

RESPONSABILIDADE E LEGITIMIDADE: UMA LEITURA SOBRE A POLITICIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS*

Gabriel Rodrigues Carrijo**

Resumo: Este trabalho objetiva analisar o caráter político das decisões judiciais nas democracias contemporâneas, buscando demonstrar a inescapabilidade da realização de juízos políticos por parte dos juízes quando estes decidem casos controversos, compreender se tais decisões são compatíveis com um sistema democrático e entender qual é a responsabilidade política que os tribunais e seus julgadores têm dentro de um Estado democrático. A pesquisa justifica-se pela importância que o debate acerca da judicialização da política e do papel político das supremas cortes tem tomado no debate público e midiático mundial, inclusive com acusações de “usurpação” das competências dos demais poderes por parte do judiciário, discussão especialmente afluída no Brasil com a atuação cada vez mais ativista do STF em questões controversas como a prisão em segunda instância e a descriminalização das drogas. Em termos metodológicos e de marco teórico: (i) primeiro, parte-se da pergunta sobre “qual papel as convicções políticas dos juízes devem desempenhar em seu processo decisório?” e analisa-se as principais propostas de interpretação que se pretendem politicamente neutras, dando destaque aos argumentos de Ronald Dworkin na desmistificação dessa suposta neutralidade; (ii) após, estuda-se a compatibilidade das decisões judiciais políticas com a democracia a partir do debate paradigmático entre o referido autor e Jeremy Waldron acerca da legitimidade do instituto da revisão judicial, identificando a discordância central de ambos quanto a qual é o fundamento de uma democracia; (iii) Derradeiramente, utiliza-se o exposto para concluir qual a responsabilidade política dos juízes numa democracia e o que ela exige na atuação deles.

Palavras-chave: Legitimidade democrática; Politicidade judicial; Responsabilidade política.

RESPONSIBILITY AND LEGITIMACY: A READING ON THE POLITICITY OF JUDICIAL DECISIONS

Abstract: This work aims to analyze the political nature of judicial decisions in contemporary democracies, seeking to demonstrate the inevitability of judges making political judgments when deciding controversial cases, to understand whether such decisions are compatible with a democratic system, and to grasp the political responsibility that courts and their judges have within a democratic state. The research is justified by the importance of the debate on the judicialization of politics and the political role of supreme courts in the global public and media discourse, including accusations of "usurping" the powers of other branches of government by the judiciary, a discussion that has been particularly prominent in Brazil due to the increasingly activist role of the Supreme Federal Court (STF) in controversial issues such as second-instance imprisonment and drug decriminalization. Methodologically and in terms of theoretical framework: (i) first, it starts with the question of "what role should judges' political convictions play in their decision-making process?" and analyzes the main proposals for politically neutral

* Agradeço a orientação atenciosa e paciente da Professora Dra. Luciana Silva Reis, além das conversas sobre os temas discutidos e a indicação de grande parte da bibliografia, sem a qual não seria possível a concretização dessa pesquisa.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7654160341423334>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8629-1405>. Contato: gabrielcarrijo03@gmail.com.

interpretation, with a focus on Ronald Dworkin's arguments in demystifying this supposed neutrality; *(ii)* afterwards, it examines the compatibility of political judicial decisions with democracy through the paradigmatic debate between the mentioned author and Jeremy Waldron regarding the legitimacy of the judicial review institution, identifying their central disagreement about the foundation of democracy; *(iii)* Finally, the above is used to conclude what the political responsibility of judges in a democracy is and what it requires in their performance.

Keywords: Democratic legitimacy; Judicial politicity; Political responsibility.

RESPONSABILIDAD Y LEGITIMIDAD:

UNA LECTURA SOBRE LA POLITICIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo analizar el carácter político de las decisiones judiciales en las democracias contemporáneas. Busca demostrar la inevitabilidad de que los jueces emitan juicios políticos al decidir casos controvertidos, comprender si estas decisiones son compatibles con un sistema democrático y entender la responsabilidad política de los tribunales y sus jueces dentro de un Estado democrático. La investigación se justifica por la importancia del debate sobre la judicialización de la política y el papel político de las cortes supremas en el ámbito público y mediático mundial. Incluso se han presentado acusaciones de "usurpación" de competencias por parte del poder judicial en relación con otros poderes gubernamentales, especialmente en el contexto brasileño, con el activismo creciente del Tribunal Supremo Federal (STF) en cuestiones controvertidas como la prisión en segunda instancia y la despenalización de las drogas. Desde una perspectiva metodológica y teórica: *(i)* se parte de la pregunta sobre el papel de las convicciones políticas de los jueces en su proceso decisivo, analizando propuestas de interpretación políticamente neutrales y destacando los argumentos de Ronald Dworkin para desmitificar esta supuesta neutralidad; *(ii)* se examina la compatibilidad de las decisiones judiciales políticas con la democracia a través del debate entre Dworkin y Jeremy Waldron sobre la legitimidad de la revisión judicial, identificando su desacuerdo central sobre el fundamento de la democracia; *(iii)* finalmente, se utiliza esto para concluir cuál es la responsabilidad política de los jueces en una democracia y qué se requiere en su desempeño.

Palabras clave: Legitimación democrática; Politicidad judicial; Responsabilidad política.

Introdução

Atualmente, o debate público e os noticiários têm sido dominados pela discussão a respeito do papel político do poder judiciário, de quais devem ser os limites de seu poder e se é legítimo que juízes não eleitos tomem as decisões políticas da comunidade, reduzindo decisivamente as opções políticas dos demais poderes democraticamente constituídos. Em outras palavras, o problema pode ser posto da seguinte forma: os tribunais, entendidos a partir da atuação dos juízes que os compõem, podem tomar decisões políticas, imprimindo nelas traços de suas próprias moralidades? Essa é de fato uma pergunta chave, principalmente nas sociedades em que importantes decisões políticas são tomadas pelo judiciário, sendo

especialmente relevante saber se, e de que forma, critérios morais devem estar entre as condições de veracidade das proposições jurídicas.¹

Nesse sentido, se o objeto do debate é em boa medida sobre o conteúdo das decisões judiciais, então é imprescindível que nos voltemos à análise da atuação dos juízes e da forma como eles decidem os casos com os quais se deparam. Isso é, para analisarmos adequadamente o tema, devemos mergulhar no processo decisório judicial e, paralelamente, nos aprofundar na questão sobre o que significa uma decisão ser política e se essa politicidade é democraticamente ilegítima como muitos afirmam.

Para lidar com essa temática, primeiro discorreremos sobre o que é uma “decisão política” e se é possível que os juízes decidam os casos concretos, sobretudo os mais complexos, de maneira politicamente neutra, evitando o uso de juízos políticos próprios. Nessa primeira parte analisaremos as duas principais propostas existentes para que os tribunais não tomem decisões políticas e se elas de fato conseguem sustentar a afirmação principal de que, decidindo daquela forma, o juiz estará se privando de fazer julgamentos políticos para determinar quais direitos as pessoas têm. Na segunda parte, discutiremos se uma decisão judicial política é ofensiva à democracia, dando especial importância à análise do debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron acerca da legitimidade da “revisão judicial” enquanto instituto através do qual as cortes atingem seu auge de poder político.

Por fim, elaboraremos uma concepção geral sobre qual a responsabilidade política dos juízes nas democracias, isso a partir das teorias de Dworkin da democracia e da decisão judicial que, juntas, fornecem uma visão mais ampla do papel dos tribunais, especialmente da própria revisão judicial, numa sociedade democrática em que os direitos sejam realmente levados a sério, tratando os indivíduos e suas dignidades² como fins e não como meros instrumentos para satisfazer o bem-estar geral. Dessa filosofia depreende-se uma doutrina da responsabilidade aplicável aos juízes de forma significativamente mais dura que às autoridades eleitas, de forma que as decisões dos primeiros devem ser fortemente marcadas pela imparcialidade, pelo devido

¹ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 2.

² A dignidade humana é entendida aqui como um conceito ético composto por dois princípios. Tal como explica Clarissa Gross, na obra de Dworkin, a dignidade nos informa acerca da fonte de valor e sobre a responsabilidade da vida humana, sendo esse conceito elaborado a partir dos princípios do autorrespeito e da autenticidade. O primeiro afirma que é importante que a vida de cada um se desenvolva como um percurso dotado de sentido e não seja desperdiçada e o segundo afirma que não existe apenas uma maneira de viver bem, mas várias maneiras, devendo-nos assumir uma postura de autores da nossa própria narrativa e sendo o valor ético de uma vida minado se à pessoa é imposto um determinado caminho de vida. GROSS, Clarissa. Pode dizer ou não? Jeremy Waldron e Ronald Dworkin discutem (e discordam!) sobre liberdade de expressão e discurso discriminatório. In: MACEDO, Ronaldo Porto (org). *Teoria do Direito Contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 510.

processo legal e pela “consistência distributiva” sobre a qual nos debruçaremos também nesta última parte.

1 O caráter político das decisões judiciais

Inicialmente, consideramos para nossos propósitos aqui que uma decisão judicial é política quando incorpora, no processo de raciocínio que a fundamenta, juízos políticos ou morais próprios do juiz que a profere, não devendo isso ser confundido com uma decisão parcial, em prol de um partido político específico ou algo do tipo. Nesses termos, qual papel as convicções políticas devem desempenhar no processo decisório dos juízes?

