há estimado que era lícita. Sin embargo, a la cuestión de saber si la decisión de la jurisdicción es ella mismo lícita, es imposible responder, de la misma manera que ha sido juzgada lícita por otra jurisdicción, puesto que no existe normalmente una segunda jurisdicción constitucional competente para examinar las decisiones de la primera*”. Cf. TROPER, Michel. *La máquina...*, p. 339.

Esta é a situação da instituição, e para ela a resposta de Eutífron está correta. Entretanto, assim como para Sócrates, a resposta nos parece absolutamente insatisfatória. Uma instituição com poder político, situada o mais distante possível da influência do cidadão comum, e dotada de autoridade para desautorizar posições políticas em uma comunidade democrática de acordo apenas com a vontade de seus membros estaria, imagina-se, bastante mais descredibilizada do que o discurso constitucional tradicional faz parecer.

Aqui, fica claro o papel que as teorias sobre a jurisdição constitucional exercem. A justificar o estabelecimento do tribunal, delimitar a atuação dos juízes, e explicar como isso ocorrerá sem a sujeição de muitos à vontade de poucos, teorias interpretam e descrevem aquilo que encontram na prática das instituições, e normatizam os melhores critérios para o seu funcionamento. O “porquê” e o “como” democráticos da jurisdição constitucional, fornecidos por teorias, afastam uma compreensão puramente voluntarista do funcionamento dessas instituições, em favor de uma interpretação racionalista, que permite a convicção de que será a melhor opção para um Estado de Direito apostar nelas como garantia de uma delimitação razoável do espaço de deliberação política.

Com isso, tais teorias apresentam sempre a intenção de influenciar o funcionamento das cortes – algo que escapava a Eutífron, dada a preocupação teológica de seu diálogo com Sócrates –, e não serão poucas as teorias que prescreverão aquilo que de fato é inconstitucional, e os procedimentos racionais e argumentativos que juízes devem seguir para chegar a tais conclusões de forma coerente. O objetivo de uma teoria, a usar os termos do diálogo platônico, é constatar que a inconstitucionalidade precede a decisão judicial sobre a inconstitucionalidade, ainda que o formalismo institucional do direito exija a decisão autoritativa para que isso tenha efeitos práticos. Um ato normativo não é inconstitucional porque os juízes decidiram que é, mas os juízes decidiram desta forma porque aquele ato já estava eivado de inconstitucionalidade.

Para a teoria, as decisões de um tribunal constitucional são decisões elaboradas por um raciocínio jurídico-constitucional que não deve, portanto, ser completamente condicionado pela vontade do juiz, e tampouco por uma simples razão prática que permita a escolha entre valores conflitantes<sup>177</sup>. Juízes interpretam um texto constitucional e, por isso, argumentos institucionais, e não apenas substantivos, devem ser determinantes na sua tarefa adjudicativa<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> A dificuldade para a solução de conflitos entre valores no contexto do raciocínio prático, ainda que haja incomensurabilidade entre esses valores, não leva à impossibilidade da tomada de decisões racionais. Ainda assim, para Faggion, poderá ser um “incentivo à tolerância nos casos de desacordo moral persistente”. Cf. FAGGION, Andrea. Pluralismo moral e raciocínio prático, in *Revista Natureza Humana*, v. 21, n. 2, pp. 77-96, 2019, p. 94.

<sup>178</sup> Argumentar institucionalmente, na definição de Shecaira e Struchiner, é “apelar para regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas *publicamente*”. Cf. SHECAIRA, Fábio P., STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 41.

Entretanto, se tais teorias estiverem excessivamente divorciadas da confusa atividade prática dos tribunais, forem aplicadas de forma completamente equivocada por juízes, ou, naquilo que nos interessa aqui, não se mostrarem suficientemente coerentes em seus próprios pressupostos, a imagem inicial – “eutifroniana” – das cortes voltará a ficar em evidência.

Posto o desafio, cabe agora realizar uma discussão específica de diferentes modelos teóricos desenvolvidos para a prática da jurisdição constitucional. Neste trabalho, não há qualquer pretensão de sistematizar exaustivamente as múltiplas possibilidades elaboradas em diferentes culturas jurídicas, e o estudo estará delimitado a três modelos teóricos que, julga-se, são especialmente relevantes e influentes, e cujo estudo propiciará uma melhor compreensão crítica das instituições que buscamos compreender.

## **2.1. O modelo objetivista: a jurisdição constitucional para Carlos Blanco de Moraes e Elival da Silva Ramos.**

No começo do segundo capítulo de *A Matter of Principle*, Ronald Dworkin descreve os objetivos da teoria originalista de interpretação constitucional<sup>179</sup> como a busca por um método apolítico para a decisão de casos controvertidos, que permitisse que um juiz constitucional decidisse as questões políticas relevantes levadas ao tribunal sem que a sua opinião subjetiva sobre o valor moral ou os benefícios políticos das opções *sub judice* fosse o critério determinante para a adjudicação<sup>180</sup>.

Não há interesse em discutir os méritos e deméritos de uma solução originalista para a interpretação constitucional neste capítulo, sobretudo pela falta de influência generalizada que tal solução obteve fora do contexto anglófono de discussão constitucional. Não obstante, a teoria que será apresentada aqui parece partir dos mesmos objetivos que Dworkin atribui aos originalistas: a busca por um método objetivo, o menos politizado e moralizado possível, para a tomada de decisões em sede de fiscalização judicial da constitucionalidade<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Em uma definição de manual, oferecida por um de seus defensores mais proeminentes, o originalismo é uma teoria da interpretação constitucional que entende que o significado de uma norma constitucional é o significado que o órgão (ou sujeitos) constituinte buscava comunicar pelos símbolos que escolheu para tal. Cf. ALEXANDER, Larry. Originalism, the why and the what. *Fordham Law Review*, New York, vol. 82, n. 2, pp. 539-544, 2013, p. 540.

<sup>180</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 33.

<sup>181</sup> Thomas Campbell afirma que teorias gerais do direito estão sempre determinadas por filosofias políticas mais amplas, e não parece extravagante afirmar que o mesmo ocorre com teorias da interpretação constitucional. Talvez a relação entre as teorias originalistas e o modelo tratado nesta seção seja um caso em que filosofias políticas

Assim, denominaremos o modelo de justiça constitucional que será discutido nesta seção de “objetivista”. Para tal linha de pensamento, não há que se questionar a legitimidade da institucionalização de um controle judicial da constitucionalidade de atos normativos, mas sim determinar os parâmetros em que os juízes incumbidos desta função devem atuar para que a prática se desenvolva sem que se corrompa pelo arbítrio da moralização das decisões judiciais, ou da invasão do espaço de decisão legítimo do poder legislativo.

Um dos autores cujas propostas teóricas se enquadram em tais intenções é Carlos Blanco de Moraes, que apresenta em seu *Curso de Direito Constitucional* um “modelo hermenêutico de pendor objetivista” para a interpretação da Constituição<sup>182</sup>.

Para Blanco de Moraes, a tarefa de interpretação do texto constitucional deve ser mantida o mais próximo possível da leitura tradicional das normas jurídicas ordinárias, uma vez que “o objeto da atividade interpretativa (...) é uma Lei”<sup>183</sup>. Apesar disso, as condições específicas daquele texto – nomeadamente, a sua maior abertura textual –, virão a exigir alguns métodos próprios para a atividade. É em razão dessa característica semântica do texto que ficará aberta a possibilidade para um maior “influxo axiológico no processo de descodificação de princípios constitucionais que incorporem valores morais ou políticos socialmente aceites”<sup>184</sup>.

Blanco de Moraes apresenta uma série de critérios metodológicos sucessivos pelos quais o intérprete deve passar com o objetivo de interpretar as normas constitucionais: uma primeira etapa de compreensão textual; a segunda, de adequação lógica e sistemática; a terceira, de caráter histórico<sup>185</sup>; e, por fim, a inclusão de elementos teleológicos e axiológicos<sup>186</sup>. Esses elementos metodológicos, como destaca o autor, não se afastam em demasia dos métodos da interpretação jurídica propostos por Savigny<sup>187</sup>, sendo que Moraes atribui a determinados cânones geralmente associadas à dogmática constitucional, como a “unidade constitucional”,

---

semelhantes levam ao desenvolvimento de teorias constitucionais diferentes em diferentes culturas jurídicas. Cf. CAMPBELL, Thomas. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. New York: Routledge, 2016, p. 70.

<sup>182</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 618.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 619-620. Cf. também *Ibidem*, p. 614.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 621.

<sup>185</sup> O critério de interpretação denominado “histórico”, apesar do nome empregado pelo autor, não implica em uma pretensão originalista do autor, mas sim na busca de uma compreensão mais integral da história daquela norma, que envolve, além das circunstâncias de elaboração da lei (*occasio legis*) e a intenção dos legisladores, também os precedentes interpretativos, e até a comparação com outros ordenamentos jurídicos. Cf. *Ibidem*, pp. 641-651.

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 630 e ss.

<sup>187</sup> Para Savigny, a interpretação da lei, compreendida como o processo de reconstrução do pensamento nela contido, é constituída por quatro elementos: gramatical, lógico, histórico e sistemático. Cf. SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I. Tradução de Guenoux, et al. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878, p. 149 e ss.

papeis secundários, atribuindo-lhes a função de orientar a integração e a correção do programa exegético jurídico tradicional<sup>188</sup>.

O momento final da interpretação constitucional, nos termos apresentados por Blanco de Moraes, é chamado de concretização. Nessa etapa, dá-se a densificação do sentido da norma constitucional (a partir dos critérios descritos anteriormente), a fim de determinar o seu programa normativo em relação ao caso concreto. Então, tal raciocínio levará à conclusão sobre um juízo de fiscalização da constitucionalidade suscitado em razão de determinado ato normativo do direito ordinário<sup>189</sup>.

A fidelidade de Moraes ao método “jurídico” de interpretação dos textos normativos faz lembrar o ceticismo de Virgílio Afonso da Silva a respeito do arrolamento de princípios e métodos de interpretação constitucional de discutível importância prática<sup>190</sup>. Para Silva, os princípios de interpretação constitucional geralmente mencionados neste contexto<sup>191</sup> (de que são exemplos a unidade da constituição, a ausência de hierarquia entre normas constitucionais, a concordância prática entre direitos fundamentais, a integração, a força normativa da constituição e a interpretação conforme a constituição) falham ora por não apresentar qualquer vantagem epistemológica em relação às lições tradicionais sobre a interpretação jurídica, ora por incorrer em incompatibilidade com alguns métodos pretensamente empregados na mesma prática.

É neste último sentido que Virgílio A. da Silva critica o sincretismo metodológico promovido pela conciliação acrítica de teorias incompatíveis, como a teoria estruturante de Friedrich Müller e as ideias de Robert Alexy sobre as colisões entre normas prescritoras de direitos fundamentais<sup>192</sup>.

Dito isso, mais interessante que a breve sintetização do método proposto e normatizado por Moraes é indicar de que forma a sua solução acomoda, a despeito de sua

---

<sup>188</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...*, Tomo II, vol. 2, p. 629.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>190</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, pp. 115-143, 2005, p. 121. Em sentido contrário, a ressaltar a importância deste catálogo, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223.

<sup>191</sup> “Geralmente” no que diz respeito à doutrina constitucional no Brasil, alvo da crítica de Virgílio Afonso da Silva no artigo em questão: “Por que esse rol de princípios, que tem um papel tão secundário em seu país de origem – se é que desempenha realmente algum papel -, faz tanto sucesso no Brasil? A mim me parece que se trata, no campo do direito constitucional, de uma busca por emancipação e de um certo anseio por modernidade, que conseguem ser satisfeitos quando reproduzimos – ainda que irrefletidamente – aquilo a que temos acesso, normalmente com mais de 20 anos de atraso”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional...*, p. 120.

<sup>192</sup> Explica o autor que a delimitação do escopo de aplicação de determinado dispositivo normativo, nos termos da teoria de Müller, não deixa espaço para a colisão exigida por uma teoria que descreve o sopesamento de diferentes normas no momento da aplicação. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional...*, pp. 137 e ss.

preocupação objetivista, a possibilidade de interpretação valorativa dos preceitos constitucionais e as soluções para a limitação desse espaço de discricionariedade.

Para Blanco de Morais, uma etapa que se mostra especialmente aberta à influência das perspectivas morais do intérprete é aquela em que a interpretação da regra ou do princípio constitucional é submetida a avaliações teleológica e axiológica<sup>193</sup>. No caso das regras constitucionais, é identificada uma maior importância do elemento teleológico<sup>194</sup>, enquanto o fator axiológico prepondera na interpretação dos princípios. A diferença de critérios deriva da maior indeterminação das normas principiológicas<sup>195</sup>.

Em ambas as hipóteses, é nítida a busca pela limitação da influência das pré-compreensões morais do julgador. Por isso, a etapa teleológica de interpretação “deve estar sempre dependente das etapas interpretativas que a antecedem”<sup>196</sup>, com papel corretivo, argumentativo e sintético das razões para a decisão obtidas pelos demais elementos de interpretação<sup>197</sup>. Por sua vez, o recurso à interpretação axiológica não deve acontecer enquanto a indeterminação semântica da norma não o exige<sup>198</sup>.

Além disso, Morais destaca o papel restritivo do texto constitucional: qualquer solução interpretativa que se desvencilha do texto formatado pelo legislador constituinte é inválida, independentemente de quaisquer “fórmulas pretensamente legitimadoras” utilizadas pelo intérprete<sup>199</sup>. A ideia, aqui, é a de que é frequentemente possível, com objetividade, definir a compatibilidade ou não de determinada leitura com a abrangência do texto constitucional. Em sentido semelhante, a ressaltar a importância dos limites textuais, afirmam Mendes *et al*: “normalmente, não parece tarefa impossível dizermos se determinada leitura é ou não compatível com o texto da Constituição”<sup>200</sup>.

Interessante notar, ainda, que Morais reconhece que o juiz constitucional, como sujeito “titular de um órgão público para cumprir uma função do Estado e nela para decidir situações problemáticas situadas num dado tempo”, estará sensível às transformações da realidade social que permeiam a sua prática de aplicação da constituição (lida sem sentido objetivo). Ainda que sem o prescrever expressamente – e a diferenciar tais momentos da pressão exercida estrategicamente por alguns grupos – Morais lembra que não há coincidência entre

---

<sup>193</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...*, Tomo II, vol. 2, p. 651.

<sup>194</sup> Elemento teleológico que é descrito como a busca pelo “fim qualificado, a justificação social, o alcance político e as consequências relevantes” da aplicação da norma constitucional. Cf. *Ibidem*, p. 652.

<sup>195</sup> *Ibidem*, 652.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 657.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 654.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 635.

<sup>200</sup> MENDES, Gilmar F. *et al. Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

decisões como *Brown v. Board of Education*, o abandono da jurisprudência da Corte Lochner e, no contexto português, a jurisprudência da crise, em que a jurisdição constitucional refletiu expectativas manifestadas politicamente pelo povo<sup>201</sup>.

Assim, a postura de Blanco de Moraes a respeito da moralidade pessoal do intérprete ante a abertura do texto constitucional busca, de certa forma, em termos de H. L. A. Hart, um equilíbrio entre os extremos da definição estanque dos termos empregados pelo texto constitucional e da abertura completa para a discricionariedade do julgador no momento da decisão<sup>202</sup>:

O intérprete, em casos duvidosos, deve, neste estágio final da interpretação, evitar tanto leituras cegas, automaticistas e puramente abstratas da Constituição que façam tábua rasa da especificidade da situação jurídica a solucionar, como, muito em particular, afastar a tentação de leituras tópicas que o levem a dobrar por completo a norma ao caso (tentação que deve ser evitada ao máximo quando se tratar de uma regra com elevado grau de decidibilidade). O “self restraint” não se resume a uma contenção autopoliciada, mas constitui uma verdadeira exigência imposta pela separação de poderes.<sup>203</sup>

Dito isso, não surpreende, dada a pretensão de objetividade expressa pelo autor, que a existência de uma série de conceitos abertos à avaliação moral do intérprete na Constituição seja encarada por Blanco de Moraes como motivo de lamento, uma vez que essa abertura a concepções axiológicas “negue a função estruturante da Constituição, como direito decidido”<sup>204</sup>. Entretanto, tal conclusão não reconhece que, como afirma Michel Troper, certas disposições constitucionais são vagas porque precisam ser gerais (e comuns a todos) e, além disso, que a própria natureza de um processo constituinte pluralista leva a tal resultado<sup>205</sup>. Nos termos apresentados no primeiro capítulo, não se reconhece a constituição de uma ordem política democrática que é propiciada pelo estabelecimento de conceito comuns fundamentais compartilhados por sujeitos que, a partilhar de diferentes percepções políticas, estão a se engajar na mesma prática política.

Outro ponto central de preocupação para a interpretação constitucional na visão objetivista é o respeito ao espaço de decisão do poder legislativo, ao qual a estrutura de um estado democrático atribui a função de produção normativa. Nesse sentido, à justiça

---

<sup>201</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...* Tomo II, vol. 2, pp. 660-661.

<sup>202</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 130.

<sup>203</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...* Tomo II, vol. 2, pp. 662.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 622.

<sup>205</sup> “Texts proclaiming fundamental rights are necessarily vague by reason of their generality, and also because they are the result of compromises realized within a constituent assembly, such that they reflect power relations as much as values”. Cf. TROPER, Michel. *The logic...*, p. 116.

constitucional não caberia o ofício de valoração política que subjaz à atividade do legislador democrático<sup>206</sup>. Como afirmou Karl Loewenstein, a tomada de decisões políticas que devem conformar o enfrentamento de diferentes interesses e ideologias em uma sociedade democrática tem como método principal a legislação, a “forma legal”, sobre o assunto<sup>207</sup>.

Quanto a este ponto, no âmbito brasileiro, Morais é acompanhado por Elival da Silva Ramos.

Em um estudo sobre o fenômeno do ativismo judicial (em específico, o ativismo atribuído ao Supremo Tribunal Federal brasileiro), Ramos apresenta posição próxima à de Blanco de Morais em seu intento de rejeitar o subjetivismo exacerbado que prevalece nas doutrinas jurídicas que denomina “moralistas”<sup>208</sup>. Assim, propõe parâmetros de interpretação constitucional que permaneçam adequados a um “positivismo renovado”, fiel aos ideais democráticos.

É importante considerar que o principal objetivo de Ramos, aqui, é contribuir para a dogmática constitucional brasileira com parâmetros para identificar a prática do “ativismo judicial”, definido em sua obra como a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”<sup>209</sup>. Tais parâmetros são definidos a partir da necessidade de respeito à tarefa do poder legislativo para o desdobramento de princípios constitucionais<sup>210</sup>, e de uma compreensão mais contida sobre a eficácia das normas constitucionais<sup>211</sup>.

Assim, o sentido do texto constitucional deve ser extraído pelo intérprete por um procedimento constituído por diferentes elementos – gramatical, lógico-sistemático, histórico e finalístico<sup>212</sup> – com uma pretensão de objetividade que é um pouco mais relativizada por Ramos do que por Blanco de Morais. No entender do professor brasileiro, as soluções que aparentam guardar um resultado interpretativo mais objetivo podem dar lugar àquelas que, diante das

---

<sup>206</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...*, Tomo II, vol. 2, p. 619.

<sup>207</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2. ed. Tradução de Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1973, p. 65

<sup>208</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>211</sup> Cita-se, por exemplo, a ideia de que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988, que ordena a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, deva ser compreendida como, apenas, um “princípio de interpretação”, segundo o qual tais normas devem aplicar-se com eficácia plena e imediata apenas quando (“sempre que”) possível. Cf. *Ibidem*, p. 187.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 171.

circunstâncias do caso *sub judice*, parecem mais justas<sup>213</sup>, nunca a extrapolar a delimitação do espaço de possibilidades interpretativas definido pelo texto<sup>214</sup>.

Para Ramos, a solução para as hipóteses de aplicação das normas constitucionais de texto aberto, suscetíveis a uma variação de sentidos<sup>215</sup>, é a discricionariedade do julgador. Entretanto, essa discricionariedade não deve seguir os critérios de conveniência e oportunidade, características das funções administrativa e legislativa. Deve permitir uma decisão de acordo com a perspectiva de justiça do julgador, com uma busca pela reflexão da “consciência jurídica geral”<sup>216</sup>.

Assim, a grande preocupação da postura objetivista pode ser identificada em uma passagem em que o autor adverte contra a proposição de métodos de interpretação constitucional que, tão contrários ao formalismo interpretativo de outrora, acabam por incorrer “no arbítrio interpretativo, ao sabor do torvelinho das soluções casuísticas ou das conveniências ideológicas”<sup>217</sup>.

### **2.1.1. H. L. A. Hart e a textura aberta do direito**

O esforço de racionalização do papel do juiz constitucional desempenhado por autores como Moraes e Ramos encontra um paralelo esclarecedor na filosofia do direito.

No Capítulo VII de *The Concept of Law*, H. L. A. Hart apresenta uma explicação para a indeterminação das proposições normativas do direito baseada na afirmação de que as regras jurídicas possuem uma “textura aberta”, isto é, uma permanente possibilidade de indeterminação quanto ao seu significado. Um dos exemplos clássicos utilizados pelo autor é o de uma regra que proíbe a entrada de veículos em um parque: ainda que, inicialmente, não pareça haver maiores problemas quanto à sua aplicação, dúvidas virão a surgir quando alguém pretende adentrar aquele parque com um objeto sobre o qual há dúvida se se trata de um veículo (por exemplo, quando uma criança deseja brincar ali com um carro de brinquedo motorizado)<sup>218</sup>.

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>215</sup> Que, junto da posição institucional dos tribunais de jurisdição constitucional, seria um “convite ao exercício da criatividade na aplicação das normas constitucionais”. *Ibidem*, p. 85.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>217</sup> RAMOS. Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 446.

<sup>218</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 129.

Segundo Hart, essa regra – como qualquer outra – possui um núcleo de situações de aplicação certa (“*if anything is a vehicle a motor-car is one*”<sup>219</sup>), e uma zona de penumbra, em que novos casos, não previstos no momento de sua criação, compartilham apenas parcialmente das características das situações do núcleo de certeza, a fazer surgir a necessidade de uma decisão quanto à sua aplicabilidade. A autoridade encarregada da decisão deve, então, escolher pela aplicação ou não da regra à criança com seu brinquedo motorizado, ou ao sujeito que pretende trafegar com uma bicicleta no parque, *etc.*<sup>220</sup>.

A “textura aberta” de uma regra jurídica está na perene possibilidade de que surja uma nova situação que desafia a certeza quanto à sua aplicabilidade<sup>221</sup>. Trata-se, segundo Hart, de uma característica de qualquer forma de utilização das linguagens naturais, da qual as regras – que, afinal, são (para Hart) a comunicação de padrões de comportamento por formas explícitas de linguagem<sup>222</sup> – jamais escapam: “*nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules*”<sup>223</sup>.

Aqui, faz sentido, para o desenvolvimento do argumento, que se demonstre que uma incerteza análoga à explicada por Hart pode surgir no caso da aplicação de um dispositivo constitucional.

O artigo 122º da Constituição da República Portuguesa determina que são detentores de capacidade eleitoral passiva para o posto de Presidente os “cidadãos eleitores, portugueses de origem, maiores de 35 anos”. Se as expressões “cidadão”, “eleitor” e “português de origem” exigem uma interpretação sistemática para que se determine quais são os requisitos que o ordenamento jurídico português impõe para que um sujeito se enquadre em tais categorias (e tais requisitos podem ser alterados – e, destarte, o sentido da norma constitucional também – com a alteração das previsões legais a seu respeito), diferente é a situação da previsão de que a pessoa seja “maior de 35 anos”. Enquanto estivermos no núcleo de certeza dessa previsão, será fácil saber quem é ou não elegível apenas pela demonstração de sua idade.

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>220</sup> *Ibidem*, pp. 126-27.

<sup>221</sup> A “textura aberta” como um conceito da filosofia da linguagem foi inicialmente desenvolvido por Friedrich Waismann, e é discutível que o sentido da expressão tenha sido modificado em seu emprego por Hart. Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. On the open texture of law. *Grazer Philosophische Studien*, Amsterdã, vol. 87, n. 1, pp. 197-215, 2013, pp. 200 e ss. A afirmar que Hart emprega a expressão de Waismann a modificar o seu uso original, Brian Bix: “*Hart was not concerned about creating, elaborating, or defending a particular general philosophy of language. His concern was (...) with the way that rules are applied and the way they should be applied*”, cf. BIX, Brian. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 1, pp. 51-72, 1991, p. 66.

<sup>222</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 125.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 123.

Mas também nessa hipótese a certeza quanto à regra pode dar lugar à incerteza em determinadas condições. Suponha-se que surja na sociedade portuguesa uma carismática líder de algum dos setores políticos que consiga agregar em torno de si um grande apoio para a sua candidatura à Presidência da República. Ocorre, entretanto, que a jovem candidata não possui, ainda, os 35 anos completos: a data de seu aniversário, quando finalmente terá a idade exigida, se dá após a data do pleito eleitoral, mas antes do dia em que cessa o mandato do atual Presidente<sup>224</sup>.

As novas circunstâncias, nesse caso, exigirão, nos termos propostos por Hart, uma nova decisão: uma escolha<sup>225</sup> da autoridade apta a decidir a questão entre incluir, ou não, a nova situação entre aquelas abrangidas pela expressão do texto constitucional. Se o exemplo for coerente, percebe-se que, em terreno constitucional, mesmo a aplicação de uma regra sobre a idade do presidente pode levar aqueles responsáveis pela adjudicação das decisões políticas ao espaço da discricionariedade hartiana.

É evidente, entretanto, que há um grande número de disposições constitucionais cuja interpretação é, de pronto, mais polêmica do que o problema envolvendo a locução adjetiva “maiores de 35 anos”. Assim, as particularidades da teoria do direito de Hart, dado o contexto em que optamos por abordá-la, exigem algumas considerações.

Isso porque, como notoriamente registraram as críticas de Ronald Dworkin<sup>226</sup>, a obra de Hart faz constante menção a “regras jurídicas” – e o seu estudo, aqui, pode sugerir uma postura excessivamente míope a todo o desenvolvimento teórico, nas últimas décadas, a respeito de regras e princípios na teoria constitucional e dos direitos fundamentais (disposições normativas às quais é atribuído, às vezes, um “caráter duplo”<sup>227</sup>).

Não obstante, cabe destacar que, no posfácio que acompanha a 2ª edição de *The Concept of Law* (um posfácio inacabado e publicado postumamente, diga-se), em seção

---

<sup>224</sup> O exemplo que aparece como um exercício de interpretação constitucional pode ser alterado para um exemplo de fiscalização da constitucionalidade se supuséssemos que os partidários da pretensa candidata propusessem uma alteração do artigo 4º do Decreto-Lei nº 319-A/76 (que reproduz o teor do artigo 122º da CRP) para expressamente autorizar aqueles que completam 35 anos antes da data de uma virtual posse como Presidente a concorrer no pleito eleitoral.

<sup>225</sup> “(...) *even though it may not be arbitrary or irrational it is in effect a choice*”, cf. HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 127.

<sup>226</sup> “(...) *when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules*”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 22.

<sup>227</sup> Segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, tais normas operam, por um lado, como regras (a satisfação de suas condições implica na sua aplicação sem sopesamento), e, por outro, como princípios (a cláusula de restrição que compõe a estrutura da norma faz referência a princípios que devem ser sopesados). ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 143.

dedicada às críticas de Dworkin, o autor viria a afirmar que, ao contrário daquilo que aquele alegara, o seu emprego do termo “regra” não propunha que o direito se limitava a um conjunto de regras em sentido estrito, aplicáveis na forma de “tudo-ou-nada”. Hart passa, então, a reconhecer expressamente a existência de princípios jurídicos, embora defenda uma concepção segundo a qual a distinção entre princípios e regras opera em termos de grau de certeza de sua aplicabilidade<sup>228</sup>, e não conforme a distinção lógica defendida por Dworkin<sup>229 230</sup>.

Com isso, ao menos nessa dimensão, não parece haver óbice à aplicação da teoria de Hart no contexto da discussão a respeito da justiça constitucional, quando os textos constitucionais estão repletos de normas de variadas estruturas e aberturas semânticas, a exemplo da portuguesa e da brasileira. Se as regras jurídicas eram discutidas por Hart na medida em que tornavam possível a comunicação de padrões, as normas constitucionais, no sentido empregado aqui, estipulam as condições de juridicidade dos atos normativos que virão a ser produzidos pelas instituições e procedimentos políticos constituídos<sup>231</sup>.

Agora, para prosseguir, é preciso retomar um ponto anterior. Embora Hart tenha indicado que as regras jurídicas podem se tornar incertas por uma característica própria do uso da linguagem (afinal, o uso de termos gerais está sempre suscetível à incerteza quanto a algumas situações limites<sup>232</sup>), o autor indica que há uma solução – ainda que indesejável – que permite garantir a certeza quanto ao significado regras jurídicas<sup>233</sup>.

A essa solução, Hart dá o nome de formalismo: uma atitude que preza por minimizar ao máximo a necessidade de novas decisões no momento da aplicação da regra. Para um sistema formalista, o significado de um texto legislativo fica definitivamente fixado no momento de sua elaboração, a impedir quaisquer considerações sobre circunstâncias específicas

---

<sup>228</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, pp. 262-63.

<sup>229</sup> De forma bastante breve, para Dworkin, regras e princípios são normas jurídicas (também) distinguíveis logicamente pelo seu modo de aplicação: regras são aplicáveis em um modelo de “tudo-ou-nada”, isto é, satisfeitas as condições fáticas de sua aplicação, hão de seguir as consequências que prevê; já os princípios podem coexistir em conflito, a sugerir distintas soluções para uma mesma situação, de acordo com o peso que possuem dadas as condições fáticas em questão. Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, pp. 24 e ss.

<sup>230</sup> Não interessa, aqui, um maior desenvolvimento acerca das consequências das observações sobre os princípios jurídicos constantes do posfácio a *The Concept of Law* para a consistência da teoria juspositivista. Para uma síntese e crítica dos diferentes pontos de vista a esse respeito, cf. SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para os perplexos. Tradução de Caroline Maciel *et al.* In *Interpretando o Império do Direito*, org. André Coelho, Saulo de Matos, Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, pp. 254-89. Cf. também a abordagem apresentada em LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deonticas: a previsão indutiva, o déficit informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Teoria do Direito*, vol. 1. Lisboa: AAFDL, pp. 163-206, 2018, p. 165: “se alguns princípios são uma *indução* das regras, as regras podem ser configuradas como *deduções* de princípios”.

<sup>231</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização...*, p. 41.

<sup>232</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 126.

<sup>233</sup> “While Hart at times seemed to argue that something about language makes it inevitable that judges will have discretion, he seemed at other times to concede that judges could interpret rules in such a way that they would not have discretion”, Cf. BIX, Brian. Hart..., p. 67.

de casos novos que pudessem surgir. O significado da regra deve ser sempre o do momento em que foi criada, sem deixar para uma posterior resolução circunstâncias que só surgirão na prática<sup>234</sup>. Como explica Frederick Schauer, no caso da regra que proíbe o tráfego de veículos em um parque, “*the rule could have carefully defined ‘vehicle’ in all then-known directions, and could also have said that anything not a vehicle according to that definition would not be covered by the rule*”<sup>235</sup>.

De acordo com a postura formalista, a regra deve ser, para utilizar uma expressão clássica, cega e clarividente<sup>236</sup>: decisões que só poderiam ser tomadas de forma razoável quando determinada situação surgisse já são tomadas desde o momento inicial, a ignorar as particularidades e consequências que essa decisão terá para novos casos. A consequência, descrita por Hart, é que casos indesejáveis estarão incluídos na abrangência da regra, ainda que a sua textura aberta houvesse permitido, outrora, a sua exclusão, quando as circunstâncias de um caso concreto estivessem demasiadamente em conflito com as razões pelas quais a regra foi instituída. Na síntese de Hart, “*the rigidity of our classifications will thus war with our aims in having or maintaining the rule*”<sup>237</sup>.

A compreensão das regras que se situa no extremo oposto ao formalismo é chamada por Hart de ceticismo<sup>238</sup>. O cético é caracterizado pela convicção de que cada novo caso exige uma nova decisão (“*a fresh judgment*”) sobre a aplicabilidade ou não das regras jurídicas que, ao menos *a priori*, abrangem aquela hipótese<sup>239</sup>. O direito se identificaria, de acordo com essa convicção, com as decisões judiciais, cabendo às regras jurídicas apenas o papel de oferecer uma previsão do resultado desses julgamentos<sup>240</sup>.

Hart explica que essa disputa entre formalistas e céticos remete à necessidade de satisfação de dois diferentes objetivos sociais considerados quando da implementação de regras: a) previsibilidade, *i.e.*, a possibilidade de aplicação de regras a situações concretas com um grau satisfatório de previsibilidade; b) a adequação, *i.e.*, a necessidade de alguma abertura

---

<sup>234</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, pp. 129-30.

<sup>235</sup> SCHAUER, Frederick. *On the open...*, p. 204.

<sup>236</sup> É de se destacar que a expressão é empregada por Montesquieu justamente para tratar do problema da lei que se revela excessivamente rigorosa quando de sua aplicação em determinados casos. Cf. MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

<sup>237</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, pp. 129-30.

<sup>238</sup> Trata-se, aqui, de uma crítica de Hart ao chamado “realismo jurídico”. Ainda que a discussão não esteja dentro da delimitação dos objetivos desse trabalho, vale registrar a observação de Neil MacCormick: “*quizá el defecto más grave de El concepto de derecho es lo mucho que Hart contribuyó con él a perpetrar un retrato caricaturesco de las enseñanzas y preocupaciones de los autores realistas*”. Cf. MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 233.

<sup>239</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 135.

<sup>240</sup> *Ibidem...*, p. 136.

para a solução razoável de determinadas situações apenas quando estas surjam e a decisão se torne necessária<sup>241</sup>.

A solução de H. L. A. Hart – uma via média entre o formalismo e o ceticismo – é a possibilidade de que o juiz exerça um grau de discricionariedade na aplicação do direito quando de frente com uma hipótese de incerteza. Se as regras já definidas não fornecem uma única resposta adequada, caberá ao juiz decidir, escolhendo a melhor opção diante das razões conflitantes para a solução daquele caso<sup>242</sup>.

Hart indica, ainda, que o raciocínio para a tomada de decisão nessas hipóteses deve envolver uma avaliação sobre a semelhança entre a nova situação e aquelas que, aceita-se, compõem a zona de certeza de aplicação da regra, raciocínio que pode exigir a avaliação dos objetivos para os quais a regra foi elaborada ou que a ela podem ser atribuídos<sup>243</sup>.

Segundo Neil MacCormick, a teoria de Hart sobre a função judicial e a aplicação de regras indica a existência de algo diferente de uma distinção rígida entre zona de certeza e zona de penumbra, definidas meramente por conta da dúvida acerca do significado (ou da abrangência) de formulações linguísticas<sup>244</sup>. Aquilo que Hart oferece, na realidade, é uma ferramenta para o desempenho da função judicial, na medida em que será o próprio juiz quem definirá a extensão da zona de certeza, que abrange hipóteses aptas à decisão a partir de um raciocínio silogístico de aplicação da regra<sup>245</sup>, e da zona de penumbra, em que exercerá uma maior carga de inovação. O limite será definido de acordo com razões do próprio julgador<sup>246</sup>.

A partir da observação de MacCormick, tem-se que, em Hart, o próprio juiz define a extensão da zona de penumbra, e, conseqüentemente, das hipóteses sobre as quais há incerteza quanto à aplicação de uma regra jurídica. No limite, é o próprio juiz quem define se um caso será, ou não, um *hard case*.

Afinal, um caso pode ser considerado difícil mesmo quando não houver dúvidas quanto à sua adequação à expressão semântica da regra, mas existir uma considerável dúvida

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>244</sup> Nesse sentido, em um escrito posterior, Hart viria a reconhecer a dimensão valorativa das zonas de certeza e penumbra: “*The methods of linguistic philosophy which are neutral between moral and political principles (...) are not suitable for resolving or clarifying those controversies which arise, as many of the central problems of legal philosophy do, from the divergence between partly overlapping concepts reflecting a divergence of basic point of view or values or background theory, or which arise from conflict or incompleteness of legal rules*”. Cf. HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 6.

<sup>245</sup> Para uma defesa de MacCormick sobre a possibilidade da decisão silogística a partir da teoria do direito de Hart, cf. MACCORMICK, Neil. *Legal...*, pp. 19-52.

<sup>246</sup> MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart...*, p. 237.

do juiz sobre a razoabilidade de sua aplicação à hipótese concreta. E essa dúvida poderá implicar em uma decisão sobre a sua aplicabilidade<sup>247</sup>.

Para Fernando Atria, aquilo que surge é a necessidade de uma avaliação da regra, pelo juiz, a partir de critérios de previsibilidade (conferida por uma norma) e adequação ao caso concreto, o que se dará por meio de uma decisão de caráter avaliativo (*evaluative*): “*the second explanation of open texture contained in The Concept of Law is thus based on the idea of an evaluative, not a semantic, notion of the clear/hard cases divide*”<sup>248</sup>.

O que isso quer dizer é que caberá ao juiz, no momento da adjudicação, definir se o resultado da aplicação de uma regra (resultado que pode ser conhecido, uma vez que o problema não diz respeito ao significado de alguma expressão verbal) é apropriado, caso em que haverá um caso comum (do “núcleo de certeza”); ou inapropriado em sentido relevante o suficiente para contrariar o objetivo social de “previsibilidade” das disposições normativas gerais<sup>249</sup>. A constatar-se a segunda hipótese, a solução deve ser aquela que Hart encontrou para o juiz que tem de julgar um caso para o qual o direito não oferece resposta adequada: a discricionariedade, consistente em uma escolha entre as hipóteses cabíveis.

Mas se a leitura realizada pelos autores estiver correta, e a adjudicação sempre passar por essas etapas, um problema se torna evidente. Afinal, neste caso, Hart atribuiu ao juiz a decisão sobre a possibilidade de que ele mesmo decida de forma discricionária: i) decide-se se o caso é ou não difícil, de acordo com a avaliação do próprio julgador<sup>250</sup>; ii) a decidir-se que

---

<sup>247</sup> A questão colocada remete à derrotabilidade das regras jurídicas, possibilidade que surge da questão de quão grande deve ser a impropriedade da aplicação de uma regra a um caso específico para que se afaste a sua aplicação, ancorada na previsibilidade da aplicação certa da norma. Fernando Atria defende que aquilo que caracteriza a especificidade da função judicial é, justamente, a possibilidade de corrigir um defeito de impropriedade na aplicação de uma regra geral por meio de sua derrota. Cf. ATRIA, Fernando. Legal reasoning and legal theory revisited. *Law and Philosophy*, Dordrecht, n. 18, pp. 537-577, 1999 p. 544; também, ATRIA, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 5, pp. 119-141, 2004, p. 139. Para uma abordagem da posição de Atria, cf. 3, *infra*. Em sentido contrário, tem-se a percepção de Frederick Schauer, para quem a derrotabilidade não é uma característica lógica ou conceitual de regras jurídicas. Na realidade, trata-se de uma escolha institucional de determinados sistemas jurídicos, que optarão ou não pela sua inclusão no funcionamento de seus tribunais. Cf. SCHAUER, Frederick. On the open..., pp. 214-215. Por fim, vale destacar que a relação próxima entre a discussão acerca da derrotabilidade das regras e o ceticismo também foi apontada, ainda que não em relação à teoria de Hart, por Gonçalo de Almeida Ribeiro: “*A rule that can be so defeated is really but a generalization of past decisions or an anticipation of future decisions. It is descriptive of judgements instead of a norm of judgement (...)*”. Cf. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Between Legality and Anarchy: A Comment on Larry Alexander’s Essay on Law and Politics. *E-Pública*, Lisboa, vol. 5, n. 3, pp. 13-21, 2018, p. 18, nota nº 15.

<sup>248</sup> ATRIA, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 92.

<sup>249</sup> ATRIA, Fernando. Legal reasoning and..., p. 544.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 546.

o caso está na zona de penumbra, resta ao juiz exercer uma escolha (discricionária) sobre a solução que entende mais cabível para o caso que lhe foi apresentado<sup>251</sup>.

Para Atria, essa característica leva a uma inconsistência entre a explicação de Hart sobre o raciocínio jurídico e uma de suas teses centrais sobre a natureza do direito, qual seja, a tese da separabilidade entre o direito e a moral<sup>252</sup> (“*it does not follow (...) that the criteria of legal validity of particular laws used in a legal system must include, tacitly if not explicitly, a reference to morality or justice*”<sup>253</sup>). Afinal, no momento de aplicação do direito, o fato de que (o juiz entende que) ele deve ser diferente o tornará diferente<sup>254</sup>.

Aqui, entretanto, não é necessário discutir esse aspecto das críticas de Atria ao positivismo hartiano. Importa notar de que forma a pretensão de Hart em trilhar um caminho entre o formalismo e o ceticismo, a buscar a conciliação entre as necessidades de previsibilidade das regras jurídicas e de sua adequação aos casos concretos, parece não chegar a uma conclusão segura sobre a posição do juiz.

Nesse sentido, lembre-se que, para Hart, o cético era justamente aquele que não acreditava na possibilidade de que regras jurídicas fossem aplicadas sem um julgamento novo (*fresh judgment*) sobre a sua aplicabilidade a determinada situação. Mas se o juiz, ao aplicar uma regra jurídica a determinado caso, deve sempre avaliar se a solução que aquela regra apresenta cumpre um equilíbrio adequado entre os objetivos sociais de que Hart falava (a necessidade de uma solução “pronta” e de tomar novas decisões em determinados casos), Hart passa a fazer parte dos mesmos “céticos” que criticara por acreditarem na exigência de uma nova decisão a cada situação de aplicação de uma regra<sup>255</sup>.

Com isso, a conclusão a que se chega é a de que H. L. A. Hart falha em sua tentativa de apresentar um modelo de adjudicação que vá por uma via média, a escapar dos problemas de um formalismo cego às necessidades de razoabilidade de aplicação das normas jurídicas, e também do ceticismo que atribui às regras o desvalorizado papel de mera previsão das decisões judiciais.

---

<sup>251</sup> Ou, nas palavras de Atria, “*what the law is for the case depends upon what the law (i.e. the balance between predictability and appropriateness) ought to be for the case. When the (prima facie) law ought to be different, it is different. lex iniusta non est lex!*”. Cf. *Ibidem*, p. 545.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 542.

<sup>253</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 185.

<sup>254</sup> ATRIA, Fernando. *Legal reasoning and...*, p. 547.

<sup>255</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 108.

### 2.1.2. O juiz constitucional objetivista como cético

De acordo com o que foi exposto anteriormente, o modelo do juiz constitucional objetivista está pautado, sobretudo, em duas ideias principais: a) uma contenção da moralização das decisões no âmbito da justiça constitucional, que nunca devem extrapolar o texto constitucional; b) o respeito à autonomia de decisão do poder legislativo.

Ocorre que no funcionamento de um tribunal competente para a revisão constitucional de atos normativos, a busca por um modelo de juiz constitucional adequado às expectativas objetivistas padece de problemas semelhantes àqueles identificados a partir da teoria de H. L. A. Hart.

Primeiro, há que se destacar que a elaboração de um rol de métodos e princípios para a interpretação do texto constitucional dificilmente seria uma solução definitiva para determinar a forma de raciocínio do juiz constitucional. O estabelecimento de cânones interpretativos possibilita, como também explicara Hart, a redução, mas não a eliminação, das incertezas sobre o direito<sup>256</sup>. Se o problema está justamente na interpretação e na aplicação de regras a um caso concreto, o mesmo problema surgiria na elaboração de padrões para a interpretação constitucional.

Por isso, a solução encontrada por teóricos como Blanco de Moraes e Elival Ramos parece ser o estabelecimento de um caminho intermediário: não se defende o textualismo rígido na interpretação constitucional, desvinculado da realidade prática dos casos que surgem para a tutela do tribunal, e tampouco um originalismo interpretativo. Ao mesmo tempo, é rechaçada a moralização do raciocínio jurídico-constitucional e a subversão de dispositivos constitucionais na busca da melhor solução para um caso concreto. A tentação de fazê-lo, afirma Blanco, deve ser especialmente evitada quando da aplicação de normas acentuadamente abertas<sup>257</sup>.

Em linhas gerais, é possível afirmar que a expectativa é a de que o julgador seja capaz de definir de forma neutra aquilo que a constituição prevê sobre determinada matéria, a buscar uma solução não em suas próprias preferências, mas de forma externa a elas<sup>258</sup>. A solução para um julgamento de revisão constitucional deveria, então, poder ser tratado como

---

<sup>256</sup> “Canons of ‘interpretation’ cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules for the use of language, and make use of general terms which themselves require interpretation. They cannot, any more than other rules, provide for their own interpretation”. Cf. HART, H. L. A. *The Concept...*, p. 126.

<sup>257</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...*, Tomo II, vol. 2, p. 662.

<sup>258</sup> Para uma discussão sobre a “neutralidade”, nesses termos, cf. SCHAUER, Frederick. Neutrality and judicial review, in *Law and Philosophy*, vol. 22, n. 3/4, pp. 217-240, 2003, p. 226.

uma questão de fato: qual resposta o texto constitucional oferece, dentre suas possibilidades semânticas, sobre a admissibilidade de determinado ato normativo? Uma resposta que viesse de convicções pessoais do julgador, e não do próprio parâmetro constitucional de fiscalização seria, assim, ilegítima.

Mas a solução, que parece até então bastante razoável, apresentará dificuldades em razão do texto das constituições a partir das quais se desenvolve a jurisdição constitucional, cujas normas – sobretudo no tocante às previsões de direitos fundamentais – costumam exibir não apenas um caráter bastante mais indeterminado que, por exemplo, a proibição da entrada de veículos em um parque ou a idade mínima de candidata à presidência da república, mas expressam apelos às convicções morais e políticas dos julgadores para o preenchimento de seu conteúdo.

Um exemplo claro é aquele apresentado no início do primeiro capítulo: o Acórdão nº 187/2013, em que o Tribunal Constitucional português promoveu um julgamento de inconstitucionalidade de algumas medidas restritivas das remunerações e benefícios de trabalhadores do setor público, tendo como parâmetro para a aferição da constitucionalidade do novo dispositivo o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, desenvolvido em fórmulas de interpretação e aplicação previamente elaboradas pelo Tribunal.

Mas que tipo de expectativa de objetividade será possível manter diante da necessidade de interpretação de uma norma desta natureza? A abertura textual de um princípio constitucional, diz Blanco, legitima que o raciocínio jurídico-constitucional do julgador sofra influência de alguma carga de axiológica<sup>259</sup>. De forma semelhante, para Ramos, cabe ao julgador optar discricionariamente pela solução interpretativa que entende mais justa, quando da existência de uma pluralidade de opções harmônicas com o texto constitucional<sup>260</sup>. Aquilo que, para ambos, não pode ser deixado de lado, é um respeito ao texto constitucional e ao espaço de autonomia decisória do legislador.

Entretanto, é difícil encontrar limites textuais relevantes, por exemplo, na previsão constitucional sobre a igualdade<sup>261</sup>, aberta à concretização em diferentes sentidos (inclusive

---

<sup>259</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso...*, Tomo II, vol. 2, p. 652.

<sup>260</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo...*, p. 173.

<sup>261</sup> Artigo 13º da CRP: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução situação económica, condição social ou orientação sexual.”

conflitantes<sup>262</sup>) – problema que é reproduzido quando se pensa na aplicação de uma série de previsões a respeito de direitos fundamentais, como o direito à liberdade (artigo 27º, 1, da CRP), as possibilidades legais de limitação ao sigilo de correspondência (artigo 34º, 4, da CRP), os limites da liberdade de expressão (art. 37º) *etc.*

Mas se o espaço para a discricionariedade do juiz constitucional está justamente na existência de uma pluralidade de diferentes conclusões possíveis de adjudicação, os julgamentos de controle judicial da constitucionalidade que envolvam disposições sobre direitos fundamentais reproduzirão de forma acentuada o problema identificado por Fernando Atria na discussão de Hart sobre a textura aberta do direito e o espaço para a discricionariedade do juiz.

Se o juiz hartiano se tornava um cético a partir do momento em que tinha de exercer um novo julgamento sobre a adequação de qualquer regra no momento de sua aplicação, o juiz constitucional objetivista passará pela mesma conversão ao ter de determinar o conteúdo de uma disposição constitucional para averiguar se um ato normativo está de acordo com ela.

Afinal, a disposição constitucional não exibirá uma resposta imediata para muitos dos casos em que seja invocada, de forma que seu conteúdo deverá ser preenchido pela própria compreensão do juiz sobre o dispositivo. Não há resposta pronta (encontrável objetivamente no texto constitucional) sobre a dimensão dos direitos à igualdade, à liberdade, à liberdade de expressão. E essa etapa, por si, determinará se cabe ou não aquiescer à liberdade de decisão do legislador, uma vez que está justamente na possibilidade de que opere de forma contramajoritária uma das razões de ser da justiça constitucional.

Mas se o juiz objetivista preenche com discricionariedade o conteúdo de dispositivos constitucionais necessários para determinado julgamento, e este resultado determina, já, se caberá ou não o respeito à decisão tomada previamente pelo legislador na edição de um ato normativo, há uma mudança na posição do juiz. Aquele que era (ou pretendia ser) um objetivista não pôde escapar do ceticismo e da posição realista sobre a adjudicação constitucional, para quem a constituição não é mais do aquilo que o tribunal diz que ela é<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> Se é de pronto evidente que uma eventual instituição de medidas segregacionistas de acesso a serviços públicos por critérios étnico-raciais violaria o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da CRP, mais incerta é a sua aplicação para o julgamento da validade constitucional da restrição de pensões, como na hipótese discutida no Acórdão nº 187/2013, ou na discussão da viabilidade de quotas étnico-raciais para o acesso ao ensino público superior, por exemplo. No Brasil, a adoção de quotas raciais para o acesso ao ensino superior teve a sua constitucionalidade questionada, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a validade constitucional dessas espécies de ações afirmativas. Nesse sentido, cf. a decisão do STF brasileiro na ADPF nº 186/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 25 abr. 2012. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>263</sup> Eric Segall defende que a melhor teoria descritiva (embora rejeite-a em termos normativos) sobre a postura da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é um realismo constitucional que, em termos gerais, reconhece

Nos termos da conhecida conclusão de Ronald Dworkin, que serve de epígrafe para este capítulo: *“the flight from substance must end in substance”*<sup>264</sup>.

Mas talvez essa conclusão seja precipitada. Não se pode esquecer que um dos principais pontos de convergência entre os pensamentos de autores como Blanco de Moraes e Elival da Silva Ramos está na possibilidade de que a moralidade seja uma mera influência, e não um fator suficiente e determinante, para o raciocínio de decisão do juiz constitucional. Não por acaso, há tanta confiança na possibilidade de que um tribunal constitucional seja um espaço de decisões racionais, distante da vulgarização do discurso político<sup>265 266</sup>.

Mas se o argumento aqui apresentado estiver correto, não há como escapar da escolha discricionária do juiz constitucional. Algumas decisões poderão ser mais surpreendentes e voltadas à promoção de transformações sociais de forma mais transparentes – e, com isso, receberão facilmente o rótulo de “ativistas”. Mas a questão, aqui, é a impossibilidade de que as respostas de um julgamento sejam encontradas de forma objetiva pelo juiz no texto constitucional, problema que não abarcará apenas os juízes ativistas.

Na crítica ao pensamento de Hart, o que se buscou evidenciar é que uma interpretação da função judicial que busca separar a tarefa da adjudicação entre a aplicação de normas em uma zona de certeza e uma zona de penumbra acabará por deixar a possibilidade de que o próprio juiz escolha se a decisão que lhe cabe proferir exige, ou não, o exercício de discricionariiedade. E essa circunstância nunca é mais evidente do que na necessidade de que um juiz constitucional exerça um juízo de fiscalização da constitucionalidade.

Afinal, nessas hipóteses, fica bastante claro que a zona de penumbra está onde o juiz quer que ela esteja. A ausência de conteúdo normativo imediato de uma série de disposições constitucionais e o seu apelo a princípios de moralidade e justiça<sup>267</sup>, – interpretadas pela

---

que: a) o texto constitucional, por mais que forneça diretivas gerais ao intérprete a respeito de, por exemplo, compromissos com a liberdade de expressão, não é suficiente para resolver casos concretos; b) que haja dispositivos da Constituição cujo texto permanece não contestado não decorre da fidelidade de juízes ao texto, mas antes do fato de ainda não terem sido questionados por advogados criativos o suficiente em nome de sujeitos interessados na contestação de determinada disposição; c) que em litígios constitucionais, a Constituição significa aquilo que os juízes decidem, e o texto não importa. Cf. SEGALL, Eric J. *The Constitution means what the Supreme Court says it means. Harvard Law Review Forum*, Cambridge, vol. 129, pp. 176-188, 2016.

<sup>264</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 69.

<sup>265</sup> Cf. o capítulo 1, *supra*. Lembre-se da afirmação de Böckenförde, *“the expectation that a decision will be independent and made solely on the basis of legal reason instead of hidden political considerations is traditionally greatest with a court”*, cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Constitutional Jurisdiction...*, p. 189.

<sup>266</sup> A posição a que se alinha esse trabalho será bastante diferente. Acompanha-se, por exemplo, Steven D. Smith: *“the point I want to make is that this discursive situation works to transform decisions that attempt to ground themselves and to present themselves as the product of ‘reason’ into something like the opposite of ‘reason.’”*, cf. *Judicial Activism...*, pp. 25 e ss.

<sup>267</sup> Cf. 1, *supra*.

perspectiva ativista como uma acentuada abertura semântica – fazem com que qualquer decisão proferida seja discricionária.

Aceitar que o legislador tenha decidido de forma correta o preenchimento do conteúdo de determinados preceitos constitucionais é uma escolha que, em si, já depende do sentido (discricionário) que o intérprete atribui à disposição constitucional que funciona como parâmetro para a decisão. Da mesma forma, um juízo de inconstitucionalidade da opção legislativa pode derivar da conclusão de que este violou o conteúdo constitucional em sua zona de certeza ou de penumbra (com uma conclusão que aparentará ser mais ou menos criativa sobre o conteúdo da norma constitucional), mas tudo dependerá do sentido encontrado pelo julgador nos preceitos constitucionais. Quanto mais se busca a objetividade, mais evidente a discricionariedade que predomina no exercício da jurisdição constitucional. Tal situação estará ainda mais acentuada quando são levadas ao juízo de um tribunal constitucional questões morais e políticas especialmente controversas, sobre as quais aparece nitidamente a ausência de sentidos partilhados em nossas sociedades pluralistas<sup>268</sup>.

Considere-se o Acórdão n° 617/2006 do Tribunal Constitucional português<sup>269</sup>. Trata-se de decisão em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade de um referendo proposto pela Resolução da Assembleia da República n° 54-A/2006<sup>270</sup>, que tinha como objeto a indagação à população portuguesa sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez até a 10ª semana de gestação<sup>271</sup>. Ao encarar a questão da constitucionalidade material de um eventual resultado afirmativo à pergunta formulada no referendo, que levaria à despenalização do aborto em um período determinado da gestação (o que veio a acontecer), o Tribunal se viu obrigado a definir se tal solução seria uma violação ao artigo 24º, n° 1, da Constituição da República Portuguesa, que prevê a inviolabilidade da vida humana.

---

<sup>268</sup> Essa ausência de sentidos partilhados caracteriza aquilo que Luís Pereira Coutinho chama de “pluralismo constitucional”. Cf. COUTINHO, Luís Pereira. *O facto...*, p. 76.

<sup>269</sup> Acórdão n° 617/2006 do Tribunal Constitucional português. Diário da República n° 223/2006, de 20 nov. 2006, pp. 7970-(2) – 7970-(29). Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/379696/details/maximized>>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>270</sup> Prevê o artigo 115º, n° 8, da Constituição da República Portuguesa, regulamentado pelos artigos 26º e ss. da Lei n° 15-A/98, a obrigatoriedade de que o Presidente da República submeta à fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade das propostas de referendo remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.

<sup>271</sup> Decisões a respeito mesma matéria já haviam sido proferidas pelo Tribunal Constitucional nas seguintes decisões: Acórdão n° 25/84. Diário da República n. 80/19841, 04 abr. 1984. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/751774/details/maximized>>, acesso em 18 ago. 2020; Acórdão n. 85/85. Diário da República n. 143/1985, 25 jun. 1985. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/704747/details/maximized>>, acesso em 18 ago. 2020; e Acórdão n. 288/98. Diário da República n. 91/1998, 18 abr. 1998, pp. 1714-(2) – 1714-(35). Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>, acesso em 18 ago. 2020.

Naquele julgamento, a maioria dos conselheiros do Tribunal decidiu que não haveria qualquer inconstitucionalidade na eventual despenalização, uma vez que a disposição constitucional em questão não obrigava a existência de uma proteção jurídica igual àquela conferida à pessoa após o nascimento<sup>272</sup>. Além disso, julgou-se viável uma harmonização de valores que privilegia o livre desenvolvimento da personalidade da mulher, e não a proteção da vida humana intrauterina, dentro de um prazo determinado a partir do início da gestação<sup>273</sup>.

Mas houve, também, seis conselheiros que divergiram da conclusão da maioria do Tribunal e que, em suas declarações de voto, se manifestaram pela inconstitucionalidade da solução despenalizadora apresentada pelo referendo.

O Conselheiro Rui Manuel Moura Ramos, por exemplo, asseverou que possibilitar a interrupção voluntária da gravidez, com o sacrifício de um bem jurídico constitucionalmente protegido, ainda que em prazo definido, por escolha da mãe, promoveria uma ofensa insuportável ao direito constitucional à vida<sup>274</sup>. Também a declarar voto pela inconstitucionalidade do referendo em sentido semelhante, o Conselheiro Paulo Mota Pinto afirmou que permitir a interrupção voluntária da gravidez apenas pela vontade de mãe, desvinculada de um motivo constitucionalmente relevante para fazê-lo (acompanhado de um controle externo sobre a viabilidade deste motivo), com base em uma compreensão do direito ao “livre desenvolvimento da personalidade”, implicaria em uma violação ilegítima, porque insuficiente, à proteção da vida do feto e sua garantia constitucional.

O que as declarações de voto ilustram é que a compreensão de uma fórmula constitucional como a do artigo 24º, nº 1, da CRP – “a vida humana é inviolável” – leva a conclusões que não podem ser extraídas de forma meramente objetiva, como uma questão de fato sobre aquilo que a constituição ordena ou deixa de ordenar. Trata-se de hipótese em que não parece haver solução que não seja determinada por convicções subjetivas do julgador.

Sob a perspectiva da deferência às decisões democráticas, as declarações de voto dos conselheiros em questão parecem extremamente ativistas, na medida em que declararam a intenção de impedir que o povo pudesse decidir diretamente, via referendo, sobre a necessidade de criminalização do aborto. Mas aquilo que não pode ser deixado fora de evidência é que essa mesma conclusão (sobre o ativismo dos conselheiros) depende de uma compreensão sobre a

---

<sup>272</sup> Cf. Acórdão nº 617/2006..., item 29.

<sup>273</sup> Cf. Acórdão nº 617/2006..., item 31.

<sup>274</sup> A seguir, declaradamente, o entendimento de Paulo Otero sobre o direito à vida. Cf. OTERO, Paulo. *Direito da Vida*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.

questão *sub judice* que não entende que seja, *a priori*, inaceitável a permissão da realização do aborto sem consequências penais à mãe.

Admitir que a partir de procedimentos legislativos constituídos se decida pela despenalização do aborto aparece, de certa forma, como uma pretensão de absoluto sobre o conteúdo da constituição que não é senão uma visão oposta àquela que expuseram os conselheiros: aquele que entende – posição, aliás, que seguimos – que uma proibição absoluta do aborto é uma violação inaceitável à liberdade e a autonomia da mulher, conclui que não há qualquer problema com a solução trazida pelo referendo. Da mesma forma, um libertário poderia entender que as interferências do Estado sobre as escolhas pessoais dos sujeitos são sempre ilegítimas, e votaria conosco pela constitucionalidade do plebiscito. Um conservador, entretanto, rejeitaria que uma mulher possa interromper a gravidez, vez que tal solução incorre em uma violação à garantia de inviolabilidade da vida do nascituro, prevista no texto constitucional.

É de destacar, ainda, que para uma concepção de teoria do direito como a de H. L. A. Hart (e que pode, também, ser atribuída a Ramos e Moraes), que rejeita a tese dworkiniana sobre a existência de respostas corretas na adjudicação jurídica em casos difíceis, não é nem possível afirmar que alguma das soluções seria juridicamente equivocada. Como não há resposta correta, tampouco há respostas incorretas, desde que tais pretensões possam ser coerentemente referidas ao texto interpretado. Tudo não passa de uma escolha pela hipótese preferida da autoridade competente para decidir, entre opções que não são certas nem erradas<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> A tese de Ronald Dworkin sobre a existência de respostas corretas não é uma tese prática sobre a demonstrabilidade da correção de determinada resposta a um problema jurídico permeado por desacordo. Trata-se, na realidade, de uma afirmação que atribui sentido às práticas interpretativas que compõem o direito, nas quais os participantes se engajam com a convicção de estarem corretos – ou, ao menos, a aceitar o sentido e a possibilidade de que seus argumentos possam ser avaliados por um critério de verdade. A correção ou não das proposições jurídicas dependerá, em Dworkin, de fatos e critérios morais, cuja existência tampouco será demonstrável por “fatos brutos” (*hard facts*). Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, pp. 137-138. Para um exemplo: “*Suppose a right-based theory of political morality that seeks to derive particular individual rights from some presumed absolute right to be treated as an equal, that is, with equal concern and respect. Two lawyers who accept that general theory may hold different conceptions of what counts as equal respect. May a third lawyer plausibly believe that neither is right, because one conception of respect is exactly as good as another? (...) it is not so easy to see how someone could accept the general idea of the equal respect theory and still maintain, not that he is uncertain which conception is superior, but that neither is. There seems to be no room here for the ordinary idea of a tie*”, cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 144. Sobre a centralidade da tese da resposta correta para a concepção do direito como prática interpretativa, cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 210-211. Sobre uma conferência de que participou Dworkin no Chile, no início da década de 90, relata Fernando Atria: “*en la conferencia que dictó en la Universidad Diego Portales, el día 15 de diciembre de 1993, el propio Dworkin se refirió a este tema: El dijo estar sorprendido de que la tesis de la respuesta correcta hubiera suscitado tanto interés, por cuanto ella es, em la práctica, trivial. No disse que hay una respuesta y que ella es demostrable. Sólo disse que cuando una persona disse “yo creo que la respuesta a este caso es A”, no puede decir al mismo tempo “yo creo que este caso no tiene respuesta” (...)*”, cf. ATRIA, Fernando. El tribunal constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 20, pp. 367-378, 1993, p. 369, nota nº 9.

Com isso, não parece sobrar muita substância no apelo à objetividade da decisão de juízes constitucionais. O conteúdo que será atribuído ao texto constitucional, e a partir do qual será julgado se cabe ao juiz aceitar a posição do legislador, atuar de forma contramajoritária, ou desenvolver criativamente o dispositivo constitucional para a formulação de uma nova solução normativa, será sempre determinado por uma escolha discricionária, circunstância para a qual o apelo à objetividade não oferece qualquer remédio. E, como esse caminho teórico não oferece solução para a discricionariedade, resta a crítica à vagueza semântica do texto constitucional e à arbitrariedade dos juízes, sem a percepção de que a instituição em voga não é capaz de satisfazer às pretensões iniciais da teoria.

De acordo com o argumento desenvolvido nesta seção, a busca por um modelo puramente objetivista e apolítico de interpretação e aplicação da constituição pela jurisdição constitucional redundaria na existência permanente de um espaço discricionário na prática dos juízes participantes dessa prática. Isso não quer dizer, entretanto, que qualquer tribunal constitucional estará sempre fadado à pura arbitrariedade, à desordem e ao protagonismo na tomada de decisões políticas.

Afinal, o papel da jurisdição constitucional em um Estado de Direito dependerá de uma série de fatores que são externas à própria instituição: uma aceitação convencional generalizada sobre o conteúdo de direitos fundamentais, a força e respeitabilidade das instituições propriamente políticas, uma cultura jurídica que se preocupe com a abrangência de poder de juízes e tribunais, a existência de uma cultura cívica, intelectual e, sobretudo, acadêmica que permita o cultivo de ideias críticas sobre posições e instituições jurídicas e políticas, são exemplos de fatores que podem colaborar para o estabelecimento de critérios de decisão coerentes, e uma mitigação de problemas que podem ser recorrentemente atribuídos às insuficiências teóricas em torno da justiça constitucional. A ausência de uma presença substancial desses fatores, por outro lado, poderá trazer os tribunais cada vez mais para o centro das crises políticas que acometem determinados Estados.

## **2.2. A teoria constitucional de John Hart Ely: o tribunal em favor da democracia.**

A teoria de John Hart Ely sobre o papel da jurisdição constitucional em um Estado de Direito democrático compartilha com aquela tratada na seção anterior uma preocupação com a excessiva moralização das decisões proferidas por juízes constitucionais. A sua solução, entretanto, não consiste no apelo a uma atuação mais contida e objetiva desses juízes, mas sim na atribuição ao tribunal constitucional de um *telos* orientado especialmente aos procedimentos

democráticos, com o objetivo de ordenar a sua prática adjudicativa em prol do melhor funcionamento da democracia, e a neutralizar, assim, as tensões produzidas por decisões de substância moral e política da justiça constitucional.

*Democracy and Distrust* é, em boa parte, um trabalho de crítica em que Hart Ely se dedica a rejeitar as soluções teóricas para o *judicial review* recebidas da doutrina constitucional de sua época. Tais teorias são divididas pelo autor em dois grupos, a fim de rejeita-las, teoricamente, “por atacado”<sup>276</sup>: as “interpretivistas” (*interpretivists*), que demonstram uma preocupação com a fidelidade das decisões ao texto elaborado pelos constituintes, e as “não interpretivistas” (*noninterpretivists*), favoráveis à aplicação de valores externos ao documento constitucional pelo juiz<sup>277</sup>.

Por isso, é importante, antes de abordar a proposta normativa de Ely sobre o papel da justiça constitucional, descrever sinteticamente as críticas desenvolvidas na obra. Isso possibilita uma contextualização o âmbito em que o autor busca situar a sua reconstrução do papel de um tribunal constitucional em sentido diverso daquilo que se propunha nessas outras vias teóricas<sup>278</sup>.

As soluções “interpretivistas” que Hart Ely rejeita são semelhantes, em objetivo (mas não em conteúdo), às teorias discutidas na seção anterior. O seu apelo – descreve o autor – está em uma concepção do papel do juiz constitucional que os trata à semelhança daquilo que se espera de todos os demais atores da função judicial: “*if your job is to enforce the Constitution then the Constitution is what you should be enforcing, not whatever may happen to strike you as a good idea at the time*”<sup>279</sup>. Ocorre que a verdade desse truísmo não diz muito sobre aquilo que de fato caracteriza esta postura sobre a adjudicação constitucional, cujo intento é o de

---

<sup>276</sup> Ao que Dworkin reagiria: “*Constitutional theory is not a wholesale trade*”. DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 57.

<sup>277</sup> Opta-se por utilizar as expressões “interpretivistas” e “não interpretivistas” por serem aquelas utilizadas por John Hart Ely, embora a divisão entre teorias “pró” e “contra” interpretação não faça muito sentido em contextos de teoria constitucional fora das discussões norte-americanas. Mesmo naquele contexto, a distinção foi rejeitada, com razão, por Dworkin, para quem qualquer teoria sobre a jurisdição constitucional é, ou pressupõe, uma interpretação daquilo que uma constituição é e exige do sistema jurídico em que se insere. Não há teoria que ignore aquilo que está disposto no documento constitucional, e nem há teoria que não esteja fundada em princípios de moralidade política que determinam o papel da constituição. Por isso, Dworkin afirma que esse tipo de distinção entre teorias causa mais dúvidas que esclarecimentos. *Ibidem...*, pp. 34-36.

<sup>278</sup> Cabe apresentar, aqui, um esclarecimento metodológico. O trabalho realizado por Hart Ely em *Democracy and Distrust* envolve, em grande medida, uma interpretação e análise específica do direito constitucional americano, tendo o autor o objetivo de destacar a prevalência de questões de procedimento democrático e participação política como os grandes valores imanentes àquela cultura constitucional. O interesse que motiva a abordagem da obra de Ely aqui, entretanto, é diverso, e volta-se a possibilidade de universalização de suas críticas e propostas sobre a justiça constitucional, levando-os em consideração como um projeto teórico autônomo e independente das considerações específicas sobre a prática jurídico-constitucional de seu país. É a partir de uma leitura da obra de Ely por essas lentes “universalizantes” que se procura discutir o seu projeto nessa seção.

<sup>279</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 12.

limitar o significado de previsões indeterminadas àquilo que pode ser encontrado dentro dos limites do próprio documento constitucional – a linguagem empregada no texto e aquilo que se sabe sobre a história da elaboração e promulgação de seus dispositivos e emendas<sup>280</sup>.

Ocorre que, segundo Ely, este passo leva tais teorias a um paradoxo:

*This standard form of interpretivism runs into trouble – trouble precisely on its own terms, and so serious as to be dispositive. For the constitutional document itself, the interpretivist’s Bible, contains several provisions whose invitation to look beyond their four corners – whose invitation, if you will, to become at least to that extent a noninterpretivist – cannot be construed away.*<sup>281</sup>

O paradoxo, portanto, está na constatação de é vã a tentativa de procurar por respostas definidas quando o próprio texto constitucional aponta para a necessidade de soluções a partir daquilo que lhe é externo. Para Ely, não há análise atenta e profunda das disposições constitucionais, restrita às margens do documento editado por uma autoridade constituinte, que ofereça respostas satisfatórias para as implicações práticas de várias das disposições ali inseridas. O autor comprova tal argumento com a enumeração de exemplos de disposições da Constituição norte-americana cuja previsão linguística e histórica não são suficientes para satisfazer o intérprete: a liberdade de expressão<sup>282</sup>, a proibição de punições cruéis e não usuais<sup>283</sup>, o devido processo legal, a garantia de privilégios e imunidades, a isonomia jurídica<sup>284</sup>, a não taxatividade do rol de direitos previstos na Constituição estadunidense e suas emendas<sup>285</sup>. Por mais próximo ao texto que se detenha o intérprete (“interpretivista”), tais disposições convidam-no a desenvolver o seu conteúdo normativo de acordo com considerações que não podem ser encontradas literalmente na constituição, e tampouco a partir de um histórico das convicções daqueles que as elaboraram.

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>282</sup> Prevê a 1ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*”. Cf. ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 13.

<sup>283</sup> Prevê a 8ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*”. Cf. ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 13-14.

<sup>284</sup> Prevê a 1ª seção da 14ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of the citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. Respectivamente, cf. ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 14-21, pp. 22-30, pp. 30-33.

<sup>285</sup> Prevê a 9ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Cf. ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 34-41.

Como o interesse no trabalho de Hart Ely não está em suas críticas específicas à jurisprudência da Suprema Corte de seu país, não serão abordadas, aqui, as discussões específicas sobre as previsões indicadas pelo autor. O que interessa, antes, é a sua crítica geral: a existência de previsões cuja linguagem – que é, afinal, o principal signo da intenção dos elaboradores de qualquer ato normativo<sup>286</sup> – revela uma decisão dos pela abertura de conteúdo, que faz daquelas previsões normas comuns àqueles que mantêm diferentes posições sobre as concepções que lhes devem ser atribuídas ao longo do tempo<sup>287</sup>.

A alternativa às posições “interpretivistas” é, como já dito, o “não interpretivismo”, que reúne um grupo de teorias bastante diverso entre si cuja semelhança está na admissão da busca de sentido para disposições constitucionais para além das palavras escritas “em tinta preta” no documento. O principal desafio desse tipo de proposta, nos termos em que Hart Ely as aborda, está na delimitação da abertura à subjetividade do juiz. Afinal, as teorias precisam, conforme a estruturação apresentada por Mark Tushnet, discutidas acima<sup>288</sup>, não apenas justificar a fiscalização judicial da constitucionalidade, mas estabelecer limites para a atuação dos tribunais constitucionais e, ainda, explicar de que forma a sua atuação não implicará na sujeição de muitos à vontade de poucos.

Algumas das soluções são criticadas por Ely por carecerem de um conteúdo mais definido que permita a sua utilização como guia para as decisões da jurisdição constitucional. É o caso do apelo – recorrente na teoria constitucional de sua época – a “princípios neutros” (*neutral principles*) de adjudicação constitucional, que invoca uma utilização coerente de princípios, embora não inclua uma teoria sobre quais seriam esses princípios<sup>289</sup>. O apelo à razão como método de solução de casos constitucionais é outro que peca pela sua falta de conteúdo, vez que “*reason alone can't tell you anything: it can only connect premises to conclusions*”<sup>290</sup>. Além disso, para Ely, aquilo que este tipo de solução provoca na prática é um incentivo para que juízes incorram em um exercício de filosofia moral que não escapará de seus valores subjetivos<sup>291</sup>. Neste ponto, a advertência de Ely sobre a carência democrática dessas propostas segue o sentido do conhecido aforismo do juiz Learned Hand: “*we should not be ruled by philosopher-judges even if our judges were better philosophers*”<sup>292</sup>.

---

<sup>286</sup> Nas palavras de Ely, “*the most important datum bearing on what was intended is the constitutional language itself*”. *Ibidem...*, p. 16.

<sup>287</sup> Cf. 1, *supra*.

<sup>288</sup> Cf. 2, *supra*.

<sup>289</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 54-55.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pp. 56-60. Cf. também 1.4, *supra*. Trata-se de uma crítica à posição de Dworkin, que será discutida no tópico 2.3, *infra*.

<sup>292</sup> Reproduz-se a frase como ela aparece em DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 71.

Tampouco satisfaz Hart Ely uma busca “burkeana”<sup>293</sup> pelos significados das normas constitucionais na tradição: primeiro, porque não se sabe qual seria a tradição importante para este trabalho; segundo, porque a tradição (qualquer que seja a eleita) poderá ser bastante indeterminada em suas implicações práticas e incapaz de fornecer as respostas para casos constitucionais; terceiro, porque a solução consistirá em opor àquilo que os representantes do povo decidem hoje e agora uma tradição mantida por uma maioria de outrora<sup>294</sup>.

Hart Ely discute, também, a busca por soluções constitucionais que sejam objeto de consenso moral da comunidade política. A crítica do autor neste ponto tem uma estrutura quase lógica: se é preciso tornar mais provável que as decisões políticas e normativas acompanhem o consenso moral de uma comunidade, tal objetivo se revela muito mais adequado à organização de uma legislatura composta por representantes eleitos, que por uma dezena de juízes não eleitos – juízes, aliás, que costumam fazer parte de grupos sociais tendentes à alienação a respeito de interesses e convicções da maior parte da população<sup>295</sup>. Além disso, se um tribunal constitucional estiver orientado pela busca de consensos, restará subvertida a sua justificação como um órgão contramajoritário em meio às instituições políticas daquela comunidade<sup>296</sup>.

Uma última crítica de Ely que merece ser exposta é a sua rejeição a qualquer solução que apele ao direito natural como fonte de conteúdo para as disposições do texto constitucional. O tipo de teoria jusnaturalista que Ely tem em mente aqui é aquele que identifica a existência de um conjunto de verdades éticas objetivas, acessíveis e aplicáveis por juízes em sua tarefa de fiscalização das decisões normativas das legislaturas.

Este trabalho – identifica Hart Ely – padecerá de dois possíveis males: ou tais “verdades éticas” descobertas serão excessivamente triviais, ou serão implausíveis<sup>297</sup>. Triviais, quando excessivamente genéricas e imprecisas, que é justamente aquilo que permitirá esse tipo de afirmação ser aceita pela generalidade dos cidadãos<sup>298</sup>. Implausíveis, quando são específicas o suficiente para fornecer as respostas buscadas, mas quando justamente essa especificidade tornará esta norma de direito natural contestada – contestação que, dada a dificuldade de definir

---

<sup>293</sup> TUSHNET, Mark. *Darkness...*, p. 1039.