Aqui a discussão pode tomar diferentes rumos. Por um lado, podemos assumir que os juízes sempre precisam em alguma medida escolher entre questões morais ou de filosofia política para decidir, digamos, casos difíceis e, a partir daí, o debate gira em torno do quanto políticas é desejável que as decisões judiciais sejam, quais devem ser os limites da jurisdição e se há compatibilidade entre as decisões judiciais, tomadas por pessoas não eleitas, e a democracia. Entretanto, nosso foco nesse tópico será anterior: justamente o de demonstrar a validade do pressuposto dessa primeira proposta de discussão, ou seja, o de que as decisões judiciais, pelo menos nos casos mais complexos, sempre são políticas em alguma medida. Uma vez constatada essa natureza política, passaremos à análise do problema de legitimidade democrática dessa atuação judiciária.

É fácil pensar em como se dá uma decisão indiscutivelmente política, seja num sentido forte, no qual a decisão simplesmente reflete e impõe as convicções pessoais do juiz, seja num sentido mais contido, em que o magistrado, por exemplo, busca e aplica princípios políticos que ele acredita fazerem parte da moralidade política da comunidade. Mas como se dá uma decisão judicial politicamente neutra? É possível algo do tipo?

1.1 As propostas neutras de interpretação

Existem, dentre outras, duas propostas que se destacam na defesa de projetos neutros de interpretação jurídica. Trata-se das escolas de interpretação que chamaremos aqui de originalistas e procedimentalistas.

Os primeiros defendem que é possível que os juízes decidam de forma neutra se, em vez de fazerem escolhas políticas substantivas, descobrirem e utilizarem a intenção original dos legisladores para definir decisivamente o sentido dos textos normativos, de forma que estariam decidindo da mesma forma que os legisladores se estes tivessem tido contato com o caso concreto. Já os segundos, partem da distinção entre processo e substância, concluindo que as

únicas decisões judiciais compatíveis com a democracia são aquelas fundadas na fiscalização do processo democrático e não na avaliação da sabedoria ou justiça da legislação. Entretanto, Dworkin nos mostra que ambos os programas se autoanulam, pois “incorporam justamente os julgamentos substantivos que dizem que devem ser deixados ao povo”³.

1.1.1 O originalismo

A proposta originalista tem o seguinte problema: inexistente uma “intenção original” como fato histórico determinado, havendo a necessidade de o juiz realizar juízos políticos para justificar suas escolhas, tanto para formar um conceito de intenção original quanto para adotar essa estratégia de interpretação em si.

Afinal, a que exatamente estamos nos referindo quando falamos em intenção dos legisladores? Apesar desse termo ser utilizado como se houvesse um fato historicamente estabelecido que poderíamos simplesmente pesquisar e encontrar na história, na verdade, não há nada semelhante a uma intenção, digamos, dos constituintes para ser descoberta, mas sim há algo a ser criado⁴. O ponto todo é que para encontrar a tal intenção original, o intérprete deve primeiro formular por conta própria um conceito de intenção original e, para isso, deve responder a algumas perguntas antes de partir para a pesquisa histórica. Precisa definir, por exemplo, quem são as pessoas cujas intenções estamos procurando e como combinar as intenções individuais dessas pessoas para construir uma única a ser considerada no processo decisório. Vejamos.

Quem deve ter suas intenções consideradas? Apenas quem votou a favor ou também os que votaram contra? Daremos mais importância às intenções dos que discursaram por mais tempo nos debates, aos líderes partidários e aos relatores e autores dos projetos legislativos, ou todos terão a mesma importância? As intenções dessas pessoas valem apenas em um determinado momento da história, nos momentos de discussão do projeto legislativo por exemplo, ou devem ser consideradas também as opiniões delas após a já aprovação e aplicação da norma?

Além disso, evidentemente, um grupo de pessoas quase nunca tem uma única intenção monolítica sobre um assunto específico, ainda mais um grupo de políticos eleitos para representar as diferentes visões de uma população plural. Portanto, qual deve ser a combinação das intenções individuais? Devemos utilizar uma abordagem de “intenção majoritária”, na qual

³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 101.

⁴ *Ibidem*, p. 51.

a intenção legislativa consiste na intenção majoritariamente sustentada por cada membro da assembleia, por exemplo, sobre se a disposição sobre a liberdade de expressão⁵ deve ser interpretada restritiva ou extensivamente? Ou devemos utilizar uma abordagem de “interpretação representativa”, na qual a intenção legislativa final é uma intenção não muito diferente da intenção de cada um, mas efetivamente diferente da de todos?⁶

Uma vez estando claro que a “intenção legislativa original” não é algo dado ou indiscutível, sendo em vez disso um conceito a se formar através das respostas dadas a perguntas como as descritas, podemos afirmar que o originalismo, como considerado aqui, leva claramente a uma interpretação política pelos seguintes motivos.

Primeiro, fica claro que a própria ideia de “intenção original” nos pede uma justificção dos critérios utilizados para formular a intenção a qual estamos nos referindo. Porém, cada resposta às perguntas acima, que têm o papel de justificar a formulação do conceito de intenção que adotarmos, deve ser encontrada não na história ou na psicologia, mas sim na teoria política, inclusive a partir de argumentos que partem de ou defendem uma concepção específica de democracia e governo representativo⁷, como no caso de se decidir entre as abordagens da intenção majoritária ou representativa. Se, para decidir, o originalista deve escolher ele próprio qual a melhor concepção de governo representativo, e, portanto, escolher entre teorias da democracia (cuja formulação faz parte da filosofia política), não há razão para considerarmos tal decisão como politicamente neutra.

Em segundo lugar, uma interpretação jurídica originalista é política num momento anterior à formulação do conceito de intenção original: na própria justificativa de porque os originalistas defendem o originalismo como melhor proposta interpretativa. Isso porque o argumento base do qual essa escola parte é o de que as decisões políticas da comunidade devem ser tomadas exclusivamente por autoridades eleitas e, portanto, é a intenção delas, e não de juízes não eleitos, que devem ter o peso decisivo. Ora, ao agirem dessa forma, estão esses mesmos juízes originalistas decidindo efetivamente por uma concepção majoritária de democracia, que por fim os leva à busca pela intenção original. Se essa concepção majoritária é correta ou não, discutiremos na segunda parte do artigo, entretanto, ao adotar uma concepção de democracia e impô-la como fundamento da decisão judicial, estando esse fundamento

⁵ Art. 5º, IV, da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

⁶ Podemos pensar nessa segunda abordagem, diz Dworkin, “como a intenção de algum legislador médio ou representativo hipotético, da mesma maneira que um sociólogo elaborando a “moralidade popular” de alguma comunidade pode descrever um conjunto de visões que não é sustentado na totalidade por ninguém”. DWORKIN, *Uma questão de princípio*, cit., p. 64.

⁷ *Ibidem*, p. 77.

correto ou não, uma vez que o conceito de democracia é disputado e essa é uma questão política, aquela decisão é inegavelmente política.

1.1.2 O procedimentalismo

Passemos agora à segunda proposta de interpretação neutra. Os chamados procedimentalistas insistem que, se temos um compromisso com a democracia, isso significa que os tribunais, cujos membros não são eleitos, não podem tomar decisões de substância política, mas significa também que estes mesmos tribunais devem proteger a democracia⁸. Como conciliar essas duas afirmações? A solução procedimentalista é de que os tribunais, especialmente o supremo tribunal, devem ter o papel de fazer a democracia funcionar, protegendo os processos políticos democráticos pelos quais as decisões políticas devem ser tomadas, não cabendo às cortes avaliar a justiça ou a sabedoria da legislação, desde que estas não firam aqueles processos. O papel de um “tribunal procedimentalista” então é policiar o processo da democracia.

Essa corrente teórica teve como grande expoente o filósofo americano John Hart Ely. Teóricos como ele defendem uma atuação judiciária que desobstrua os canais de mudança política e corrija certos tipos de discriminação, de forma que, para isso, é necessária a defesa de certos direitos, como aquele a uma ampla liberdade de expressão, direito de voto, etc. Nesse sentido, o autor considera, por exemplo, a proteção da liberdade de expressão e a das minorias contra os preconceitos como sendo valores fundamentais da democracia representativa e, portanto, a proteção judicial deles trata-se de uma proteção do próprio processo democrático, sendo nesse tipo de defesa que os tribunais devem se concentrar. Defendê-los é defender o processo democrático. Em sua principal obra, Ely escreve que: “Direitos como esses, quer sejam explicitamente mencionados, quer não, devem de todo modo ser protegidos - e muito bem protegidos, porque são cruciais para o funcionamento de um processo democrático eficaz e aberto”⁹.

O referido autor analisa ainda, de forma crítica, as abordagens feitas pelos tribunais americanos sobre a liberdade de expressão em diversos casos ao longo da história, inclusive afirma que muitas vezes os tribunais acabam abandonando o distanciamento e a imparcialidade e são “arrastados pelos mesmos temores que movem os legisladores e as autoridades do

⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 140.

executivo”¹⁰. Mesmo assim, o filósofo endossa a ideia de que “são os tribunais que devem policiar as restrições à liberdade de expressão e a outras atividades políticas, porque não podemos confiar em que nossos representantes eleitos o farão: em geral, os incluídos querem que os excluídos continuem excluídos”¹¹.