<sup>294</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 60-63.

<sup>295</sup> Nesse sentido, destaca-se a análise realista de Ran Hirschl sobre a jurisdição constitucional, e a sua percepção de uma identidade entre os interesses de elites socioeconômicas e de membros do poder judiciário em diversas sociedades em que se debate o ativismo judicial. HIRSCHL, Ran. ‘Juristocracy’ – Political, not Juridical. *The Good Society*, State College, PA, v. 13, n. 3, pp. 6-11, 2004, p. 9.

<sup>296</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 63-69.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>298</sup> Hart Ely oferece como exemplo a rejeição generalizada que uma afirmação como “é moralmente aceitável que as pessoas sejam submetidas a um sofrimento desnecessário” provocaria. *Ibidem*, p. 52.

um método compartilhado para a busca do direito natural, tira a credibilidade da busca de soluções constitucionais por este tipo de recurso ao direito natural<sup>299</sup>.

A crítica de Hart Ely é destinada a uma tradição de menção a princípios de direito natural que remonta às convicções dos constituintes norte-americanos<sup>300</sup>, e que por vezes volta à tona na discussão constitucional daquele país<sup>301</sup>. É interessante destacar, entretanto, que uma teoria jusnaturalista de forma alguma precisa se caracterizar por ser uma teoria sobre juízes que rejeitam leis escritas para aplicar o direito natural, e o seu valor explicativo sobre a relação entre fatos, normas, moral e política extrapola o problema da jurisdição constitucional. O sentido do projeto filosófico de John Finnis em torno do direito natural, por exemplo, está na identificação de princípios da razão prática que permitem o desenvolvimento do homem e de métodos para o discernimento moral prático<sup>302</sup>, tudo direcionado para uma vida em comunidade ordenada em prol de um bem comum. Já Luís Pereira Coutinho, em estudo jusnaturalista sobre o problema da autoridade e da normatividade constitucional, busca identificar a fonte desta autoridade não no *status* constituinte (conferido pela autoridade popular) daqueles que elaboram e promulgam um texto constitucional<sup>303</sup>, mas na existência de um parâmetro moral compartilhado e internalizado pelos cidadãos, cujos reflexos são identificados na normatividade constitucional, como uma vontade geral<sup>304</sup> continuamente atualizada e renovada no tempo<sup>305</sup>.

Certo que tais teorias têm implicações sobre a teoria e a *práxis* jurídica, do que não escapa o direito constitucional e a teoria da justiça constitucional. Mas o que se busca destacar é que tais compreensões não exigem, e não antecipam, uma conclusão imediata sobre o papel da jurisdição constitucional. Positivistas, não positivistas, jusnaturalistas, podem todos manter diferentes perspectivas teóricas, e diferentes críticas, sobre tais instituições.

---

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>300</sup> “*At the time the original Constitution was ratified, and during the period leading up to the Fourteenth Amendment as well, a number of people espoused the existence of a system of natural law principles*”. *Ibidem*, p. 48.

<sup>301</sup> Frederick Schauer lamenta a ausência de um amadurecimento da discussão provocada por declarações favoráveis a esta postura pelo *Justice* Clarence Thomas, nomeado por George H. W. Bush para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quando das audiências de sua confirmação no Senado. Cf. SCHAUER, Frederick. *Constitutional positivism...*, pp. 797 e ss.

<sup>302</sup> FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 23.

<sup>303</sup> Uma autoridade que, em Coutinho, só pode existir se sustentada por uma autoridade moral. Cf. COUTINHO, Luís Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 346.

<sup>304</sup> Vontade geral que se manifesta, então, como uma “contínua atualização de um contrato social”, isto é, “contínua comunhão de homens que se reconhecem fundamentalmente iguais e que não se admitem ser livres fora dessa comunhão”. Cf. *Ibidem*, p. 351.

<sup>305</sup> Na formulação derradeira da ideia, afirma Coutinho que “o fundamento de validade do Direito Constitucional (...) releva, precisamente, de uma comunitariamente assumida parametrização normativa, sendo, designadamente, por referência a este fundamento que se torna admissível, no que diz respeito à normatividade constitucional escrita, interpretar o acto passado de um legislador histórico como acto produtor de normas constitucionais válidas”, cf. *Ibidem*, p. 720.

Com essa observação, busca-se evitar um equívoco. Considere-se os seguintes excertos da carta de Martin Luther King Jr. escrita de uma prisão em Birmingham em 1963:

*“One may well ask: ‘How can you advocate breaking some laws and obeying others?’ The answer lies in the fact that there are two types of laws: just and unjust. I would be the first to advocate obeying just laws. One has not only a legal but a moral responsibility to obey just laws. Conversely, one has a moral responsibility to disobey unjust laws. I would agree with St Augustine that ‘an unjust law is no law at all’.*

*Now, what is the difference between the two? How does one determine whether a law is just or unjust? A just law is a man-made code that squares with the moral law or the law of God. An unjust law is a code that is out of harmony with the moral law. (...) Any law that degrades human personality is unjust. All segregation statutes are unjust because segregation distorts the soul and damages the personality.”<sup>306</sup>*

Há, aqui, um exemplo paradigmático do que se pode esperar de alguém que entende que há valores da vida humana que não podem ser suplantados por qualquer norma jurídica positiva que venha a contrariá-las. Ainda assim, tomar tal constatação como um argumento (definitivo) sobre o problema central deste trabalho seria, por um lado, relativizar a força das palavras de Luther King (inspiradas por problemas mais urgentes que o desenho institucional de uma democracia constitucional) e, por outro, trivializar a questão da jurisdição constitucional (ou do raciocínio e da argumentação jurídica em geral), ao não encarar as dimensões práticas em que a questão deve ser discutida<sup>307</sup>.

Dito isso, cabe uma retomada daquilo que se expôs, até aqui, sobre as críticas de John Hart Ely às teorias constitucionais predominantes de sua época. Por um lado, o autor encontrou nas teorias “interpretivistas” uma contradição em seus próprios termos: se uma constituição é formulada, deliberadamente, com previsões e estipulações que deixam de lado

---

<sup>306</sup> KING JR., Martin Luther. *Letter from Birmingham Jail*. Londres: Penguin Random House, 2018, pp. 9-11.

<sup>307</sup> Ainda que, para John Finnis, “*lex injusta non est lex*” não passe de um “teorema subornado” nas teorias do direito natural que conhece (FINNIS, John. *Natural Law...*, p. 351). Como, em Finnis, a teoria do direito natural tem como preocupação aquilo que a razão prática exige para uma vida em comunidade ordenada em prol de um bem comum, caberá neste esquema um papel importante para a autoridade, que deve agir de acordo com uma ideia de *rule of law* que é instruída pelo direito natural. Tal autoridade, de acordo com Finnis, deverá poder proferir decisões que forneçam razões excludentes, ou seja, que sejam obedecidas independentemente daquilo que os cidadãos fariam de acordo com seu próprio juízo, caso não houvesse a ordem dotada de autoridade (*Ibidem*, p. 352, pp. 359-360). Com isso, para Finnis, pode ser que um determinado ato normativo injusto goze do status de lei – inclusive tendo a sua constitucionalidade ratificada por um tribunal constitucional! – e, ainda assim, por ser injusto, que a obediência (moral) a tal ato normativo não se encontre justificada. Por isso, afirma Finnis, o brocardo *lex injusta non est lex* é reproduzido sempre com a constatação de que se trata de uma lei, ainda que esta seja injusta. Algumas características importantes que caracterizam as leis ainda serão reportáveis ao ato normativo, ainda que injusto, mesmo que naquilo que é mais importante – sua normatividade, fundada em uma aceitação moral – não mais lhe seja atribuída (*Ibidem*, pp. 364-366). Cf., também, FINNIS, John. *Natural Law and Legal Reasoning*. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, n. 38, pp. 1-13, 1990, p. 13: “A natural law theory in the classical tradition makes no pretence that natural reason can determine the one right answer to those countless questions which arise for the judge who finds the sources unclear”.

um conteúdo normativo definido em favor de uma definição valorativa no momento de sua aplicação, o recorrente apelo à interpretação restrita aos termos do texto ou será insuficiente, ou só servirá para ofuscar a interpretação valorativa do texto promovida pelo próprio “interpretivista”. Por outro lado, as teorias “não interpretivistas” são, todas, insatisfatórias para os propósitos do autor, na medida em que nenhuma delas se mostra coerente e bem resolvida o suficiente para tomar o lugar dos procedimentos democráticos tradicionais na tomada de decisões políticas importantes, sem implicar em no controle jurisdicional sobre as decisões valorativas na sociedade.

Nenhuma dessas duas vias fornece, para Ely, uma conciliação viável entre a fiscalização judicial da constitucionalidade, e aquilo que, na sua interpretação, seriam os fatores mais importantes de uma organização democrática. Nesse sentido, a posição do autor se insere em uma tradição de pensamento sobre a jurisdição constitucional que demonstra uma acentuada preocupação com a legitimidade democrática da posição institucional de seus juízes. Cabe, então, dizer algo sobre esta tradição.

### **2.2.1. Democracia e *judicial review*: antes e depois de John Hart Ely**

O objetivo dessa seção é incluir o projeto teórico de John Hart Ely em uma linha de pensamento constitucional em que o autor é antecedido pelas considerações de Alexander Bickel e sucedido por Jeremy Waldron. Aqui, não se busca construir uma historiografia de ideias sobre a justiça constitucional, mas sim de enquadrar as propostas de Ely ao lado de outras teorias que compartilham um fio condutor de preocupação sobre as tensões entre jurisdição constitucional e democracia. As conclusões dos três autores, como será exposto, são bastante diferentes.

#### **2.2.1.1. Alexander Bickel e a prudência dos juízes constitucionais**

A preocupação de Alexander Bickel com a relação entre o *judicial review* realizado pela Suprema Corte norte-americana e os procedimentos majoritários de decisão, tipicamente democráticos, culminará na elaboração de uma teoria em prol da autocontenção da jurisdição constitucional. O ponto de partida do autor em *The Least Dangerous Branch*<sup>308</sup> é o conceito – amplamente adotado na teoria constitucional pós-Bickel – da *dificuldade contramajoritária*

---

<sup>308</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

como marca característica da prática dos tribunais constitucionais na revisão de atos normativos.

A ideia é apresentada pelo autor de forma bastante simples: um tribunal que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo aprovado por órgãos legislativos contraria a vontade da maioria dos representantes eleitos do povo, e, por isso, atua de forma contramajoritária. Em uma democracia, em que há a expectativa de que decisões políticas possam ser mais ou menos diretamente legitimadas por referência à vontade do povo, trata-se de uma posição institucional “desviada” (*deviant*)<sup>309</sup>.

Para Bickel, qualquer construção teórica que afirme que a jurisdição constitucional apenas garante que a vontade do povo prevaleça contra atos normativos que lhes são contrários (do povo em sentido abstrato, como “Povo” constituinte, como afirmam outros<sup>310</sup>), não passa de uma abstração a esconder aquilo que, de fato, ocorre. E é essa percepção da prática política sem abstrações que abre caminho para a crítica de que a jurisdição constitucional é uma instituição antidemocrática<sup>311</sup>.

Em Bickel, entretanto, a dificuldade contramajoritária não oferece um obstáculo definitivo ao *judicial review*. Tal situação implica, na realidade, em um ônus especial para sua justificação em um regime democrático que consiste nessas extensas exigências:

*The search must be for a function which might (indeed, must) involve the making of policy, yet which differs from the legislative and executive functions; which is peculiarly suited to the capabilities of the courts; which will not likely be performed elsewhere if the courts do not assume it; which can be so exercised as to be acceptable in a society that generally shares Judge Hand's satisfaction in a “sense of common venture”; which will be effective when needed; and whose discharge by the courts will not lower the quality of the other departments' performance by denuding them of the dignity and burden of their own responsibility.*<sup>312</sup>

Destaca-se que busca de Bickel pela função propícia para o trabalho da jurisdição constitucional, que *não escapa* de proferir decisões políticas (“*making of policy*”), passa por uma diferenciação entre dois tipos de efeitos gerados por decisões políticas: i) efeitos práticos e imediatos, que são os objetivos mais óbvios que inspiram a decisão de elaboração de uma

---

<sup>309</sup> “(...) *nothing (...) can alter the essential reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy*”, cf. *Ibidem*, p. 18.

<sup>310</sup> A crítica de Bickel é dirigida a Alexander Hamilton. Vale ressaltar, entretanto, que o tipo de abstração colocado em questão pelo autor pode ser encontrado como uma característica importante da teoria constitucional e democrática de Bruce Ackerman. Para um texto de Ackerman que lida diretamente com a passagem de Bickel discutida aqui, cf. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 93, pp. 1013-1072, 1984.

<sup>311</sup> BICKEL, Alexander. *The Least...*, pp. 16-17.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 24.

nova lei; ii) consequências, possivelmente inesperadas e pouco consideradas, que a lei terá sobre os valores fundamentais de interesse geral e permanente da sociedade<sup>313</sup>.

A partir dessa distinção, o autor identifica que os órgãos legislativos e suas características institucionais se mostram mais adequados para dar atenção ao primeiro tipo de resultado, na busca para a solução de questões mais urgentes e pragmáticas. Por outro lado, Bickel entende que eles não são especialmente aptos para fazer com que a sua produção normativa siga uma linha coerente de desenvolvimento dos princípios fundamentais da comunidade política. É a garantia dessa coerência de princípios, então, que aparece como uma função adequada para o tribunal constitucional, cuja estrutura o coloca à parte dos conflitos de interesses do âmbito político, e tem em sua composição juízes treinados na postura necessária para a identificação de princípios nas ações do governo<sup>314</sup>.

Mas atribuir à jurisdição constitucional o papel de garantir uma coerência de princípios na atividade política e normativa de uma sociedade não basta, reconhece Bickel, para que a prática seja compatível com um regime político embasado por uma teoria democrática<sup>315</sup>. Para tanto, a jurisdição constitucional deverá ser capaz de atuar em meio à tensão “lincolniana”<sup>316</sup> que se estabelece entre as considerações pragmáticas sobre a solução de problemas impostos pela realidade, e a conservação de princípios fundamentais de uma ordem constitucional. Não se trata apenas de um conflito entre considerações imediatas e a longo prazo, mas sim, como explica Anthony Kronman, entre ideais e necessidades<sup>317</sup>.

Se cabe à jurisdição constitucional a garantia desses princípios fundamentais, a função deverá ser exercida com prudência, sem ignorar as circunstâncias de fato que permeiam a corte e que constituem obstáculos à consagração imediata de determinado ideal. Na leitura de

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>314</sup> *Ibidem*, pp. 25-26. Bickel menciona ainda a atribuição de função pedagógica da jurisdição constitucional, que é capaz de manter em evidência, ao longo do tempo, princípios fundamentais de uma comunidade para seu povo (*Ibidem*, p. 26), bem como uma função legitimadora das opções legislativas ratificadas pelo tribunal (pp. 29-30), e ainda a participação do tribunal na simbologia da Constituição perante o povo norteamericano (pp. 31-32).

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>316</sup> Bickel toma como exemplo paradigmático da tensão que tem em mente a postura de Abraham Lincoln diante das dificuldades práticas na superação da questão da escravidão nos Estados Unidos, consistente em uma irreduzibilidade de princípio, mas, também, na ponderação de considerações pragmáticas para as decisões imediatas: “*The teaching of that life is that principled government by the consent of the governed often means the definition of principled goals, and the practice of the art of the possible in striving to attain them. The hard fact of an existing evil institution such as slavery and the hard practical difficulties that stood in the way of its sudden abolition justified myriad compromises short of abandoning the goal. The goal itself – the principle – made sense only as an absolute, and as such it was to be maintained. As such it had its vast educational value, as such it exerted its crucial influence on the tendency of prudential policy. But expedient compromises remained necessary also, chiefly because a radically principled solution would collide with widespread prejudices, which no government resting on consent could disregard, any more than it could sacrifice its goals to them*”, cf. *Ibidem*, p. 68.

<sup>317</sup> KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 7, pp. 1567-1616, 1985, p. 1578.

Luís Pereira Coutinho, Bickel advoga por uma astúcia maquiavélica dos juízes constitucionais, que devem ser hábeis na percepção de que há ocasiões em que uma cisão considerável entre norma e realidade fragiliza o poder de intervenção da justiça constitucional. Nestes casos, a complexidade das circunstâncias fáticas não permite a sua simples acomodação e transformação por uma decisão judicial que consagra determinado princípio contra as normas aprovadas pelo legislador<sup>318</sup>.

Como ressalta Kronman, a preocupação de Bickel em *The Least Dangerous Branch* não é a construção de uma teoria do raciocínio jurídico a ser empregado por juízes constitucionais para proporcionar a melhor resposta para os problemas de adjudicação constitucional que lhes são apresentados<sup>319</sup>. A preocupação é a de fornecer uma teoria que permita a um tribunal constitucional guardar a sua coerência de princípios e seu papel pedagógico mesmo quando as circunstâncias fáticas impõem, ainda que temporariamente, soluções normativas que não são integralmente coerentes com aqueles princípios<sup>320</sup>.

E, em Bickel, o mais importante instrumento para que a jurisdição constitucional conserve a coerência no desempenho de sua função é a sua capacidade de deixar de decidir casos que a ela se apresentam, quando necessário<sup>321</sup>. Um tribunal pode, afinal, decidir um julgamento de fiscalização da constitucionalidade, a declarar a inconstitucionalidade de determinada norma ou rejeitar tal alegação (validando, ainda que tacitamente, o ato questionado), mas pode, alternativamente, encontrar caminhos pelos quais deixará de adjudicar o mérito da questão, a se esquivar da produção de efeitos para a ordem normativa constitucional que a sua decisão provocaria.

O autor elenca, então, uma série de possibilidades pelas quais o tribunal pode deixar de decidir o mérito constitucional de casos que lhe são apresentados: i) questões formais que prejudicam o julgamento de substância da questão levantada; ii) a decisão de questões “menores” (quando há a possibilidade de “dizer mais”); iii) a identificação de questões políticas nas quais não cabe a um tribunal ter voz definitiva.

Já os parâmetros definidos por Bickel para a identificação da questão política, que se apresenta como a mais importante das três possibilidades, são: i) a inadequação da situação concreta para a decisão judicial – tanto por particularidades que escapam à atenção costumeira

---

<sup>318</sup> COUTINHO, Luís Pereira. A “convergência de pensões” como questão política. *E-Pública*, Lisboa, n. 1, pp. 2-20, 2014, p. 3.

<sup>319</sup> KRONMAN, Anthony T. Alexander..., p. 1580.

<sup>320</sup> BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 71.

<sup>321</sup> Momentos em que a coerência de princípios dá lugar à prudência: “*the antithesis of principle in an institution that represents decency and reason is not whim or even expediency, but prudence*”, cf. *Ibidem*, p. 133.

da estrutura institucional dos tribunais, quanto pela urgência de solução para determinada questão –; ii) as incertezas quanto à obediência à autoridade da decisão do tribunal; e iii) a percepção de que ausência de legitimidade representativa e responsabilidade eleitoral (de “terra de onde tirar sua força”, na expressão do autor) de um tribunal constitucional deve ser levada em consideração para limitar a sua área de atuação<sup>322</sup>. Mas o fato de que juízes constitucionais se encontrem diante dessas situações e entendam mais prudente uma decisão que fuja da solução de mérito não implica em um abandono de sua função principiológica<sup>323</sup>. Ademais, pode ser que, mesmo diante de uma questão política, um tribunal julgue que as circunstâncias permitem, sim, a decisão de substância do tribunal<sup>324</sup>.

Assim, a solução de Bickel para o problema do desvio institucional que um tribunal constitucional representa em uma democracia está na identificação de uma função especialmente adequada para a sua estrutura, que radica na salvaguarda de princípios a longo prazo, e em uma orientação normativa pela astúcia política (ou “prudência”) dos membros destes tribunais, para só decidir determinadas questões de princípio quando as circunstâncias não indicarem que haveria alguma ruptura causada pelo tribunal.

O que essa síntese do pensamento de Bickel não revela expressamente é a resposta à necessidade de justificação da institucionalização da jurisdição constitucional. Como afirma Paul W. Kahn, encontrar a tarefa institucional mais adequada para a estrutura de um tribunal constitucional não oferece, de cara, uma resposta sobre a necessidade ou valor dessa função para uma democracia constitucional<sup>325</sup>.

Segundo Kahn, a resposta – que demonstra finalmente a conciliação da teoria de Bickel com propósitos democráticos – está na forma com que a orientação de Bickel à astúcia do tribunal pode ser interpretada como um apelo a uma legitimação democrática *ex post facto* das decisões proferidas pela jurisdição constitucional<sup>326</sup>.

Para Bickel, as ocasiões em que o tribunal deve efetivamente decidir são aquelas em que são garantidos princípios cuja aceitação pela comunidade é previsível para um futuro próximo<sup>327</sup>. Trata-se de um espaço para decisão que é delimitado pelas questões políticas sobre

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>323</sup> “*The answer cannot be, across the board, yes, we have no principles; let expediency rule, and political responsibility and the craft of state. It can only be, yes, in contravention of principle, if necessary*”, cf. *Ibidem*, p. 187.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>325</sup> KAHN, Paul W. Community in Contemporary Constitutional Theory. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 99, n. 1, pp. 1-85, 1989, p. 12.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>327</sup> “*What is meant, rather, is that the Court should declare as law only such principles as will – in time, but in a rather immediate foreseeable future – gain general assent*”. BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 239.

as quais o tribunal deve se privar de se manifestar de maneira contumaz – afinal, “*the Court (...) labors under the obligation to succeed*”<sup>328</sup> –, e é justamente no mapeamento dessa delimitação que os juízes constitucionais devem agir com astúcia. Com isso, fica clara a correção da leitura de Kahn: as decisões de mérito constitucional proferidas pelo tribunal só são legítimas, em Bickel, quando diretamente (ainda que com alguma distância temporal, que deve ser previsível) referíveis à sua aceitação popular. “*The rule of reason, if that is what the courts use, is legitimate only insofar as it can stand on the consent of the governed*”<sup>329</sup>.

Assim, para Kahn, A solução de Alexander Bickel para a justificação da jurisdição constitucional é uma autocontenção em busca de legitimidade democrática, ainda que diferida nos tempo. A instituição, voltada à garantia de princípios fundamentais, deve pautar a sua atuação pela prudência de identificar os momentos em que a melhor postura a ser tomada pelo tribunal será deixar que as decisões necessárias, tomadas pelos órgãos representativos, prevaleçam. Trata-se de uma identificação correta do “se”, do “quando” e do “quanto” a corte deve adjudicar, quando são colocadas a sua frente questões políticas importantes<sup>330</sup>.

Há, entre outros, dois caminhos de crítica ante uma teoria como a de Bickel sobre a jurisdição constitucional.

Uma delas, que encontrará maior relevância na perspectiva de Jeremy Waldron (ainda que este não se volte diretamente contra as propostas de Alexander Bickel), consiste na rejeição de que a função de garantia de princípios e direitos fundamentais seja melhor desenvolvida por tribunais que por órgãos representativos, como parlamentos. Na medida em que associa a legitimidade de decisões da jurisdição constitucional à possibilidade de aceitação popular, a teoria de Bickel acaba por se tornar vulnerável a tais críticas, uma vez que, se aquilo que é importante é a legitimidade democrática da autoridade que toma decisões políticas, será mais interessante optar por órgãos que, ao contrário de tribunais, apresentam um desenho institucional propício para a representação de convicções populares<sup>331</sup>.

O segundo caminho é aquele seguido por John Hart Ely, e consiste na tentativa de rejeitar a politização da função dos tribunais constitucionais. No início da passagem

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>329</sup> KAHN, Paul W. *Community...*, p. 13.

<sup>330</sup> BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 197.

<sup>331</sup> Bickel, é claro, está ciente disso, e chega a afirma-lo expressamente. O autor acredita que a sua aposta em um consenso obtido em um futuro próximo é uma solução suficientemente diferente, apta a afastar tal crítica, o que é questionável (BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 239). Para Paul Kahn, este tipo de legitimação democrática das decisões da jurisdição constitucional não afasta tais críticas: “*(...) the Court is no better, and perhaps worse, than the political branches in perceiving and acting upon the underlying values of the community. Public opinion, even if cast into the future, remains too weak a ground upon which to found the democratic legitimacy of the Court*”. KAHN, Paul W. *Community...*, p. 17.

reproduzida na íntegra acima, Bickel inclui como constitutiva da função ideal de um tribunal constitucional justamente a sua possibilidade de atuação política<sup>332</sup>. A tratar diretamente daquela passagem, Hart Ely afirma que na tentativa de conciliação da atuação política da corte com seus demais pressupostos, a teoria constitucional apresentada em *The Least Dangerous Branch* assumiu para si uma contradição insolúvel<sup>333</sup>. É na esteira dessa crítica que Ely vai estruturar a sua própria teoria constitucional como uma rejeição das decisões de substância política do tribunal, substituindo-as pela atuação em prol do procedimento democrático.

### 2.2.1.2. Jeremy Waldron: contra a jurisdição constitucional

Entre as críticas à fiscalização judicial da constitucionalidade que têm como ponto fundamental as tensões entre a jurisdição constitucional e a democracia, também merece destaque aquela desenvolvida por Jeremy Waldron. A tese central da crítica de Waldron é a seguinte: em uma sociedade democrática em que as pessoas discordam sobre seus direitos, não há porque confiar que esses direitos serão melhor protegidos por órgãos judiciários que por órgãos legislativos. Uma comparação das características institucionais de tribunais e legislaturas como sede da tomada de decisões sobre direitos é sempre favorável às casas legislativas, ocupadas por representantes eleitos democraticamente.

Para compreender a tese de Waldron, é preciso retornar ao seu ponto inicial: a centralidade do desacordo em sociedades contemporâneas<sup>334</sup>. Segundo o autor, as democracias liberais que de fato existem hoje são comunidades políticas em que as pessoas discordam constantemente. Esse desacordo tem por objeto não apenas opções de políticas públicas específicas (*policy*), mas questões profundas de moralidade política, que incluem diferentes compreensões dos princípios e direitos fundamentais e suas implicações práticas. “*There are many of us, and we disagree about justice*”, anuncia Waldron na abertura de *Law and Disagreement*<sup>335</sup>.

Nessa seara, o desacordo aparece, em Waldron, como constitutivo das circunstâncias da política<sup>336</sup>, cuja existência depende então não apenas do desacordo, mas

---

<sup>332</sup> “*The search must be for a function which might (indeed, must) involve the making of policy, yet which differs from the legislative and executive functions*”. BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 24.

<sup>333</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 104.

<sup>334</sup> Um desacordo que, segundo Waldron, é mais significativo do que os projetos de filosofia política liberal anteriores haviam reconhecido. WALDRON, Jeremy. *Law...*, pp. 105-106.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>336</sup> A ideia é inspirada no conceito, apresentado por John Rawls, das “circunstâncias da justiça”: as condições necessárias para que a cooperação humana seja possível e necessária. As mais destacadas, embora não sejam as

também da intenção e da necessidade de que seja tomada uma ação em conjunto, decidida coletivamente<sup>337</sup>. Se houvesse consenso, algo como a política não seria necessário para a tomada de decisões. Por outro lado, se não houvesse interesse deliberado dos participantes dessa sociedade em um projeto social coletivo<sup>338</sup>, tampouco surgiria, naturalmente, a política<sup>339</sup>.

E a crítica de Jeremy Waldron sobre o *judicial review* parte da ideia de que este desacordo se estende, também, aos direitos fundamentais. A redução de vencimentos de servidores públicos em um momento de crise, a proibição do aborto, o financiamento privado de campanhas políticas, a eutanásia: são múltiplas as questões debatidas nas searas políticas de sociedades contemporâneas que podem ser entendidas como diferentes formas de concretização e equacionamento de direitos fundamentais. Pessoas, sobretudo em lados divergentes do espectro político<sup>340</sup>, discordam sobre qual ação coletiva deve ser realizada em tais circunstâncias. Waldron deixa claro que o problema não é a interpretação do texto constitucional e nem os casos na “zona de penumbra” da proteção de um direito, mas tem como questão central as compreensões divergentes desses direitos adotada por cidadãos em desacordo<sup>341</sup>. Trata-se de condições em que, nos termos de Bob Dylan, “*all of the people can’t be all right all of the time*”.

Assim, será preciso eleger um procedimento de tomada de decisão apto a invocar o respeito de todos, inclusive daqueles que discordam de seu resultado: “*since people disagree about what rights we have or ought to have, the specification of our legal rights has to be accomplished through some political process*”<sup>342</sup>. Trata-se de uma outra forma de formular a pergunta sobre qual órgão deve ter a “última palavra” em disputas constitucionais<sup>343</sup>. O esforço de Jeremy Waldron é o de nos colocar em condições de comparar, em pé de igualdade – livres do legalismo<sup>344</sup> – as vias legislativa e judicial para a tomada dessas decisões.

---

únicas, são a condição objetiva de uma escassez moderada de recursos, e a condição subjetiva de um desinteresse mútuo dos sujeitos pelos interesses dos outros. RAWLS, John. *A Theory...*, pp. 126-130.

<sup>337</sup> WALDRON, Jeremy. *Law ...*, pp. 102-103.

<sup>338</sup> E a existência de um projeto social coletivo dessa magnitude não é supérflua: “*action-in-concert is something of an achievement in human life*”. *Ibidem*, p. 102.

<sup>339</sup> Como afirma Arendt, a política (“*a political realm*”) não surge da mera coexistência do homem com outros homens. ARENDT, Hannah. *On Revolution...*, p. 19.

<sup>340</sup> Sobre o desacordo político como o desacordo entre diferentes concepções sobre conceitos compartilhados, cf. 1, *supra*.

<sup>341</sup> WALDRON, Jeremy. *The core...*, p. 1367.

<sup>342</sup> WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 243.

<sup>343</sup> Vale destacar que a pergunta pela “última palavra”, embora frequente na teoria constitucional, pode implicar em uma simplificação indesejada em um estudo sobre as instituições de democracias constitucionais. Essa é a posição de Conrado Hübner Mendes, para quem tanto a indagação sobre a “última palavra” quanto a afirmação de sua inexistência provocam alguma distorção para o pensamento constitucional. Em seu lugar, o autor propõe algo como o estudo dos efeitos da “palavra mais recente”. MENDES, Conrado Hubner. *Is it all about the last word? Legisprudence*, Oxfordshire, vol. 3, n. 1, pp. 69-110, 2009, pp. 108-110.

<sup>344</sup> Sobre o legalismo, cf. 1.3, *supra*.

As opções são conhecidas. Uma decisão sobre direitos fundamentais pode ser proferida pela deliberação entre diferentes representantes eleitos democraticamente seguida de votação majoritária de um órgão legislativo (ou por um número de votações em diferentes órgãos legislativos, a depender da organização constitucional). E pode, preventiva ou sucessivamente, estar sujeita a um julgamento sobre a sua inconstitucionalidade material. Nesta hipótese, caberá a um número de juízes, entre os quais também permeia o desacordo, decidir a questão por maioria<sup>345</sup>. A preocupação com a concretização e com a garantia de direitos fundamentais não implica, necessariamente, na atribuição dessa função a tribunais constitucionais<sup>346</sup>, vez que o problema que se coloca é, justamente, o de determinar qual será o órgão provido de maior legitimidade para a decisão.

A posição legalista é a de que, na busca pelo melhor procedimento para garantir direitos fundamentais, a resposta óbvia é a institucionalização de uma justiça constitucional. Afinal, tribunais estão vinculados ao cumprimento da constituição e as suas decisões devem ser proferidas de forma racional e argumentativa. Direitos seriam, nessa concepção, algo importante demais para deixar ao acaso de uma decisão majoritária<sup>347</sup>.

Para Waldron, entretanto, há pouco nas formas e procedimentos jurisdicionais que garanta uma boa decisão quando o objeto da divergência é a constitucionalidade de um ato normativo ante, como parâmetro, um direito fundamental.

O autor argumenta que, na realidade, a via jurisdicional empobrece as razões empregadas para a solução do desacordo e a tomada de decisão, na medida em que a sua estrutura exige que os juízes se ocupem do problema como uma questão de interpretação do texto da lei constitucional. Para Waldron, há muito mais probabilidade de que a melhor decisão seja tomada em uma instituição que permite uma deliberação sobre razões irrestritas, livre da artificialidade característica da argumentação jurídica. Afinal, se o que está em causa é a busca pela melhor resposta para uma divergência política, não há nenhum benefício epistemológico na articulação de razões em torno de determinadas formulações textuais<sup>348</sup>, elaboradas fora do

---

<sup>345</sup> “(...) *the Justices disagree about rights as much as anyone, and they resolve those disagreements by simple majority-voting*”, cf. WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 306.

<sup>346</sup> Para Waldron, reconhecer que uma pessoa tem um direito moral a algo consiste no reconhecimento da importância de que a pessoa o tenha, e não em uma determinação de qual será a via institucional pela qual a pessoa deve obter esse direito em um regime democrático. *Ibidem*, pp. 217-219. Para Carlos Santiago Nino, a relação entre um direito moral e a existência de um direito jurídico dependerá da determinação de uma concepção de direito. NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 46

<sup>347</sup> Em Waldron, o entrenchamento constitucional de direitos é uma manifestação de desconfiança para com os demais cidadãos de uma comunidade política. cf. WALDRON, Jeremy. *Law...*, pp. 221 e ss.

<sup>348</sup> *Ibidem*, pp. 220-221.

contexto das disputas políticas atuais (problema que tem como caso paradigmático uma constituição redigida há séculos, como a estadunidense).

Waldron reconhece que é claro que há uma boa razão para que os tribunais argumentem dessa forma: a legitimidade de uma decisão de um tribunal constitucional depende da adequação da decisão ao texto constitucional a ser aplicado<sup>349</sup>, o que implica (ao menos em tese) no emprego de uma argumentação predominantemente institucional<sup>350</sup>. Não obstante, as obrigatórias referências ao texto e as referências, analogias, *distinguishings etc.* a envolver os precedentes do tribunal produzem, na compreensão de Waldron, um empobrecimento da qualidade do raciocínio e da argumentação empregados por tribunais na solução de questões materiais envolvendo direitos fundamentais da vida em comunidade<sup>351</sup>.

O empobrecimento argumentativo sugerido por Waldron não se restringe ao interior das cortes constitucionais. Para o autor, a necessidade de que o debate se desenvolva em um tribunal em torno de expressões normativas entrincheiradas fragiliza também a atribuição de um valor pedagógico externo à adjudicação constitucional. Nesse sentido, afirma: “*it is simply a myth that the public requires a moral debate to be, first of all, an interpretive debate before it can be conducted with any dignity or sophistication*”<sup>352</sup>.

Já em sua defesa das legislaturas como instituições aptas às decisões sobre direitos, Waldron ressalta que tais órgãos são tão capazes quanto os tribunais de sediar debates sobre ideias e princípios em meio ao desacordo, ressaltando que há em seus desenhos institucionais opções orientadas ao aperfeiçoamento do procedimento para a tomada de decisões<sup>353</sup>. Mesmo

---

<sup>349</sup> WALDRON, Jeremy. The core..., p. 1384.

<sup>350</sup> Com “argumentação institucional”, refere-se à ideia de uma argumentação formulada a partir de normas e procedimentos já estabelecidos. Nesse sentido, cf. SHECAIRA, Fábio P., STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica...* pp. 35 e ss. Essa característica pode ser compreendida como parte daquilo que Fernando Atria chama de formalidade do direito: “*An important feature of legal discourse is its formality, that is, the fact that legal decisions are restricted with regard to the considerations that are deemed to be relevant for their justification*”. ATRIA, Fernando. *On Law...*, p. 197.

<sup>351</sup> WALDRON, Jeremy. The core..., pp. 1382-1386.

<sup>352</sup> WALDRON, Jeremy. *Law ...*, p. 290. Um exemplo deste vício argumentativo pode ser identificado na extensão das considerações que o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve de formular para conciliar um julgamento em que se reconhecia a equiparação, para fins jurídicos, de casais homossexuais e heterossexuais, e o texto do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal do Brasil (“para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher (...)). Cf. a decisão do STF brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgada em 05 mai. 2011. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>, acesso em 18 ago. 2020. Na interpretação do Ministro Ayres Britto, a referência do parágrafo à “mulher” que participa de relação de união estável tem como objetivo uma luta contra o preconceito social existente contra mulheres nessa situação de arranjo familiar (p. 28 do acórdão), argumento que, neste aspecto específico, não foi aceito por unanimidade. Cf., nesse sentido, a contestação a esta interpretação apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes no acórdão (pp. 731 e ss.).

<sup>353</sup> São diversas as configurações do sistema eleitoral e do processo legislativo que determinam e influenciam no processo de decisão de legislaturas. A existência de colégios eleitorais, o bicameralismo, as entidades legitimadas para a iniciativa de diferentes espécies de atos normativos, o estabelecimento de comissões internas, são todos exemplos de soluções constitucionais destinadas ao aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão nesse

sem interesse em formular uma teoria da democracia deliberativa – cujos proponentes, a seu ver, demonstram uma confiança exacerbada na possibilidade do consenso entre os sujeitos que deliberam, algo irrealizável nos desacordos que de fato existem<sup>354</sup> –, Waldron constata que é plenamente possível que mandatários legislativos discutam em boa-fé sobre questões pertinentes a direitos. A existência desse tipo de deliberação legislativa é, como reconhece Waldron, uma questão empírica, mas seu argumento tem a intenção de estabelecer que não há, *a priori*, motivo para acreditar na superioridade da argumentação de juízes constitucionais diante de legisladores<sup>355</sup>.