Novamente aqui acreditamos que há razões para considerarmos uma decisão procedimentalista como política, pelo menos nos termos de nossa postulação inicial sobre o significado desse termo. Nossa objeção começa assim: qualquer pretensão de neutralidade da proposta acima depende da formulação de argumentos em favor da liberdade de expressão, da importância da abertura dos canais de mudança política e dos direitos de minoria que não consistam eles mesmos em argumentos de substância política, ou seja, que não incorporem eles mesmos juízos de moralidade política de seus defensores. Entretanto, isso não é possível, pois, ao agir em proteção a tais valores, o juiz procedimentalista sempre terá no fim das contas que escolher entre concepções filosóficas divergentes sobre quais direitos as pessoas têm ou devem ter e decidir substancialmente sobre a existência ou não de tais direitos, inclusive decidindo se determinadas doutrinas filosóficas estão ou não corretas, uma vez que cada doutrina fará sugestões diferentes sobre a existência ou extensão daqueles mesmos direitos ou valores básicos que o procedimentalista tanto preza. Isso fica muito bem sintetizado na seguinte elaboração de Dworkin:

[...] os juízes encarregados de identificar e proteger a melhor concepção de democracia não podem evitar de tomar exatamente os tipos de decisões de moralidade política que Ely insiste em que eles evitem: decisões sobre direitos substantivos individuais. Os juízes podem acreditar que a resposta utilitarista à questão dos direitos individuais é a correta, que as pessoas não têm nenhum direito. Mas essa é uma decisão substantiva de moralidade política. E outros juízes discordarão. Se o fizerem, então a sugestão de que devem defender a melhor concepção de democracia não os livrará de ter de considerar que direitos as pessoas têm.¹²

Por fim, um juiz, ao adotar o procedimentalismo enquanto guia teórico para decidir, já está ele mesmo decidindo, mesmo que em linhas gerais, em favor de uma ou outra concepção de democracia ou governo representativo como sendo a correta (ou pelo menos decidindo que algumas concepções são erradas) e, mais ainda, está decidindo que os “valores participativos” como da livre expressão e da não discriminação, em seu conjunto, compõem um único valor chamado “representatividade” ou “participação” que não pode ser restringido em favor de nenhum outro.

¹⁰ *Ibidem*, p. 142.

¹¹ *Idem*.

¹² DWORKIN, *Uma questão de princípio*, cit., p. 92.

Diante disso, embora um procedimentalista, como Ely, pense que sua teoria permita aos juízes evitar questões substantivas de moralidade política, isso só acontece “porque a própria teoria decide essas questões, e os juízes somente podem aceitar a teoria se aceitam as decisões de substância encerradas nela”¹³. Sendo assim, ela resulta em decisões judiciais tão políticas quanto qualquer outra.

1.2 O fundamento político do Direito¹⁴

Nosso objetivo até aqui foi de demonstrar que, tendo ou não razão em diversos pontos das teorias, ambas as propostas não podem ser encaradas como politicamente neutras e não geram decisões judiciais neutras em nenhuma hipótese, e não o fazem justamente porque sua adoção implica na aceitação de seus pressupostos que consistem eles mesmos na rejeição ou adoção de uma ou outra teoria política sobre a democracia.

Mas se estivermos corretos e realmente toda decisão judicial é política em alguma medida, o que isso nos diz sobre as teorias do direito e sobre o direito em si?

Dworkin nos ensina que toda teoria do direito tem que possuir uma parte normativa¹⁵, ou seja, uma parte que diz como o direito deve ser, não havendo escapatória disso. O motivo é o de que:

Qualquer teoria do direito é uma interpretação, nesse sentido amplo, de uma prática social ainda mais ampla que a prática constitucional. Qualquer afirmação sobre o lugar que a Constituição ocupa em nossa estrutura jurídica deve, portanto, basear-se numa interpretação da prática jurídica em geral, não da Constituição de maneira isolada da prática geral.¹⁶

Da mesma forma, toda teoria do direito deve conter também recomendações sobre como os juízes devem decidir os casos concretos, ou seja, deve conter uma teoria da decisão judicial. Isso inclusive é verdade porque, mesmo que uma teoria do direito se pretenda exclusivamente descritiva, ao afirmar como o direito é, ela inevitavelmente recomenda como os juízes devem decidir, pois os juízes decidem de acordo com o direito. Se for assim, não é possível então que uma teoria do direito nos forneça uma fórmula de interpretação neutra, uma vez que sua teoria, que recomenda a maneira correta de decidir, é ela mesma uma interpretação dentre muitas outras possíveis da prática jurídica.

Nem mesmo as teorias positivistas, que seriam as candidatas mais prováveis, conseguem nos entregar isso. Pela teoria de Hart, a textura aberta do direito permite a

¹³ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, cit., p. 96.

¹⁴ Esse é o título da primeira seção do livro *Uma questão de princípio* de Dworkin.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. VII-VIII.

¹⁶ *Ibidem*, p. 48.

discrecionariiedade do juiz, pelo menos nos casos que o autor chama de difíceis (hard cases), o que significa que “a decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais”¹⁷, o que obviamente exclui qualquer possibilidade de neutralidade.

Se recorrermos a Hans Kelsen, não obteremos resultado diferente, pois, para ele a interpretação jurídica, que resulta na decisão judicial, também envolve uma escolha entre as diferentes possibilidades e, também aqui, podemos dizer que o juiz que decide por uma determinada interpretação aceita também as consequências políticas que advém delas. Se o direito for, como defende Kelsen, uma moldura dentro da qual o juiz decide entre várias opções, então “é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”¹⁸. Mas se for assim, a escolha entre as opções só poderá ser orientada por padrões externos ao direito: políticos, morais, entre outros, que também excluem a neutralidade.

Nem mesmo a antiga escola de exegese foge à politicidade. No máximo, em seu extremo legalismo, ela se cega ao fundamento político sobre o qual ela mesma repousa, pois, esse legalismo estava ele mesmo apoiado na ideia claramente política de que o “Estado tinha legitimidade para organizar a sociedade (o que somente pode ser feito a partir de uma perspectiva metafísica) e que as leis tinham que ser fielmente cumpridas em virtude exclusivamente da autoridade estatal”¹⁹, inclusive com a rejeição a outras fontes do direito que não os códigos, como o direito natural e a moral. Portanto, os juízes que adotarem a exegese jurídica, estão na mesma esteira adotando não só o fundamento político por trás dela, mas também rejeitando a existência de outras fontes do direito e de outras teorias interpretativas que levariam a decisões diferentes. Se esses juízes afirmassem a neutralidade das próprias decisões estariam “cegos para a base teórica e filosófica que sustentam, com sua estrutura invisível, os padrões de organização de sua própria prática”²⁰.

Por fim, nossa conclusão é a de que, sendo o direito uma prática social evidentemente fundada tanto na prática quanto na teoria política (criada pelo processo político legislativo e legitimada pela filosofia política), as decisões judiciais, que são uma expressão desse Direito nos casos particulares, só podem ser também políticas, uma vez que o juiz, ao proferi-las, aceita

¹⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 264-265.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 191.

²⁰ *Ibidem*, p. 189.

ou consente com aqueles fundamentos políticos que estão por trás desta prática. No mesmo sentido, parece ser impossível uma decisão judicial que não faça em algum momento o que Dworkin chamada de “leitura moral” seja da Constituição ou da legislação em geral, a qual consiste justamente em interpretar e aplicar as cláusulas abstratas no entendimento de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça²¹.

Diante disso, somos levados à próxima pergunta: se a politicidade das decisões judiciais é inevitável, é compatível com a democracia que elas sejam tomadas por pessoas não eleitas?

2 A revisão judicial e a democracia

Nas democracias ocidentais, existe um instituto judicial em particular que chama atenção quanto ao seu frequente caráter político e às constantes acusações de incompatibilidade com a democracia que se seguem a essa politicidade. Esse instituto é a revisão judicial, que consiste, geralmente, na capacidade de uma ou mais cortes estarem autorizadas a invalidar total ou parcialmente a legislação promulgada e eventualmente outros atos normativos infralegais.

Ela pode assumir várias formas e forças diferentes, entretanto nosso foco de análise aqui será aquele que Jeremy Waldron chama de revisão judicial forte, a partir da qual as cortes têm autoridade para se recusarem a aplicar uma norma no caso particular, mesmo que aquele dispositivo planejada e explicitamente se aplicasse àquele caso. Paralelamente, as cortes podem ainda: modificar os efeitos dos dispositivos legais para conformar sua aplicação aos direitos individuais; estabelecer que uma legislação não deve ser aplicada, transformando-a numa espécie de carta morta; ou ainda, naquela que seria uma revisão ainda mais forte, derrubar parte da legislação, retirando-a do Ordenamento jurídico. Esse tipo específico nos é interessante porque é a maneira mais marcante pela qual esse instituto se manifesta, além de ser o tipo de revisão que delega mais poder político aos tribunais e, conseqüentemente, é o tipo de atuação judicial contra a qual mais se opõem argumentos razoáveis que tentam demonstrar a ofensividade dessa prática à democracia.

A discussão na qual adentraremos agora foi palco de um importante debate entre Dworkin e Waldron, sendo o primeiro um defensor e o segundo um adversário desse tipo de instituto. Como veremos, analiticamente, a discordância entre os autores pode ser rastreada à concepção de democracia defendida por cada um, especificamente àquele que cada um dos dois considera como sendo o valor fundamental que caracteriza a democracia. A grande divergência

²¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 15-16.

se ramifica por todo o desenvolvimento teórico na medida em que cada utiliza seu próprio valor fundamental de democracia como parâmetro de avaliação de legitimidade das instituições.