Com isso, Jeremy Waldron rejeita que tribunais constitucionais estejam mais preparados que assembleias legislativas para tomar as melhores decisões sobre direitos fundamentais. Lembre-se que, em Waldron, a “melhor decisão” sobre um direito é justamente aquilo em disputa por cidadãos que discordam entre si sobre a questão, em um desacordo que é reproduzido não apenas pelos representantes legislativos, mas também por seus vizinhos da magistratura constitucional. Mesmo para aqueles que assumem uma posição metaética segundo a qual existem fatos morais objetivos (inclusive fatos morais objetivos que definem a verdadeira compreensão sobre direitos), a inexistência de uma metodologia epistêmica que garanta o acesso a esses fatos morais<sup>356</sup> torna inescapável a circunstância do desacordo. Nada impede que juízes assumam uma compreensão sobre determinado fato moral que seja divergente da compreensão assumida pela maioria dos legisladores. Nesses termos é que, para Waldron, a existência de uma objetividade moral é irrelevante como um argumento a favor ou contra a fiscalização judicial da constitucionalidade<sup>357</sup>.

A relevância das considerações de Jeremy Waldron apresentadas até aqui para uma discussão sobre as tensões entre a jurisdição constitucional e a democracia pode ser colocada à

---

âmbito. Para alguns apontamentos nesse sentido por Waldron, cf. *The core...*, p. 1378. Para uma investigação de Waldron sobre a ausência de discussões sobre o processo legislativo de tomada de decisão por maioria na tradição filosófica, cf. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 124 e ss. Em uma obra mais recente, *Political Political Theory*, Waldron desenvolve argumentos específicos sobre o bicameralismo, a oposição legislativa, e chega a formular uma lista de princípios procedimentais para a legitimidade legislativa, que são, de forma sucinta: a) a publicidade explícita das decisões legislativas; b) o dever de cuidado dos agentes legislativos; c) que o órgão legislativo represente as opiniões importantes da sociedade sobre a questão discutida; d) o respeito ao desacordo; e) a deliberação e a atenção aos argumentos apresentados em meio à deliberação; f) a observação das formalidades do procedimento legislativo; e) o princípio da equidade, materializado na decisão por maioria. Cf. WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016, p. 149.

<sup>354</sup> WALDRON, Jeremy. *Law...*, pp. 91-93.

<sup>355</sup> WALDRON, Jeremy. *The core...*, pp. 1384-1386.

<sup>356</sup> “(...) *we have already noticed that moral realists can produce no epistemology to match their ontological commitments*”. WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 185.

<sup>357</sup> *Ibidem*, pp. 183-187.

luz das ideias de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre o princípio democrático e a necessidade de legitimação democrática do exercício do poder estatal<sup>358</sup>.

Para Böckenförde, compõe o conteúdo do princípio democrático uma exigência de legitimação das ações estatais e dos titulares de suas funções, que devem ou partir do povo, ou poder ser remetidas a ele<sup>359</sup>. Isso é possibilitado, para o autor, por três vias de legitimação: a) a legitimação funcional e institucional, que radica na decisão do legislador constituinte por uma divisão ou separação equilibrada de poderes em legislativo, executivo e judicial, que “*se reconocen cada uno por sí mismo como ejercicio democráticamente autorizado del poder del Estado*”<sup>360</sup>; b) a legitimação orgânico-pessoal, a consistir em que os titulares do exercício do poder de decisão estatal estejam ligados a uma cadeia de legitimação que remete ao povo de forma ininterrupta<sup>361</sup>; c) a legitimação material, que exige que o conteúdo das decisões tomadas no exercício do poder estatal sejam diretamente derivadas do povo, ou se conciliem com a vontade do povo<sup>362</sup>.

A retomar a teoria de Waldron tendo em mente essas categorias de legitimação, nota-se que o autor confere importância determinante à legitimidade orgânico-pessoal das decisões sobre direitos. Neste quesito, não há dúvidas sobre a vantagem dos órgãos legislativos, sempre legitimados de forma mais imediata que juízes constitucionais, ainda que estes também costumem estar legitimados democraticamente (de forma mais ou menos direta)<sup>363</sup>.

A importância de uma legitimação mais próxima, nesses termos, fica clara na defesa de Waldron dos procedimentos de eleição de legisladores por sufrágio eleitoral, em eleições que – se devidamente funcionais – cidadãos são tratados de forma igual, e vêm a permitir decisões (por maioria) respeitadas às posições dissonantes dos membros dessas sociedades, a

---

<sup>358</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La democracia como principio institucional, in \_\_\_\_\_. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. esp. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, pp. 47-131, 2000, p. 47: “*el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del Pueblo o puedan ser atribuidos a él*”.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>363</sup> WALDRON, Jeremy. The core..., p. 1394. Ainda que seja frequentemente possível traçar uma cadeia de legitimidade de juízes constitucionais ao povo. Esse argumento não é apresentado por Waldron, que se limita a comentar o procedimento de indicação dos *Justices* à Suprema Corte norte-americana, em que, em linhas gerais, são todos indicados pelo presidente e sujeitos à aprovação do Senado (cf. artigo 2º, seção II, cláusula II, da Constituição dos Estados Unidos da América). No Brasil, adotou-se procedimento semelhante, que também consiste na indicação do Presidente e aprovação do Senado (cf. artigos 52, inciso III, a; 84, inciso XIV; e 101, parágrafo único da Constituição Federal do Brasil). Mas esse tipo de indicação está longe de ser uma unanimidade. Em Portugal, dos treze juízes Conselheiros, dez são designados pela Assembleia da República e três cooptados pelos próprios juízes, de forma que três dos indicados pela Assembleia, e os três cooptados, já devem ser juízes de outros órgãos judiciais (cf. art. 222 da Constituição da República Portuguesa e artigo 12º da Lei nº 28/82).

reproduzir da melhor maneira possível aquilo que aconteceria se o povo por inteiro fosse ouvido sobre as questões em disputa<sup>364</sup>. A essência da legitimidade deste tipo de procedimento para a decisão política está na tentativa de satisfazer as expectativas de isonomia e igualdade que devem orientar os desenhos institucionais de uma democracia<sup>365</sup>.

Ademais, para Jeremy Waldron, o método legislativo de tomada de decisões sobre direitos fornece uma boa resposta (ainda que parcial<sup>366</sup>) para o problema da autoridade dessas decisões: trata-se de um procedimento que responde à pergunta sobre a autoridade que deve decidir sobre direitos com uma instituição que tem, como inspiração ideal, a busca pela garantia de participação de todos os cidadãos em igual medida nas decisões que dizem respeito aos seus direitos<sup>367</sup>.

Mas o ponto principal da valorização da legitimação orgânico-pessoal daqueles que decidem questões sobre direitos é a relação que traça Waldron entre o método de decisão e os fundamentos de uma ordem política liberal em que cidadãos são tidos como sujeitos de direitos. Para o autor, o reconhecimento de que indivíduos têm direitos implica na autonomia de decidir como agir no exercício desses direitos. Isso pressupõe uma compreensão da natureza humana em que cada um desses indivíduos merece a confiança na sua capacidade de agir no exercício desses direitos de forma (pelo menos) aceitável<sup>368</sup>. Afinal, se fosse assumida uma compreensão do homem que tem como ponto de partida a desconfiança e a convicção de que a liberdade propiciada por direitos resultará, com muita probabilidade, em atitudes moralmente reprováveis – em termos hobbesianos, que o homem venha continuamente a incorrer no absurdo de violar direitos alheios, a guiar-se por sua ambição, avareza e cólera<sup>369</sup> –, fará pouco sentido organizar um Estado em torno de cidadãos entendidos como sujeitos de direito<sup>370</sup>.

---

<sup>364</sup> WALDRON, Jeremy. *The core...*, pp. 1387-1388.

<sup>365</sup> “(...) *we believe our complicated electoral and representative arrangements roughly satisfy that demand for political equality – that is, equal voice and equal decisional authority*”. WALDRON, Jeremy. *The core...*, p. 1389.

<sup>366</sup> WALDRON, Jeremy. *Law...*, pp. 108 e ss.: “*A piece of legislation deserves respect because of the achievement it represents in the circumstances of politics: action-in-concert in the face of disagreement*”. Waldron apresenta a sua solução de vias legislativas como meio de garantir a autoridade das normas jurídicas como uma alternativa (ainda que menos bem definida) à tese de Raz sobre a autoridade do direito. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement...*, p. 101.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>369</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 92-93, 96. Para Hobbes, é injusto (ou absurdo – termo que atribui à escolástica –) que o homem viole os direitos dos demais depois de renunciar, na passagem do estado de natureza para o estado civil, ao seu direito de fazê-lo.

<sup>370</sup> “*If, on the other hand, the desire for entrenchment is motivated by a predatory view of human nature and of what people will do to one another when let loose in the arena of democratic politics, it will be difficult to explain how or why people are to be viewed as essentially bearers of rights*”. WALDRON, Jeremy. *Law...*, p. 222.

E é isso que caracteriza, para Waldron, a melhor concepção de um direito à participação política. O legado da luta social pelo sufrágio universal não deve ser a autonomia para participar apenas em um tipo cotidiano e menor de decisão política, enquanto as decisões importantes sobre direitos ficam resguardadas para a decisão de um grupo elitista de juízes<sup>371</sup>. “*It is impossible (...) to think of a person as a right-bearer and not think of him as someone who has the sort of capacity that is required to figure out what rights he has*”<sup>372</sup>, afirma Waldron, a reforçar a ideia de que compreender ontologicamente um cidadão como um sujeito de direitos já fornece a justificação para que as desavenças sobre esses direitos sejam resolvidas por procedimentos que remetam essas decisões, da forma mais direta possível, aos próprios cidadãos<sup>373</sup>.

Com isso, tem-se que as decisões de órgãos legislativos estão dotadas de uma abrangente e valorosa legitimação orgânico-pessoal. Mas, como afirma Böckenförde, esta não é a única forma de legitimar a tomada de decisões em uma democracia. Elas também podem ser legitimadas materialmente, quando partem do povo ou são produzidas de forma a se identificar com a vontade do povo.

Segundo Böckenförde, este tipo de legitimação é obtido, sobretudo, com a atribuição da produção legislativa ao parlamento e com a conseqüente fidelidade dos demais órgãos de Estado a essas decisões<sup>374</sup>. Neste ponto, no que toca à jurisdição, aquilo que garante a sua legitimidade democrática (que não pode, por natureza, depender de instruções de mandatários eleitos e nem de uma legitimação pessoal direta) é uma vinculação estrita à lei, “*sin que quede margen de juego*”<sup>375</sup>. Corresponde, nesse ponto, uma responsabilidade do legislador pela produção de leis suficientemente determinadas para que sejam passíveis de aplicação (“meramente”) interpretativa<sup>376</sup>.

Como afirma Paulo Otero, a legitimação democrática exige que as principais decisões políticas, e o poder que incorre na autoridade para proferir tais decisões, estejam localizados nos órgãos mais diretamente representativos, legitimados de forma direta e imediata. As decisões judiciais, que dependem de legitimação material, devem estar “contaminadas” pela legitimação direta das leis, expressões da vontade do povo manifestada

---

<sup>371</sup> *Ibidem*, pp. 249-250.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>373</sup> *Ibidem*, pp. 251-252.

<sup>374</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia..., p. 62.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 65.

por seus representantes, o que ocorre quando tais decisões estão sobretudo fundadas na aplicação vinculada da lei<sup>377</sup>.

Ocorre que, em Waldron, parece haver uma constatação de que em modos de vida permeados por um desacordo abrangente, é impossível que uma decisão sobre direitos possa ser legitimada *materialmente*. Afinal, não há como medir a correção de decisões sobre direitos, e resta atribuir um grande valor procedimental à estrutura das casas legislativas, com o reconhecimento da importância da participação mais direta de indivíduos nas decisões sobre o conteúdo e concretização de seus direitos – isto é, na legitimação *orgânico-pessoal* das decisões. Os procedimentos de decisão legislativa são valorizados por razões de justiça e equidade procedimental, e não pela possibilidade de que possam tornar mais provável a (improvável) busca por decisões que vão em interesse de todos<sup>378</sup>.

Essa posição não é capaz de explicar a observação feita por Böckenförde de que só faz sentido que a deliberação democrática venha antes (e não depois) da decisão por maioria<sup>379</sup> como parte da formação da *legitimação material* da legislação democrática, isto é, como meio de buscar decisões identificadas com a vontade do povo<sup>380</sup>. A justificação da deliberação precedente à decisão, para Waldron, radica em razões procedimentais, e não por acaso ela é elencada como apenas mais um dos elementos dados pelo autor para um bom procedimento democrático.

Para Didier Mineur, que endossa essa mesma posição “procedimentalista” sobre a deliberação, a ausência de uma verdade objetiva sobre as questões sobre as quais há disputa política (ou a falta de método para descobri-la, quando se afirma a sua existência) torna equivocada qualquer tentativa de justificação da deliberação legislativa como a busca de uma decisão mais correta. As razões que de fato endossam o procedimento democrático são de natureza procedimental: i) as pessoas cujas vidas serão afetadas pelas normas decididas participam (ainda que de forma mediada) dessas decisões; ii) trata-se de um procedimento orientado pela equidade, vez que é capaz de dar voz ao maior número de sujeitos diferentes, e

---

<sup>377</sup> OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*, v. II: Organização do Poder Político. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 79-81.

<sup>378</sup> A forma adotada por Fernando Atria para compreender as instituições estatais contemporâneas (e as instituições jurídicas, em geral) é, em um primeiro momento, a de identificar o sentido dessas instituições, formulada como a busca de uma função, de algo improvável que as instituições buscam tornar provável. Nesse sentido, a legislação democrática “*es una institución cuyo sentido es identificar lo que va en el interés de todos*”. ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 459.

<sup>379</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia...*, p. 114.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 62. Para uma leitura “material” da posição de Böckenförde sobre a deliberação, cf. ATRIA, Fernando. *La forma...*, pp. 174 e ss.

a possibilidade de que estes convençam os demais de suas posições, a permitir que o maior número de envolvidos seja capaz de tentar orientar o resultado da decisão política<sup>381</sup>.

A despeito dos argumentos de Mineur e Waldron, não parece que a afirmação de que não há método para encontrar verdades morais objetivas (ou que não importa se há decisões corretas sobre direitos) seja mais que um truísmo, e tampouco que seja suficiente para negar a tese dworkiniana sobre a resposta correta. Mas mais interessante, para os objetivos desta seção, são as consequências da impossibilidade de uma legitimação *material* das decisões sobre direitos, que, como aponta Fernando Atria, promove a redução das possibilidades de legitimação democrática à legitimação *orgânico-pessoal*<sup>382</sup>.

Por essa perspectiva, nota-se que, no pensamento de Jeremy Waldron, tanto as decisões da jurisdição constitucional quanto as decisões legislativas são compreendidas como decisões que não podem se legitimar materialmente em condições de desacordo, isto é, nas circunstâncias da política.

Mas isso não quer dizer que a prática ordinária da jurisdição é ilegítima no pensamento de Waldron. Pelo contrário, o autor aponta em direção a uma legitimação dessa atividade justamente a partir da lei criada por órgãos legislativos, aproximando-se à ideia da legitimação por “contaminação” afirmada por Paulo Otero<sup>383</sup>, ainda que as implicações exatas de sua teoria sobre a prática adjudicativa sejam controversas<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> MINEUR, Didier. La délibération préalable à la décision majoritaire: justification substantielle ou procédurale? *Raisons politiques*, Paris, n. 60, pp. 129-147, 2015, pp. 143-145. Para Mineur, isto não quer dizer que a opção por uma democracia é uma mera escolha pragmática. Trata-se de uma escolha moral por um regime que leva o desacordo a sério, a respeitar as pessoas em desacordo, na formulação de seus procedimentos de decisão: “*En effet, le choix de la démocratie pour trancher le désaccord, de préférence à d’autres procédures de décision, est un choix moral: il subsume le désaccord sous un accord fondamental, qui pose justement la légitimité du désaccord, et l’égalité de tous les participants à la décision*”. MINEUR, Didier. La délibération..., p. 146.

<sup>382</sup> Afirma Atria, sobre o tipo de crítica ao *judicial review* promovido por Waldron: “*Es común que al discutir este tema el punto de partida sea alguna comprensión usualmente tosca de democracia que reduce, como ya hemos visto, la legitimación material a la legitimación orgánico-personal. Luego los caminos se bifurcan, naturalmente: si el autor es escéptico del “judicial review”, su conclusión será que no hay razón para “confiar” más en jueces que em los representantes del pueblo en la medida en que estos tienen, a diferencia de aquellos, más ‘legitimación democrática’ (‘más’ aquí es lo mismo que ‘más inmediata’) (...); si el autor respectivo defiende el judicial review, será necesario introducir una comprensión ‘sustantiva’ de democracia en la que esta no es reducible a la prioridad de la legitimación orgánico-personal, sino también al respeto de un determinado catálogo de derechos fundamentales*”. ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 252.

<sup>383</sup> WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, n. 2, pp. 373-394, 2003, p. 379: “*Judicial decision-making does not present itself in public as a process for changing the law. Quite the contrary: any widespread impression that judges were acting as law-makers, rather than law-appliers, would detract from the legitimacy of their decisions in the eyes of the public. And this popular perception is not groundless. Courts are not set up in a way that is calculated to make law-making legitimate. Legislatures, on the other hand, exist explicitly for the purpose of law-making*”. Cf., também, WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 411-433.

<sup>384</sup> Contra a interpretação de Waldron como um “formalista”, cf. GALLEGO, Javier. La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado. *Isonomía*, Cidade do México, n. 50, pp. 6-48, 2019.

O que se pode inferir é que há, em Waldron, tanto a afirmação de uma diferença importante entre jurisdição e jurisdição constitucional<sup>385</sup>, bem como uma semelhança importante entre esta última e a prática legislativa. Embora não haja um reconhecimento explícito de algo como a afirmação de Jürgen Habermas, para quem “*lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador*”<sup>386</sup>, o fato de que Waldron equipara materialmente jurisdição e legislação (quando se trata de decidir sobre direitos) sugere que há, como pressuposto, alguma conclusão análoga à de Habermas.

É por haver essa equiparação, bem como uma separação entre os fundamentos da adjudicação ordinária e o *judicial review*, que a tentativa de fidelidade ao texto constitucional aparece não como um meio de “contaminar” as decisões com a legitimidade do legislador constituinte, mas sim como um empecilho a um melhor raciocínio e argumentação na prática adjudicativa.

No último capítulo deste trabalho, se buscará defender que essa posição a que se chega a partir de Waldron está correta: há razões importantes pelas quais não faz sentido entender decisões de jurisdição constitucional sob os mesmos critérios das decisões da jurisdição comum. Ocorre que o foco da crítica de Jeremy Waldron à fiscalização judicial da constitucionalidade não está nessa diferença. Como já ficou claro, a sua intenção é a de defender que órgãos legislativos são instituições melhor preparadas para tomar decisões sobre direitos que tribunais. Isso fica muito claro pela opção de Waldron em apresentar o núcleo de sua crítica com a determinação de critérios sociais e institucionais que, satisfeitos em uma sociedade hipotética, tornariam irrefutáveis seus argumentos contra a jurisdição constitucional<sup>387</sup>. A consequência muito previsível dessa opção metodológica é tornar a sua crítica suscetível às respostas daqueles que não identificam, nas condições de suas próprias comunidades políticas,

---

<sup>385</sup> Sobre isso, cf. 3.1, *infra*.

<sup>386</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 315.

<sup>387</sup> Waldron elenca quatro critérios que devem ser observados na prática política de uma sociedade para que a sua crítica à fiscalização judicial da constitucional de atos normativos seja válida: a) a presença de instituições democráticas, que incluem legislaturas representativas eleitas por sufrágio universal, em um funcionamento razoavelmente bom; b) a institucionalização de órgãos judiciários que também funcionam de forma razoavelmente boa na manutenção de um Estado de direito; c) uma cultura social compartilhada de forma suficientemente generalizada (entre cidadãos e agentes do Estado) de garantia de direitos individuais (inclusive de minorias); d) um desacordo permanente e generalizado entre os cidadãos sobre como concretizar na prática o exercício dos direitos que os membros da sociedade entendem que devem ser garantidos. WALDRON, Jeremy. *The core...*, p. 1360.

os requisitos elencados por Waldron para desabonar a jurisdição constitucional<sup>388</sup> - ainda que o próprio Waldron ressalte que uma crítica desse tipo nunca serve, sozinha, para justificar a atividade de tribunais constitucionais<sup>389</sup>.

Neste breve excursus, foram abordadas, brevemente, as considerações de Alexander Bickel e Jeremy Waldron sobre a jurisdição constitucional. Trata-se de construções teóricas que apontam diferentes aspectos da tensão entre a democracia e a forma paradigmática de decisão política pelas legislaturas, e a prática decisória de tribunais constitucionais.

Neste contexto, variam, também, as soluções indicadas. O modelo do juiz constitucional de Alexander Bickel é o do juiz que diz menos do que pode dizer. Waldron, por sua vez, não tem um modelo do juiz constitucional, vez que essa figura não tem lugar em seu projeto de uma organização constitucional democrática. Na volta ao trabalho de Hart Ely que segue – trabalho que sucedeu Bickel e antecedeu Waldron, nesse esboço de uma linha contínua de teorias apresentado aqui –, será apresentado o modelo de Ely como um tipo ideal de juiz que diz apenas aquilo que precisa, quando precisa.

### **2.2.2. John Hart Ely e as questões de procedimento**

Conforme apresentado anteriormente, John Hart Ely rejeita as soluções da teoria de sua época para o problema da adjudicação constitucional e, a partir dessa crítica, propõe um desenvolvimento próprio para a interpretação e a adjudicação constitucional, a buscar uma sofisticada “terceira via” de modelo para a justiça constitucional. Neste âmbito, seu objetivo é, ao menos em parte, o de construir uma teoria para o papel da jurisdição constitucional que faz jus àquilo que, em sua interpretação, consiste na essência da história institucional do constitucionalismo estadunidense, em suas características democráticas e representativas<sup>390</sup>.

Assim, a fazer uma analogia entre a política e o mercado (o que já indica, em si, uma ideia de filosofia política<sup>391</sup>), o papel de um tribunal constitucional em Hart Ely deve ser um papel “antitruste”, e não regulatório. Como um árbitro em um jogo de futebol, sua intervenção deve se limitar à garantia de que o jogo se desenvolva com o respeito mútuo de

---

<sup>388</sup> Para uma crítica deste tipo no contexto colombiano, mas facilmente generalizável para toda a América Latina, cf. ROA ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia em Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 44, pp. 57-98, 2019.

<sup>389</sup> “(...) *it does not follow that judicial review of legislation is defensible whenever the assumptions fail. There may be other good arguments against judicial review that are not conditioned on assumptions like mine. Or it may be the case that judicial review offers no hope of ameliorating a particular situation*”. WALDRON, Jeremy. *The core...*, p. 1402.

<sup>390</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 88.

<sup>391</sup> Cf. TUSHNET, Mark. *Darkness...*, pp. 1053-1057.

todos os participantes e o cumprimento de suas regras, sem atuar em prol da vitória de algum dos times. Pondo de lado a metáfora, a necessidade é a de um órgão institucional que tenha por preocupação não o resultado material de decisões legislativas, mas a garantia de que essas decisões sejam proferidas por um processo confiável (o que envolve a possibilidade de uma participação isonômica de todos os grupos sociais nos procedimentos políticos) e que elas não se voltem à discriminação das minorias sociais<sup>392</sup>. Em uma passagem que anuncia as preocupações que viriam a ocupar uma posição central na obra de Jeremy Waldron, afirma Hart Ely: “our government cannot fairly be said to be ‘malfunctioning’ simply because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however strongly”<sup>393</sup>.

A necessidade de um órgão que desempenha tal função, segundo Hart Ely, parte da percepção de que o arranjo institucional elaborado pelos *framers* da Constituição estadunidense<sup>394</sup> não seria suficiente para dar conta da proteção de minorias. A proteção de muitos, afinal, não é a proteção de todos. Com isso, faz-se necessária uma ordem constitucional que acomode aquilo que Ely chama de um “ataque frontal” contra a tirania da maioria, isto é, a tomada de decisões que se recusam a levar em conta os interesses e direitos das minorias, e nas quais é impossível que tais grupos se vejam representados. É este tipo de ataque que cabe, em Hart Ely, à jurisdição constitucional<sup>395</sup>.

E Ely acredita que essa preocupação já constava da tradição da *Supreme Court*, tendo sido apresentada expressamente na nota de rodapé nº 4 da decisão do *Justice Stone* em *United States v. Carolene Products Co.*, proferida em 1938<sup>396</sup>. Naquela passagem, já se falava, primeiro, que as decisões legislativas que restringem o processo político democrático ou a capacidade das instituições em que este processo se desenvolve para evitar decisões injustas, devem ser alvo de especial escrutínio: as vias do sistema democrático devem permanecer desinibidas à participação generalizada. Segundo, que as legislações que afetam direitos de

---

<sup>392</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, pp. 102-103.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>394</sup> Isso não quer dizer que não havia, dentre os elaboradores da Constituição norte-americana, uma preocupação com a proteção de minorias. Ely explica que tal preocupação pode ser identificada não apenas com a institucionalização da *Bill of Rights*, carta que viria a ser aprovada alguns anos depois da Constituição em si, mas, sobretudo, na distribuição constitucional do poder voltada à garantia do acesso da maior variedade possível de vozes nos âmbitos de poder político, de forma que uma coalisão majoritária, sozinha, não pudesse ter um controle absoluto do poder. *Ibidem*, pp. 79-80.

<sup>395</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

<sup>396</sup> Bruce Ackerman oferece um contexto histórico da decisão, apontando a sua ocorrência em um momento de reconstrução de legitimidade da Suprema Corte após a sua divergência e eventual capitulação às políticas do *New Deal* do presidente Franklin Roosevelt. ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 98, n. 4, pp. 713-746, 1985, pp. 713-714.

minorias distintas e isoladas (*discrete and insular*) e o seu acesso ao procedimento democrático, por preconceito ou razões discriminatórias, devem ser coibidas<sup>397</sup>.

Para Ely, as duas direções em que o argumento segue partem de um ponto comum: a participação nos procedimentos democráticos. Por um lado, trata-se de uma preocupação com a isonomia da participação no procedimento político em si, e a exigência de que os membros de uma comunidade política tenham a possibilidade de acesso e de manifestar a sua voz na mesma medida em que seus pares. Por outro lado, aparece uma preocupação com o resultado das decisões políticas, mas apenas no que toca à *participação* de todos na alocação de direitos e benefícios cuja distribuição é ordenada por decisões políticas<sup>398</sup>.

Em sociedades democráticas contemporâneas, falar em *participação* no sistema político exige que se considere a necessária mediação dessa participação por representantes eleitos. Para Ely, a representação democrática permite que as duas ideias de participação sejam unificadas: os representantes, atores do processo político, têm o dever de representar o povo por inteiro, inclusive garantindo os interesses de minorias contra a discriminação, mesmo sem pertencer a estes grupos. Nesses termos, é a incapacidade do sistema político de tornar representados os interesses de todos, ainda que virtualmente (sem a participação direta de membros das minorias em questão), que justifica a intervenção da jurisdição constitucional<sup>399</sup>.

Traçados esses objetivos, sob a influência de Alexander Bickel, Hart Ely também busca argumentar que o papel que ele elege para a jurisdição constitucional é um papel adequado (ou o mais adequado) para os juízes constitucionais de uma democracia constitucional. Entretanto, se em Bickel este papel era o de garantir uma sobrevivência de princípios fundamentais da comunidade política contra o pragmatismo da política cotidiana, para Ely trata-se da garantia de um bom funcionamento dos procedimentos políticos e da atuação dos representantes eleitos, função adequada a ser desempenhada por uma instituição (em tese) isolada da disputa política<sup>400</sup>.

Com isso, fica determinado o ponto central da teoria de John Hart Ely sobre a jurisdição constitucional, que pode ser sintetizado nesses pontos: i) o tribunal constitucional deve atuar para garantir o bom funcionamento do procedimento democrático; ii) há dois tipos de problemas que são inaceitáveis para o procedimento democrático: o bloqueio das vias de participação, e a produção de decisões políticas discriminatórias contra minorias; iii) juízes

---

<sup>397</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 76.

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>400</sup> *Ibidem*, pp. 103-104.

constitucionais, como terceiros imparciais ao procedimento democrático, são hábeis para avaliar a correção democrática de tais decisões.

A partir desses pontos, o autor se dedica, então, a desenvolver linhas de decisão que deveriam ser seguidas pela *Supreme Court* para garantir uma atuação devida em determinados tipos de casos constitucionais. Ainda que boa parte dessas discussões esteja bastante focada na experiência institucional particular dos Estados Unidos, as preocupações são passíveis de universalização e merecem uma breve apresentação aqui, sobretudo porque permitem entender qual o tipo de decisão que Ely entende estar dentro da delimitação das questões de procedimento que cabem a um tribunal constitucional.

Dada a sua importância para a justiça procedimental da democracia, a liberdade de expressão (a englobar a liberdade de fala, de imprensa e de manifestação) deveria ser objeto de especial preocupação, por ter um papel constitutivo para um ambiente político livre e democrático e, por consequência, para o bom funcionamento da ordem política, seja em seu momento eleitoral, seja na criação normativa<sup>401</sup>. Além disso, seria preocupante a possibilidade de que mandatários eleitos entendessem por bem restringir o direito de manifestação daqueles que não ocupam cargos eletivos, como meio de mantê-los alheios ao procedimento político e bloquear suas vias de acesso. Nessas hipóteses, Ely defende que a justiça constitucional deveria avaliar se a proibição a determinados meios de expressão é válida (uma restrição à utilização de carros de som de madrugada em uma cidade, por exemplo), o que só pode ser decidido casos específicos, e não genericamente<sup>402</sup>. Por outro lado, no que toca ao conteúdo a ser transmitido, as possibilidades de restrição devem ser fixas e permissivas (tanto quanto possam ser), a fim de evitar as possibilidades de arbítrio que acompanham qualquer limitação dessas liberdades<sup>403</sup>.

Ely ressalta, também, a necessidade de atenção contra as restrições legais ao direito ao voto. Como nos casos a envolver a liberdade de expressão, também aqui pode haver um interesse ilegítimo de mandatários eleitos em perpetuar ou incrementar determinadas iniquidades do *status quo*, postura que deve ser controlada pela justiça constitucional<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 105. Para Paulo Otero, os meios de comunicação social representam um importante poder informal de controle dos atores do poder político, dada a possibilidade da responsabilização informal pelos desfeitos desses agentes, e propiciam um espaço de fomento do pluralismo e do contraditório para a opinião pública. Alerta, entretanto, quanto aos riscos de manipulação sobre determinadas questões políticas que a influência dessas instituições representa. OTERO, Paulo. *Direito...*, v. II, pp. 148 e ss. Apesar dos alertas de Otero quanto ao poder manipulativo dos grupos da comunicação social, o progresso tecnológico neste âmbito traz à tona novas realidades que, se não afastam as preocupações apresentadas pelo autor, tornam a situação mais dinâmica e complexa.

<sup>402</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 110.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 117.

É interessante observar que, ao determinar que à jurisdição constitucional cabe a vigilância sobre as restrições à liberdade de expressão (em suas várias dimensões) e ao direito ao voto, Hart Ely reforça a sua atuação como garante da democracia em dois importantes aspectos: a manifestação de vontade de um povo em uma democracia, conforme lembra Miguel Nogueira de Brito, se exprime tanto pelo voto quanto pela voz, constituída por seus juízos, opiniões e manifestações no campo do diálogo público<sup>405</sup>.

A ideia de Hart Ely sobre a proteção do procedimento democrático é sintetizada pelo próprio autor em uma passagem em que deixa clara a ideia da garantia de que o acesso à política institucional seja mantida livre de obstruções ilegítimas: “*we cannot trust the ins to decide who stays out, and it is therefore incumbent on the courts to ensure not only that no one is denied the vote for no reason, but also that where there is a reason (as there will be) it had better be a very convincing one*”<sup>406</sup>.

A passar ao segundo tipo de preocupação, John Hart Ely volta a sua atenção à possibilidade dos *resultados discriminatórios* do processo de decisão democrático. Em Ely, está presente com clareza o problema de que, por vezes, a situação de determinados grupos sociais será insuficientemente tutelada por uma jurisdição constitucional que fiscaliza apenas os procedimentos políticos de decisão e os direitos mais diretamente relacionados a estes. Afinal, mesmo que haja acesso ao sistema político, minorias estão por natureza sujeitas à restrição de seus direitos para além do que é constitucionalmente aceitável, a despeito de sua participação no procedimento que leva a tal restrição<sup>407</sup>.

Trata-se de um desenvolvimento da segunda ideia apresentada na citada nota da decisão da *Supreme Court* no caso *Carole Products*: a necessidade de que a jurisdição

---

<sup>405</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 106-107.

<sup>406</sup> ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 120. A possibilidade de renovação dos agentes eleitos, cuja importância é reforçada por Ely, é destacada também por Paulo Otero. Para Otero, o princípio da renovação (que justifica limitações ao exercício vitalício de cargos públicos, bem como a múltiplas reeleições a determinados cargos) decorre do princípio republicano, e materializa um compromisso com a limitação do exercício do Poder pelos representantes eleitos, com o arejar das soluções decisórias e, naquilo que parece mais importante, com a “democraticidade da democracia”, isto é, o acesso de um maior número de pessoas aos postos da vida pública. OTERO, Paulo. *Direito...*, v. II, pp. 81-83. Interessante destacar que o Tribunal Constitucional português já declarou a inconstitucionalidade de uma norma por retirar restrições ao direito de participação de portugueses não residentes às eleições ao Parlamento Europeu vindouras (o regime resultante da norma que foi rejeitada permitiria que os portugueses residentes em qualquer país e continente participassem do pleito). Cf. Acórdão n° 320/89 do Tribunal Constitucional português. Diário da República n. 78/1989, 04 abr. 1989, pp. 1425-1443. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/614613/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>407</sup> “*No matter how open the process, those with most of the votes are in a position to vote themselves advantages at the expense of others, or otherwise to refuse to take their interests into account*”. ELY, John Hart. *Democracy...*, p. 135.

constitucional tenha atenção sobre as decisões que afetam de forma ilegítima minorias isoladas politicamente do restante da sociedade, baseadas em motivos preconceituosos.

Mas a coerência da teoria constitucional de Ely depende de que ele possa determinar as formas pelas quais um tribunal pode intervir nos resultados das decisões legislativas sem que isso se torne uma autorização para um julgamento da correção moral ou adequação política dessas leis. Afinal, o mero desacordo quanto à substância de determinada lei não é, em Ely, constitucionalmente relevante, e não justifica a intervenção judicial nas decisões legislativas<sup>408</sup>. O autor apresenta, então, um tratamento sem pretensão de taxatividade de algumas questões que deveriam estar dentre as preocupações de um tribunal constitucional.

Uma dessas questões é a *motivação* que leva à produção de um ato normativo. Em Ely, se é possível identificar que uma motivação discriminatória foi determinante para a formulação e aprovação de uma norma, existe um motivo constitucionalmente relevante para afastá-la. Embora essa postura levante algumas questões pragmáticas, como a dificuldade para determinar quais são de fato as motivações por trás de uma decisão legislativa, e a possibilidade de que, mesmo em casos de discriminação, seja possível encontrar um motivo legítimo putativo, Ely reforça que haverá casos em que não há motivo plausível a ser identificado (mesmo que perniciosamente) que não seja o discriminatório, e que nestes casos justifica-se a atuação do tribunal constitucional em sua rejeição<sup>409</sup>.

A outra preocupação importante de Hart Ely é com o controle sobre normas que adotam classificações e distinções de grupos sociais para a busca de algum objetivo determinado. Tais classificações, quando segregam determinados grupos sujeitos ao preconceito<sup>410</sup> (grupos raciais, nacionais *etc.*), devem ser tidas como suspeitas e atribuídas de um ônus acrescido de justificação da adequação da norma para seus fins, e da importância, de fato, destes fins<sup>411</sup>.

O preconceito (problema levantado, lembre-se, na decisão do caso *Carolene Products*) é destacado por Hart Ely pela sua capacidade de corromper os mecanismos democráticos de convivência política entre diferentes grupos reunidos na mesma comunidade. O preconceito afinal, distorce a percepção da realidade e impede que sujeitos reconheçam existência de interesses em comum entre diferentes grupos – reconhecimento que levaria ao

---

<sup>408</sup> *Ibidem*, pp. 135-136, p. 145, p. 170, p. 181.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 136-139. Em resposta à possibilidade de que o legislativo aprove novamente aquela norma, alegando uma mudança de objetivos, que podem ser aceitos pela justiça constitucional, assevera Ely: “*so what? We don’t regard the system as having failed a person whose conviction was reversed because the jury was biased is reconvicted by an unbiased jury on remand: indeed we regard it as vindicated*”. *Ibidem*, p. 139.

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 148.

intercâmbio de apoios políticos e à construção de um ambiente político democrático mais funcional<sup>412</sup>.

Ely reconhece, ainda, que a situação de diferentes grupos sociais será afetada de formas diversas, uma vez que cada grupo minoritário mantém diferentes relações sociais com outras minorias e majorias. Isto implica em diferentes tipos de prejuízo do acesso desses grupos às vias políticas, o que influenciará a determinação da relevância constitucional da fiscalização das normas que os atingem<sup>413</sup>.

E uma derradeira possibilidade consiste na atenção preventiva às produções legislativas que abrem espaço para uma arbitrariedade discriminatória em sua aplicação. Aqui, entretanto, embora Ely seja capaz de apontar o problema – que o espaço de discricionariedade deixado por normas sempre pode levar à discriminação –, e que há fatores sociais que implicarão na aplicação deste tipo de norma de formas diferentes para uns (mais semelhantes aos participantes dos processos legislativos) que para outros (negros, pobres), Ely não apresenta exatamente que tipo de papel um tribunal constitucional pode desempenhar na sua solução. Será certamente difícil precisar onde está o limite para uma vagueza aceitável das leis (que por vezes será não só aceitável, mas recomendável, como afirmava Hart<sup>414</sup>), bem como de que forma se poderá impedir a omissão de representantes eleitos que abrem mão ilegitimamente do seu papel de legislar, a fim de impedir e mitigar as possibilidades de tratamento desigual deixada por normas excessivamente vagas<sup>415</sup>.