Em sua ofensiva contra a revisão judicial, Waldron objetiva encontrar o argumento essencial que se oponha incisivamente a esse instituto, atacando seus pressupostos e sua legitimidade, de maneira independente das manifestações históricas e consequências específicas que as decisões desse tipo produziram. Em suas palavras, ele quer identificar:

um argumento central contra a revisão judicial que é independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões sobre seus efeitos particulares - as decisões (boas e más) que ela rendeu, as mágoas e afirmações que proferiu. Pretendo focar em aspectos da ação contra o controle de constitucionalidade que se distanciam de argumentos sobre a forma como os juízes exercem seus poderes e o espírito (passivo ou ativista) com que abordam a legislação submetida a sua aprovação.²²

Diante disso, apesar de reconhecer certos limites à forma final do argumento, a argumentação inicial do autor pretende uma certa universalidade, no sentido de deslegitimar o instituto sem recorrer a exemplos históricos específicos em que da revisão judicial produziu decisões ruins. Essa é uma estratégia bastante perspicaz na medida em que argumentos históricos desse tipo podem ser naturalmente rebatidos com contraexemplos nos quais da revisão judicial surgiram decisões extremamente benéficas, sendo, segundo Waldron, uma posição comum entre defensores daquela instituição afirmar que decisões ruins ocasionais podem ser toleradas tendo em vista uma série de outras decisões que defendem o compromisso da sociedade com os direitos individuais e de minorias. Sendo assim, o autor tira a discussão desse aspecto quantitativo de “decisões boas x ruins” e a eleva ao nível quase exclusivo de teoria política.

A exposição da posição waldroniana nos permitirá identificar a premissa central do argumento contra a revisão judicial, assim como demonstrar suas principais fraquezas. A partir disso, ficará clara a discordância central entre as teorias democráticas de Waldron e Dworkin, sendo isso imprescindível para compreendermos o núcleo do debate.

2.1 O argumento de Waldron²³

2.1.1 Os pressupostos

²² Nossa tradução para: “a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects -the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down. I want to focus on aspects of the case against judicial review that stand apart from arguments about the way judges exercise their powers and the spirit (deferential or activist) in which they approach the legislation brought before them for their approval”. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 115, n. 6, 2006, p. 1.351.

²³ O argumento de Waldron delineado aqui está na maior parte exposto no artigo *The core case against judicial review*.

Iniciando sua argumentação, o filósofo neozelandês postula 4 pressupostos que terão o papel de postular o estado de coisas numa sociedade modelo, especialmente quanto à sua situação institucional e ao seu compromisso comunitário com os direitos, que o autor usará como terreno para desenvolver seu raciocínio.

Primeiramente, ele supõe que nessa sociedade as instituições democráticas estão em bom funcionamento e ordem. Isso significa basicamente que: a legislatura é um corpo deliberativo eleito por sufrágio universal; os legisladores votam publicamente e os procedimentos legislativos têm várias salvaguardas como o bicameralismo, vários níveis de debate e um exame robusto dos projetos; esses procedimentos incluem debates formais e mais largamente informais na sociedade.

Em segundo lugar, as instituições judiciais dessa sociedade estão bem-organizadas e em bom funcionamento, sendo seus membros estabelecidos de forma não representativa para julgar os casos e defender o Estado de Direito. Esses tribunais agem pelo princípio da inércia, respeitam o direito ao contraditório, decidem com base em questões relevantes ao caso e seus juízes têm alto status políticos e vêm de setores bem-educados da sociedade, de forma que compartilham do orgulho da democracia e são comprometidos com os direitos apesar de discordarem sobre quais são eles. Em outras palavras, o judiciário possui toda a estrutura institucional e o comprometimento democrático para realizar a revisão judicial.

O terceiro pressuposto diz respeito ao comprometimento da sociedade com os direitos. Assim, Waldron supõe que os direitos são levados a sério e eles, assim como suas implicações, estão em constante consideração pelos membros da sociedade, de forma que os direitos humanos são levados a sério, os céticos²⁴ sobre os direitos são minoria e os direitos individuais e de minorias fazem parte de um largo consenso entre os membros da comunidade. Além disso, há uma “carta de direitos”, não necessariamente escrita, que incorpora o comprometimento com tais direitos.

O quarto e último pressuposto explicita que naquela comunidade existem constantes discordâncias sobre direitos, as quais suscitam questões de filosofia política. Essas discordâncias são um aspecto amplamente presente na sociedade como um todo e são, no geral, discordâncias de boa-fé que surgem justamente a partir do comprometimento generalizado com os direitos e quais eles devem ser. Nesse sentido, o autor reconhece que tais discordâncias são normalmente irresolvíveis, uma vez que dificilmente é possível um grupo converter outro para

²⁴ Waldron chama de “céticos sobre direitos” os utilitaristas, socialistas e outros que rejeitam os direitos, seja por considerarem eles essencialmente individualistas ou porque rejeitam toda a moralidade política envolvida no debate sobre eles. WALDRON, *The core case against judicial review*, cit., p. 1.365.

seu lado. Portanto, surge aqui uma “necessidade de decidir”, ou seja, apesar das divergências, é preciso que haja de fato alguém que decida quais são os direitos para existir uma “base de ação comum” da comunidade²⁵. Essa necessidade de decidir aparece a partir de uma demanda da sociedade, e das autoridades em saber como agir conforme ao direito em face de uma situação fática.

Posto isso, passemos à análise da formulação do argumento.

2.1.2 A forma do argumento

Quando uma determinada legislação é promulgada, diz Waldron, ela suscita questões de direitos. Agora, supondo que a legislatura esteja largamente atenta a quais questões desse tipo surgem a partir de uma certa legislação, os legisladores, ao decidir de um jeito particular na elaboração dos textos normativos, tomam lado nas discordâncias que imaginamos existir nessas questões controversas. Assim, quais motivos temos para dizer que tal decisão deve ser sobreposta pelo judiciário?

Assumindo que os membros da sociedade discordam sobre se uma lei viola direitos, é necessário que encontremos uma forma de resolver tais controvérsias e estabelecer a tal base de ação comum. Para isso, esses cidadãos devem compartilhar de uma teoria da legitimação, de forma a definir um procedimento de tomada de decisão que seja reconhecidamente legítimo para resolver as discordâncias em questão. Para Waldron, isso significa que:

Embora os membros da sociedade que estamos imaginando discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento de decisão que deve resolver suas divergências. Portanto, ao pensar nas razões para estabelecer tal procedimento, devemos pensar nas razões que podem ser subscritas por pessoas de ambos os lados de qualquer um desses desacordos.²⁶

Em outras palavras, o que ele propõe é a legitimação de procedimentos de decisão como resposta para as discordâncias morais sobre direitos, sendo o procedimento em si a resposta e devendo ele ser definido da maneira mais democrática possível. Devemos então discutir qual tipo de procedimento decisório é o mais democraticamente legítimo. No caso,

²⁵ Mais concretamente, podemos colocar da seguinte forma: o aborto precisa ser ou não ser crime; as cotas raciais precisam ser ou não ser permitidas em concursos públicos; o discurso de ódio precisa ser ou não ser proibido. Necessariamente essas questões controversas precisam na prática ter uma resposta definitiva para orientar as condutas do povo e das autoridades, e é isso que se chama aqui de “base de ação comum”. Entretanto, nunca é demais ressaltar, que essa decisão não põe fim à controvérsia, sendo inclusive possível que futuramente uma decisão posterior derroque a primeira.

²⁶ Nossa tradução para: “This means that even though the members of the society we are imagining disagree about rights, they need to share a theory of legitimacy for the decision-procedure that is to settle their disagreements. So, in thinking about the reasons for setting up such a procedure, we should think about reasons that can be subscribed to by people on both sides of any one of these disagreements”. WALDRON, *The core case against judicial review*, cit., p. 1.371.

essas instituições candidatas a serem as legitimadas para ter a última palavra sobre direitos são os tribunais, através da revisão judicial, e o legislativo.

Agora, devemos nos perguntar quais razões ou argumentos são relevantes para decidirmos qual tipo de procedimento decisório deve ser adotado. Tal procedimento, uma vez definido, deverá nos informar qual é o órgão mais legítimo para ter a palavra final nas controvérsias sobre direitos e, eventualmente, nos fornecerá um procedimento que esse mesmo órgão deve seguir para validar suas decisões.

Diante disso, Waldron postula que há dois tipos de razões a serem consideradas ao se projetar um procedimento decisório, a saber: razões de resultado e razões de processo. As primeiras são razões para se projetar o procedimento de modo a assegurar que a melhor decisão será tomada. Por outro lado, as segundas são razões para insistir que determinada pessoa ou conjunto de pessoas possam tomar a decisão e que essa última perdure, independentemente de considerações sobre os resultados dela. Vamos a elas.

2.1.3 Análise das razões e conclusão do argumento

Primeiramente, é posta a seguinte questão: as razões relacionadas aos resultados das decisões pesam mais em favor dos tribunais ou das legislaturas? Ou seja, qual das duas instituições nos dá mais razões para acreditarmos que suas decisões mais provavelmente serão justas?

Para respondê-la, o filósofo enumera os argumentos e vantagens que pesam em favor de cada uma. Entretanto, para ele, tal embate é inconclusivo, uma vez que há argumentos e contra-argumentos para ambos os lados, sem restar evidente se algum dos dois corpos decisórios necessariamente ou, no mínimo, mais provavelmente tomará melhores decisões. Assim, Waldron afirma que aqueles que utilizam argumentos de resultado para defender a revisão judicial normalmente superestimam a maneira como as decisões judiciais são tomadas. Na verdade, o autor tenta mostrar que os pontos comumente colocados em defesa da Revisão são ou verdadeiros mitos ou qualidades compartilhadas entre os legisladores e os juízes²⁷.

²⁷ Ele diz que: (a) a ideia de que os juízes estão em melhor posição para ver os impactos reais das decisões naqueles que serão afetados é na maior parte mito, principalmente quando falamos nos últimos níveis de apelação, nos quais as questões serão tratadas em termos abstratos e gerais; (b) o argumento de que “a abordagem das cortes é orientada pela carta de direitos” não tem força porque resolver as discordâncias sobre direitos nos termos da Carta é ruim já que: as formulações gramaticais não foram pensadas com as discordâncias contemporâneas em mente, tais formulações estimulam formalismos, a Carta pode distorcer o julgamento devido às suas lacunas, e os juízes acabam perdendo muito tempo discutindo como o texto deve ser abordado em vez de se concentrarem nas questões morais centrais; (c) a noção de que a argumentação tem papel mais proeminente nas deliberações judiciais do que nas legislativas é falaciosa porque os legisladores também argumentam largamente nos debates legislativos e, na verdade, os juízes perdem muito tempo com coisas que não a discussão dos direitos em si (precedentes, interpretação gramatical, etc.). *Ibidem*, p. 1.379-1.385.

Após afastar as razões de resultado como possibilidade de dissolução da questão, ele passa a analisar as razões de processo, as quais, segundo ele, pesam definitivamente em favor da legislatura.

Seu raciocínio começa com a afirmação de que a tarefa de uma teoria da legitimidade política é responder duas questões: (1) “por que aqueles determinados indivíduos são privilegiados para participar da tomada de decisão?”; e (2) “por que o peso dos votos de uma determinada posição não foi maior do que o da posição contrária?”.

Nas democracias, diz Waldron, as legislaturas são formadas de modo a responder ambas. Primeiro através da teoria das eleições justas, na qual as pessoas são tratadas de maneira igualitária na determinação de quem serão os legisladores, e segundo por argumentos de justiça relacionados ao princípio da decisão majoritária. Sobre esse princípio, o autor argumenta que:

A decisão majoritária é neutra entre os resultados contestados, trata os participantes igualmente e dá a cada opinião expressa o maior peso possível, compatível com dar peso igual a todas as opiniões. Quando discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos influenciar o assunto de uma forma ou de outra, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral de ser tratado como igual no processo, então a decisão majoritária - ou algo parecido - é o princípio a ser usado.²⁸

Dessa forma, tal princípio deve ser utilizado duas vezes: primeiro entre os cidadãos para escolher quem serão os legisladores e segundo entre os próprios legisladores como um tipo de critério de validade para a promulgação de legislações. A teoria é de que, na conjunção desses aspectos, esse processo providencia uma aproximação razoável do uso da decisão majoritária da comunidade como um todo, de forma que a decisão final se aproxime o máximo daquela que seria tomada se fosse decidida diretamente pelo povo. Em outras palavras, podemos dizer também que esse processo baseado no princípio majoritário visa que as moralidades políticas do corpo decisório reflitam, com o máximo de precisão e proporcionalidade possível, as moralidades políticas da comunidade como um todo. Assim, Waldron considera que a legislatura consegue responder convincentemente a ambas as questões de legitimidade formuladas no âmbito das razões de processo.

Já com os tribunais, o filósofo entende que não acontece o mesmo. Quanto à primeira pergunta, ele admite que as cortes possuem credenciais democráticas, uma vez que os juízes são nomeados por pessoas eleitas, porém, essa credibilidade é definitivamente menor que a dos

²⁸ Nossa tradução para: “Better than any other rule, MD is neutral as between the contested outcomes, treats participants equally, and gives each expressed opinion the greatest weight possible compatible with giving equal weight to all opinions. When we disagree about the desired outcome, when we do not want to bias the matter up-front one way or another, and when each of the relevant participants has a moral claim to be treated as an equal in the process, then MD -or something like it-is the principle to use.” *Ibidem*, p. 1.388.

legisladores, os quais são diretamente escolhidos pelo voto. Sobre a segunda questão, ele aponta que não existe nenhuma justificativa específica para se dizer o porquê do uso do majoritarismo nas cortes, ou seja, o motivo de as decisões serem pautadas pelo voto da maioria dos juízes do tribunal é simplesmente um método comumente utilizado, não havendo nenhuma justificativa mais profunda quanto a isso.

Por fim, o argumento waldroniano, essencialmente comparativo, conclui que o legislativo é um órgão mais democraticamente legítimo que as cortes para ter a palavra final em discussões políticas e controversas sobre quais direitos as pessoas têm. Agora, vejamos o porquê de recusarmos essa argumentação e quais problemas enxergamos na tese exposta.

2.2 Objeções ao argumento de Waldron

Nossas divergências à concepção acima se dividem em sociológicas e filosóficas. As primeiras vão no sentido de afirmar que a realidade do funcionamento das democracias não é capaz de cumprir os pressupostos que suportam seu argumento. Já as objeções do segundo tipo buscam questionar a concepção majoritária de democracia que fundamenta a tese, argumentando que ela não é suficiente para se opor à revisão judicial e não trata a dignidade humana como um fim em si, submetendo-a aos caprichos das majorias. Em contraposição, apontaremos, seguindo Dworkin, outro fundamento para a democracia, esse sim centrado nos indivíduos e em suas dignidades.

2.2.1 *Objeções sociológicas*

Na tentativa de fortalecer seu argumento, Waldron toma certos pressupostos. Entretanto, ele parece exprimir neles um excesso de otimismo com relação tanto à importância dada aos direitos alheios pelos membros da sociedade quanto ao funcionamento corriqueiro das legislaturas. Pensamos que ele supõe a existência de um comprometimento excessivamente forte da comunidade em geral com os direitos, tão forte que torna a suposição irreal para a atribuímos a uma sociedade existente. Além disso, a caracterização dele do poder legislativo não leva em conta a atuação de importantes agentes políticos que influenciam absurdamente as decisões dos parlamentos mundo afora de maneira notadamente não representativa no sentido colocado até aqui.

Em sua defesa, ele alega que:

as suposições com base nas quais venho procedendo não são irrealistas. A suposição três, por exemplo - um compromisso geral com os direitos na sociedade - é facilmente satisfeita, dado que o caso de revisão judicial quase sempre assume que, de alguma

forma, a sociedade para a qual a revisão judicial é prevista tem uma Declaração de Direitos que está em alguma relação real às visões dos cidadãos.²⁹

Ele está correto em afirmar que uma declaração de direitos é algo comum, inclusive naqueles países em que há revisão judicial. Porém, derivar daí que há um comprometimento generalizado com os direitos, principalmente com os direitos individuais e de minorias, é um exagero e ignora o peso dos interesses específicos dos grupos majoritários, e outros grupos dominantes³⁰, na formação das moralidades das próprias maiorias. Na realidade, a história política do Ocidente tem nos mostrado que quando os interesses morais, políticos ou econômicos de grupos majoritários conflitam com a existência de direitos individuais ou de minorias, esses últimos são quase sempre esmagados em prol dos primeiros, mesmo quando se tratam de direitos civis básicos³¹. Além disso, a suposição de Waldron sobre o funcionamento das legislaturas parece não considerar a influência que os grandes lobbys econômicos exercem no funcionamento de qualquer parlamento ocidental, tendo em boa parte das vezes papel decisivo na tomada de decisão legislativa.

Temos então o seguinte cenário: o procedimento de decisão, baseado no princípio majoritário e tendo a legislatura como órgão central, defendido por Waldron não é tão representativo na prática como ele supõe, de forma que os interesses privados de grupos econômicos e dos mais diversos lobbys têm força decisiva na tomada de decisão dos legisladores e, além disso, a existência de oligopólios midiáticos capazes de pautar quase que inteiramente³² o debate público é certamente um fator que minimiza muito a ideia de livre

²⁹ Nossa tradução para: “The assumptions on which I have been proceeding are not unrealistic. Assumption three, for example - a general commitment to rights in the society - is fairly easily satisfied, given that the case for judicial review almost always assumes that somehow the society for which judicial review is envisaged has a Bill of Rights that stands in some real relation to the views of citizens.” *Ibidem*, p. 1.402.

³⁰ Aqui nos referimos a grupos que detêm capital econômico, político ou social a ponto de conseguirem moldar a moralidade das maiorias em favor de seus interesses privados. Além disso, nos referimos também a grupos que eventualmente detenham meios específicos de conduzir essas moralidades majoritárias segundo a própria vontade, como é o caso de certas famílias ou indivíduos que monopolizam a propriedade das plataformas midiáticas e jornalísticas em seus respectivos países.

³¹ Exemplos claros que constata essa dinâmica são: as leis segregacionistas (Jim Crow) no sul dos EUA, que vigoraram de 1890 a 1964; a proibição legal do casamento homoafetivo em todo o mundo até o início do século XXI; a proibição do voto feminino em todo o Ocidente até 1920, com alguns importantes países como França e Espanha se estendendo por tempo ainda maior; etc. Esses são exemplos paradigmáticos sobre injustiças históricas em questões de direitos civis absolutamente básicos, aos quais as maiorias (respectivamente: a população majoritariamente branca, a maioria homofóbica e a maioria masculina com direito de voto) resistiram firmemente em reconhecer.