Em que pese a profundidade e sofisticação do esforço de John Hart Ely em apresentar uma jurisdição constitucional apta a garantir e aperfeiçoar o bom funcionamento dos procedimentos democráticos, a sua solução é vulnerável às críticas que identificam um fracasso na tentativa de estabelecer um modelo de juiz constitucional livre de um papel determinante das convicções morais daqueles que ocupam as cadeiras de um tribunal. Para demonstra-lo, vale retomar um dos objetivos do autor na forma de um questionamento: Ely tem sucesso em

---

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>413</sup> Ely se dedica, em seu texto, à discussão de determinadas particularidades das formas em que um tribunal poderia suprir os déficits de participação de diferentes grupos tidos como politicamente minoritários na sociedade dos Estados Unidos – nomeadamente, homossexuais, mulheres, estrangeiros e negros cf. *Ibidem*, pp. 160-170. Opta-se por não apresentar as minúcias desse argumento de Ely aqui pelo reconhecimento de que as características dos movimentos políticos pelo reconhecimento dos direitos de cada um desses grupos se manifesta de formas muito diferentes e completamente contingentes às realidades sociais em que estes se desenvolvem. Uma discussão do assunto de forma genérica e abstrata a partir da obra de um constitucionalista estadunidense dos anos 80 não faria jus às dimensões que essas questões assumem em nossas sociedades hoje.

<sup>414</sup> Sobre Hart e a vagueza das normas, cf. 2.1.1, *supra*.

<sup>415</sup> ELY, John Hart. *Democracy...* p. 177.

construir uma teoria do *judicial review* que não conceda a juízes o poder para decidir as questões de moralidade política importantes em nossas sociedades<sup>416</sup>?

Nesse sentido, a crítica de Ronald Dworkin se mostra bastante esclarecedora. Para Dworkin, a teoria de Ely não aparece como uma rejeição dos julgamentos políticos por tribunais, mas sim como uma defesa normativa de uma concepção específica de democracia<sup>417</sup>. Afinal, a afirmação de que o tribunal constitucional deve agir apenas em prol dos procedimentos democráticos pressupõe uma concepção segundo a qual os tribunais não fazem parte da essência do procedimento democrático. A questão é que o próprio conceito de democracia é um conceito polêmico cujo conteúdo é teorizado por uma série de soluções incompatíveis entre si, o que aparece com frequência nas discussões sobre a jurisdição constitucional.

Segundo Ronald Dworkin, notoriamente um cético do valor das decisões por maioria<sup>418</sup> e um defensor do controle judicial da constitucionalidade, a democracia não só admite, como exige, o respeito a determinados princípios que serão melhor garantidos com a existência de uma jurisdição constitucional<sup>419</sup>. Ely, por sua vez, afirma que são ilegítimas as decisões que reavaliam as ponderações de valores efetuadas pelos legisladores. Aquilo que a desconstrução do pensamento de Ely por Dworkin revela é que é impossível afirmar que a democracia exige um determinado funcionamento das instituições sem que isto inclua (ou pressuponha) uma resposta – necessariamente controversa, política e carregada de posições subjetivas – sobre o que é “democracia”, em sua melhor luz<sup>420</sup>. Como afirma Didier Mineur, mesmo a opção por uma compreensão procedimentalista de democracia é uma decisão moral<sup>421</sup>.

Além disso, nos termos de Dworkin, se Ely encara como problemática a decisão de um tribunal que contraria o entendimento majoritário sobre questões políticas e morais controversas, do mesmo problema padece uma compreensão sobre a democracia:

*He says, as part of that argument, that there cannot be substantive political rights for the Court to discover because there is no consensus about what substantive political rights people have, or even whether they have any. Can he now suppose that there is a right answer to the question of what democracy really is, even though there is no consensus about what that answer is?*<sup>422</sup>

---

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. vii.

<sup>417</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 59: “the abstract ideal of democracy, in itself, offers no greater support for a process-based than an outcome-based jurisprudence of judicial review”.

<sup>418</sup> Para uma crítica esclarecedora sobre a compreensão de Dworkin acerca dos procedimentos de decisão majoritários, cf. WALDRON, Jeremy. *A majority in the lifeboat*. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 90, pp. 1043-1057, 2010.

<sup>419</sup> Cf. 2.3, *infra*.

<sup>420</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 59.

<sup>421</sup> MINEUR, Didier. *La délibération...*, p. 146.

<sup>422</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 59.

Em sentido semelhante, Mark Tushnet indica que a posição de Hart Ely, ao prescrever aos juízes a correção dos procedimentos e não a busca pelas decisões mais corretas, não escapa de ser uma concepção valorativa sobre a atividade do tribunal constitucional<sup>423</sup>. “*No more do we believe in Democracy than we do in Justice*”<sup>424</sup>, afirma Tushnet, a ressaltar a existência do desacordo sobre as questões Ely tenta resolver pelo apelo à ideia de democracia<sup>425</sup>.

Aqui, é interessante apresentar as conclusões distintas a que chega Bruce a partir da mesma nota de rodapé do caso *Carolene Products*. Primeiro, Ackerman entende que as limitações impostas pelo texto daquela decisão – a referir-se especificamente à proteção de minorias “distintas e isoladas” (“*discrete and insular*”) – seriam arbitrárias e equivocadas, uma vez que há grupos minoritários sujeitos aos mesmos tipos de discriminação que não se encaixam nesses atributos<sup>426</sup>.

Por outro lado, Ackerman indica que a ideia de uma atividade da jurisdição constitucional que atua contra o “preconceito” não pode funcionar senão como um julgamento sobre a correção moral das decisões legislativas, em que o juiz avalia as razões plausíveis que podem fundamentar uma lei e avalia se *estas* devem ser entendidas como preconceituosas e, portanto, constitucionalmente inaceitáveis<sup>427</sup>. A preocupação que corresponde a esta constatação, como em qualquer questão política de nossas sociedades, é o desacordo: “*one person’s ‘prejudice’ is, notoriously, another’s ‘principle’*”<sup>428</sup>, adverte Ackerman. Nesse sentido, a proteção contra determinadas decisões legislativas entendidas como preconceituosas ou discriminatórias não é uma proteção procedimental contra um determinado tipo de raciocínio moral e político (embora este seja o entendimento de Hart Ely, que se propõe, então, a discutir as possibilidades de escrutínio judicial das motivações expostas pelos legisladores), mas sim

---

<sup>423</sup> TUSHNET, Mark. Darkness..., pp. 1045-1046.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 1047.

<sup>425</sup> Uma boa parte da crítica de Tushnet se dirige à rejeição de que a tese de John Hart Ely sobre os direitos de participação política como os mais importantes no Direito Constitucional norteamericano seja a melhor interpretação daquela história institucional: “*The untenability of Ely’s claim that participation is the basic value embodied in the Constitution becomes clear in applying his theory to the Bill of Rights. The effort to view the Bill of Rights solely as representation-reinforcing does not succeed (...)*”. *Ibidem*, pp. 1046. Uma crítica semelhante é colocada por Richard Posner, que entende que Ely tenta impor uma teoria política específica e controversa aos “*long dead framers*” da Constituição norteamericana. POSNER, Richard. Democracy and Distrust Revisited. *Virginia Law Review*, Charlottesville, vol. 77, pp. 641-651, 1991, p. 650.

<sup>426</sup> Para Ackerman, não há razão pela qual seja legítimo proteger a participação democrática de uma minoria isolada e não de uma geograficamente difusa, ou de uma minoria “distinta”, imediatamente reconhecível pelos demais, e não de uma “anônima”. ACKERMAN, Bruce. Beyond..., pp. 722-731.

<sup>427</sup> *Ibidem*, pp. 739-740.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 430. E, de forma mais elaborada: “*the critical legal question is of a very different kind: why are the political principles endorsed by some groups judicially recognized as vindicating the constitutionality of a statute, while others are viewed as inadmissible “prejudices” delegitimizing a statute’s claim to constitutionality?*”. *Ibidem*, p. 740.

uma delimitação de substância contra este tipo de decisão, que coloca determinado tipo de convicção para além do aceitável politicamente.

Com isso, Ackerman rejeita que se possa tratar da proteção de minorias contra decisões discriminatórias com fundamento em uma ideia *procedimental* de preconceito, que não se engaja com as questões de substância que permeiam o preconceito racial e religioso<sup>429</sup>. Uma ideia procedimental de preconceito, compreendida como a recusa não razoável em considerar com respeito e atenção os argumentos de opositores políticos, não se restringe a um determinado tipo de decisão e tampouco a apenas um dos lados do espectro político. “*It is simply self-congratulatory to suppose that the members of our persuasion have reached their convictions in a deeply reflective way, whereas those espousing opinions we hate are superficial*”<sup>430</sup>, diz Ackerman, em uma passagem que pode ser facilmente confirmada, hoje, em qualquer visita ao *twitter*.

A questão, aqui, não é uma negação de que este preconceito (“procedimental”) representa um problema grave para instituições de deliberação democrática desenhadas como espaço de diálogo<sup>431</sup>, porque consiste justamente na negação da possibilidade de diálogo com aqueles com quem se compartilha uma vida em comum. Trata-se, entretanto, de um problema diferente daquele que Hart Ely buscava solucionar em seu modelo de jurisdição constitucional.

Para voltar à teoria de Hart Ely a partir das observações anteriores, não parece haver uma resposta que rejeite o fato de que a teoria desenvolvida pelo autor só pode ser compreendida como uma teoria normativa sobre a democracia e, por consequência, do papel que a jurisdição constitucional deve exercer nesta ordem política. A questão é que a partir disso, a teoria de Ely perde a sua capacidade de se apresentar como uma teoria pró-democracia (contra aquelas opostas aos valores democráticos), e passa a ter de ser compreendida como uma teoria em prol de determinados valores constitucionais que se sobrepõem a outros.

Além disso, o que as observações de Ackerman escancaram é que quando casos concretos aparecem perante um tribunal constitucional para a fiscalização de sua constitucionalidade, dificilmente será possível identificar de forma imparcial o preconceito

---

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 740.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 739.

<sup>431</sup> É de se ressaltar que, ao menos em nosso entendimento, esta ideia do problema do “preconceito” na formação da compreensão política e social não deve ser encarada como uma mera crítica moralizada às posturas individuais de cidadãos e políticos fechados ao diálogo, e deve estar acompanhada da percepção de que há condições materiais que determinam a fragilidade das percepções que formamos em nossas formas de vida. Neste sentido: “pois tanto quanto é preciso superar as limitações reais dos indivíduos na estreiteza e nos preconceitos de sua condição, tanto menos podem ser superados aqueles limites que lhes impõe a estrutura econômica da sociedade de sua época e sua posição nessa sociedade”, cf. LUKÁCS, Georg. *História e Consciência de Classe*: Estudos sobre a dialética marxista. Tradução de Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 143 e ss.

como o motivo determinante que levou àquela legislação que, concretamente, se resolverá como uma disputa entre diferentes convicções morais.

O mesmo acontece com as outras instâncias de decisão constitucional que Ely defende como questões de procedimento, a proteção das minorias e a leitura procedimental dos direitos fundamentais do *Bill of Rights*. Afirmar que é a democracia que exige que uma determinada lei *x* seja declarada inconstitucional não impede que a correção dessa decisão seja determinada pelas convicções políticas daqueles que a proferem, ainda que isso, agora, se justifique em novos termos.

Dito isso, vale apresentar algumas soluções que compartilham do caminho de um constitucionalismo procedimental estabelecido por Ely.

A substituir a compreensão de Ely da política como um *mercado* (e, conseqüentemente, o tribunal constitucional como uma instituição “antitruste”) por um entendimento republicano do processo político, Jürgen Habermas reorienta o sentido de uma jurisdição constitucional que atua em prol dos procedimentos democráticos, a exigir que a sua atividade garanta as condições de deliberação de um republicanismo orientado por sua ética do discurso.

Em Habermas, o processo político republicano tem como paradigma o diálogo: no lugar da ação estratégica e da negociação, o processo político é pautado por poder comunicativo, gerado em estruturas de comunicação pública racional, orientada ao entendimento, em que se busca discursivamente a formação de opinião majoritárias e de vontade política institucional sobre questões de valor<sup>432</sup>.

A esta ideia de política, corresponde um papel da jurisdição constitucional que “*ha de operar dentro del marco de suas competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad*”<sup>433</sup>. Em acordo com pressupostos que também mantinha Hart Ely, a ideia é a de um tribunal que não está autorizado a realizar a crítica ideológica das decisões do legislador, vez que, em Habermas – com mais evidência que em qualquer dos autores tratados até aqui, neste capítulo, – é expressa a ideia de que um tribunal não só não é um órgão neutro diante do desacordo político<sup>434</sup>, como a própria ideia da fiscalização de normas em abstrato é

---

<sup>432</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, pp. 346-347.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 351.

apresentada como uma função que não pode ser autocompreendida como uma função jurisdicional em sua essência<sup>435</sup>.

Ademais, a substituição das compreensões políticas de Ely pelas de Habermas produz um impacto sobre o tipo de atuação prática que este autor tem em mente para a jurisdição constitucional. Assim, ao invés de um órgão “antitruste”, Habermas apresenta a ideia de um tribunal como um *tutor*, que tem o dever de atuar de forma ofensiva na garantia do procedimento democrático e das condições para a formação deliberativa de formação da opinião e da vontade política, embora tais condições não devam ser compreendidas de forma excessivamente exigente, a transformar o tribunal em um “príncipe regente” de um povo permanentemente na infância de sua maturidade política<sup>436</sup>.

Em um passo um pouco mais concreto, ainda que não tão exemplificativo quanto aquilo que foi apresentado por John Hart Ely, Habermas reforça que a jurisdição constitucional tem o dever de proteger as condições da política deliberativa não só em espaços institucionalizados (paradigmaticamente, os órgãos parlamentários), mas também no espaço da opinião pública sobre questões políticas, a caber intervenção sobre o contexto cultural e a base social do espaço em que ela pode se desenvolver, havendo uma exigência de que este espaço seja capaz de acomodar opiniões à margem do centro estabelecido de opinião<sup>437</sup>. Neste sentido, Habermas sugere uma proteção mais extensiva do que aquela discutida por John Hart Ely sobre os direitos de liberdade (de expressão) e participação que, na formulação de Carlos Santiago Nino, “*son condición para que el procedimiento democrático de discusión y decisión tenga algún valor epistémico*”<sup>438</sup>.

Já no que toca à influência negativa de grupos de interesse com poder social exacerbado, que têm condições de subverter a lógica dialógica da produção de poder comunicativo para impor seus interesses contra os demais, Habermas endossa ideias como a

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 315: “*lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador*”; e, sobre a legitimação democrática de juízes constitucionais, cf. *Ibidem*, pp. 335-336: “*se plantea la cuestión ulterior de si basta el nombramiento o confirmación parlamentarios de los magistrados del Tribunal Constitucional para satisfacer a la exigencia de una legitimación democrática del ejercicio judicial de una función que, conforme a la arquitectónica de la Constitución y a la lógica de la división de poderes, ha de entenderse como un delegar en el Tribunal Constitucional las funciones de autocontrol propias del Legislativo*”.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>437</sup> *Ibidem*, pp. 348-349.

<sup>438</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013, pp. 208-209. Embora a ideia liberal de democracia deliberativa de Carlos Nino guarde divergências com aquela defendida por Habermas, vale notar que o filósofo argentino atesta a dificuldade de determinar exatamente quais seriam os direitos democráticos *a priori* e *a posteriori* (uma distinção kantiana em que os primeiros são aqueles que devem ser satisfeitos antes que o processo político democrático tenha algum valor epistémico), o que coincide com o desinteresse de Habermas em especificá-los.

devolução de decisões legislativas influenciadas por esses grupos, quando não se constata a prática deliberativa em sua produção. Isso implica em um exame do processo de produção de normas, para avaliar se as razões determinantes para determinada opção legislativa são razões que fazem sentido ante o interesse público, ou se a deliberação foi substituída por pressões privadas ilegítimas. Aqui, o interesse nas razões de fato apresentadas pelos legisladores é uma matéria de interesse especial dado o caráter legitimador que o procedimento democrático tem na concepção habermasiana<sup>439</sup>.

Destarte, a jurisdição constitucional acaba por se quedar legitimada democraticamente, de acordo com Habermas, na medida em que atua em prol dos pressupostos de comunicação do procedimento democrático que conferem legitimidade ao direito produzido<sup>440</sup>, o que permite que a sua atuação em uma lógica de *aplicação* do direito<sup>441</sup>. O procedimentalismo, sintetiza o autor, permite que um tribunal constitucional não vá além dos limites da sua “conta corrente” de legitimação<sup>442</sup>.

Se a ideia de uma jurisdição constitucional voltada ao funcionamento dos procedimentos democráticos ganha novos contornos quando a perspectiva política de Hart Ely é substituída pelas preocupações de Habermas com a deliberação e com o discurso, o mesmo acontece quando Roberto Gargarella – que também assume uma perspectiva deliberativa como norte normativo para a democracia<sup>443</sup> – estuda as possibilidades de uma justiça constitucional proativa contra os déficits de funcionamento identificáveis nas democracias latino-americanas<sup>444</sup>. Com isso, propõe que um enfoque especificamente contextualizado da proposta original de John Hart Ely deve implicar em uma atuação ativa contra as dificuldades sociais e

---

<sup>439</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, pp. 350-351.

<sup>440</sup> “Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidade del derecho establecido”. *Ibidem*, p. 336.

<sup>441</sup> Isto é, permite agir a partir da perspectiva de aplicação do direito, e não “*desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas*”. *Ibidem*, p. 335.

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 353.

<sup>443</sup> GARGARELLA, Roberto. Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism, in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, ed. Thomas Bustamante, Bernardo G. Fernandes. Suíça: Springer, pp. 119-146, 2016, p. 123: “*According to this view [da democracia deliberativa], public decisions gain justification when they are adopted after an ample process of collective discussion with all those potentially affected*”.

<sup>444</sup> Como marcas características deste déficit democrático, Gargarella elenca: a) a desigualdade e seus resultados imediatos – opressão econômica, subordinação social e exclusão política –; b) dissonância entre as expectativas e demandas da cidadania perante seu sistema político e a capacidade deste de corresponder a elas; c) a concentração de poderes e o híper-presidencialismo; d) o contraste, nos textos constitucionais, entre roles de direitos sociais, econômicos e culturais bastante extensos e progressistas, e uma organização de poder antiquada para concretizá-los; e) um “perfeccionismo moral”, i. e., a ideia de um dever da organização política de impor determinadas convicções morais, como a proibição da homossexualidade e matérias de saúde reprodutiva; f) a violência política e social. GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial em democracias defectuosas. *Revista Brasileira de Política Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, pp. 152-167, 2019, pp. 153-155.

institucionais produzidas em décadas de desigualdade generalizada, “*que erosionan los fundamentos de nuestra vida común y que transforman a nuestras democracias en sistemas políticos muy imperfectos – desigualdades que van desde un acceso desigual a posiciones políticas asta la opresión económica*”<sup>445</sup>.

Assim, além de garantir a existência de algum grau de deliberação institucional<sup>446</sup>, e de agir para exigir a inclusão vozes marginalizadas nos procedimentos de decisão política<sup>447</sup>, Gargarella propõe duas linhas de atuação jurisdicional especialmente adequadas aos déficits institucionais que identifica nestes contextos.

A primeira é uma atenção especial às possibilidades de concentração de poder por chefes do Executivo que, aproveitando-se de desenhos constitucionais “hiper-presidencialistas”<sup>448</sup>, podem atuar para minar os controles institucionais do poder, para expandir suas atribuições e para permanecer no poder para além dos termos constitucionais previamente definidos<sup>449</sup>. A segunda, consistente em uma atuação positiva de reconstrução democrática, se materializaria na obrigação da consulta a grupos vulnerados por determinadas decisões legislativas e a realização de audiências públicas para que esses participem da elaboração das decisões que envolvem seus direitos e interesses, para reparar os fracassos democráticos e aproximar cidadãos da tomada de decisões realizada por seus representantes<sup>450</sup>.

O grande valor da concepção procedimentalista da jurisdição constitucional é o bom diagnóstico dos déficits dos procedimentos democráticos que inspiram a busca por soluções institucionais na “máquina” constitucional, para retomar a expressão de Troper. O que permanece em questão, entretanto, é se o tipo de instituição capaz de solucionar esses déficits é, especificamente, um tribunal orientado à proteção dos procedimentos democráticos.

Aqui, lembre-se que a crítica de Dworkin era que a teoria de Ely estava equivocada ao acreditar que o apelo à ideia de democracia permitia o estabelecimento de uma teoria livre

---

<sup>445</sup> GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas. In *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*, org. Roberto Niembro O., Sergio Verdugo. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 371-400, 2019, p. 374.

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 390: “*De manera más radical, la Corte puede escrudinar el proceso legislativo para asegurar que el debate legislativo no sea una fachada de una decisión realmente tomada por los grupos de interés*”.

<sup>447</sup> *Ibidem*, pp. 391-394.

<sup>448</sup> Para uma descrição da concentração de poderes do Presidente da República no sistema constitucional brasileiro, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 415-416.

<sup>449</sup> GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas..., p. 382.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 386. Gargarella, em outro trabalho, identifica a cisão entre representantes e representados como um legado indesejado do constitucionalismo fundacional norteamericano, e a desconfiança dos framers para com o povo: “*The Framers’ elitist view derived (...) particularly from the Framers’ fear of majoritarian democracy. It was also as a result of those assumptions that they limited popular political participation mainly to periodical suffrage*”. GARGARELLA, Roberto. *Scope and Limits...*, p. 132.

de contestação sobre o *judicial review*. A dificuldade que Ely assumia, nesses termos, também é identificada por Habermas:

*Conforme a [la] concepción [de Hart Ely], el Tribunal Constitucional sólo puede conservar su imparcialidade si resiste a la tentación de cubrir su ámbito de interpretación com juicios valorativos de tipo moral. El escepticismo de Ely se endereza por igual contra una 'jurisprudencia de valores' y contra una interpretación orientada por principios em el sentido de la interpretación constructiva de Dworkin. Pero esto no es consecuente, por cuanto que Ely ha de presuponer para su teoría la validez de principios y há de recomendar al Tribunal una orientación por principios procedimentales que tienen un evidente contenido normativo.*<sup>451</sup>

Assim, ao se observar que é inevitável que a teoria de um tribunal constitucional procedimentalista esteja assentada sobre uma valoração especialmente favorável dos princípios de procedimento democrático – nem que esta valoração esteja pressuposta como uma questão de fundo –, fica clara a correção de Dworkin ao indicar que a necessidade de apresentação de argumentos *de substância* em prol de uma concepção de democracia derruba os pressupostos de uma adjudicação não-valorativa assumidos por Hart Ely<sup>452</sup>.

Como afirma Dworkin, quando uma teoria da jurisdição constitucional é acompanhada por um modelo normativo de democracia que exige, por exemplo, a garantia judicial de determinadas categorias de direitos necessárias para uma mínima validade do procedimento político, bem como a rejeição da discriminação racial (ainda que pretensamente justificada por alguma razão não-discriminatória), esta teoria está baseada em questões de substância política<sup>453</sup>. É por isso que, para Dworkin, “*the only acceptable version of 'process' theory itself makes the correct process – the process the Court must protect – depend on deciding what rights people do or do not have*”<sup>454</sup>.

A impossibilidade de recorrer à democracia como um trunfo que justifica a derrota de determinadas opções legislativas sem que isso implique em uma discussão das questões de substância coloca a jurisdição constitucional procedimentalista no mesmo campo das discussões de substância e de princípios de moralidade política que derivam da leitura moral da constituição que é defendida por Dworkin, e que será discutida na próxima seção.

---

<sup>451</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, pp. 338-339.

<sup>452</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 60: “*For once Ely concedes (as he must and has) that the Court must define the best conception of democracy for itself, and thus make fresh political judgments of some kind (...). If the Court cannot make the judgments about process Ely recommends without making the judgments about substance he condemns, then his own arguments will subvert his own theory*”.

<sup>453</sup> *Ibidem*, pp. 65-66.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 66.

O que isso quer dizer é que esse tipo de teoria não é capaz de fornecer critérios técnicos e dogmáticos para que a constituição possa ser adjudicada pelo juiz como um ato de aplicação de normas já estabelecidas, e não como uma reavaliação – da qual Ely, lembre-se, buscava escapar – da correção da decisão legislativa sobre a compatibilidade (em termos de moralidade política) de uma nova lei com as exigências de sua ordem constitucional democrática.

Tais critérios, afinal, só podem ser estabelecidos com a identificação de direitos que pessoas e grupos terão para participar, e para não serem discriminados, no curso da prática política democrática. As decisões não escapam, como anunciava Dworkin, da substância das disputas políticas. Apostar que elas são melhores para satisfazer os critérios mínimos de nossas exigências democráticas acaba por ser, então, pouco mais que um exemplo do legalismo como ideologia.

### **2.3. Ronald Dworkin e a leitura moral da constituição**

A teoria de Ronald Dworkin sobre a jurisdição constitucional representa um importante passo em relação às teorias discutidas nos dois tópicos anteriores. Contra ideias como a de que a moralidade subjetiva de juízes deve ser meramente subsidiária de decisões objetivas, ou de que caberia aos juízes constitucionais atuar na defesa de questões de procedimento democrático, Dworkin apresenta, na introdução de *Freedom's Law*, uma definição daquilo que seria a inevitável postura moralizada desses juízes em suas decisões.

Para Dworkin, a leitura moral – que faz parte de qualquer método coerente para a interpretação constitucional realizada por juízes, juristas, cidadãos – exige que as previsões abstratas do texto constitucional sejam interpretadas e aplicadas com a percepção de que elas invocam princípios de “decência política e justiça”<sup>455</sup>. Isso quer dizer que juízes e advogados, em seus ofícios, “*instinctively treat the Constitution as expressing abstract moral requirements that can only be applied to concrete cases through fresh moral judgments*”<sup>456</sup>. Ou, ainda: que questões constitucionais, à luz da leitura moral, são (e devem ser julgadas como) questões de filosofia política e moral. Não se trata de uma exigência normativa aos juristas que se engajam

---

<sup>455</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: University Press, 1996, p. 2.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 3.

na jurisdição constitucional, mas uma constatação de que aqueles que o fazem de boa-fé já praticam a leitura moral, ainda que retoricamente ofuscada<sup>457</sup>.

Essa tese, entretanto, impõe à teoria dworkiniana sobre a jurisdição constitucional alguns ônus argumentativos importantes: se aquilo que a constituição determina (ou seja, o resultado do ato de julgar a partir da constituição) não é diferente dos melhores argumentos de moralidade política sobre determinado caso, será possível manter uma diferença entre aquilo que a constituição prevê e o que ela deveria prever – entre o que o direito é e o que ele deveria ser? Além disso, qual seria então a justificativa para atribuir a um grupo de juízes não eleitos a competência para determinar os princípios de filosofia moral e política que estabelecem as condições para o conteúdo de todo o direito daquela comunidade?

Aí se encontra o problema que a teoria da leitura moral da constituição impõe para a jurisdição constitucional. Quando Dworkin coloca em evidência que as decisões de fiscalização da constitucionalidade só podem ser realizadas como questão de moralidade política, a defesa teórica de sua institucionalização se vê rodeada de exigências muito difíceis de superar. São justamente essas exigências que, ao fim, levarão à conclusão de que a teoria de Dworkin não leva a sério as consequências da leitura moral da constituição. Mas, antes disso, é preciso retomar os fundamentos iniciais da filosofia do direito dworkiniana.

### **2.3.1. Os argumentos de princípio e a legitimidade da decisão judicial**

Certa vez, o crítico de cinema francês André Bazin afirmou que um cineasta era capaz de ornar, na *mise en scène* da realização de um filme, o “vestido sem costuras do real”<sup>458</sup>. Algo semelhante aparece na filosofia jurídica de Ronald Dworkin. Para o autor, ao fundo de todas as instituições jurídico-políticas de sua comunidade, bem como todas as decisões por elas tomadas, existe uma rede sem costuras de princípios que serve de justificação imanente a todo o passado da prática jurídica da comunidade política, apta a ser identificada por um intérprete hábil o suficiente para fazê-lo<sup>459</sup>. De acordo com a “tese dos direitos” dworkiniana, é essa rede de princípios que, reconstruída, deve servir de fonte de legitimidade de qualquer decisão judicial, pois é a partir dela que se identifica quais são, em qualquer caso, os verdadeiros direitos subjetivos de cidadãos ante as instituições de sua comunidade<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>458</sup> BAZIN, Andre. *Renoir français. Cahiers du Cinema*, Paris, n. 8, pp. 9-29, 1952, p. 29.

<sup>459</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking...*, pp. 116-117.

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 123.

Para entender a tese de Dworkin, é preciso retomar uma consagrada distinção, apresentada já no primeiro capítulo, que foi elaborada pelo autor em alguns dos artigos reunidos em *Taking Rights Seriously*, e que dividem dois tipos de argumentos aptos a justificar decisões públicas: argumentos de princípio e argumentos de política. No capítulo *Hard Cases*<sup>461</sup>, a distinção é apresentada nos seguintes termos: i) argumentos de princípio são aqueles que justificam uma decisão porque demonstram que ela está de acordo com os *direitos* de uma pessoa ou de um grupo; ii) argumentos de política, por outro lado, mostram as razões pelas quais uma decisão leva a comunidade política em direção a um *objetivo coletivo*<sup>462</sup>.

Trata-se de uma distinção que pode ser facilmente ilustrada<sup>463</sup>. Considere-se, por exemplo, o caso, citado no primeiro capítulo, do Acórdão nº 187/2013 do Tribunal Constitucional português. Naquele caso, foi posta a julgamento uma lei orçamentária que restringia a renda de funcionários públicos em um momento de crise, decisão evidentemente passível de justificação por objetivos coletivos: a necessidade de obter crédito em instituições financeiras institucionais, controlar o gasto estatal para garantir recursos para investimento público futuro *etc.* Por outro lado, a decisão do Tribunal Constitucional entendeu que as restrições violavam ilegitimamente o direito dos funcionários públicos à igualdade, decidindo pela inconstitucionalidade com base em argumentos de princípio.

Vale destacar que a distinção entre argumentos de princípio e de política não foi originalmente apresentada por Dworkin como uma explicação para a fiscalização judicial da constitucionalidade. Tratava-se, na realidade, de uma tese sobre a natureza da decisão judicial em casos difíceis. Para Dworkin, mesmo nesses casos, quando juristas discordam em boa-fé sobre as exigências corretas do direito para um caso concreto, juízes devem (e costumam) decidir a partir de argumentos de princípio, isto é, pela identificação dos direitos conferidos aos litigantes pelas decisões passadas da história institucional daquela comunidade política<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> A decisão foi apresentada, originalmente, no artigo que depois se tornou o 2º capítulo de *Taking Rights Seriously, Model of Rules I* (DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 22). Naquele texto, entretanto, o objetivo de Dworkin era principalmente o de criticar o positivismo hartiano ao demonstrar a existência de princípios em outro sentido: como normas jurídicas cuja validade independia de um “teste de *pedigree*”, e que eram aplicados de forma logicamente distinta das regras. Não é este o sentido de “princípios” tratado neste tópico.

<sup>462</sup> *Ibidem*, pp. 82-83; p. 90.

<sup>463</sup> A facilidade para ilustrar a distinção entre decisões fundamentadas em argumentos de política e de princípio não diz muito sobre a própria distinção. Exemplos, afinal, não são inocentes. Como afirma Carlos Nino, “*seguramente, hay muchísimos casos em los cuales vamos a tener dudas a cerca de si estamos ante un derecho individual o frente a un objetivo colectivo*”. Além disso, há pouca matéria política que escape de uma compreensão especialmente abrangente de determinados direitos individuais, o que, para alguns, será exemplificado pelo próprio exemplo da utilizado. NINO, Carlos S. *La filosofía...*, pp. 83-84.

<sup>464</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 84.

Trava-se de uma crítica ao positivismo hartiano e a tese da discricionarietà, abordada no tópico 2.1.

Assim, a tese dos direitos se propunha a ser uma melhor descrição da fenomenologia da decisão judicial, isto é, do raciocínio empregado por juízes de verdade, na prática, em casos difíceis. Mesmo em tal situação, para Dworkin, os julgadores se veriam juridicamente vinculados a princípios imanentes à história institucional de suas comunidades políticas, de forma que não haveria a criação de novo direito na solução daqueles julgamentos<sup>465</sup>.

Além disso, Dworkin apresenta dois principais argumentos normativos em favor da justificação de decisões judiciais por argumentos de princípio: i) que essas decisões podem ser tomadas por juízes, e não por legisladores, porque a sua legitimação não depende do melhor equacionamento entre interesses em competição na comunidade (como os argumentos de política), e geralmente deve se sobrepor (como “trunfos”) contra esses interesses, de forma que é *melhor* que um agente isolado dessa competição as profira; ii) como seria ilegítimo e antidemocrático exigir de uma parte demandada uma obrigação jurídica criada *ex post facto*, as decisões jurídicas que seguem a tese dos direitos são legítimas porque não *criam* direitos novos, ainda que às vezes identifiquem uma nova exigência de um direito que está consagrado na história institucional daquela comunidade<sup>466</sup>.

Para Dworkin, os argumentos de princípio têm uma evidente força de justificação que falta aos argumentos de política. Direitos, afinal, são trunfos<sup>467</sup>, e embasar uma decisão política em argumentos de princípio confere uma legitimidade à decisão que escapa à agregação de interesses que caracteriza os argumentos de política. As oportunidades em que um direito pode ser derrotado por razões de outras naturezas são limitadas<sup>468</sup>.

Se as boas decisões de política tornam-se mais prováveis quando os diferentes interesses em competição são mais bem representados<sup>469</sup>, no caso dos argumentos de princípio,

---

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 87. É importante ressaltar que, ao menos neste aspecto, Dworkin tenta mostrar que a sua teoria se adequa melhor à prática de juízes do que a descrição hartiana. É complicado, entretanto, entender o que exatamente o que isso quer dizer. Trata-se de exemplos para mostrar que a teoria de Hart não descreve todos os casos em que um juiz decide um caso difícil, ou uma tentativa de justificar a sua própria teoria prescritiva? Para Troper, que o entende desta última forma, Dworkin implica sobre sua teoria um clássico problema filosófico, ao tentar basear um “dever ser” em um “ser”, sendo este “ser” empiricamente duvidoso. TROPER, Michel. Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin’s Views on Jurisprudence. *Ratio Juris*, Medellín, v. 1, n. 2, pp. 162-185, 1988, p. 169.

<sup>466</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking...*, pp. 85-86.

<sup>467</sup> *Ibidem*, p. 191; DWORKIN, Ronald. *Law’s...*, p. 223.

<sup>468</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 92.

<sup>469</sup> “Policy decisions must therefore be made through the operation of some political process designed to produce an accurate expression. Of the diferente interests that should be taken into account”. *Ibidem*, p. 85.

aquilo que se exige é a busca por uma resposta correta sobre os direitos individuais em uma comunidade política, que só pode ser identificada na atividade interpretativa de identificação da *rede sem costura de princípios* imanente à história política institucional daquela comunidade.

Assim, não é um exagero descrever que, para Dworkin, o poder de tribunais é o de proferir decisões que estejam justificadas (“apenas”) por argumentos de princípios, ainda que estas sejam influenciadas pela moralidade de juízes. Legislaturas, por outro lado, não têm qualquer restrição quanto ao uso de argumentos de política<sup>470</sup>. Embora Dworkin reconheça que qualquer iniciativa política com alguma complexidade estará justificada tanto por argumentos de princípio quanto de política, há sempre a possibilidade de que, no fórum da política, decisões de princípio sejam tratadas como questões meramente agregativas de diferentes posições subjetivas – ou seja, que questões de princípio sejam tratadas como questões de políticas.

É a partir disso que a tese dos direitos fornece uma justificação para o *judicial review*. Como decisões sobre direitos devem ser fundadas em argumentos de princípio, é preciso que haja uma instituição apta a tomar decisões políticas importantes nesses termos. Assim, para Dworkin, como os juízes são os agentes institucionais capazes de decidir recorrendo a argumentos de princípio – que é a maneira correta de decidir questões que envolvem direitos – torna-se intuitiva a necessidade da institucionalização de um tribunal constitucional.

Em *A Matter of Principle*, para retomar uma passagem anteriormente citada, Dworkin afirma:

*Judicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself. That is important beyond the importance of the actual decisions reached in courts so charged (...) It is a pervasive feature, because it forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after.*<sup>471</sup>

Aqui, Dworkin evidentemente está dizendo mais do que o parágrafo anterior sintetizava sobre a sua posição. A tese dos direitos, da forma como foi apresentada até aqui, não “garante” (*insures*) nada sobre aquilo que os juízes constitucionais da realidade vão fazer quando têm de julgar questões políticas importantes que aparecem em sua jurisdição. Trata-se apenas de uma tese sobre aquilo que seria bom que fizessem.

---

<sup>470</sup> Cf. nesse sentido, MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37.

<sup>471</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter...*, p. 70.

Aquilo que Dworkin espera, nesta passagem, é que a transformação das decisões políticas em uma questão de princípios, isto é, em um debate sobre quais direitos estão justificados pelas implicações corretas dos argumentos de princípio, poderá caracterizar tais decisões como a busca por uma resposta correta<sup>472</sup>. É difícil, entretanto, a partir disso, encontrar o argumento institucional que liga a função que Dworkin atribui com tanta certeza aos juízes constitucionais às características institucionais de órgãos reunidos na forma de tribunais. Afinal, o fato de que boas decisões fundadas em argumentos de princípio (de acordo com as convicções de princípio defendidas por cada um) foram tomadas por tribunais constitucionais não afirma que sempre serão tomadas, ou que é provável que sejam, e muito menos que é impossível cogitar a tomada dessas mesmas decisões por órgãos legislativos. É por isso que, no primeiro capítulo, tomou-se essa passagem de Dworkin como um exemplo bastante claro da ideologia do legalismo.

Alexander Bickel, em seu estudo sobre a jurisdição constitucional, afirmava que um tribunal constitucional decide sob a obrigação de estar certo<sup>473</sup>. Trava-se ali, um alerta de prudência para que os juízes nem sempre dissessem tudo que teriam a dizer sobre todos os casos. Para Dworkin, por outro lado, é justamente a obrigação de estar certo que justifica que o tribunal faça aquilo que entender correto, por mais “ativista” que pareça, desde que orientado pelos melhores argumentos de princípio na aplicação de suas convicções de moralidade política<sup>474</sup>. Talvez, diante da necessidade institucional de proporcionar as melhores decisões para questões políticas controvertidas, seja mais interessante lembrar novamente de Bob Dylan, que dizia: *there's no success like failure, and failure's no success at all*.