³² Uma pesquisa conjunta da ONG brasileira Intervezes e da Repórteres sem Fronteiras (RSF), cujos resultados foram publicados pelo “Media Ownership Monitor” em 2017, mostrou que 5 famílias, proprietárias respectivamente de 5 grandes grupos midiáticos, controlam metade dos 50 maiores veículos e redes de comunicação nacionais. Cf. QUEM controla a mídia no Brasil?. *Media Ownership Monitor*, São Paulo, 31 out. 2017. Disponível em: <http://brazil.mom-gmr.org/br/>. Acesso em: 25 abr. 2023. Já nos Estados Unidos, cerca de 15 bilionários controlam quase todas as grandes companhias midiáticas de notícias, sendo que 6 corporações controlam 90% da mídia americana. Cf. VINTON, Kate. These 15 Billionaires Own America’s News Media

circulação de ideias necessárias ao argumento waldroniano. Sobre esse último aspecto, essa livre circulação de ideias não pode ser entendida a partir da mera existência do direito de liberdade de expressão, mas sim a partir da realidade concreta de como a informação é distribuída e quem tem o poder de distribuí-la, já que o argumento de Waldron parece depender justamente da ideia de que os membros da comunidade possuem acesso amplo aos argumentos e opiniões dos grupos que divergem politicamente, já que o acesso amplo a informação é o mínimo para que uma maioria possa ter conhecimento das diferentes opiniões e realidades sociais para governar de forma não tirânica ou arbitrária, protegendo os direitos das minorias. Porém, essa condição não é cumprida se o debate público e o acesso à informação forem oligopolicamente estruturados por grupos privados com interesses próprios sobre os temas, envolvendo questões financeiras, políticas ou morais que lhes interessem. Isso tudo significa em síntese que, se a legitimidade para Waldron se sustenta apenas na representatividade direta, então os parlamentos, uma vez constituídos, muitas vezes carecem dela na realidade concreta de seu funcionamento.

Entretanto, nossa divergência ao argumento de Waldron não se resume àquelas apontadas até aqui, pelo contrário, mesmo se o que acabamos de argumentar fosse falso, ainda assim as decisões sobre direitos serem tomadas a partir do princípio majoritário, mesmo que os elementos de representatividade estivessem satisfatoriamente presentes, parte de uma concepção de democracia majoritária da qual não compartilhamos.

2.2.2 *Objecções filosóficas*

Por tudo que foi dito, nos salta aos olhos a grande problemática que permeia a discussão daqui pra frente: se de um lado temos o direito das majorias em decidir os rumos políticos da comunidade, uma vez que elegeram democraticamente seus representantes, por outro temos os indivíduos e minorias cujas dignidades são submetidas a essas decisões majoritárias.

Toda essa questão relacionada a possibilidade de as majorias oprimirem minorias e indivíduos dentro das democracias foi anunciada já na primeira metade do século XIX por Alexis de Tocqueville sob o nome de “tirania da maioria”. Discorrendo sobre a sociedade e a democracia americana da época, ele percebe que a “onipotência” da maioria na tomada das

Companies. *Forbes*, [S. l.], 1 jun. 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/katevinton/2016/06/01/these-15-billionaires-own-americas-news-media-companies/?sh=32f64046660a>. Acesso em: 25 abr. 2023. Cf. LUTZ, Ashley. These 6 Corporations Control 90% Of The Media In America. *Insider*, [s. l.], 14 jun. 2012. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/these-6-corporations-control-90-of-the-media-in-america-2012-6>. Acesso em: 25 abr. 2023.

decisões políticas pode gerar injustiças contra minorias e indivíduos que se oponham àquela maioria. Assim, ele pondera:

O que é uma maioria tomada coletivamente senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria das vezes, interesses contrários aos de outro indivíduo chamado minoria? Ora, se admitirmos que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admitiríamos a mesma coisa para a maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tornaram-se mais pacientes com os obstáculos ao se tornarem mais fortes? De minha parte, não posso acreditar nisso; e o poder de fazer tudo, que recuso a um só de meus semelhantes, nunca o concederei a vários.³³

Podemos reformular da seguinte forma: quando os interesses diretos das maiorias, sejam eles morais, econômicos ou políticos estão em jogo, elas dificilmente ou quase nunca defenderão por si mesmas eventuais direitos individuais ou de minorias que conflitem com aqueles seus interesses. Comentando tal problemática, John Stuart Mill concluiu que a tirania da maioria está incluída entre os males contra os quais a sociedade deve se precaver³⁴.

Mas como lidar com isso? Se a “tirania da maioria” é um problema real e se a percebemos como algo antidemocrático, então precisamos repensar qual o fundamento de uma democracia e encontrar uma concepção que respeite as maiorias como consequência da racionalidade de seus membros, ao mesmo tempo que dê um espaço especial às minorias e a qualquer indivíduo para que possam disputar, em condição de igualdade, as questões que dizem respeito às suas dignidades e aos seus direitos fundamentais. Nesse sentido, consideramos que o argumento de Waldron não é suficiente para deslegitimar a revisão judicial enquanto instituto democrático e também parte de uma concepção equivocada de democracia, a qual inclusive admite a tirania da maioria.

2.2.2.1 A insuficiência do argumento

Qual é o fundamento filosófico de Waldron para considerar apenas a representação direta como fonte da legitimidade democrática?

Podemos encontrar a resposta em outra obra do autor, na qual ele utiliza uma conceituação específica de “direito de participação” associada com considerações sobre a universalidade da razão humana, a responsabilidade dos indivíduos que se segue disso e o consequente dever de respeito para com as vontades desses “seres autodirigidos”. Para ele:

O papel especial da participação em uma teoria dos direitos não é uma questão de ter prioridade moral sobre outros direitos. Em vez disso, é o resultado do fato de que a

³³ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Julia da Rosa Simões. 1ª ed. Integral. São Paulo: Edipro, 2019, p. 298.

³⁴ MILL, John Stuart. *On liberty*. BROMWICH, David; KATEB, George (ed.). New Haven: Yale University Press, 2003, p. 75-76.

participação é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações em que os titulares razoáveis de direitos discordam sobre quais direitos eles têm.³⁵

E a ideia se desenvolve no seguinte sentido:

É impossível, por conta disso, pensar em uma pessoa como portadora de direitos e não pensar nela como alguém que tem o tipo de capacidade necessária para descobrir quais direitos ela tem. [...] E como o ponto de qualquer discussão sobre direitos tem a ver com o respeito devido a essa pessoa como um ser ativo e pensante, dificilmente estamos em posição de dizer que nossa conversa leva seus direitos a sério se, ao mesmo tempo, ignoramos ou menosprezamos qualquer coisa que ele tenha a dizer sobre o assunto. Mais uma vez, enfatizo que isso não significa que uma pessoa tenha quaisquer direitos que pensa ter, se houver desacordo sobre essa questão - e algo desagradavelmente inapropriado e desrespeitoso sobre a visão de que questões sobre direitos são muito difíceis ou muito importantes para serem deixadas para os próprios portadores de direitos determinarem, com base na igualdade.³⁶

Se correta, essa tese pode suportar tanto a rejeição waldroniana da revisão judicial quanto a necessidade de estabelecer um procedimento baseado na representação direta como resposta para a discordância sobre princípios objetivando defender um igual direito de participação, que resulta na adoção do princípio majoritário. Entretanto, não vemos qualquer tipo de força nesse argumento para se opor à revisão judicial, pois, como aponta Joseph Raz, argumentar o próprio caso perante um tribunal imparcial dá a alguém mais poder sobre a determinação de seus direitos do que ser um entre a multidão em uma democracia participativa, com igualdade de poder político para todos³⁷. Além disso, não podemos perder de vista que os anseios e argumentos das maiorias também são levados em conta e seriamente considerados pelos tribunais, de forma que não há prejuízo à representação e respeito dos cidadãos enquanto pessoas racionais.

³⁵ Nossa tradução para: "The special role of participation in a theory of rights is not a matter of its having moral priority over other rights. Instead it is the upshot of the fact that participation is a right whose exercise seems peculiarly appropriate in situations where reasonable right-bearers disagree about what rights they have". WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 232.

³⁶ Nossa tradução para: "It is impossible, on this account, 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. This means that arguing about a person's rights is not like arguing about the rights of animals or about the preservation of a building. When we argue about someone's rights, the subject of the conversation is likely to have a considered view on the matter. And since the point of any argument about rights has to do with the respect that is owed to this person as an active, thinking being, we are hardly in a position to say that our conversation takes his rights seriously if at the same time we ignore or slight anything he has to say about the matter. Yet again, I emphasise that this does not mean a person has whatever rights he thinks he has ... But it does show that there is something appropriate about the position we are considering—that the right-bearers should be the ones to decide what rights they have, if there is disagreement about that issue—and something unpleasantly inappropriate and disrespectful about the view that questions about rights are too hard or too important to be left to the right-bearers themselves to determine, on a basis of equality". *Ibidem*, p. 251-252.

³⁷ RAZ, Joseph. Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence*, [s. l.], v. 43, n. 1, 1998, p. 45.

Se estivermos certos até aqui, isso só significa que o fundamento filosófico de Waldron não parece ser suficiente para se opor vigorosamente a revisão judicial. Mas isso não é o bastante. Precisamos ir mais a fundo na premissa do argumento.

2.2.2.2 Rejeitando a concepção majoritária de democracia

Por trás das discussões sobre quais instituições têm legitimidade para decidir os direitos das pessoas, está a discussão sobre qual é o valor ou ponto fundamental da Democracia. Isso é, deve existir uma premissa básica a qual devemos recorrer para definir se determinado instituto, procedimento ou decisão é ou não democrática.

Como vimos, para Waldron, esse pressuposto fundamental é o respeito às pessoas como “seres autodirigidos”, o que desemboca na necessidade de adoção do princípio da Decisão majoritária. Este último reforça por sua vez uma premissa bastante difundida no debate público, inclusive entre juristas, a saber: a premissa majoritária. Em seu conjunto, esses elementos compõem a base do que chamamos de “concepção majoritária de democracia”.

Quanto à premissa majoritária, ela:

É uma tese sobre os resultados justos de um processo político: ela insiste que procedimentos políticos devem ser desenhados de forma que, pelo menos em questões importantes, a decisão a ser tomada seja a decisão que a maioria ou a pluralidade dos cidadãos favorecem, ou favoreceriam se tivessem tempo e informações suficientes para reflexão.³⁸

Isso significa que “a premissa supõe, em outras palavras, que é sempre injusto quando uma maioria política não pode fazer o que quer, de modo que mesmo quando há razões compensatórias fortes o suficiente para justificar isso, a injustiça permanece”³⁹. Essa é uma noção bastante popular no Ocidente, inclusive em países como os Estados Unidos e Brasil, que convivem com o controle concentrado de constitucionalidade e veem um crescimento cada vez maior do papel do judiciário nos respectivos cenários políticos nacionais. Entretanto, essa premissa, assim como o princípio da decisão majoritária, é incoerente.

Como aponta Dworkin, um aspecto especialmente importante é que a concepção majoritária parece residir em boa medida numa espécie de ceticismo moral, o qual:

insiste que os valores e princípios morais não podem ser objetivamente verdade, mas apenas representam concatenações poderosas de interesse próprio ou gosto, ou de

³⁸ Nossa tradução para: “This is a thesis about the fair outcomes of a political process: it insists that a political process should be designed so that, at least on important matters, the decision that is reached is the decision that a majority or plurality of citizens favors, or would favor if it had adequate information and enough time for reflection”. DWORKIN, *Freedom's law*, cit., p. 15-16.

³⁹ Nossa tradução para: “The premise supposes, in other words, that it is always unfair when a political majority is not allowed to have its way, so that even when there are strong enough countervailing reasons to justify this, the unfairness remains”. *Ibidem*, p. 16.

classe, raça ou interesse de gênero. Se assim for, o argumento continua, então os juízes que afirmam ter descoberto a verdade moral estão iludidos, e o único processo político justo é aquele que deixa o poder para o povo.⁴⁰

Esse ceticismo também é amplamente difundido a partir da ideia corrente de que as questões morais carecem de uma resposta correta, havendo apenas opiniões diferentes e igualmente boas entre si, sendo mais justo que se deixe prevalecer aquela moral que conta com o maior número de apoiadores.

Não obstante a fama, Dworkin nos mostra que essa ideia é falaciosa: essa forma específica de ceticismo é em si incoerente, e, mesmo que sua ideia central fosse verdadeira, ele acabaria anulando a própria premissa majoritária que deveria justificar.

A tese descrita acima, de que o mais justo é deixar as decisões ao povo ou à maioria, é em si uma reivindicação moral, assim como muitas das proposições que a acompanham são reivindicações de moralidade política. Perceba que a afirmação de que “não existem verdades morais objetivas” constitui em si um princípio geral sobre questões morais e reivindica para si a verdade, inclusive negando-a a todos os demais princípios morais existentes. Ora, se esse argumento supõe que não existem verdades morais, mas ele em si, para ser válido, precisa ser uma verdade moral, então aquele ceticismo pressuposto nada faz se não negar a própria validade do argumento.

Na verdade, esse ceticismo por si só já é uma ideia estranha. Quando debatemos questões morais controversas e argumentamos em favor da nossa posição, não o fazemos como se as respostas morais adversárias fossem igualmente válidas ou boas. Pelo contrário, se debatemos e argumentamos é porque acreditamos que existe uma resposta moral correta a ser alcançada sobre aquela questão e que a posição que defendemos é melhor ou mais verdadeira que aquela que repudiamos. Assim, essa noção de que todas as respostas são igualmente boas não parece corresponder à forma como os debates morais realmente são travados na vida real.

Se esse ceticismo é realmente incoerente, então a premissa majoritária que se apoia nele não pode ser uma base consistente para uma concepção de democracia. Na verdade, tal ceticismo se mostra ainda mais presente na concepção de democracia majoritária quando os próprios defensores dessa última mostram especial preocupação em demonstrá-la como neutra.

⁴⁰ Nossa tradução para: “which insists that moral values and principles cannot be objectively true, but only represent powerful concatenations of self-interest or taste, or of class or race or gender interest. If so, the argument continues, then judges who claim to have discovered moral truth are deluded, and the only fair political process is one that leaves power to the people”. *Ibidem*, p. 18-19.

Waldron por exemplo diz que uma das vantagens do princípio da decisão majoritária é a de que ele é neutro entre os resultados contestados⁴¹.

Nesse caso, tal princípio é colocado também numa posição de neutralidade entre as próprias concepções de bem, a partir da ideia de “não tomar partido sobre quais são os resultados certos a se atingir”. Ele, enquanto princípio neutro, se pretende um justificador dos procedimentos decisórios e nesse sentido, como é chamado por Raz, um elemento constitucional de justificação. Porém, uma vez que tal princípio afirma uma concepção de bem⁴² ao mesmo tempo que se diz neutro, também nessa ideia persiste a contradição:

Uma vez que o princípio da neutralidade no meu exemplo é parte da justificação da constituição, se ele próprio for controverso, como é em toda democracia ocidental, ele se exclui e pode ser desconsiderado impunemente pela simples razão de que não é neutro entre as diferentes concepções do bem.⁴³

E mesmo que o princípio fosse formulado de maneira a não se autoexcluir, a questão que fica é: não é nada claro se existe uma boa razão pela qual a controvérsia de outros princípios os exclui, mas a controvérsia do próprio princípio não o exclui⁴⁴.

Esses apontamentos, além de demonstrarem a contradição, nos levam à seguinte conclusão: o princípio da decisão majoritária não é neutro entre as diferentes concepções políticas e morais. Pelo contrário, ele assume uma concepção de bem, define uma ideia de justiça e de qual procedimento político é justo, apoia uma definição específica de democracia e, pior, na aplicação prática, ele favorece e empodera absolutamente os grupos majoritários já definidos na comunidade, principalmente naqueles temas altamente controversos. No mesmo sentido, tal exposição também evidencia que não podemos lidar com as controvérsias tentando evitá-las e buscando refúgio em princípios que se propõem neutros.

A bem da verdade, se um princípio se afirma como o correto, se ele apoia uma teoria política ou se ele pesa mais para a tomada de uma determinada decisão do que para a outra, o referido princípio nunca será politicamente neutro. A luz disso, aquele ceticismo com relação à moral mostra-se como uma simples (e falha) fuga das questões morais substantivas.

⁴¹ WALDRON, *The core case against judicial review, cit.*, p. 1.388.

⁴² Ele afirma que procedimentos decisórios bons são aqueles tomados a partir dessa neutralidade, portanto, o “bem” consiste em ser neutro quanto às concepções de bem na hora de escolher um princípio para reger a tomada de decisão política.

⁴³ Nossa tradução para: “since the principle of neutrality in my example is part of the justification of the constitution, if it is itself controversial, as it is in every Western democracy, it rules itself out, and can be disregarded with impunity for the simple reason that it is not neutral between different conceptions of the good”. RAZ, *Disagreement in politics, cit.*, p. 31.

⁴⁴ *Idem.*

Se a concepção de democracia majoritária deixa os direitos individuais e de minorias tão vulneráveis às arbitrariedades das maiorias, devemos buscar uma teoria melhor, que não se pretenda neutra que dê um maior espaço aos direitos e dignidades individuais de cada um, resguardando-as mais robustamente.

2.3 A democracia constitucional

É fato que os tribunais não possuem um *ethos* de representar diretamente a moralidade dominante, com seu papel tendo sido contemporaneamente concebido justamente para exercer uma função contramajoritária⁴⁵. Entretanto, daí não se segue a incompatibilidade da revisão judicial com a democracia, uma vez que as cortes são importantes não para ser um “segundo parlamento” representativo, mas para proteger, utilizando os fundamentos decisórios adequados, algo anterior e mais valioso dentro da democracia: a igualdade de respeito e consideração do Estado para com cada indivíduo, de forma que “qualquer legislação que possa ser justificada apenas pelo recurso às preferências da maioria sobre quais de seus cidadãos são dignos de consideração e respeito, ou que tipos de vida seus concidadãos devem levar, nega a igualdade”⁴⁶.

Essa é a concepção que Dworkin chama de “democracia constitucional”, a qual nega que o fundamento ou objetivo de uma sociedade democrática seja o de tomar, em todos os casos, inclusive na determinação de quais direitos as pessoas têm, as mesmas decisões que uma maioria política normalmente tomaria. Em vez disso, ela considera outro como sendo o ponto da democracia: o de “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam todos os membros da comunidade, como indivíduos, com igual consideração e respeito”⁴⁷.

No entanto, como o próprio autor ressalta⁴⁸, essa teoria não requer que os procedimentos majoritários e de representação política sejam excluídos do processo de

⁴⁵ Vemos traços disso já na discussão constitucional americana dos federalistas, inclusive no pensamento de Alexander Hamilton, o qual admite essa função contramajoritária já como justificadora ou legitimadora do poder e da independência do judiciário. Segundo ele, “esta independência dos juizes é igualmente necessária para proteger a constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos dos maus humores que as artes de homens planejadores, ou a influência de conjunturas particulares, às vezes disseminam entre as próprias pessoas e que, embora rapidamente deem lugar para melhor informação e reflexão mais deliberada, tendem nesse meio-tempo a ocasionar inovações perigosas no governo e sérias opressões ao partido minoritário na comunidade”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jhon. *The Federalist*. POLE, Jack Richon (ed.). Cambridge: Hackett Publishing Company, 2005, p. 416, tradução nossa.

⁴⁶ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, cit., p. 99.

⁴⁷ Nossa tradução para: “that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect”. DWORKIN, *Freedom’s law*, cit., p. 17.