### 2.3.2. O direito como integridade

Em *Law's Empire*, Ronald Dworkin constrói uma teoria abrangente do direito com implicações importantes para a sua teoria das decisões judiciais na jurisdição constitucional.

---

<sup>472</sup> O fato de que as decisões em casos difíceis são sempre controvertidas, uma vez que construídas sob influência da moralidade do julgador (DWORKIN, Ronald. *Taking...*, pp. 126-127) torna possível a existência de erros de interpretação. Ainda assim, Dworkin afirma que “*we ought to design our institutions to reduce the risk of error, so far as this is possible*”. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 148.

<sup>473</sup> “[T]he Court (...) labours under the obligation to succeed”. BICKEL, Alexander. *The Least...*, p. 239.

<sup>474</sup> “*The difficult clauses of the Bill of Rights, like the due process and equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions; therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality*”. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, p. 147.

Para o autor, afinal, a teoria do direito é justamente o prólogo silencioso de todas as decisões judiciais<sup>475</sup>.

Contra a possibilidade de uma teoria (“meramente”) descritiva do direito, Dworkin argumenta que o direito se trata de uma *prática interpretativa*. Práticas interpretativas são aquelas cujos participantes interpretam-nas em duas etapas independentes: i) a identificar uma função que cumprem; ii) a afirmar que as suas exigências sobre os participantes são sensíveis à função identificada, de forma que podem ser transformadas (pelos participantes) para melhor satisfazer a função em um caso concreto<sup>476</sup>.

No caso da prática jurídica, a função que Dworkin apresenta assume a forma de um conceito – uma proposição abstrata passível de ser aceita por pessoas que entendem o direito a partir de outras concepções (positivistas e realistas, por exemplo). Nesses termos, o conceito apresentado pelo autor é o de que o direito é uma prática que garante que a coerção estatal só pode acontecer quando está justificada por decisões políticas do passado<sup>477</sup>.

Uma boa concepção do direito, então, deve apresentar uma explicação sobre essa justificação da coerção. Para Dworkin, a melhor justificação está na tomada de decisões orientada pelo princípio da integridade, que consiste em uma exigência de coerência de princípios tanto para os legisladores (que devem “criar direito” de forma coerente), quanto para juízes (que devem “decidir o que é” o direito a interpretar e aplicá-lo a fim de manter essa coerência)<sup>478</sup>. Para entender essas decisões de acordo com o *direito como integridade*, Dworkin afirma que a postura do intérprete deve ser a de encarar todas as decisões como as decisões de uma comunidade personificada<sup>479</sup>.

E o que faz o juiz quando o direito, ou seja, a voz da comunidade política personificada, é controverso sobre suas exigências para um determinado caso difícil?

Aqui, Dworkin não abandona a ideia anterior de que o juiz buscará nas decisões do passado os princípios que melhor as justificam para decidir quais são os direitos que as pessoas têm no caso que agora se apresenta. Em *Law's Empire*, entretanto, a ideia e o método de interpretação que prescreve aos juízes é elaborado de forma mais analítica. O juiz, explica o autor, interpretará as decisões do passado – o conteúdo das leis, de decisões judiciais, a estrutura de suas instituições –, e chegará a uma conclusão sobre aquilo que, em sua melhor luz, elas

---

<sup>475</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's...*, p. 90.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 47

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>479</sup> “The idea of political integrity personifies the community (...) because it assumes that the community can adopt and express and be faithful or unfaithful to principles of its own, distinct from those of any of its officials or citizens as individuals”. *Ibidem*, p. 172.

exigem para o caso presente. Isso envolve duas etapas interpretativas, pelas quais será possível decidir a decisão correta para aquele caso diante das exigências do direito, ou seja, qual será a manifestação da comunidade política personificada naquele caso<sup>480</sup>.

A primeira etapa é a etapa da adequação (*fit*), em que o juiz estabelece limites de possibilidades de interpretação que podem servir como decisão correta para o caso *sub judice*. Isso quer dizer que será excluída qualquer opção interpretativa que não possa ser adequadamente apresentada como uma continuação coerente e honesta das decisões políticas do passado. A exigência de adequação possui duas importantes características: i) ela é, em si, interpretativa, e não convencional, de forma que diferentes juízes chegarão a diferentes conclusões sobre as exigências de adequação que o direito de sua comunidade impõe; ii) a integridade exige que haja um respeito genuíno às decisões do passado, o que só é verdade se ela é capaz de excluir opções que parecem ao juiz mais moralmente atrativas do que aquela(s) que ele acaba por entender adequada(s)<sup>481</sup>.

Já a segunda etapa consiste na escolha, entre as opções que se revelam adequadas de acordo com os critérios de *fit*, por aquela que melhor corresponde – ou seja, está melhor justificada – pelos princípios de moralidade política que o juiz encontrou ao encarar a sua prática jurídica como um todo<sup>482</sup>.

A decisão do juiz no *direito como integridade*, portanto, tem a obrigação de ser tanto adequada aos elementos de sua prática, quanto ser aquela que é mais bem justificada pelo passado institucional, de acordo com os critérios de moralidade política ali encontrados. Tratar-se-á, em muitos casos, de uma decisão controversa. Juízes diferentes, ao terem à sua frente os mesmos precedentes, leis, registros de procedimentos legislativos, e conhecimento das instituições político-jurídicas e seu funcionamento, chegarão a conclusões diferentes sobre a solução que é adequada e mais bem justificada como uma continuação dessa prática. Essa diferença estará em grande parte baseada em diferentes convicções morais do próprio julgador, capazes de influenciar a sua atividade interpretativa<sup>483</sup>.

Mesmo que isso seja inevitável, uma vez que a existência de casos difíceis é justamente a existência de desacordos sobre as exigências do direito, aquilo que a teoria jurídica de Dworkin permite é uma vinculação dos critérios de moralidade que fazem parte da decisão judicial à própria prática jurídica. Como ressalta Luís Pereira Coutinho, em Dworkin, não há

---

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>483</sup> *Ibidem*, pp. 258-259.

critérios de decisão metafísicos ou jusnaturalistas, e tampouco a identificação de valores tradicionais da comunidade política que devem substituir a interpretação dos textos legais. Os princípios de moralidade política que justificam uma nova decisão são interpretados pelo juiz a partir da própria prática jurídica, permanecendo imanentes à prática compartilhada pelos cidadãos<sup>484</sup>.

Na metáfora empregada por Dworkin, a decisão judicial deve ser como a elaboração de um novo capítulo de um romance escrito por uma cadeia de diferentes autores<sup>485</sup>. Se na literatura a coerência com aquilo que antecede ao momento presente é um respeito aos propósitos estéticos da obra, na decisão do juiz em um novo caso a integridade consiste em tratar às pessoas envolvidas na controvérsia de acordo com as exigências de igual consideração e respeito de uma comunidade de princípios. A decisão judicial, afinal, não é um novo capítulo de uma obra literária, mas sim uma decisão importante sobre a vida de pessoas com as quais o juiz compartilha a sua vida em comunidade. É por isso que importa que a decisão seja tomada com integridade, no esforço de entender o que a moralidade política *da comunidade personificada* exige daquele caso sobre o qual tais exigências são incertas. Deixar a integridade de lado e tratar um determinado caso como uma nova obra, e não um novo capítulo, faria com que o juiz deixasse de lado as exigências da prática jurídica de sua comunidade para substituí-las por aquilo que entende que, de acordo com suas convicções (morais, políticas) é melhor. Ao dar este passo, o caso *sub judice* e as pessoas envolvidas se tornam pouco mais que instrumentos para a concretização das convicções do julgador sobre aquilo que sua comunidade deve ser, contra o que de fato é<sup>486</sup>.

Daí a força legitimadora da decisão por princípios (como prescreve a tese dos direitos) e do *direito como integridade*. Ao exigir do julgador que as suas decisões sejam (somente) sobre os direitos que as pessoas têm naquela comunidade, a guardar coerência de princípio com a prática passada, restringe-se o campo de sua interpretação àquilo que está imanente à própria prática, e não aos critérios das convicções filosóficas de quem julga sobre o bem ou a justiça. As decisões poderão estar de acordo com convicções abrangentes (morais, filosóficas) que o julgador de fato entende corretas, quando elas são boas justificações da

---

<sup>484</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, p. 176.

<sup>485</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's...*, pp. 228-237.

<sup>486</sup> Nesse sentido, a coerência de princípios implicada na ideia da “escrita de um novo capítulo” atribui um dever moral ao juiz que vai além da necessidade de ser “narrativamente coerente” em sua função decisória. Para uma crítica à “mera” coerência narrativa, cf. NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 368-376, e pp. 400 e ss.

própria prática jurídica e de sua moralidade institucional, mas elas não podem ser simplesmente as decisões que uma boa doutrina moral recomendaria<sup>487</sup>.

### 2.3.3. A constituição (constituente?) da comunidade de princípios

Mencionou-se anteriormente que, em Dworkin, o *direito como integridade* é defendido como a melhor concepção para a teoria do direito de uma *comunidade de princípios*.

A comunidade de princípios, na definição apresentada pelo autor, opõe-se ao modelo do “livro de regras” como aquela cujos participantes comungam da ideia de que uma vida em comunidade se torna possível quando há princípios compartilhados<sup>488</sup>. Isso se concretiza na medida em que os participantes que pertencem a uma tal comunidade não entendem que os direitos e deveres de uns para com os outros (e para com o Estado) se encerram em determinadas decisões específicas, mas estão cientes de que essas decisões indicam uma rede de princípios que as decisões políticas expressas pressupõem e apoiam<sup>489</sup>.

Isso quer dizer que as pessoas que vivem em uma comunidade de princípios agem em suas relações para com as outras a refletir a influência dos princípios morais que permeiam às suas instituições<sup>490</sup>, justamente porque ser um cidadão da comunidade de princípios é ter estendidas a si as exigências da integridade de que cada um seja tratado com igual consideração e respeito<sup>491</sup>.

Neste contexto, a política se torna, então:

*A theater of debate about which principles the community should adopt as a system, which view it should take of justice, fairness, and due process, not the different story, appropriate to the other models, in which each person tries to plant the flag of his convictions over as large a domain of power or rules as possible.*<sup>492</sup>

Nos tópicos anteriores, explorou-se o que a comunidade de princípios espera de seus juízes. Mas qual será a concepção de constituição adequada para a comunidade de

---

<sup>487</sup> Cf. COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, pp. 176-177.

<sup>488</sup> No original: “*people are members of a genuine political community only when they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise*”. DWORKIN, Ronald. *Law's...*, p. 211. É importante notar que Dworkin apresenta a comunidade de princípios como um modelo ideal, mas não utópico, de comunidade política. Cf., respectivamente, *Ibidem*, p. 214 e p. 176.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>490</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 211.

princípios? Que tipo de decisão fundamental sobre as formas de existência da ordem política, na expressão de Schmitt<sup>493</sup>, deveria essa comunidade tomar?

Adotaria ela primordialmente um sentido *constituente*, cuja finalidade primeira é a de estabelecer um âmbito político em que é possível aos cidadãos decidir coletivamente como desenvolver seus princípios compartilhados? Ou o *prescritivo*, que estabelece normas a serem aplicadas para distinguir as decisões políticas entre os signos constitucional/inconstitucional?

Se aquilo de que a política se trata é de entender quais as concepções que devem ser avançadas na vida em comum para os princípios compartilhados por todos, fazendo com que as decisões sejam coerentes em princípio e passíveis de ser entendidas como a voz da comunidade personificada, a constituição constituinte, como decisão fundamental preocupada com o estabelecimento de uma ordem política democrática, aparece como uma melhor escolha.

Ocorre que associar a ideia da constituição constituinte à teoria do direito de Ronald Dworkin se torna impossível por (pelo menos) dois aspectos de sua visão sobre a teoria do direito. Uma delas, que tem que ver com a jurisdição constitucional em específico, será abordada em um tópico próprio, a seguir. A outra é a falta de interesse valorativo de Dworkin pelas instituições legislativas.

Em *Law's Empire*, como foi apresentado, o direito é uma prática. Assim, não aparecem motivos para que a teoria dworkiniana se estenda na busca pela justificação de questões que, em regra, costumam caracterizar uma prática política democrática, como a autoridade de regras jurídicas válidas e a existência de instituições legislativas povoadas por representantes eleitos democraticamente. No *direito como prática*, tais instituições jurídicas só aparecem para o intérprete como fatos que devem ser interpretados para se conheça os melhores princípios aptos a justificá-las.

Desta forma, não há em Dworkin uma teoria substancial sobre os métodos formais de decisão política. Que instituições legislativas sejam capazes de produzir normas cuja validade é reconhecida pelos participantes da prática jurídica tem de ser considerada pelo autor como uma questão supérflua: afinal, acreditar em métodos convencionais de reconhecimento do direito é o primeiro passo para que o jurista pise em falso e caia diretamente sobre o *semantic sting*<sup>494</sup>. Por isso, como afirma Fernando Atria, “*para el derecho como integridade, el hecho de*

---

<sup>493</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional...*, p. 75.

<sup>494</sup> Dworkin chama de *semantic sting* o argumento de que só se pode haver argumentação sobre algo (o direito, por exemplo) se há uma convenção para decidir quais são os critérios para decidir se argumentos são verdadeiros. A rejeição de Dworkin se dá ao argumento é fundamentada na existência de desacordos “teóricos” entre participantes da prática jurídica, isto é, sobre os próprios critérios para decidir o que deve ser uma proposição correta sobre o direito. DWORKIN, Ronald. *Law's...*, pp. 45-46. Cf., também, DWORKIN, Ronald. *Justice in*

*que um sistema jurídico suponga legislación es marginal*<sup>495</sup>. O fato de que exista uma instituição que pretenda produzir aquilo que poderia ser reconhecido, formalmente, como a voz da comunidade política personificada, não fornece motivos para receber atenção especial<sup>496</sup>. Não é demais lembrar, aqui, daquilo que certa vez afirmou Paul Kahn: “*our leading contemporary philosopher of law, Ronald Dworkin, writes of law’s empire with no mention of the people at all*”<sup>497</sup>.

### **2.3.4. Um novo capítulo ou uma nova obra? A irrelevância da constituição na leitura moral da constituição**

A leitura moral da constituição é uma tese sobre a impossibilidade de se interpretar um texto constitucional, ao menos no que toca a cláusulas abstratas (“*drafted in exceedingly abstract moral language*”<sup>498</sup>) como aquelas do *Bill of Rights* e dos catálogos de direitos fundamentais, sem recorrer a princípios de moralidade política e justiça para estabelecer os limites ao poder de decisão de órgãos estatais<sup>499</sup>.

Isso quer dizer que, quando um texto constitucional prevê que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento*” (art. 37 da CRP), tal previsão consiste em um conceito abstrato que faz referência a princípios<sup>500</sup>. Assim, os casos que de fato aparecem com relevância no âmbito político e que podem vir a ser objeto de discussão em sede da jurisdição constitucional exigem o desenvolvimento de concepções que completam aquele conceito para determinar se, por exemplo, pode o Estado interferir na escolha de uma família em expor crianças em um programa de televisão<sup>501</sup>, ou se é admissível que se exija uma autorização prévia para editar e explorar comercialmente a biografia de uma pessoa pública<sup>502</sup>.

---

*Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, pp. 223-226. Para uma resposta positivista à existência de desacordos teóricos, cf. SHAPIRO, Scott. *O debate...*, pp. 281-289.

<sup>495</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 317.

<sup>496</sup> “*En efecto, para determinar caules son las decisiones de la comunidade personificada el derecho como integridade no reconece ninguna posición especial a las formas institucionales conforme a las cuales podenos determinar qué voluntades son imputables a “nosotros”, a la comunidade personificada*”. *Ibidem*, p. 317.

<sup>497</sup> KAHN, Paul W. *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 4.

<sup>498</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom’s...*, p. 7.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>500</sup> Sobre as previsões de direitos como conceitos a serem preenchidos por concepções, em Dworkin, cf. COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, p. 181.

<sup>501</sup> Cf. Acórdão n. 262/2020 do Tribunal Constitucional português. Diário da República n. 131/2020, 08 jul. 2020, p. 47. Disponível em <[https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/137424248/details/maximized?serie=II&parte\\_filter=32&dreId=137424213](https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/137424248/details/maximized?serie=II&parte_filter=32&dreId=137424213)>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>502</sup> Cf. STF brasileiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>>, acesso em 18 ago. 2020.

Tais decisões, que concretizam na vida política os conceitos abstratos de uma constituição são sempre, de acordo com a leitura moral da constituição, “*fresh moral judgements*”<sup>503</sup>.

Assim, a leitura moral impõe aos juízes aos quais é atribuída a interpretação e aplicação da constituição não necessariamente um método, mas sim um “antimétodo” de interpretação constitucional<sup>504</sup>. Não há restrição dogmática ao intérprete da constituição que possa ser imposta como alternativa à leitura moral porque qualquer apelo às compreensões convencionais dos conceitos constitucionais, aos procedimentos democráticos, a construções formulaicas<sup>505</sup> e aos precedentes, estão, eles mesmos, assentes em restrições (fundadas elas também em princípios de moralidade política) à *decisão correta* do julgador<sup>506</sup>. É este o sentido da frase utilizada como epígrafe deste capítulo: “*the flight from substance must end in substance*”<sup>507</sup>, que pode ser tida como a descrição central do insucesso das teorias descritas nos tópicos 2.1 e 2.2.

Dworkin reconhece, entretanto, que a leitura moral não é uma particularidade da compreensão da constituição pelos atores da jurisdição constitucional. Decisões legislativas também são interpretações do sentido dos princípios morais a que uma constituição remete – uma atribuição de concepções àqueles conceitos –, embora, em Dworkin, não conte especialmente em favor de tais decisões que elas reflitam (isto é, sejam produzidas por instituições voltadas a identificar) a opinião da maioria sobre aquilo que vai em interesse de todos<sup>508</sup>. As instituições legislativas, afinal, têm uma possibilidade simétrica às das cortes constitucionais de cometer erros em suas decisões sobre a melhor decisão a partir da constituição, e a opção institucional<sup>509</sup> terá que ser realizada com o seguinte em consideração:

*We do not yet have a positive argument in favor of judicial review, either in the form that institution has taken in the United States or in any other form. We have simply established a level playing field on which the contest between different institutional structures for interpreting the democratic conditions must take place, free from any default or presupposition whatsoever. The real, deep difficulty the constitutional argument exposes in democracy is that it is*

---

<sup>503</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 3.

<sup>504</sup> A observação é feita em MENDES, Conrado Hübner. *Controle...*, p. 39.

<sup>505</sup> Sobre esse tipo de formula dogmática, Dworkin afirma: “*every part of law, including constitutional law, makes use of special invented devices and categories in an attempt to discipline abstract legal principles with a technical vocabulary. Principles resist such discipline, however, and the technical devices have a finite – often very short – shelf life*”. DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 36.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>508</sup> “*The moral reading (...) is a theory about what the Constitution means, not a theory about whose view of what it means must be accepted by the rest of us*”. *Ibidem*, p. 12. No mesmo sentido, cf. *Ibidem*, p. 34.

<sup>509</sup> É surpreendente notar que Dworkin, que afirmava categoricamente o valor da jurisdição constitucional em *A Matter of Principle*, venha a considerá-la uma questão institucional passível de resposta diversa. Passagens especialmente reveladoras dessa relativização de entendimento aparecem, também, ao final de sua penúltima obra publicada em vida. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs...*, p. 385: “*judicial review is one possible (though I emphasize, only one possible) strategy for improving a government's legitimacy*”.

*a procedurally incomplete scheme of government. It cannot prescribe the procedures for testing whether the conditions for the procedures it does prescribe are met.*<sup>510</sup>

Para Dworkin, a melhor solução para o problema institucional que se apresenta é aquela que produz os melhores resultados para as questões controvertidas que definem uma prática política democrática. A sua resposta institucional à leitura moral da constituição, então, é que não há motivos para não conferir a autoridade final nessa prática interpretativa a um tribunal<sup>511</sup>, desde que sejam seguidos alguns critérios normativos para a atuação de juízes constitucionais.

Tais critérios, que garantem legitimidade à decisão da jurisdição constitucional, seguem os caminhos traçados anteriormente por Dworkin e que foram abordados nos tópicos anteriores. Conforme previa a tese dos direitos, o juiz deve decidir por princípios, a avaliar se o legislador os concretizou e sopesou da melhor forma em sua decisão. Para isso, deve ter atenção ao texto constitucional, na medida em que é ali que se faz possível identificar quais os princípios que foram consagrados no texto constitucional pelos constituintes<sup>512</sup>.

Além disso, a decisão deve ser produzida à luz dos critérios do *direito como integridade*: a adequação e as melhores justificações de moralidade política. A demonstração da pertinência desses critérios, antes apresentados em *Law's Empire*, revela-se crucial para a institucionalização de uma jurisdição constitucional em Dworkin.

Afinal, a leitura moral afirma que uma discussão sobre a constitucionalidade de determinada norma é sempre resolvida em termos de princípios de filosofia moral e política<sup>513</sup>. Isso sugere que a constituição, em si, seria irrelevante para a discussão da constitucionalidade. Nos termos empregados por Fernando Atria, passa-se a impressão de que a natureza dessa discussão é a de um debate de argumentos de substância sobre a melhor compreensão de princípios de filosofia política<sup>514</sup>, e não do melhor desenvolvimento de um texto normativo anteriormente estabelecido.

Dworkin rejeita tal conclusão, e o faz com a exigência de que o julgador siga os critérios do direito como integridade. A dimensão de adequação – lembre-se, aquela que em

---

<sup>510</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 33.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>512</sup> Contra as teorias *originalistas*, Dworkin deixa claro que o objetivo é de compreender *quais* os princípios consagrados no texto constitucional, mas não de buscar quais seriam as implicações práticas das convicções dos constituintes sobre uma questão constitucional que se apresenta. *Ibidem*, p. 10.

<sup>513</sup> “*Scholars and lawyers disagree about constitutional theory (...) because they disagree about the philosophical and jurisprudential issues that I emphasize*”. *Ibidem*, p. 35.

<sup>514</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 319.

*Law's Empire* distinguia a *interpretação jurídica* no direito como integridade da imposição da vontade do julgador sobre o que gostaria que o direito fosse – deve oferecer o mesmo que oferecia anteriormente, agora no contexto da leitura moral da constituição. Ciente dessa necessidade, Dworkin, em *Freedom's Law*, apresenta a questão dessa forma:

*Constitutional interpretation is disciplined, under the moral reading, by the requirement of constitutional integrity (...). Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the Constitutional as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges.*<sup>515</sup>

A decisão do juiz constitucional, então, deve estar constrangida – por razões de adequação (e integridade) – pelos princípios que inspiram a estrutura constitucional e pela interpretação da constituição promovida pelos juízes do passado. Retoma-se a ideia já apresentada: o juiz deve decidir como se estivesse escrevendo um novo capítulo no romance em cadeia, a participar da prática que se desenvolveu anteriormente para acrescer a ela como interpretada à sua melhor luz. Na leitura de Leopoldo Gama, “*los jueces deben reforzar únicamente aquellas convicciones políticas que puedan tener cabida em una interpretación general y coherente de la cultura jurídico-política de una comunidad*”<sup>516</sup>.

Mas será possível levar a sério, de fato, as restrições que Dworkin pretende impor sobre a leitura moral da constituição efetuada pelo juiz? Será verificável, na prática, uma coerência com a história institucional passada quando o caso *sub judice* é um caso constitucional controvertido e polêmico em termos de moralidade política?

A expectativa de Dworkin é a de que as restrições do direito como integridade façam com que o juiz descarte, como opção de interpretação e julgamento a ser exigido no ofício da jurisdição constitucional, aquela que não se adequa à prática jurídica já existente, ainda que faça parte de uma convicção de filosofia moral e política mais abrangente daquele juiz. O problema é que, na leitura moral da constituição, tal expectativa não é satisfeita. Afinal, que tipo de restrição poderia ser colocada, à luz da leitura moral da constituição, sobre as decisões passadas a envolver uma questão constitucionalmente controversa como o aborto, a eutanásia, a criminalização de estupefacientes, e até as restrições à liberdade de expressão mencionadas no início desta seção?

---

<sup>515</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 10.

<sup>516</sup> GAMA, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 98.

Para Dworkin, faz parte da adjudicação que esses fatos do passado sejam interpretados e levados em consideração pelo juiz. Mesmo assim, essa consideração é relativizada quando é sempre reiterado pelo autor que não se exclui a possibilidade de reavaliação da correção dos julgamentos morais (“de princípios”) que os inspiram. Nada atua em favor da vinculação do julgador à história institucional quando ele considera que uma determinada linha de decisões está errada. Dworkin o afirma expressamente: “*integrity does not, of course, require that justices respect principles embedded in past decisions that they and others regard as mistakes*”<sup>517</sup>.

Com isso, é possível afirmar que, para Dworkin, aquilo que de fato importa no julgamento de constitucionalidade de determinada lei ordinária é uma avaliação, pelo julgador, da correção do juízo moral realizado na elaboração da lei. Nesse sentido, em *Law's Empire*, Dworkin chega a afirmar que o juiz que decide contra a interpretação correta dos conceitos constitucionais, para, por exemplo, respeitar a opção feita pelo legislador, estaria emendando a constituição por *fiat*<sup>518</sup>.

Embora Dworkin baseie a legitimidade da jurisdição constitucional nas restrições que o princípio da integridade impõe aos julgadores, a prática da leitura moral parece negar tais expectativas. A história institucional não atua de forma excludente quando a nova decisão a ser proferida pelo juiz constitucional é suficientemente correta. As decisões do passado e, como Dworkin viria a esclarecer em *Justice in Robes*, o próprio texto constitucional aparecem de forma subsidiária às questões importantes de moralidade política discutidas pela justiça constitucional<sup>519</sup>.

Se em toda questão constitucionalmente importante a decisão do juiz constitucional está de acordo com as suas próprias convicções de substância, não há como escapar da constatação de que não há diferença entre o que a constituição *é* e o que o juiz pensa que ela *deve ser*<sup>520</sup>. A adjudicação constitucional torna-se um debate sobre princípios de moralidade política em que a história institucional, e o próprio documento constitucional, tornam-se supérfluos diante dos argumentos substanciais de princípio de seus juizes: não há diferença

---

<sup>517</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 103. Em sentido semelhante, a afirmar que a “estabilidade” das compreensões de direitos individuais não justifica que não se adote a sua melhor concepção de substância cf. DWORKIN, Ronald. *Law's...*, pp. 368-369.

<sup>518</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's...*, p. 371.

<sup>519</sup> “*Fidelity to the Constitution's text does not exhaust constitutional interpretation, and on some occasions overall constitutional integrity might require a result that could not be justified by, and might even contradict, the best interpretation of the constitutional text considered apart from the history of its enforcement*”. A afirmação é relativizada ao ser destacado o papel que o texto tem de revelar o que os constituintes quiseram *dizer* na elaboração do texto, o que é “*always at least an important ingredient in any genuinely interpretive constitutional argument*”. DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes...*, p. 118.

<sup>520</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 323.

entre descobrir aquilo que o direito constitucional exige e aquilo que uma compreensão da justiça exige, isto é, “*si la opinión constitucional es no solo sensible, sino reducible a la convicción política, entonces no hay espacio para entender la interpretación constitucional como interpretación jurídica*”<sup>521</sup>.

A consequência disso, no limite, é uma subversão das expectativas colocadas por Dworkin sobre uma instituição que deveria ser um “fórum de princípios”. Se juízes de esquerda decidirão como cidadãos (bem informados) de esquerda as questões políticas relevantes que se apresentam, e assim também os de direita, casos constitucionais serão resolvidos, em instituições que levam o nome de “tribunal”, pela agregação de pessoas com uma determinada convicção, a resolver controvérsias por maioria.

Dworkin, a antever esse tipo de crítica, busca rejeitar o cinismo daqueles que afirmam que a leitura moral permite que a interpretação constitucional tenha sempre “finais felizes” para o intérprete, isto é, que na teoria dworkiniana não haveria diferença significativa entre aquilo que o direito (constitucional) *é* e aquilo que *deve ser*. Para responde-lo, entretanto, a argumentação do autor segue dois caminhos contraditórios.

Primeiro, Dworkin sugere que *não é verdade* que a leitura moral permite que sempre haja finais felizes na interpretação. Para demonstra-lo, lembra que já defendeu, ao elaborar uma teoria de justiça social liberal e igualitária, uma redistribuição de riquezas que não identifica como exigível a partir da Constituição estadunidense. Além disso, ressalta a sua defesa da proteção, a partir da cláusula constitucional da liberdade de expressão, da divulgação da pornografia e da constitucionalidade da queima da bandeira nacional, além de defender o direito das mulheres ao aborto, ainda que ele, pessoalmente, não apoie a correção moral de nenhuma dessas condutas<sup>522</sup>.

O segundo argumento é diferente: aqui, Dworkin afirma que *não há problemas* quando a interpretação de um texto jurídico como a constituição leva a finais felizes. Como a leitura moral é inevitável, será normal que juízes interpretem os conceitos constitucionais atribuindo-lhes concepções que são sensíveis às suas próprias convicções de justiça. “*It is in the nature of legal interpretation – not just but particularly constitutional interpretational – to aim at happy endings*”<sup>523</sup>, assevera o autor, a destacar que o reconhecimento explícito da leitura moral, em decisões restringidas por questões de texto e de integridade, permite que as soluções para casos constitucionais sejam discutidas e decididas com o ônus de se apresentar os melhores

---

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>522</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's...*, p. 36.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 38.

argumentos de princípio em seu favor<sup>524</sup>. Como afirma Hübner Mendes, aquilo que Dworkin estabelece é a possibilidade de um escrutínio atento à argumentação em que se sustentam as decisões constitucionais como um “controle” da jurisdição constitucional<sup>525</sup>.

O problema desta segunda resposta é aquilo que buscou-se demonstrar anteriormente: a falta de força das restrições que Dworkin pretende estabelecer a partir do *direito como integridade* para as decisões em torno de questões constitucionais controversas. Como os limites de adequação são derrotados pelas convicções morais do intérprete, que determinam as suas posições políticas, o juiz constitucional, ao ler e aplicar “moralmente” a constituição, está a tornar obrigatórias (jurídico-constitucionalmente) as suas próprias convicções de moralidade política. Não se trata, portanto, de que a interpretação constitucional seja sensível àquilo que o intérprete entende moralmente correto, mas sim que as suas decisões são *determinadas* por aquelas convicções quando se trata de determinar a constitucionalidade de uma lei à luz dos direitos fundamentais instituídos pelo texto constitucional. Afinal, soluções diferentes para o direito à igualdade, à liberdade de expressão, à vida, à dignidade da pessoa humana, e – nas constituições que os estabelecem –, direitos sociais, caracterizam posições políticas e opõem pessoas que defendem concepções de esquerda e de direita, neoliberais e socialistas, ruralistas e ecologistas *etc.* sobre questões políticas polêmicas<sup>526</sup>.

Assim, para utilizar os termos de Dworkin, quando um tribunal constitucional tem de resolver um juízo de constitucionalidade, a diferença significativa entre o início de um novo capítulo ou de uma nova obra na biografia constitucional de uma comunidade política tende a se neutralizar. Afinal, a nova decisão pode, legitimamente, negar decisões do passado por considera-las erros em que eram promovidas concepções injustas dos conceitos constitucionais comuns.

Como explica Luís Pereira Coutinho, isso faz com que a leitura moral da constituição desague em um grave problema de função para a jurisdição constitucional. Afinal, a decisão da *constituição como norma* por um tribunal afirma que são ilegítimas para aquela comunidade as convicções de alguns de seus participantes – aqueles mesmos que Dworkin supunha que reconheciam que viver em comunidade era viver sob princípios fundamentais compartilhados. Dada a fraqueza das restrições de adequação nesse contexto, a decisão jurídico-constitucional que se apresenta como legítima *apenas* por sua correção em termos de

---

<sup>524</sup> *Ibidem*, pp. 36-38.

<sup>525</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle...*, p. 45.

<sup>526</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 321. Reconhece-se que, a partir de uma concepção schmittiana do político, “questão política polêmica” é um possível pleonasma. Cf. SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018, pp. 50-51.

moralidade política – ou seja, nos termos em que as pessoas se dividem em uma comunidade pluralista – não pode reclamar para si a mesma legitimidade do juiz no *direito como integridade*, em que o juiz pretendia manifestar a continuação da voz da comunidade personificada. Tal fica especialmente evidente quando aquilo que está em consideração são soluções que consagram “princípios em contradição insanável entre si”, que não se apresentam como íntegras (como uma decisão da comunidade personificada) para aqueles que guardam em si parâmetros morais contrários à decisão do tribunal constitucional<sup>527</sup>.

Assim, no limite, a possibilidade de integração pluralista no contexto da democracia de substância de Dworkin é severamente fragilizada pela jurisdição constitucional. Nesse sentido, afirma Pereira Coutinho: “a desintegração – ou, pelo menos, o desacordo tenaz entre diferentes setores justamente em torno do sentido daquelas que se têm como ‘fundações constitucionais’ ou ‘princípios fundamentais’ – confronta-nos sem complacências”<sup>528</sup>.

É por isso que seria importante que a primeira resposta de Dworkin ao desafio dos “finais felizes” fosse significativa. Como a jurisdição constitucional que não pode ser reconhecida como íntegra por todos nega uma vida em comunidade sob princípios comuns, seria preciso que Dworkin mostrasse que o trabalho do juiz constitucional é restringido por considerações de adequação, isto é, que a voz da decisão não é a voz de sua posição moral ou política, mas sim da comunidade política personificada. Para mostra-lo, seria interessante que o próprio Dworkin fosse capaz de exibir momentos em que a Constituição dos Estados Unidos, por ele interpretada, contrariasse as suas convicções liberais de moralidade política. Aqui, a fragilidade das respostas de Dworkin torna-se significativa.

Naquilo que toca à defesa da liberdade para queimar a bandeira, para vender pornografia, ou para abortar, a resposta de Dworkin, como identifica Fernando Atria, é confusa, e falha em distinguir a defesa de uma liberdade do sujeito contra o Estado do valor moral da conduta tutelada por essa liberdade. Seria completamente absurdo concluir que uma pessoa que defende que a liberdade da mulher para abortar é um direito importante está a defender que o aborto é uma conduta eticamente virtuosa. Trata-se, como é característico de uma visão liberal, de uma defesa de espaços de liberdade subjetiva negativa ante a interferência estatal<sup>529</sup>.

---

<sup>527</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *O Estado...*, p. 181.

<sup>528</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>529</sup> “En efecto, [Dworkin] identifica incorrectamente su propia convicción. Lo que es exigido por sus convicciones liberales sobre la justicia (es decir, aquellas por referencia a las cuales há de juzgarse sisus interpretaciones constitucionales reflejan o no sus convicciones) no es que haya pornografia ni que las banderas sean quemadas o que haya marchas em apoyo a los Nazi o que las mujeres aborten cada vez que puedan, sino que el derecho debe abstenerse de prohibir esas conductas de modo que ellas puedan ser expresión de la manera em que cada individuo decide construir su propia vida. Es extraño tener que explicar esto a un liberal!”. ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 324.

O outro exemplo de Dworkin consistia na constatação de que há exigências redistributivas em sua teoria de justiça social que ele não considera que integram o esquema de princípios de moralidade política identificado a partir da interpretação da constituição.

Por este lado, a argumentação de Dworkin tem dois problemas. Primeiro, é evidente que o crítico que afirma que a solução dos casos constitucionais, em Dworkin, apresenta resultados substantivamente alinhados às suas convicções morais, não está a afirmar que tudo aquilo que é uma convicção moral de Dworkin faz parte, para ele, da Constituição estadunidense. No exemplo dado por Atria, o fato de que Dworkin, presumivelmente, crê que é moralmente correto dizer a verdade, não quer dizer que há um direito constitucional a todo cidadão de exigir que seus vizinhos sempre lhe digam a verdade<sup>530</sup>.

Segundo, como busca esclarecer Atria, questões constitucionais, e os conflitos de posições teóricas que se colocam em torno dessas, são questões sensíveis às contingências sociais e políticas. Dworkin afirma não encontrar justificção constitucional para forçar o papel do Estado na promoção de algum grau de justiça social, mas é significativo que essa afirmação seja feita em termos teóricos, e não em referência a algum caso constitucional controverso da *Supreme Court* sobre a possibilidade, por exemplo, do reconhecimento de um mínimo de existência, em que Dworkin tenha ido às páginas da *New York Review of Books* para afirmar que não há previsão constitucional que garanta a igualdade material entre os cidadãos estadunidenses.

Como destaca Atria, quando Dworkin o afirma, não havia controvérsia política relevante sobre a exigibilidade de direitos sociais no contexto da Constituição dos Estados Unidos. Um jogo de suposições pode ser um argumento frágil, mas se no início do século XX, fora do turbilhão político em que tais questões apareceram perante a *Supreme Court*, fossem colocadas a um teórico constitucionalista liberal (no sentido “progressista” que a expressão é empregada na política estadunidense) como Dworkin se a Constituição proíbe a doutrina “separados mas iguais”, ou se ela proíbe que estados da Federação decidam pela proibição do aborto, teria ele tanta certeza quanto o Dworkin de 1996 para afirma-lo categoricamente? Ou, possivelmente, poderia afirmar que a sua convicção pessoal é contra a proibição do aborto e contra a segregação racial nas escolas, mas que isso não pode ser tido como parte da Constituição?

Por outro lado, se houvesse surgido durante a vida de Dworkin um movimento político com força popular a exigir a satisfação estatal de, por exemplo, uma renda básica de

---

<sup>530</sup> *Ibidem*, p. 324.

cidadania, que fosse oposta por uma direita neoliberal e que chegasse à discussão na *Supreme Court*, seria razoável supor que Dworkin se manifestaria para se alinhar à direita e afirmar que a Constituição é silenciosa sobre o assunto? Ou que se trata de uma questão que deve ser deixada para o legislador?<sup>531</sup>

Mais que atribuir palavras ao autor, o argumento anterior busca introduzir uma última questão, e equacionar um argumento dirigível contra a crítica a Dworkin que aqui é apresentada.