⁴⁸ *Idem*.

estabelecimento de todos os objetivos sociais, mas sim que não pesem no que tange à conferência de igual status a todos os cidadãos. Em outras palavras, ela advoga que os procedimentos de democracia majoritária convivam com procedimentos contramajoritários, de forma que estes últimos prevaleçam quando os primeiros violarem a proteção a esse status igualitário que clamamos ser a essência da democracia. Em síntese, democracia significa então “governo sob condições”, que podemos chamar de “condições democráticas” de igual respeito e consideração, que constituem “um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que a legislatura dominante não tem o poder de anular ou comprometer”⁴⁹.

A controvérsia mais evidente aqui é saber quais são especificamente essas condições. Podemos dar alguns exemplos, como a exigência de não discriminação racial por parte das autoridades estatais, mas não temos condição de criar um rol taxativo de quais são essas condições em todos os casos e assuntos possíveis. Entretanto:

[...] de acordo com a concepção constitucional, seria uma petição de princípio opor-se a uma prática que atribui essas questões controversas para decisão final a um tribunal, alegando que essa prática é antidemocrática, porque essa objeção pressupõe que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e essa é a própria questão em controvérsia.⁵⁰

Nesse sentido, a discussão sobre se determinada lei viola ou não a igualdade de respeito e consideração, seja em abstrato ou caso a caso, é algo que deve ser objeto de discussão nos tribunais. Mas porque nos tribunais? Aqui nossos pontos se amarram. Dentre os três poderes, o judiciário é o único concebido e estruturado para ter um compromisso sincero com a imparcialidade e o não partidarismo político, ou seja, se queremos um local onde todas as pessoas, sejam elas membras de maiorias ou minorias políticas, ou mesmo se estiverem apenas discutindo alguma questão de direito individual específica, possam levar seus argumentos e serem seriamente ouvidas e consideradas ao se decidir se elas têm ou não um direito ou obrigação jurídica, os tribunais, através do devido processo legal com contraditório e ampla defesa, são o espaço adequado para tal.

Obviamente, voltando à questão inicial do texto, os juízes não podem simplesmente impor suas moralidades individuais de qualquer forma e decidir como quiserem cada caso, sob pena de violarem aquela mesma igualdade de tratamento que deveriam proteger. Assim, eles

⁴⁹ Nossa tradução para: “a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise”. DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy. The european journal of philosophy*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 2, 1995.

⁵⁰ Nossa tradução para: “[...] according to the constitutional conception, it would beg the question to object to a practice assigning those controversial questions for final decision to a court, on the ground that that practice is undemocratic, because that objection assumes that the laws in question respect the democratic conditions, and that is the very issue in controversy”. DWORKIN, *Freedom’s law, cit.*, p. 18.

devem decidir pelo que Dworkin chama de “argumentos de princípio”, os quais “justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante algum direito individual ou de grupo”⁵¹, ao contrário dos “argumentos de política” que “justificam uma decisão mostrando que ela avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”⁵².

Dessa forma, uma das grandes virtudes da revisão judicial é trazer os direitos à atenção da sociedade, “juridificando” as questões de moralidade política e fazendo com que os argumentos puramente políticos, típicos da legislatura, sejam transformados em argumentos de princípio, que debatem as problemáticas na forma de questões de direitos que valem para todos. Assim, esse instituto torna a sociedade e as autoridades sensíveis a tais discussões, voltando os holofotes aos direitos e suscitando o debate sobre eles independentemente do resultado em si das decisões⁵³.

À luz dessa concepção, a revisão judicial toma o caráter curioso de uma espécie de promessa democrática. Nas palavras de Dworkin, “ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”⁵⁴, promessa que não pode ser cumprida por uma instituição representativa, na qual as maiorias ali formadas são frequentemente partes interessadas nos resultados das decisões.

É sob esse escopo teórico que acreditamos na compatibilidade da politicidade das decisões judiciais, e da revisão judicial, com a democracia e recusamos a concepção majoritária de democracia, que em última instância permite que a dignidade dos indivíduos seja um meio para atingir a satisfação das maiorias em vez de ser um fim em si mesmo.

3 A responsabilidade política dos juízes

Até agora argumentamos em favor de uma concepção que pode ser chamada de contramajoritária da democracia. Mas, em linhas gerais, o que essa teoria exige na atuação concreta dos juízes?

Para encontrarmos os elementos centrais para uma atuação responsável dos juízes dentro da democracia constitucional é útil que prestemos atenção em alguns dos problemas que atribuímos à democracia majoritária: esta permite que as dignidades dos indivíduos sejam

⁵¹ Nossa tradução para: “arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right”. DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., p. 82.

⁵² Nossa tradução para: “justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole”. *Idem*.

⁵³ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, cit., p. 100-103.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 103.

tratadas como meios para a satisfação do bem estar geral e submete o modo de vida destes à palavra final das maiorias, que por sua vez tendem a decidir de forma arbitrária e não imparcial quando se trata de temas moralmente controversos ou nos quais elas eventualmente são parte interessada.

Nesse sentido, o ponto fundamental de legitimidade democrática na atuação judiciária, e seu compromisso básico com a democracia, é proteger aquelas que chamamos anteriormente de condições democráticas, inclusive contra as vontades das maiorias políticas e as decisões dos órgãos políticos representativos. Para isso, entretanto, seus processos de tomada de decisão não podem ser arbitrários e nem negar aos envolvidos a devida consideração de seus argumentos, sob pena de violar justamente o igual respeito e consideração, que se manifesta dentro do processo judicial através do devido processo legal, incluindo o direito ao contraditório e ampla defesa. Além disso, esses julgadores também não podem favorecer uma das partes em detrimento da outra por motivos pessoais não relacionados às razões jurídicas envolvidas no caso.

Até aqui temos os deveres funcionais básicos de um juiz com os quais já estamos acostumados: imparcialidade e respeito ao devido processo legal. Entretanto, como as decisões que esses juízes tomam são decisões políticas naquele amplo significado que apresentamos inicialmente, então a eles se aplica também uma doutrina de responsabilidade política que guarda estreita relação com o problema da discricionariedade.

Essa doutrina exige aquilo que Dworkin chamou de “consistência distributiva” de um caso para o outro. Assim:

Um argumento de princípio pode fornecer uma justificativa para uma decisão particular, sob a doutrina da responsabilidade, apenas se o princípio citado puder ser demonstrado ser consistente com decisões anteriores não retratadas e com decisões que a instituição está preparada para tomar nas circunstâncias hipotéticas.⁵⁵

Em outras palavras, essa doutrina exige que o magistrado busque ao máximo a coerência de seus argumentos decisórios com conjunto das disposições do sistema jurídico como um todo e das decisões anteriores tomadas pelos tribunais. Essa doutrina, entre outras, tem a importante função de limitar a discricionariedade dos juízes, a qual pode resultar também em tirania se se configurar em arbitrariedade. A palavra-chave aqui é “coerência”.

Portanto, esse é o grande papel dos juízes na democracia constitucional. Eles devem proteger as condições democráticas, e inclusive decidir quais são essas condições: sendo

⁵⁵ Nossa tradução para: “An argument of principle can supply a justification for a particular decision, under the doctrine of responsibility, only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decisions not recanted, and with decisions that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances”. DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., p. 88.

imparciais, respeitando o devido processo legal, levando a sério e analisando todos os argumentos aduzidos pelas partes e autolimitando sua discricionariedade através da “consistência distributiva” na resolução dos casos concretos. Um juiz que reúne essas qualidades é um juiz politicamente responsável, consciente da importância de seu papel na manutenção da democracia e na garantia da dignidade dos cidadãos.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008, 421 p. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512>. Acesso em: 13 jul. 2023.
- DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *The european journal of philosophy*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995. DOI <https://doi.org/10.1111/j.1468-0378.1995.tb00035.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.1995.tb00035.x>. Acesso em: 13 jul. 2023.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GROSS, Clarissa. Pode dizer ou não? Jeremy Waldron e Ronald Dworkin discutem (e discordam!) sobre liberdade de expressão e discurso discriminatório. In: MACEDO, Ronaldo Porto (org). *Teoria do Direito Contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 489-524.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jhon. *The Federalist*. POLE, Jack Richon (ed.). Cambridge: Hackett Publishing Company, 2005.
- HART, HLA. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUTZ, Ashley. These 6 Corporations Control 90% Of The Media In America. *Insider*, [s. l.], 14 jun. 2012. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/these-6-corporations-control-90-of-the-media-in-america-2012-6>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. BROMWICH, David; KATEB, George (ed.). New Haven: Yale University Press, 2003.
- QUEM controla a mídia no Brasil?. *Media Ownership Monitor*, São Paulo, 31 out. 2017. Disponível em: <http://brazil.mom-gmr.org/br/>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- RAZ, Joseph. Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence*, [s. l.], v. 43, n. 1, p. 25-52, 1998. DOI <https://doi.org/10.1093/ajj/43.1.25>. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol43/iss1/2/>. Acesso em: 13 jul. 2023.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Julia da Rosa Simões. 1ª. Ed. Integral. São Paulo: Edipro, 2019.
- VINTON, Kate. These 15 Billionaires Own America's News Media Companies. *Forbes*, [S. l.], 1 jun. 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/katevinton/2016/06/01/these-15-billionaires-own-americas-news-media-companies/?sh=32f64046660a>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. DOI <https://doi.org/10.2307/20455656>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20455656>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Como citar este artigo: CARRIJO, Gabriel Rodrigues. Responsabilidade e legitimidade: uma leitura sobre a politicidade das decisões judiciais. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 1–32, 2023.

Recebido em 20.09.2023

Publicado em 26.12.2023