Se a crítica à jurisdição constitucional, à luz da leitura moral da constituição, consiste em afirmar que em casos políticos controversos que são levados à adjudicação perante um tribunal constitucional a decisão ali tomada estará determinada pelas convicções dos juízes em matéria de justiça e filosofia moral, a esvaziar de sentido a constituição em si, a crítica se faz suscetível ao contra-argumento de que há, sim, determinadas questões políticas que são evidentemente proibidas pela constituição.

É possível pensar em uma série de exemplos: uma norma que legaliza o uso de tortura contra criminosos, ou que torna autorizada a discriminação contra uma determinada minoria, ou que torna crime falar uma mentira em voz alta, ou ainda que permita a aplicação retroativa de uma norma penal. Todas essas soluções legislativas, se eventualmente aprovadas em uma democracia constitucional, estariam claramente a violar textos constitucionais que consagram direitos fundamentais.

O problema de encarar essas questões em abstrato, como puras suposições teóricas, é que, como afirma Atria, essa perspectiva nega a polemicidade que acompanha tais questões na forma em que aparecem como problemas políticos do mundo real<sup>532</sup>. Assim, supor de forma descontextualizada se alguém pode estar sujeito à justiça penal por proferir uma mentira não carrega a carga política de um projeto de criminalização de *fake news* apresentado e legislado na vida real, e que pode ser constitucionalmente encarado tanto como uma exigência do bom funcionamento de uma democracia, quanto como um violento ataque à liberdade de expressão.

Da mesma forma, como afirma Atria, a tortura e discriminação de uma minoria como os homossexuais não aparecem como questões políticas nesses termos, mas como a possibilidade do emprego de *enhanced interrogation techniques* em indivíduos que podem ter informações sobre agentes terroristas, ou uma discussão sobre as exigências culturais,

---

<sup>531</sup> ATRIA, Fernando. Una réplica para seguir conversando. In: AAVV. *El derecho y sus construcciones*: Diálogos com La Forma del Derecho de Fernando Atria (ed. Javier Gallego Saade). Lima: Palestra, 2020, item IV, 2 (*ebook*).

<sup>532</sup> *Ibidem*, item IV, 2.

tradicionais e religiosas sobre aquilo que pode ser legitimamente compreendido como “casamento”<sup>533</sup>.

E o exemplo mais claro é aquele que Atria oferece sobre a proibição de punição penal por normas criada após os fatos (o princípio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”)<sup>534</sup>. Esse direito fundamental, em termos abstratos, é claramente passível de se apresentar como *norma*, de forma que praticamente qualquer exemplo imaginário de uma lei que o viole estaria a contrariar a constituição que o prevê. Mesmo assim, a sua aplicação se torna polêmica quando aquilo que aparece perante tribunais é a possibilidade de punição *ex post facto* de guardas de fronteira de estados autoritários por um homicídio cometido em seu ofício<sup>535</sup>, ou a possibilidade de conferir, de forma retroativa, benefícios penais a criminosos que cometeram delitos de lesa humanidade quando eram oficiais de uma ditadura militar<sup>536</sup>.

Se a crítica aqui dirigida a Dworkin está correta, resta pouco que diferencie a função exercida pela jurisdição constitucional das decisões praticadas por legisladores. Assim, em Dworkin, como nas teorias discutidas anteriormente neste capítulo, faltam critérios para determinar em que consiste, de fato, a justificação para considerar tais tribunais instâncias superiores de decisão política. Este será o problema central do último capítulo.

---

<sup>533</sup> *Ibidem*, item IV, 2.

<sup>534</sup> Nos termos dos artigos 29 e 282, n. 3, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>535</sup> Nesse sentido, a discutir e justificar a solução dada por uma sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão que entendeu que tal situação constituía uma exceção à cláusula da não-retroatividade (prevista no art. 103.2 da Lei Fundamental daquele país), Robert Alexy afirma que “*el art. 103.2 LF debe ser elástico, pero sin dejar de ser una norma dura*”. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, Alicante, n. 23, pp. 197-230, 2000, p. 216.

<sup>536</sup> O não reconhecimento do benefício em uma situação como essa foi a solução dada pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* da Argentina no caso Batalla. Cf. Decisão nº 91003389 da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Julgado 04 dez. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2357&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=DECLARACION%20DE%20INCONSTITUCIONALIDAD>>, acesso em 18 out. 2020.

### 3. A IMPROBABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*There is a war between the rich and poor  
A war between the man and the woman  
There is a war between the ones who say there is a war  
And the ones who say that there isn't*  
Leonard Cohen, *There Is a War*

Se o sentido principal que se atribui à constituição, como a decisão fundamental sobre a identidade e a forma de existência de uma unidade política, é o estabelecimento das normas jurídicas mais importantes (*supremas*) de um ordenamento jurídico, às quais devem estar submetidas as decisões das instituições constituídas para que seja possível separá-las entre as constitucionais e as inconstitucionais, será preciso explicar de que forma um grupo de juízes pode exercer a função de aplicação jurisdicional daquelas normas de forma legítima. Para tanto, a sua atuação deve ser caracterizada como uma instância jurisdicional em que não se reproduz a polemicidade do âmbito político que caracteriza a decisão de elaboração, justificação e aprovação das leis.

No capítulo anterior, esse tratamento do texto constitucional como (primordialmente) uma norma, isto é, um texto prescritivo sobre a legitimidade de determinadas posições políticas, foi posto em questão com uma apresentação e uma tentativa de crítica de três vias teóricas abrangentes sobre o papel do juiz constitucional. O que o tratamento ali desenvolvido apresentou, entretanto, é que a busca por um modelo propriamente judicial não encontrou um resultado coerentemente frutífero nas três vias teóricas estudadas.

Relembre-se que a procura por uma contenção da influência das convicções pessoais dos julgadores e a orientação de aplicação objetiva das normas constitucionais não teve sucesso, conforme discutido no tópico 2.1., porque levava a prática da adjudicação para um reino de pura discricionariedade sempre que as convicções pessoais de moralidade dos julgadores assim o exigiam.

Já no tópico 2.2., concluiu-se que a definição da normatividade constitucional a partir da teoria de John Hart Ely, que busca identificar as decisões políticas inconstitucionais em termos de questões de procedimento democrático, tampouco satisfaz os objetivos traçados. Ao determinar quais as condições em que de fato existe um procedimento democrático justo e as hipóteses em que uma minoria não pode ter seus direitos afetados pela legislação, o juiz constitucional estará a se engajar em decisões abertamente políticas sobre os conteúdos (ainda

que “mínimos”) de preceitos constitucionais. Desta forma, não há como entender a função institucional que aquelas teorias atribuem a tribunais constitucionais como uma prática de natureza jurisdicional.

Por fim, no tópico 2.3., concluiu-se que a leitura moral da constituição defendida por Ronald Dworkin, embora capaz de explicar a natureza das disposições constitucionais como conceitos fundamentais comuns aos participantes de uma vida política em comunidade, vem a colocar em questão as possibilidades de uma aplicação judicial coerente da constituição. Isso porque concluiu-se que o deslocamento da tomada de decisões sobre as exigências dos preceitos constitucionais para um tribunal não é capaz de submeter uma disputa política aos critérios característicos de uma decisão judicial, de forma que o que ocorre é a reprodução, agora em sede judicial, da disputa sobre a correção moral e política das leis. Uma função que, em ordens constitucionais democráticas, caracteriza as decisões políticas de legisladores.

É a dificuldade em encontrar um modelo propício para a jurisdição constitucional nas três teorias estudadas que implica naquilo que chamamos de *improbabilidade da jurisdição constitucional*. Embora os autores que discutem o problema busquem apresentar o funcionamento de um tribunal constitucional como um exercício que pode ser tipicamente desenvolvido por juízes cuja função é a aplicação de normas constitucionais, as propostas falham porque não há hipótese dentre as abordadas que não implique em um exercício de correção dos desenvolvimentos atribuídos aos princípios de moralidade política instituídos pela constituição. Trata-se, afinal, de uma nova realização daquilo que o legislador já fizera.

É por isso que a jurisdição constitucional é uma função *improvável* de se ver desempenhada: faltam critérios que possam explicar funcionalmente as diferenças entre as decisões proferidas por tribunais constitucionais e por legisladores. A tentativa de tratar decisões políticas como questões passíveis de uma classificação imparcial entre os signos “constitucional” e “inconstitucional”, a partir da aplicação técnica de dispositivos constitucionais, se mostra irrealizável quando o caso *sub judice* é politicamente polêmico, como de fato costuma acontecer na prática dos juízos de fiscalização da justiça constitucional.

Assim, a ideia de improbabilidade está relacionada à constatação de uma diferença entre a existência de desacordos no âmbito técnico-jurídico e no âmbito político-constitucional. O segundo tipo, determinado pela dimensão de grau que caracteriza o *político*, pode se ver neutralizado em determinados contextos sociais e institucionais, sobretudo quando tem por objeto uma solução normativa que não está entre aquelas que caracterizam as convicções morais e políticas que dividem as pessoas em sociedades pluralistas. Nestes casos, podem sobreviver critérios dogmáticos técnicos aceitos por juízes para guiar a determinação da

inconstitucionalidade de determinadas normas. Trata-se de uma questão contingente à particularidade das discussões que vêm a surgir no espaço público de diferentes comunidades, de forma que, quando a questão da validade constitucional de determinada lei está no seio do conflito político, a aceitação e aplicação de critérios jurídicos dogmáticos para adjudicação torna-se improvável.

Por isso, a improbabilidade é tratada como uma questão de grau, e não uma afirmação absoluta. Como qualquer cidadão brasileiro se deu conta durante o governo de Dilma Rousseff, o político é capaz de se manifestar em âmbitos imprevistos. Nem mesmo a ortografia escapa quando a opção por se referir à eleita como *presidente* ou *presidenta* torna-se um sinal que permite a identificação das convicções políticas daquele que fala. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei não só não escapa do político, como tende a ser caracterizada por esse âmbito (e não pelo *jurídico*). Assim, o deslocamento dessas decisões para tribunais provoca uma reprodução do conflito político nas mãos de juízes constitucionais. Ocorre que, como visto, a jurisdição constitucional é uma prática improvável, e o tratamento da constituição como um conjunto de normas a serem impostas sobre a prática política remete a uma promessa que as formas institucionais conhecidas em nossas democracias não são capazes de concretizar.

### 3.1. “Adjudicação” constitucional?

Para reforçar tais conclusões, é preciso buscar uma boa resposta para uma questão que foi já sugerida em diferentes momentos do trabalho: um julgamento de fiscalização da constitucionalidade é, em natureza, análogo a qualquer outro julgamento proferido por tribunais ordinários? É possível falar, com coerência, em *adjudicação constitucional*? A resposta dessas indagações – que será negativa, adianta-se – exige uma investigação sobre aquilo que pode ser considerado um ato ordinário de adjudicação, ainda que em termos gerais.

Segundo Lon Fuller, a adjudicação, como um tipo de decisão social formal destinada à melhor solução de determinados tipos específicos de controvérsia, se caracteriza por duas características principais: i) o fato de que as partes envolvidas em uma disputa têm oportunidades institucionalizadas para conhecer de seu objeto e para ter o seu “*day in court*”, isto é, participar do processo e apresentar as provas e argumentos que possam orientar a solução em seu favor; ii) e a existência de padrões de decisão previamente definidos<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> FULLER, Lon L. Adjudication and the rule of law. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 54, pp. 1-8, 1960, p. 2 e pp. 5-6.

Sobre o segundo critério, embora Fuller apresente duas concepções<sup>538</sup>, no contexto deste trabalho é possível entender que tais padrões de decisão são leis aprovadas democraticamente. No sentido apresentado por Paulo Otero, há uma expectativa de que as decisões judiciais estejam “contaminadas” pela legitimidade democrática que caracteriza a autoridade do legislador eleito, de forma que a decisão judicial apareça como legítima na medida em que pode ser compreendida como aplicação da lei e, por consequência, da “vontade geral” do povo<sup>539</sup>. Assim é que se faz compreensível o sentido do artigo 202º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, que prescreve que os tribunais “têm competência para administrar a justiça em nome do povo”<sup>540</sup>.

Fernando Atria, ao tratar do assunto, também confere centralidade à aplicação da lei em sua caracterização da função jurisdicional. Em *On Law and Legal Reasoning*, Atria o demonstra a endossar o conceito de Hart, para quem a adjudicação é uma função estabelecida por regras secundárias que dão poder para que determinados oficiais afirmem, de forma autoritativa, se uma regra primária foi cumprida ou violada em um caso específico<sup>541</sup>. Já em *La Forma del Derecho*, Atria argumenta que a função institucional do juiz (isto é, *adjudicar*) consiste em “*dar a cada uno lo suyo conforme a ley*”<sup>542</sup>. Deste modo, a decisão do órgão jurisdicional está legitimada na medida em que o seu conteúdo possa ser identificado como previamente determinado pelo direito, e que a aplicação da lei seja considerado o fim, e não um instrumento (para uma outra finalidade pessoal, política, *etc.*), do juiz no exercício de sua função<sup>543</sup>.

Para Atria, essa definição do papel institucional do juiz explica a razão pela qual os órgãos judiciários são estruturados a ter como norte principal o *princípio da independência*: trata-se da necessidade de organizar formas institucionais que tornem provável o desempenho da adjudicação nos termos apresentados, o que exige que sejam neutralizadas as pressões (sociais e institucionais, por exemplo) aptas a incentivar o juiz a decidir com objetivos diversos da aplicação da lei<sup>544</sup>. Em sentido semelhante, Josep Aguiló afirma que o dever de

---

<sup>538</sup> Fuller distingue duas linhas rivais: os que seguem o slogan “primeiro regras, depois tribunais”, e os que discordam, a afirmar “primeiro tribunais, depois regras”. *Ibidem*, p. 6.

<sup>539</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, v. II, p. 81.

<sup>540</sup> Como destaca Otero, seria um contrassenso ler tal artigo como a implicação de uma representação política, ou de uma legitimidade democrática em sentido orgânico-pessoal, de tribunais diante do povo. *Ibidem*, pp. 416-417.

<sup>541</sup> HART, H. L. A. *The Concept...*, pp. 96-97; ATRIA, Fernando. *On Law...*, p. 79.

<sup>542</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 214.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 200 e p. 213.

<sup>544</sup> “*Como hacer probable la jurisdicción, esto es, la decisión de casos particulares por aplicación (em el sentido ya indicado) de la ley, sin outro fin que el de dar a cada uno lo suyo? La respuesta que subyace la estructura jurisdiccional es el principio de independencia*”. *Ibidem*, p. 213. Cf. também ATRIA, Fernando. *La*

independência dos juízes consiste exatamente na obediência ao direito, explicada pela posição institucional dos agentes responsáveis pela adjudicação<sup>545</sup>. Com isso, a estrutura formal da organização judiciária orienta-se de acordo com o princípio da independência, para que se faça provável a realização da função de aplicação do direito, o que pode se materializar em diferentes opções estruturais: a inexistência de um dever de obediência entre juízes e tribunais superiores<sup>546</sup>, a autonomia financeira e administrativa de tribunais<sup>547</sup>, a existência de meios para argumentar a suspeição de um juiz para que ele não julgue uma causa de alguém que lhe é pessoalmente próximo *etc.*

As ideias de que a adjudicação está legitimada quando tem como fim a aplicação da lei, e não a busca por outros objetivos, e de que a fidelidade a este fim é improvável (de forma que precisa ser mediada por formas institucionais) é especialmente relevante quando se discute o papel de um juiz criminal. Quando um juiz se vê obrigado a decidir, por exemplo, sobre o cabimento de uma prisão processual, ou sobre a nulidade de um conjunto de provas pela possível ilegalidade cometida no curso de investigação, é muito comum que socialmente se invoque a necessidade de que a atuação do magistrado contribua para o combate à criminalidade (ou à corrupção, *etc.*). Trata-se, na linha do argumento anterior, de apelos para que o juiz não atue como juiz, mas sim como um agente em favor de uma finalidade alheia à aplicação daquilo que o direito prevê para as hipóteses em que se enquadram os arguidos. Entender o papel do juiz como algo diferente da aplicação da lei, entretanto, representaria uma subversão da compreensão de seu papel institucional<sup>548</sup>.

Não obstante, o conceito institucional de adjudicação defendido por Atria deve vir acompanhado de duas observações. A primeira decorre da necessidade de defender que uma concepção que relaciona adjudicação e aplicação da lei não é uma completa ingenuidade. Afinal, como é geralmente reconhecido hoje, uma “visão mecânica e automática ou lógico-silogística de aplicação da normatividade pelo juiz se mostra hoje completamente ultrapassada”<sup>549</sup>, e por isso é preciso completar a ideia de aplicação da lei com uma explicação

---

improbabilidade de la jurisdicción. In: *La Judicatura como organización*, (eds. Javier Couso e Fernando Atria). Santiago: Expansiva, pp. 33-55, 2007, pp. 39-44.

<sup>545</sup> AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidade de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, Cidade do México, n. 6, pp. 71-79, 1997, pp. 74-76.

<sup>546</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, pp. 213-218.

<sup>547</sup> AGUILÓ, Josep. *Independencia...*, p. 74.

<sup>548</sup> Portanto, é bastante estranho que se argumente, como fez o Ministro Luiz Fux do STF brasileiro, que uma determinada norma que reorganiza o poder judiciário pode ser inconstitucional se inexistir uma análise do impacto desta na eficácia da atuação dos órgãos jurisdicionais no combate à criminalidade. Cf. Decisão do STF brasileiro em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF. Decisão de 03 fev. 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>549</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, v. II, p. 415.

do porquê *aplicação* não quer dizer, como se costuma apressadamente inferir, “*mera*” *aplicação* “*mecânica*” da lei.

A explicação parte da constatação de que é um equívoco entender que a aplicação de uma norma geral a um caso concreto, na prática, pode ser realizada mecanicamente. Ao decidir um caso concreto *sub judice* e avaliar as possibilidades de aplicação de normas gerais, o juiz tem a necessidade de encarar as circunstâncias práticas e factuais do caso, fora do campo teórico e hipotético das normas gerais, para superar aquilo que M. J. Detmold chamou de “vazio da particularidade”<sup>550</sup>. Para Atria, o que demonstra que há um sentido de *aplicação da lei* que é possível (e não é nem ingênuo e nem cético quanto às possibilidades de aplicação) são duas diferentes formas de raciocínio que o juiz pode ter que desempenhar para superar dois defeitos dos textos normativos identificados por Savigny: de um lado, a expressão indeterminada e, de outro, a expressão imprópria da lei<sup>551</sup>.

Expressão *indeterminada* é um problema da lei em abstrato, quando o seu texto (por exemplo, por incompletude, contradição, ambiguidade) não permite a identificação daquilo que a lei, como manifestação de vontade do legislador, pretende comunicar. Nesses casos, explica Atria, exige-se que se complete o sentido que faltou à expressão do legislador para que se tenha uma regra jurídica a partir daquele texto legal. Trata-se de um defeito da lei, identificável em abstrato e atribuível à imperícia do legislador na elaboração do texto. Nesse sentido, pode ser corrigida pelo legislador (ainda que os procedimentos para o fazer sejam trabalhosos e dificilmente realizados) ou pelo juiz que tem de aplicar a lei, porque a aplicação sem a correção do defeito é impossível. O exemplo de Savigny, que Atria reproduz, é o de uma lei que exige testemunhas para um ato específico mas não fixa um número<sup>552</sup>. Outro pode ser encontrado no artigo 170º do Código Penal português, cuja aplicação pode depender de uma determinação daquilo que há de ser compreendido como as “propostas de teor sexual” puníveis com uma sanção penal.

O outro defeito é a expressão *imprópria* da lei. Tal defeito é constatado, segundo Atria, quando o sentido da lei é compreensível e ela é aplicável ao caso concreto, mas a decisão legislativa ali expressa, entendida de forma correta, não cobre o caso em questão. Como explica o autor, o defeito, em si, está no caso (e em sua relação com a lei), e não na expressão textual

---

<sup>550</sup> “(...) *the judge (...), at the moment of practicality entered the unanswering void of particularity, the realm of love, about which only mystical, poetic things can be said (children of humanity, and such like); or nothing (Hamlet: “the rest is silence”). Judges enter this realm every day (if they only knew)*”. DETMOLD, M. J. *Law as Practical Reason. Cambridge Law Journal*, Cambridge, n. 48, vol. 3, pp. 436-471, 1989, p. 457.

<sup>551</sup> ATRIA, Fenando. *La forma...*, pp. 115-118.

<sup>552</sup> *Ibidem*, pp. 116-117 e pp. 210-211.

da vontade manifestada pelo legislador. O juiz que identifica uma situação como esta deve decidir que uma hipótese como a do caso *sub judice* não fora decidida pela norma geral legislada, de forma que é cabível deixar de aplicar a lei: “*la expresión de la ley, aplicada al caso, lo soluciona inadecuadamente, y lo soluciona inadecuadamente no porque la ley sea defectuosa, sino porque el caso es especial y respecto de él la expresión es impropia*”<sup>553</sup>. É o caso de muitos exemplos aos quais a teoria do direito costuma recorrer: o herdeiro que assassinou seu avô, o veículo militar estacionado em data comemorativa em um parque onde não podem trafegar veículos, ou o passageiro que dorme à espera do comboio atrasado em uma estação onde é proibido pernoitar.

Para Atria, a possibilidade de corrigir a expressão imprópria da lei é uma forma paradigmática de exercício da função jurisdicional, que não substitui *aplicação* pela *justificação* de normas gerais<sup>554</sup>, e que permite deixar para trás a concepção da ideia de aplicação da lei como “mera aplicação mecânica” das leis, e da adjudicação que se legitima por aquela aplicação como um exercício do juiz autômato<sup>555</sup>.

Entretanto, resta outra objeção à ideia da adjudicação como aplicação da lei. Considere-se a fenomenologia da adjudicação certa vez proposta por Duncan Kennedy, que descrevia um juiz que, entre o resultado previsto pela lei, e aquilo que ele gostaria que a lei previsse, buscava construir uma argumentação jurídica que permitisse dobrar o direito à sua vontade, ao menos para solucionar um caso em específico<sup>556</sup>. Se isso é uma explicação plausível da perspectiva subjetiva do juiz – como de fato parece ser, ao menos em uma parte das hipóteses em que existe a adjudicação – como será possível adotar uma posição como as de Atria ou Aguiló?

Aqui, é preciso explicar a defesa de Fernando Atria de que a explicação da função judicial apresentada em *La Forma del Derecho* é uma explicação *institucional*, e não *normativa*, sobre o papel do juiz. Para Atria, o seu conceito de adjudicação – que a jurisdição se define por uma relação com a lei como *fim* e não como *meio* – tem a pretensão de tornar inteligível a

---

<sup>553</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>554</sup> *Ibidem*, pp. 208-209.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>556</sup> Um juiz que, assim, está livre para decidir na direção de sua vontade, mas limitado pela “pseudo-objetividade” da aplicação de uma regra previamente definida. KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, Washington, n. 36, pp. 518-562, 1986, p. 522. Cf., no mesmo sentido, a crítica ao formalismo em UNGER, Roberto M. *O Movimento...*, pp. 104-111.

estrutura com que o poder judicial<sup>557</sup>, em democracias constitucionais, costuma se estabelecer<sup>558</sup>.

Nesse sentido, o que importa é notar que não se trata de uma explicação fenomenológica do raciocínio do juiz na decisão de um caso concreto, e tampouco do dever moral do julgador em se manter fiel à lei. Trata-se de uma descrição da figura institucional do juiz, um esclarecimento daquilo que caracteriza o *atuar como juiz*, e não *se é possível* haver juízes, ou *quando* há um dever moral de atuar como juiz<sup>559</sup>.

Nada na explicação, portanto, nega que haverá pessoas instituídas no cargo de juiz que usam desse poder para perseguir finalidades distintas do cumprimento da lei. Um sujeito pode, a atuar como juiz criminal, perseguir um possível candidato presidencial de um partido político que lhe desagrada, assim como o juiz neoliberal pode se preocupar, na justiça laboral, com fragilização de todos os direitos dos trabalhadores que considera ilegítimos, enquanto o juiz de esquerda de Kennedy pode se dedicar a proteger trabalhadores grevistas, no limite em que consegue adequar as formas jurídicas que o circunscrevem para fazê-lo. Essa constatação não nega a formulação de Atria, mas sim a reforça: como uma descrição da função judicial que é reconhecida como *improvável* pelo autor (tendo, portanto, que ser mediada por estruturas jurídicas institucionais capazes de torna-la provável), a constatação de que pessoas podem ter vontades mais ou menos nobres para não atuar como juízes em nada nega aquela descrição. Por outro lado, “*si el crítico tiene razón y la idea de sujeción concreta es hoy insostenible, eso no quiere decir que la jurisdicción no se define por las ideas correlativas de independencia y sujeción a la ley, sino que la jurisdicción es hoy imposible*”<sup>560</sup>.

Tampouco há qualquer implicação, na descrição institucional, de um dever moral de obediência cega às leis para as pessoas que venham a ocupar os cargos de juízes<sup>561</sup>. Com certeza haverá regras e situações em que um dever moral de *não* agir como juiz poderá ser defendido<sup>562</sup>. Defender um tal dever de seguimento das leis em abstrato, sem conhecer de seu conteúdo, não faria sentido<sup>563</sup>. Certo que é razoável a expectativa de que o cidadão que se dispõe a se tornar um juiz o faz porque conhece a normatividade que terá que aplicar e julga que ela

---

<sup>557</sup> Não só o poder judicial, mas também o legislativo e o administrativo. Cf. ATRIA, Fernando. *La forma...*, pp. 177-198.

<sup>558</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>559</sup> *Ibidem*, pp. 213-214.

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>561</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>562</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>563</sup> Ainda que, como nos lembra Arendt, haja algo pior que a obediência cega às leis. Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 152-153.

não vai (excessivamente) contra seus desígnios morais. Da mesma forma, se as contingências políticas implicarem em uma deslegitimação da ordem jurídica, como se passou na segunda metade do século XX na América Latina, é evidente que há que se defender o valor moral da postura do juiz que deixa de aplicar aquilo que se volta contra a dignidade das pessoas que se opõem a um governo não democrático. Isso não quer dizer nada, entretanto, sobre a capacidade do poder judiciário para proteger uma comunidade política contra o risco do autoritarismo, tão presente em circunstâncias de debilidade institucional. Afinal, a posição institucional de juízes é tal que basta um qualquer ato institucional assinado por um ditador para que aquele se veja destituído de seus poderes.

Ademais, a tese de Atria não é derrotada pela existência daqueles que se dispõem a ingressar no judiciário com objetivos outros que o de exercer a jurisdição. Nada impede que um comunista, cético das “cantilenas democráticas” da transformação social pela legislação<sup>564</sup>, entenda que terá mais sucesso na luta contra a ordem burguesa a atuar como juiz que como revolucionário armado, assim como o jovem membro do Movimento Hayekiano pode entender que a melhor forma de combater a miragem da justiça social e proteger a ordem espontânea do mercado capitalista seja a usurpação do poder judiciário.

Obviamente, a teoria de Atria sobre a adjudicação e a função judicial não é aceita de forma unânime. Trata-se de uma hipótese de solução para um problema central da filosofia do direito que, como tal, encontra uma série de posições conflitantes tanto em seus critérios principais, quanto em relação aos pressupostos e consequências para a teoria geral do direito (a sua natureza, a sua completude, a sua relação com a moralidade)<sup>565</sup>. Espera-se, entretanto, que tenha sido possível caracteriza-la como uma posição plausível e não excessivamente excêntrica.

Para reforçar a ideia, recorre-se a uma outra perspectiva sobre o cumprimento das regras jurídicas. Considere-se, por exemplo, as conclusões de Gonçalo de Almeida Ribeiro sobre a obediência às regras em termos de razão prática. Para o autor, que não seja possível tratar das regras jurídicas como mandamentos absolutos não representa um fator impeditivo da existência da prática jurídica<sup>566</sup>. Nos termos utilizados anteriormente, isso quer dizer que é possível haver juízes.

---

<sup>564</sup> MARX, Karl. *Crítica do programa de Gotha*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 43

<sup>565</sup> Para uma crítica específica de Eugenio Bulygin à caracterização da função judicial em Atria, cf. BULYGIN, Eugenio. Em defesa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. In: AAVV. *Lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (org. Fernando Atria, Eugenio Bulygin *et al*). Madrid: Marcial Pons, pp. 73-85, 2005. Uma outra crítica valorosa em MORESO, José Juan. Es gibt noch Richter in Berlin. “Todavía quedan jueces em Berlín”. In: *El Derecho y sus construcciones: Diálogos com La Forma del Derecho de Fernando Atria* (ed. Javer Gallego Saade). Lima: Palestra, 2020 (*ebook*).

<sup>566</sup> “I do not believe that ‘the gap’ – the idea that rules are every bit as necessary as they are impossible – is as intractable a problem and certainly not as tragic a problem as he wants us to think it is”. RIBEIRO, Gonçalo de

Ribeiro explica que o raciocínio jurídico é uma atividade complexa por ter que dar uma solução a um caso específico a partir não só de razões de primeira ordem (as leis positivas, por exemplo), mas também de todo o conjunto de razões de segunda-ordem, que são aquelas que fornecem motivos para o seguimento das regras jurídicas<sup>567</sup>. Enquanto as razões de segunda ordem forem suficientes para que aquelas regras estejam dotadas de autoridade com exceção de um número tolerável dos casos da vida social em que são derrotadas, o direito continuará a se manifestar como uma prática possível em nossas sociedades<sup>568</sup>.

Por outro lado, se, eventualmente, as razões de segunda ordem que compelem juízes a obedecer o direito (isto é, a serem juízes) vierem a perder sua força, de tal forma que o cumprimento da lei venha a se tornar improvável a despeito das estruturas institucionais propícias para a prática da adjudicação, é muito possível que estejamos nos encaminhando para uma nova prática, ou pelo menos um novo fio da corda da prática social denominada direito, para utilizar a wittgensteiniana expressão utilizada por Dworkin<sup>569</sup>.

Feita essa caracterização geral do que se entende como *adjudicação*, podemos passar à questão central. Será possível entender, a partir dos termos desenvolvidos aqui, que a prática desenvolvida em um juízo de fiscalização da constitucionalidade por juízes constitucionais se adequa aos termos da adjudicação ordinária sem dobrá-los excessivamente? Para começar a tratar da questão, é possível apresentar algumas diferenças mais evidentes entre a função judicial comum e a jurisdição constitucional.

Segundo Gonçalo de Almeida Ribeiro, que não chega a afirmar uma diferença substancial entre adjudicação e adjudicação constitucional, são três as principais diferenças: i) a abrangência do poder, vez que a decisão de um tribunal constitucional produz efeitos que vão além da solução de um caso específico, de forma que a sua atuação pode ser categorizada como a elaboração de prescrições gerais (uma função tradicionalmente tida como “*the province of the legislature*”); ii) a obrigatoriedade da decisão. Enquanto juízes ordinários em qualquer sistema jurídico moderno não podem abdicar da jurisdição por uma cláusula de *non liquet*, não há nenhuma obrigação de que um Estado de Direito institucionalize algo como uma jurisdição constitucional, e, quando existem, podem ser consideradas como tendo um “papel secundário” de prevenção contra os erros do legislador; iii) a quantidade significativamente menor de

---

Almeida. *Between...*, p. 17. O “*he*” da passagem citada refere-se a Larry Alexander, a quem Ribeiro respondia no artigo aqui referenciado.

<sup>567</sup> O autor lista quatro tipos de razões de segunda ordem: i) a legitimidade da autoridade que elaborou a regra; ii) a expertise da autoridade na matéria; iii) a possibilidade de que regras resolvam problemas de coordenação da vida em sociedade; iv) a possibilidade de que as regras permitam uma igualdade de tratamento. *Ibidem*, p. 18.

<sup>568</sup> *Ibidem*, pp. 18-21.

<sup>569</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's...*, p. 69.

restrições positivas à atuação decisória do juiz constitucional, cuja atuação é caracterizada pela aplicação de *princípios*, e não de *regras*, o que lhe confere um amplo espaço de liberdade para decidir<sup>570</sup>.

Embora a descrição de Ribeiro forneça um bom ponto de partida, é Hübner Mendes quem apresenta uma compreensão mais substantiva da diferença de função entre a adjudicação praticada por tribunais ordinários e a atividade desempenhada pela jurisdição constitucional.

Nesse sentido, para Mendes, a jurisdição constitucional é responsável por uma função que está muito mais próxima daquilo que se entende como função legislativa do que da adjudicação comum desempenhada por tribunais. Tal caracterização parte da mesma constatação afirmada por Ribeiro, no primeiro dos pontos elencados acima: a abrangência e os efeitos de uma decisão de (in)constitucionalidade proferida por um tribunal constitucional. Tais decisões são proferidas para ter efeitos gerais, e geralmente removem (ao menos na prática) um ato normativo do ordenamento jurídico (ou uma interpretação específica do texto normativo) definitivamente. Por isso, segundo Mendes, cabe à jurisdição constitucional uma atenção aos impactos políticos de suas decisões e a responsabilidade que estes acarretam, o que então exige algum grau de sensibilidade política do tribunal ao decidir. Como afirma o autor, “*the aseptic habitat in which law is supposed to operate becomes clearly subverted*”<sup>571</sup>.

Entretanto, ao afirmar que a função da jurisdição constitucional se aproxima da prática legislativa, Mendes esclarece que a despeito da semelhança dos papéis, não há uma equivalência institucional entre os órgãos. A estrutura e os procedimentos seguidos por tribunais constitucionais fazem com que a sua atuação legislativa se dê de forma pontual e complementar à perene função legislativa de parlamentos, em contextos de decisão evidentemente diferentes<sup>572</sup>.

O autor analisa, ainda, a atuação da jurisdição constitucional na transformação do direito constitucional a partir de três diferentes tipos de decisão em que os tribunais podem alterar, ampliar e restringir o conteúdo da constituição: i) a interpretação, em que se atribui sentido às expressões do texto constitucional; ii) a transformação, quando são superados os entendimentos consolidados a respeito de alguma previsão constitucional; iii) a invenção,

---

<sup>570</sup> RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Judicial Activism and Fidelity to Law. In: *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (ed. Luís Pereira Coutinho *et al.*). Dordrecht: Springer, pp. 31-46, 2015, p. 44. A ideia de que, ao contrário do que Ribeiro parece sugerir, não se trata de uma distinção trivial de graus de liberdade, caracteriza as críticas às três teorias apresentadas no capítulo anterior.

<sup>571</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 76.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 77.

quando se decide pela criação uma norma que está fora da moldura do texto constitucional, mas de acordo com o núcleo de sentido das estruturas constitucionais<sup>573</sup>.

Ao constatar que a atuação de tribunais constitucionais se desenvolve de acordo com esses três tipos de decisão, Mendes identifica que a sua função consiste, substancialmente, na alteração da constituição de fato existente em seu sentido material, o que quer dizer que eles participam junto de outras instituições no estabelecimento das margens do âmbito político. Trata-se do papel de realizar uma demarcação rotineira do conteúdo do projeto constitucional de uma comunidade política<sup>574</sup>. Não obstante, o autor afirma que, na condição de poder constituído, um tribunal constitucional tem limites jurídicos<sup>575</sup> e políticos em suas decisões a respeito da identidade política da comunidade<sup>576</sup>.

A partir dessas características, a posição institucional dos tribunais constitucionais é mais completamente descrita por Hübner Mendes nos seguintes termos:

*Their activity does not suit rigid notions of legislation and adjudication, simpliciter. Desirable or not, constitutional scrutiny is, in relation to parliament, an exogenous test with constitutional lawmaking attributes. However, the purview of this exogenous test should not be overstated. It operates under significant constraints. Attempts to rigidly demarcate the province of constitutional scrutiny from legislation on the basis of the arid lawmaking versus law application dichotomy slip through the hands of the observer. Constitutional scrutiny plays a revisory function that might be distinguished from the activity of parliaments only in temporal and structural terms rather than functional.*<sup>577</sup>

Como a função dos tribunais constitucionais não se identifica com a função adjudicativa ordinária, tem-se que, em Hübner Mendes, “‘*adjudication*’ is a misleading label to examine what constitutional courts do”<sup>578</sup>. A conclusão é a de que, a despeito de seu nome, suas liturgias, formas e rituais próprios do meio jurisdicional, que podem até “camuflar” a verdadeira função e fazer parecer que aquilo de que se trata é um caso especial da função judicial ordinária, uma análise mais atenta, para além da identificação nominal, revela que a jurisdição constitucional tem muito pouco em comum com a função dos demais juízes.

---

<sup>573</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>574</sup> *Ibidem*, pp. 79-80.

<sup>575</sup> Assim, Hübner Mendes não aceita por completo a ideia dworkiniana da leitura moral da constituição, que afirma estar sujeita a uma série de contraexemplos fáticos de “casos fáceis” no âmbito constitucional. O autor, entretanto, não apresenta nenhum desses exemplos. *Ibidem*, p. 75, nota nº 10.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>577</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 73.

Para Fernando Atria, como será apresentado no tópico que segue, é essa incongruência entre forma e função que representa o questionamento mais sério a ser colocado perante a institucionalização de órgãos de fiscalização (“judicial”) da constitucionalidade.

Antes disso, vale ressaltar uma última postura teórica que marca uma cisão entre a adjudicação e a função desempenhada pela jurisdição constitucional. Michel Troper, a discutir a justificação da fiscalização judicial da constitucionalidade, afirma que muitas das teorias em torno desse problema fazem uma confusão ao supor que é possível tratar a constituição como uma norma aplicável judicialmente. Contra essa ideia, Troper afirma que a constituição não é uma norma, mas sim uma reunião de enunciados textuais que precisa ser interpretada, de forma que as normas constitucionais de fato só surgem como produto dessa interpretação<sup>579</sup>.

Nesse sentido, a função do juiz constitucional é mais bem caracterizada como a avaliação da compatibilidade entre as leis (decididas pelo legislador) e as normas constitucionais produzidas pelo próprio juiz em sua interpretação<sup>580</sup>. Se a descrição realista de Troper for tida como verdadeira, torna-se impossível encaixar o juiz constitucional na ideia de adjudicação anteriormente proposta, que caracteriza essa atividade a partir da legitimação pelo seguimento da lei<sup>581</sup>.

A ideia de um realismo jurídico especificamente aplicado à tentativa de explicação do funcionamento de tribunais constitucionais também é desenvolvida por Eric Segall, que caracteriza o funcionamento da *Supreme Court* como um grupo de “juízes” que, a resolver disputas políticas controversas que exigem a aplicação de disposições constitucionais como “igualdade”, “devido processo”, e “comércio”, o farão “*in a specialized legal language, but in*

---

<sup>579</sup> TROPER, Michel. *The logic...*, p. 108.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>581</sup> No artigo mencionado, Troper estabelece os parâmetros de uma ideia realista da atividade da jurisdição constitucional ao afirmar que uma constituição não tem *normas*, mas apenas *enunciados* a serem interpretados para produzir normas. A passagem sugere que *há* textos legais que podem ser entendidos como normas. No entanto, é importante destacar que Troper notoriamente tem defendido uma postura realista da interpretação jurídica como um todo, o que parece negar a possibilidade de que algo como a adjudicação, nos termos simples apresentados acima, seja possível na realidade da prática jurisdicional, mesmo fora do âmbito das decisões de fiscalização da constitucionalidade. Mesmo assim, não é certo que Troper negaria tal possibilidade, dada a sua constatação da existência de “coações jurídicas” para os envolvidos na prática jurisdicional que “fazem com que os agentes, que têm o direito de escolher entre um elevado número de condutas possíveis, vejam esta escolha como extremamente limitada” (TROPER, Michel. *Uma teoria realista da interpretação*. Tradução de Valeschka e Silva Braga. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 8, vol. 2, pp. 280-300, 2006, p. 296). A partir da ótica institucional apresentada por Atria, que entende que as estruturas de instituições jurídicas seguem um determinado modelo para tentar realizar as funções que as inspiram, o problema de uma teoria realista que nega a possibilidade da adjudicação como o seguimento da lei é que, no limite, essa ideia nega que faça sentido a existência de juízes e tribunais nas formas com que costumam estar organizados em estados democráticos de direito. Não discutiremos a compatibilidade dessa ideia com a melhor exegese dos argumentos de Troper.

*reality their subjective value preferences and personal life experiences will generate their results*”<sup>582</sup>.

Se o argumento apresentado está correto, de forma que a função da jurisdição constitucional na fiscalização da constitucionalidade de atos normativos permeados pelo conflito político não é uma função de natureza jurisdicional, isso quer dizer que será equivocado compreender tais decisões como um processo de aplicação do direito constitucional, isto é, como uma instância de *adjudicação constitucional*. Trata-se de algo substancialmente diferente, que não se acomoda às categorias tradicionais da adjudicação de tribunais ordinários.

Assim, identifica-se que a improbabilidade da jurisdição constitucional, isto é, a origem da dificuldade de se estabelecer uma teoria normativa para as funções de juízes constitucionais, está no erro da própria pergunta que tais teorias procuram responder. Se os tribunais constitucionais não agem como tribunais, a discussão tem de ser colocada em outros termos. Mas afinal, se não faz sentido falar em adjudicação constitucional, fará sentido falar em tribunais constitucionais? É uma resposta negativa a essa questão que inspira a crítica de Fernando Atria à jurisdição constitucional, que será apresentada a seguir.

### **3.2. Função contra estrutura: a crítica de Fernando Atria à jurisdição constitucional como (possível) explicação do problema**

Para Fernando Atria, à semelhança das considerações expostas acima, é impossível reconhecer a jurisdição constitucional como “jurisdição”, isto é, como uma instância específica, apenas superficialmente distinta, da adjudicação desempenhada por tribunais ordinários.

O ponto de partida para tal conclusão é a constatação de que as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais, como afirmado na leitura moral dworkiniana, são conceitos políticos comuns que apelam a princípios morais na identificação de seu sentido, de forma que “*no hay una diferencia suficientemente significativa entre decidir qué es lo justo (lo correcto, lo que va en el interés de todos) y decidir qué es conforme a la constitución*”<sup>583</sup>.

A consequência disso se manifesta quando um juiz tem de aplicar a constituição para solucionar um caso de fiscalização da constitucionalidade, mas não pode tratar o caso como a aplicação imparcial de uma norma a um caso particular. A adjudicação do conflito sobre

---

<sup>582</sup> SEGALL, Eric J. *Supreme Myths: why the Supreme Court is not a court and its justices are not judges*. Santa Barbara: Praeger, 2012, p. 187.

<sup>583</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 301.

a validade de uma norma que tenha como parâmetro, por exemplo, o direito à igualdade, exige que o julgador apresente a sua própria concepção sobre a igualdade. Neste momento, a solução para o julgamento (constitucional) estará determinada pelas convicções políticas dos juízes de um tribunal constitucional – um juiz que aceita, com Billy Bragg, que “*freedom is merely privilege extended, unless enjoyed by one and all*”, certamente não terá a concepção de liberdade de um juiz que toma a sua visão de mundo de suas leituras de Ayn Rand<sup>584</sup>. “*La decisión, entonces, no puede ser imparcial, ha de ser partisana*”<sup>585</sup>.

Em Atria, é justamente a possibilidade de solução imparcial que caracteriza a diferença entre um conflito político e um conflito jurídico. Como afirma em sua resposta a uma crítica de J. J. Moreso, o conflito político é aquele que não pode ser resolvido sem que o sujeito que decide tome um partido entre as partes, enquanto o conflito jurídico é justamente o que pode ser adjudicado por um juiz que se mantém imparcial na aplicação de normas já justificadas<sup>586</sup>.

Desta forma, como aquilo que cabe a um tribunal competente para a fiscalização judicial da constitucionalidade não pode ser compreendido como a decisão imparcial de casos particulares a partir de padrões normativos, Atria afirma categoricamente: “*un tribunal constitucional no es un tribunal. QED*”<sup>587</sup>.

Certo que, até este ponto, a crítica de Atria não vai muito além das afirmações apresentadas no tópico anterior. Aquilo que marca o desenvolvimento do autor é o passo ao tratamento da questão no âmbito institucional.

O sentido (ou *um dos*) de se atribuir a solução de disputas políticas a um tribunal orientado à aplicação da constituição como norma, a fim de determinar aquilo que é constitucional/inconstitucional, está diretamente relacionado às expectativas de racionalidade e objetividade próprias da prática jurisdicional. Como em uma legislatura não há nada que garanta que os preceitos constitucionais não serão ignorados pela pura força política de uma maioria grande o suficiente, torna-se necessário o estabelecimento de um órgão que garanta que (pelo menos parte das) decisões políticas importantes sejam reavaliadas em termos de princípios constitucionais – um *fórum de princípios*, na expressão de Dworkin.

---

<sup>584</sup> Vale lembrar que, para Bobbio, “o critério mais frequentemente adotado para distinguir a direita da esquerda é a diversa postura que os homens organizados em sociedade assumem diante do ideal da igualdade”. BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995, p. 95.

<sup>585</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 285

<sup>586</sup> ATRIA, Fernando. *Una réplica...*, item IV. 1 (*ebook*).

<sup>587</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 301.

O problema é que, se é verdade que a jurisdição constitucional não é propriamente jurisdição, mas sim um tipo procedimentalmente diverso de decisão política, as expectativas de racionalidade que inspiram o estabelecimento do fórum de princípios tendem a perder seu sentido, o que se observa nas dificuldades encontradas para a coerência prática das três teorias discutidas no segundo capítulo – a improbabilidade da jurisdição constitucional.

Afinal, se a *Supreme Court*, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Constitucional etc. são (ou podem ser se seus juízes seguirem a teoria 2.1, 2.2. ou 2.3.) fóruns de princípio, isso deriva da convicção de que há algo que os diferencia dos órgãos legislativos estabelecidos constitucionalmente. O problema é que, se a crítica apresentada anteriormente está bem direcionada e fundamentada, e não há nada que funcionalmente os diferencie destes órgãos, a expectativa deriva puramente de uma estranha ideia de que um órgão chamado tribunal e organizado em número pequeno de juízes proferirá melhores decisões políticas que um congresso de centenas de deputados que representam diretamente seus eleitores.

Para justificar tal opção, será necessário ou recorrer a algum tipo de argumento excessivamente elitista, ou apelar a uma forma especialmente característica do legalismo como ideologia, que entende que a racionalidade própria de uma decisão orientada por princípios aparece por *fiat* quando há uma norma constitucional que obriga um tribunal a ser o guardião da constituição ou escreve-se em sua porta de entrada a palavra “tribunal”, ainda que, na prática, tal órgão não esteja diferenciado funcionalmente das legislaturas.

E como a função a ser desempenhada não é a de um tribunal, a opção por esse tipo de estrutura institucional incorre em uma contradição:

*(...) nótese que la respuesta es problemática, porque a pesar de ser un órgano legislativo la Corte Suprema tiene estructura de tribunal. Que tenga estructura de tribunal quiere decir que está organizado para hacer probable el desempeño de una función jurisdiccional, no legislativa. Y que no tiene las características que hacen probable el desempeño de una función legislativa. En atención a su función, en otras palabras, la Corte Suprema es un foro de justificación; pero su estructura es la de un foro de aplicación. Estructura y función (forma y sustancia) están en contradicción.<sup>588</sup>*

A questão é que há diferenças importantes entre os órgãos legislativos e jurisdicionais que fazem com que os primeiros estejam mais bem estruturados para a tomada de decisões sobre questões políticas controversas que os segundos. Não se trata, apenas, da aproximação entre sujeitos de direitos e a decisão sobre esses direitos, em termos de Waldron,

---

<sup>588</sup> *Ibidem*, p. 331.

ou da legitimação orgânico-pessoal das autoridades, em termos de Böckenförde, mas dos efeitos que são atribuídos a decisões formalmente identificadas como legislativas ou judiciais.

As decisões legislativas tradicionais (pelo menos quando não assumem a forma de emendas à constituição) estão sujeitas à superação sempre que a força política que as havia inspirado perde vigência e relevância. As decisões de um tribunal constitucional, por outro lado, são tomadas por juízes cuja posição institucional não depende do rearranjo das forças políticas da sociedade, mas sim os isola da prática política cotidiana. O problema é que, se a função desempenhada pelas duas casas políticas é a mesma, tais diferenças carecem de sentido e o tribunal constitucional aparece como a manifestação latente de uma contradição<sup>589</sup>.

Atria nota que essa contradição tende a produzir movimentos em busca de sua superação. Um desses movimentos, discutido no segundo capítulo, é justamente a busca por uma teoria que permita entender os juízes constitucionais como juízes. Se as críticas dirigidas contra as teorias discutidas tiverem procedência – ao menos em casos em que há uma disputa política especialmente controversa em questão –, e se não há uma teoria que não foi estudada e que resolve os problemas levantados (ou seja, negue as consequências identificadas a partir da leitura moral dworkiniana), este primeiro caminho não será satisfatório. Mas há outros mais a serem citados como exemplos daquilo que afirma Atria.

Em termos teóricos, é possível citar como tendências à solução daquela contradição o movimento em favor de compreensões deliberativas do papel dos tribunais constitucionais<sup>590</sup>, e uma defesa de diálogos institucionais e daquilo que se costuma chamar de *weak judicial review*.

Institucionalmente, por outro lado, destaca-se uma transformação dos tribunais para incluir em suas dinâmicas estruturais alguns elementos que não costumam estar identificados tradicionalmente com procedimentos judiciais. É o caso, por exemplo, da realização de audiências públicas anteriores às decisões, para incluir no processo de decisão participantes da sociedade civil<sup>591</sup>, a busca por uma legitimação democrática (pessoal) mais forte dos juízes

---

<sup>589</sup> *Ibidem*, pp. 339-340.

<sup>590</sup> No contexto brasileiro, cf., por todos, MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional...*; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250, pp. 197-227, 2009.

<sup>591</sup> Sobre as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro, cf. GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E porque isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, vol. 60, n. 3, pp. 137-159, 2015.

constitucionais<sup>592</sup>, ou a ampliação de efeitos das decisões da jurisdição constitucional, inclusive em sua transformação definitiva em “legislador positivo” em determinadas ocasiões<sup>593</sup>.

Uma última transformação diz respeito à compreensão cada vez mais politizada da posição institucional dos tribunais constitucionais pelos próprios agentes do âmbito político. Como não se encontra um modelo que, com sucesso, seja capaz de se impor normativamente aos juízes constitucionais para que apareçam como atores de uma atividade propriamente jurídica, e não política, a tendência é a de que esses tribunais sejam colocados no centro nas disputas políticas. O sintoma mais evidente disso se manifesta em ordens constitucionais em que órgãos políticos são responsáveis pelas indicações aos tribunais, aparecendo cada vez de forma mais explícita a busca pela nomeação de sujeitos que representarão, nos tribunais, posições caras àqueles que os indicam (de esquerda ou direita, conservadores ou progressistas *etc.*). No contexto dos Estados Unidos, a situação tem se manifestado de forma particularmente aguda nas décadas que seguiram à jurisprudência da Corte Warren (e, depois, à decisão sobre o aborto no caso *Roe v. Wade*<sup>594</sup>)<sup>595</sup>. No Brasil, a considerar-se o contexto político atual e a progressiva expansão de poderes do Supremo Tribunal Federal nos últimos 15 anos, seria ingênuo não cogitar que algo bastante semelhante está para acontecer.

Há que se destacar que tais considerações, como não pode deixar de ser, estão sujeitas às contingências dos processos políticos e históricos de cada país e ordem constitucional.

A bem da verdade, este é o caso de praticamente tudo o que se afirmou até aqui. A tentativa, pela qual se optou, de estudar a jurisdição constitucional em termos abstratos e apartados das questões dogmáticas específicas em que boa parte da teoria constitucional o faz corre o risco de parecer desinteressante para a prática jurídico-constitucional de fato e, por outro lado, alienada das circunstâncias políticas reais em que se inserem esses tribunais.

---

<sup>592</sup> O artigo 198 da Constituição Política do Estado da Bolívia prevê que os magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional devem ser eleitos mediante sufrágio universal.

<sup>593</sup> O Supremo Tribunal Federal brasileiro hoje pode, em sede de Mandado de Injunção, criar norma para suprir a omissão legislativa (em situações especificadas na Constituição) com efeitos *erga omnes*, nos termos da Lei n. 13.300/2016, em seu artigo 9º. Outro exemplo do exposto, também no que toca ao STF, é a chamada “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade: contra a norma constitucional (art. 52, inciso X) que exige que a decisão de inconstitucionalidade de norma em sede incidental, pelo plenário do STF, seja ratificada pelo Senado Federal para que tenha validade geral, o tribunal tem discutido a superação da exigência constitucional para ampliar os efeitos de suas decisões. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 239-248.

<sup>594</sup> Cf. decisão da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América em 410 US 113 (1973). Julgada em 22 jan. 1973. Disponível em < <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>>, acesso em 18 ago. 2020.

<sup>595</sup> Atria apresenta a evolução das críticas cada vez mais exaltadas de Dworkin, o defensor paradigmático da jurisdição constitucional, à captura da *Supreme Court* pela direita norteamericana. Cf. ATRIA, Fernando. *La forma...*, pp. 337-341.

Por isso, não se estabeleceu qualquer objetivo prescritivo para este trabalho. Seria ingênuo, a partir dos argumentos anteriores, afirmar que a jurisdição constitucional deve ser universalmente rejeitada, ou receitar que, em todos os países que atingem as condições *x*, *y* e *z*, será melhor que não haja um tribunal constitucional. Dinâmicas institucionais em termos concretos não podem ser discutidas, a sério, fora das contingências práticas de que se originam e nas quais se inserem.

Ainda assim, é possível asseverar que, se as pretensões do estudo tiverem sido ao menos em parte satisfeitas, e há aqui argumentos plausíveis sobre as dificuldades para a existência de uma teoria coerente da *jurisdição* constitucional, será possível afirmar algo que é de primordial importância para as distinções entre sentidos de constituição apresentados no primeiro capítulo: que a jurisdição constitucional, como instância paradigmática da *constituição como norma*, faz uma promessa institucional que não é capaz de cumprir.

Tal promessa, repetida com o estabelecimento cada vez mais generalizado de tribunais constitucionais hoje, é a de que a aplicação da constituição de tribunais é uma boa resposta para os déficits de legitimidade e bom funcionamento das formas de decisão política das democracias liberais que hoje conhecemos. Entretanto, se não é possível teorizar coerentemente de que forma a sua função poderá ser uma bem-sucedida sujeição da política a parâmetros jurídico-constitucionais, faz-se preciso dar um passo atrás e tomar outros caminhos de discussão constitucional e institucional para responder àquelas necessidades.

O sentido constitutivo da constituição reaparece, aqui, como uma compreensão da decisão constituinte como a constituição de um espaço político que permita o seu reconhecimento como a construção das possibilidades institucionais para a integração de comunidades pluralistas, organizada em estruturas institucionais que busquem tornar provável a tomada de decisões políticas não apenas como ação estratégica e egoísta, mas também como formas de decisão coletiva que remetam a uma construção dialógica de sentido e, assim, a uma busca pelo estabelecimento de formas de vida mais humanas. Tais objetivos, ao que parece, não podem ser resolvidos por tribunais que tratam as constituições como normas que ditam aquilo que as decisões democráticas podem ou não dizer, uma vez neles não se vê outra coisa que a reprodução dos déficits que, inicialmente, inspiraram o seu estabelecimento.

Pode ser que tratar dos problemas constitucionais nestes termos seja excessivamente ingênuo, e que hoje pareça irrelevante colocar como sentido de uma constituição (da) política, para utilizar uma expressão clássica, a busca por uma “forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo,

ficando assim tão livre como dantes”<sup>596</sup>. Seria necessária uma boa dose de alienação para não perceber que poucas ideias parecem, hoje, tão compartilhadas por diferentes lados do espectro político quanto a afirmação de que as formas institucionais das democracias liberais são incapazes de satisfazer os objetivos mais próprios da política.

Contra essa perspectiva, a posição (política, pode ser dito) que se endossa aqui é a de que há algo entre a ingenuidade e o ceticismo crítico a respeito das formas institucionais que conhecemos que permite buscar nelas um sentido, uma promessa de uma vida em comum mais humana e mais justa. Nos termos de Fernando Atria, “*lo que es común al cinismo y la ingenuidade es que ambos son formas de negar la tensión, el sufrimiento que em puja a cambiar la vida*”<sup>597</sup>.

Espera-se que se justifique, assim, o tom idealizado dessas palavras finais. Se as nossas formas institucionais condicionam as possibilidades de ação política, de transformação do mundo – se, como afirma Atria em sua leitura de Dworkin, a teoria do direito é o prólogo silencioso a toda ação política<sup>598</sup> –, será importante transformar tais instituições para que nelas possam ser produzidas decisões que, falando em sentido ideal, estejam orientadas a proporcionar aquilo que vai no interesse de todos. Se a jurisdição constitucional se apresenta como uma promessa não cumprida de superação dos déficits de nossas formas político-jurídicas e, por outro lado, provoca uma fragilização do espaço de imparcialidade que o direito democrático promete constituir, aí há bons motivos para o repensar de sua predominância no tratamento constitucional dos problemas políticos de nossas sociedades.

Não se pode descartar que, talvez, aquilo que testemunhamos seja ainda hoje uma manifestação da advertência contida no aforisma de Antônio Gramsci – que a crise de nossas instituições políticas seja uma evidência de que o velho continua a morrer, enquanto o novo não encontra por onde nascer. Se este for o caso, que o novo apareça como uma radicalização das promessas de igualdade, liberdade contra o arbítrio, diálogo e emancipação que, prometidas por nossas instituições democráticas, têm hoje se mostrado como pouco mais que utopias para além de nossos horizontes políticos.

---

<sup>596</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 30.

<sup>597</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...*, p. 451.

<sup>598</sup> ATRIA, Fernando. *Una réplica...*, tópico I.1 (*ebook*).

## CONCLUSÃO

Quando é estabelecido um tribunal constitucional, faz-se uma promessa de que o âmbito político e as decisões proferidas pelas instituições constituídas estarão delimitadas pelas prescrições normativas estabelecidas no texto da constituição. Nenhuma instituição competente para proferir decisões públicas deve poder extrapolar os limites ali impostos, que são suficientes para determinar se uma determinada decisão política é aceitável ou inaceitável, isto é, se está dentro da moldura do âmbito político fixada pela constituição. Essa é a descrição tradicional da função de um juiz constitucional: ele deve aplicar as normas constitucionais, que são as leis mais importantes do ordenamento jurídico, como parâmetro para julgar se as leis ordinárias, manifestações da vontade política do legislador, podem ou não ser aceitas no âmbito daquela comunidade política.

De acordo com essa descrição, a função primordial da constituição interpretada pelos tribunais é prescrever aquilo que é admissível que as instituições constituídas façam. Tal conclusão encontra um óbice importante. O conflito político não deixa de ser político porque o fórum escolhido para a sua solução passou das instituições legislativas, mais tradicionalmente políticas e democráticas, para os tribunais, habitadas por pequenos números de juízes atribuídos da adjudicação das possíveis antinomias entre constituição e lei. Desta forma, a obrigação de tratar a constituição como um tipo (apenas) especial de normatividade, a ser aplicada por juízes para delimitar as possibilidades do âmbito político, não é tão simples quanto poderia originalmente parecer.

Assim, a busca por um modelo de juiz constitucional que, tendo de resolver questões permeadas pelo conflito político, permanece passível de ser compreendido como um *juiz*, tem inspirado uma grande parcela da produção teórica do tema. Neste trabalho, buscou-se avaliar o sucesso de algumas das teorias existentes contra a percepção de que decidir entre diferentes opções políticas (a validade ou invalidade de uma lei que dividiu o parlamento e a sociedade quando de sua elaboração, por exemplo) é, em função, o mesmo que agir como um legislador. Para o sucesso da empreitada, seria preciso encontrar, para a aplicação jurisdicional da constituição, técnicas de decisão que livrassem o juiz de um decidir que se contamine da polemicidade característica das decisões políticas.

Se as críticas apresentadas estiverem corretas, a tentativa de se esquivar da substância do conflito político é vã, e a busca por critérios técnicos e dogmáticos de aplicação das normas constitucionais se dilui, pela força do próprio conflito político, em uma nova

instância de debate sobre a correção das opções políticas. A jurisdição constitucional – como função, e não como descrição nominal de uma instituição – é improvável.

O motivo encontrado para isso, talvez de forma surpreendente, é a compreensão da constituição que é apresentada por Ronald Dworkin. Tomando-se a tese de Dworkin de que os conflitos entre proposições de direito constitucional só podem ser resolvidos pelo apelo às convicções de justiça e moralidade política dos intérpretes, conclui-se – contra Dworkin – que isso fragiliza as possibilidades de aplicação jurisdicional da constituição. É pela percepção de que tal improbabilidade radica em características das constituições políticas que se pode concluir que, se Dworkin está correto, a questão não é um problema específico dos desenvolvimentos teóricos aqui discutidos, mas da própria ideia da jurisdição constitucional, do texto constitucional como texto normativo a ser aplicado por tribunais.

Ademais, a reapresentação dos conflitos políticos sob as formas e rótulos das instâncias jurisdicionais se apresenta como uma solução criticável não só por reproduzir aquele conflito, mas pelos efeitos negativos que implica em sua solução. Como visto, Emiliós Christodoulidis explica que o deslocamento do conflito político para as instâncias jurisdicionais provoca em uma perda de complexidade do conflito que se distorce na tentativa de encaixe nas formas que caracterizam o conflito jurisdicional. Além disso, como assevera Fernando Atria, o fato de que decisões políticas sejam tomadas por tribunais descontextualiza o sentido das características institucionais desses tribunais, que passam a possibilitar que decisões políticas se tornem imunes (ao menos por algum tempo) das variações na força política de determinadas posições aceitas na sociedade, enquanto a jurisdição – e, no limite, o direito – deixa de ser um espaço de decisão livre da polemicidade dos conflitos políticos.

Por isso, a improbabilidade da jurisdição constitucional serve de argumento para que se indague se o tratamento dos textos constitucionais como atos normativos a serem sempre aplicados jurisdicionalmente é uma questão tão bem resolvida quanto costuma ser apresentada. A polemicidade e politização da atuação dos tribunais são questões de grau, de forma que se manifestarão de acordo com as contingências políticas em torno de suas decisões. Ainda assim, é preciso que se perceba que a constituição da ordem política, como a decisão de estabelecimento das instituições em que o povo se identifica e vê possibilitada a tomada de decisões para escrever a biografia de sua vida coletiva, exige que se leve mais a sério o sentido constitutivo das decisões constituintes, e que se coloque em questão o seu tratamento como norma.

## BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 93, pp. 1013-1072, 1984.

\_\_\_\_\_. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 98, n. 4, pp. 713-746, 1985.

AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidade de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, Cidade do México, n. 6, pp. 71-79, 1997.

ALEXANDER, Larry. Originalism, the why and the what. *Fordham Law Review*, New York, vol. 82, n. 2, pp. 539-544, 2013.

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa*, Alicante, n. 23, pp. 197-230, 2000.

\_\_\_\_\_. Balancing, constitutional review, and representation. *I-CON*, Oxford, vol. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Maria Lúcia. Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição. In *Carl Schmitt Revisitado*, ed. Carlos Blanco de Moraes, Luís Pereira Coutinho. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014.

ARENDT, Hannah. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt Brace Jovanovic, 1972.

\_\_\_\_\_. *On Revolution*. Londres: Penguin Books, 1990.

\_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. Prefácio: A quebra entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa. In *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, pp. 28-42, 2016.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ATRIA, Fernando. El tribunal constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 20, pp. 367-378, 1993.

\_\_\_\_\_. Legal reasoning and legal theory revisited. *Law and Philosophy*, Dordrecht, n. 18, pp. 537-577, 1999.

- \_\_\_\_\_. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- \_\_\_\_\_. El derecho y la contingencia de lo político. *Doxa*, Alicante, n. 26, pp. 319-344, 2003.
- \_\_\_\_\_. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 5, pp. 119-141, 2004.
- \_\_\_\_\_. La improbabilidad de la jurisdicción. In: *La Judicatura como organización*, (eds. Javier Couso e Fernando Atria). Santiago: Expansiva, pp. 33-55, 2007.
- \_\_\_\_\_. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- \_\_\_\_\_. Una réplica para seguir conversando. In: AAVV. *El derecho y sus construcciones: Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria* (ed. Javier Gallego Saade). Lima: Palestra, 2020, item IV, 2 (ebook).
- BANKOWSKI, Zenon. *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love*. Dordrecht: Springer, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, pp. 30-60, 1994.
- \_\_\_\_\_. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014.
- \_\_\_\_\_. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, pp. 2171-2228, 2018.
- BAZIN, Andre. *Re noir français*. *Cahiers du Cinema*, Paris, n. 8, pp. 9-29, 1952.
- BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the idea of progress*. Nova York: Harper & Row, 1970.
- \_\_\_\_\_. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BIX, Brian. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy*, Dordrecht, vol. 10, n. 1, pp. 51-72, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La democracia como principio institucional, in \_\_\_\_\_. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. esp. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, pp. 47-131, 2000.
- \_\_\_\_\_. Constitutional Jurisdiction: Structure, organization and legitimation. Tradução de Thoman Dunlap. In \_\_\_\_\_. *Constitutional and Political Theory: selected writings*, vol. I, ed. Mirjam Künkler, Tine Stein. Oxford: Oxford University Press, pp. 186-205, 2017.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

BULYGIN, Eugenio. Em defesa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. In: AAVV. *Lagunas en el derecho: Uma controversia sobre el derecho y la función judicial* (org. Fernando Atria, Eugenio Bulygin *et al*). Madrid: Marcial Pons, pp. 73-85, 2005.

BUSTAMENTE, Thomas. Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian response to Mark Greenberg's Moral Impact Theory of Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Ontario, vol 32, n. 1, pp. 5-43, 2019.

BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira. A “Igualdade Proporcional”, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. *Direito & Política*, Lisboa, n. 4, pp. 182-191, 2013.

CAMPBELL, Thomas. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. New York: Routledge, 2016.

CANAS, Vitalino. Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). *E-pública*, Lisboa, n. 1, pp. 1-49, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHRISTODOULIDIS, Emilios A. *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht: Springer, 1998.

COUTINHO, Luís Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. A “convergência de pensões” como questão política. *E-Pública*, Lisboa, n. 1, pp. 2-20, 2014.

\_\_\_\_\_. Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional. In *O Tribunal Constitucional e a Crise*, org. Luís Pereira Coutinho, Gonçalo de Almeida Ribeiro. Coimbra: Almedina, pp. 243-261, 2014.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como compromissos. *E-pública*, Lisboa, n. 3, pp. 86-98, 2014.

\_\_\_\_\_. O facto do pluralismo e a fiscalização judicial da constitucionalidade. In *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, coord. Paulo Pulido Adragão. Coimbra: Almedina, pp. 69-78, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Regimes Políticos: lições de Ciência Política*. Lisboa: AAFDL: 2015.

\_\_\_\_\_. *O Estado como Representação: do momento hobbesiano aos problemas contemporâneos*. Lisboa: AAFDL, 2019.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e justificação pública. In *Atas das I e II Jornadas de Metodologia Jurídica*, org. José Lamego, *no prelo*.

- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DETMOLD, M. J. Law as Practical Reason. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, n. 48, vol. 3, pp. 436-471, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- FAGGION, Andrea. Pluralismo moral e raciocínio prático, in *Revista Natureza Humana*, v. 21, n. 2, pp. 77-96, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Tradução de Nicolás Guzmán. *Doxa*, Alicante, n. 34, pp. 15-53, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, n. 38, pp. 1-13, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Natural Law and Natural Rights*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FULLER, Lon L. Adjudication and the rule of law. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 54, pp. 1-8, 1960.
- GALLEGO, Javier. La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado. *Isonomía*, Cidade do México, n. 50, pp. 6-48, 2019.
- GAMA, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

GARGARELLA, Roberto. Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism, in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, ed. Thomas Bustamante, Bernardo G. Fernandes. Suíça: Springer, pp. 119-146, 2016.

\_\_\_\_\_. La revisión judicial em democracias defectuosas. *Revista Brasileira de Política Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, pp. 152-167, 2019.

\_\_\_\_\_. La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas. In *La Justicia Constitucional en Tiempos de Cambio*, org. Roberto Niembro O., Sergio Verdugo. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 371-400, 2019.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E porque isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, vol. 60, n. 3, pp. 137-159, 2015.

\_\_\_\_\_. *Devolver a constituição ao povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

\_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HIRSCHL, Ran. 'Juristocracy' – Political, not Juridical. *The Good Society*, State College, PA, v. 13, n. 3, pp. 6-11, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KAHN, Paul W. Community in Contemporary Constitutional Theory. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 99, n. 1, pp. 1-85, 1989.

\_\_\_\_\_. *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*. New Haven: Yale University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. *Political Theology: four new chapters on the concept of sovereignty*. New York: Columbia University Press, 2011.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Tradução de Maria Ermantina Galvão. In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, org. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, pp. 119-186, 2003.

\_\_\_\_\_. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, org. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, pp. 237-298, 2003.

KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, Washington, n. 36, pp. 518-562, 1986.

KING JR., Martin Luther. *Letter from Birmingham Jail*. Londres: Penguin Random House, 2018.

KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 7, pp. 1567-1616, 1985.

LA TORRE, Massimo. *Derecho, Poder y Dominio*. Tradução de espanhol Francesca Gargallo. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constitutionalism and Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007.

\_\_\_\_\_. Hannah Arendt y el concepto de Derecho. Contra la tradición. In *Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois*, org. Paulo de Sousa Mendes, Luís Pereira Coutinho. São Paulo: Marcial Pons, pp. 53-75, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, vol. XXXI, n. 3, pp. 417-432, 1937.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución*, 2. ed. Tradução de Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1973.

LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deonticas: a previsão indutiva, o déficit informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Teoria do Direito*, vol. 1. Lisboa: AAFDL, pp. 163-206, 2018.

LUKÁCS, Georg. *História e Consciência de Classe: Estudos sobre a dialética marxista*. Tradução de Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

\_\_\_\_\_. *H. L. A. Hart*. Tradução de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pons, 2010.

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

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3 ed. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2007.

MADISON, James. Fifty-one (n. 50 in newspapers). In HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*, ed. J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução de Martin Nicolaus. New York: Random House, 1973.

\_\_\_\_\_. *Sobre a questão judaica*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_. *Crítica do programa de Gotha*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Tradução de Rubens Enderle *et al.* São Paulo: Boitempo, 2007.

MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

\_\_\_\_\_. Is it all about the last word? *Legisprudence*, Oxfordshire, vol. 3, n. 1, pp. 69-110, 2009.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Gilmar F. *et al.* *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINEUR, Didier. La délibération préalable à la décision majoritaire: justification substantielle ou procédurale? *Raisons politiques*, Paris, n. 60, pp. 129-147, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017.

MORESO, José Juan. Es gibt noch Richter in Berlin. “Todavía quedan jueces em Berlín”. In: *El Derecho y sus construcciones: Diálogos com La Forma del Derecho de Fernando Atria* (ed. Javer Gallego Saade). Lima: Palestra, 2020 (*ebook*).

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. Tradução de Peter Naumann. In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 7, pp. 315-327, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NAGEL, Robert F. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*. Berkeley: University of California Press, 1989.

NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NINO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucionalidad, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, pp. 79-88, 1989.

\_\_\_\_\_. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais na crise. In *III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil*, org. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. Brasília: IDP, pp. 22-29, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, José A; MOREIRA, Pedro da Silva. O que há de tão democrático no “constitucionalismo democrático”? *Conpedi Law Review*, Florianópolis, v. 1, n. 14, pp. 100-120, 2016.

OTERO, Paulo. *Direito da Vida*. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Português*, v. II: Organização do Poder Político. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 98, pp. 317-370, 2013.

PINO, Giorgio. The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States, in *Law and Philosophy*, vol. 18, n. 5, pp. 513-536, 1999.

PLATÃO. Eutífron. In \_\_\_\_\_. *Eutífron, Apologia de Sócrates, Críton*. Tradução de José Trindade Santos, 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1983.

POSNER, Richard. Democracy and Distrust Revisited. *Virginia Law Review*, Charlottesville, vol. 77, pp. 641-651, 1991.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*, 5ª ed. revista e acrescida. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo, Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O Constitucionalismo dos Princípios. In *O Tribunal Constitucional e a Crise*, org. Luís Pereira Coutinho, Gonçalo de Almeida Ribeiro. Coimbra: Almedina, pp. 69-103, 2014.

\_\_\_\_\_. Judicial Activism and Fidelity to Law. In: *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (ed. Luís Pereira Coutinho *et al*). Dordrecht: Springer, pp. 31-46, 2015.

\_\_\_\_\_. Between Legality and Anarchy: A Comment on Larry Alexander's Essay on Law and Politics. *E-Pública*, Lisboa, vol. 5, n. 3, pp. 13-21, 2018.

ROA ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia em Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 44, pp. 57-98, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

RUBENFELD, Jed. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, pp. 272-297, 2003.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I. Tradução de Guenoux, *et al*. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SCHAUER, Frederick. Constitutional positivism. *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 25, pp. 797-828, 1992.

\_\_\_\_\_. Neutrality and judicial review, in *Law and Philosophy*, vol. 22, n. 3/4, pp. 217-240, 2003.

\_\_\_\_\_. On the open texture of law. *Grazer Philosophische Studien*, Amsterdã, vol. 87, n. 1, pp. 197-215, 2013.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Theory*. Tradução de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Conceito do Político*. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2018.

SEGADO, Carmelo Jiménez. El poder judicial y la defensa de la constitución em Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 161, pp. 41-67, 2013.

SEGALL, Eric J. *Supreme Myths: why the Supreme Court is not a court and its justices are not judges*. Santa Barbara: Praeger, 2012.

\_\_\_\_\_. The Constitution means what the Supreme Court says it means. *Harvard Law Review Forum*, Cambridge, vol. 129, pp. 176-188, 2016.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para os perplexos. Tradução de Caroline Maciel *et al.* In *Interpretando o Império do Direito*, org. André Coelho, Saulo de Matos, Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

SHECAIRA, Fábio P., STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SHKLAR, Judith. *Legalism: an essay on law, morals and politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1964.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, pp. 115-143, 2005.

\_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 250, pp. 197-227, 2009.

SMITH, Steven D. *The Constitution and the Pride of Reason*. New York: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Judicial Activism and “Reason”. In *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, org. Luís Pereira Coutinho, et al. New York: Springer, pp. 21-30, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense 2018.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2. ed. New York: Oxford University Press, 2018.

TROPER, Michel. Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin’s Views on Jurisprudence. *Ratio Juris*, Medellín, v. 1, n. 2, pp. 162-185, 1988.

\_\_\_\_\_. La máquina y la norma. Dos modelos de constitución. Tradução de Juan Ruiz Manero. *Doxa*, Alicante, n. 22, pp. 331-347, 1999.

\_\_\_\_\_. The logic of justification of judicial review. *I-CON*, Oxford, vol. 1, n. 1, pp. 99-121, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma teoria realista da interpretação. Tradução de Valeschka e Silva Braga. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 8, vol. 2, pp. 280-300, 2006.

TUSHNET, Mark. Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 89, n. 6, pp. 1037-1062, 1980.

\_\_\_\_\_. The Dilemmas of Liberal Constitutionalism. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 42, pp. 411-426, 1981.

\_\_\_\_\_. Taking the Constitution Away from the Courts. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press, 1976.

\_\_\_\_\_. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*, 2. ed. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Normative (or Ethical) Positivism. In *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, n. 2, pp. 373-394, 2003.

\_\_\_\_\_. The Core of the Case Against Judicial Review. In *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 115, vol. 6, pp. 1346-1406, 2006.

\_\_\_\_\_. A majority in the lifeboat. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 90, pp. 1043-1057, 2010.

\_\_\_\_\_. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

WEIL, Simone. Human Personality. Tradução de Richard Rees. In \_\_\_\_\_. *An Anthology*, ed. Siân Miles. Londres: Penguin Books, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.