

**CIDADÃOS DE TOGA:**  
A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS DELIBERAÇÕES POLÍTICAS  
RUMO A UMA DEMOCRACIA SEM ATALHOS\*

*Lucas Matias Botelho de Freitas\*\**

**Resumo:** No atual contexto de crises democráticas e das crescentes críticas à atuação de cortes constitucionais e ao ganho de superpoderes por parte de seus membros, o presente artigo busca analisar a correlação entre a alienação popular do processo político deliberativo e o agravamento da erosão democrática. A partir da recorrente discussão entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, e da recente obra de Cristina Lafont, *Democracy Without Shortcuts*, que critica as propostas de teorias deliberativas que sugerem “atalhos” democráticos e afastam a cidadania da deliberação política por meio da exigência de uma deferência cega, o trabalho discute o papel das cortes constitucionais e do controle judicial de constitucionalidade no agravamento da alienação política cidadã que afeta cada vez mais as bases democráticas vigentes. Analisa-se a legitimidade das decisões judiciais em temas controversos, como direitos de minorias, e defende-se a necessidade de maior transparência e inclusão da cidadania nos processos deliberativos como forma de garantir a eles uma maior legitimidade e solidez. Ao rejeitar as concepções democráticas pluralista, lotocrática e epistocrática, sugere-se um reenquadramento da discussão teórica sobre a legitimidade judicial, como foco no fortalecimento da democracia. Compreende-se, então, que a legitimidade de instituições como o controle judicial de constitucionalidade deve se basear no direito de contestação legal dos cidadãos e que o envolvimento cidadão em processos deliberativos pode garantir uma democracia mais sólida e estável.

**Palavras-chave:** Democracia deliberativa; Controle judicial de constitucionalidade; Legitimidade democrática.

**CITIZENS IN ROBES:**  
THE DEMOCRATIC PARTICIPATION IN POLITICAL DELIBERATIONS  
TOWARDS A DEMOCRACY WITHOUT SHORTCUTS

**Abstract:** In the current context of democratic crises and increasing criticism regarding the actions of constitutional courts and the gain of superpowers by their members, this article seeks to analyze the correlation between the alienation of citizenry from the deliberative political processes and the escalation of the democratic erosion. Drawing from the ongoing debate between Ronald Dworkin and Jeremy Waldron, and the recent work of Cristina Lafont, *Democracy Without Shortcuts*, which scrutinizes deliberative theories that suggest democratic “shortcuts” and alienate citizens from political deliberation through the demand of a blind deference, this paper discusses the role of constitutional courts and judicial review in increasing political alienation, which increasingly undermines the foundations of democracy. The article

---

\* Este trabalho é parte do projeto “Responsabilidade e legitimidade: uma leitura sobre o caráter político das decisões judiciais nas democracias contemporâneas”, desenvolvido sob orientação da professora Luciana Silva Reis e financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal de Uberlândia, com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PIBIC/UFU/CNPq).

\*\* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5948542635056954>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3066-902X>. Contato: [lucas.botelho@ufu.br](mailto:lucas.botelho@ufu.br).

analyzes the legitimacy of judicial decisions regarding controversial issues, such as minority rights, and advocates for greater transparency and citizen inclusion in deliberative processes as a way to ensure greater legitimacy and stability. By rejecting pluralist, lottocratic and epistocratic conceptions of democracy, it suggests a reframing of the theoretical discussion on judicial legitimacy, focusing on strengthening democracy. It argues that the legitimacy of institutions such as the judicial review must be based on the citizens' right to legal contest, and that citizen involvement in deliberative processes could ensure a more solid and stable democracy.

**Keywords:** Deliberative democracy; Judicial review; Democratic legitimacy.

## CIUDADANOS EN TOGA:

### LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LAS DELIBERACIONES POLÍTICAS HACIA UNA DEMOCRACIA SIN ATAJOS

**Resumen:** En el contexto actual de crisis democráticas y crecientes críticas a la actuación de los tribunales constitucionales y a la acumulación de superpoderes por parte de sus miembros, este artículo busca analizar la correlación entre la alienación popular del proceso político deliberativo y el agravamiento de la erosión democrática. A partir del debate recurrente entre Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, y de la reciente obra de Cristina Lafont, *Democracy Without Shortcuts*, que critica las teorías deliberativas que sugieren “atajos” democráticos y alejan a la ciudadanía de la deliberación política mediante la exigencia de una deferencia ciega, el trabajo discute el papel de los tribunales constitucionales y del control judicial de constitucionalidad en el agravamiento de la alienación política ciudadana, que afecta cada vez más las bases democráticas vigentes. Se analiza la legitimidad de las decisiones judiciales en temas controvertidos, como los derechos de las minorías, y se defiende la necesidad de mayor transparencia e inclusión ciudadana en los procesos deliberativos como forma de garantizarles mayor legitimidad y solidez. Al rechazar las concepciones democráticas pluralista, lotocrática y epistocrática, se sugiere un replanteamiento de la discusión teórica sobre la legitimidad judicial, con un enfoque en el fortalecimiento de la democracia. Se comprende, entonces, que la legitimidad de instituciones como el control judicial de constitucionalidad debe basarse en el derecho de impugnación legal de los ciudadanos y que el involucramiento ciudadano en los procesos deliberativos puede garantizar una democracia más sólida y estable.

**Palabras clave:** Democracia deliberativa; Control judicial de constitucionalidad; Legitimidad democrática.

## 1 Introdução

A análise de decisões de cunho moral, social e, principalmente, político por parte das cortes constitucionais não é um assunto recente. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido alvo de constantes críticas não somente em relação ao caráter político de suas decisões, mas também pelo aparente ganho de “superpoderes” de seus ministros, algo que se reflete em uma grave crise de confiança por parte da cidadania, o que abala ainda mais as estruturas já frágeis da democracia. Em busca de compreender o que há por trás da tomada de decisões políticas das

cortes constitucionais em casos controversos e que tocam os direitos e liberdades fundamentais de grupos minoritários em particular, para além do debate já existente entre as teorias de Ronald Dworkin<sup>1</sup> e Jeremy Waldron<sup>2</sup> sobre a legitimidade de decisões judiciais e do próprio controle judicial de constitucionalidade, nos deparamos com a recente proposta de democracia deliberativa e participativa de Cristina Lafont em sua obra *Democracy Without Shortcuts* (“Democracia Sem Atalhos”)<sup>3</sup>.

Lafont elabora um argumento contra as propostas de teorias democráticas que oferecem “atalhos” que excluem a cidadania em processos deliberativos nos quais seus direitos e liberdades fundamentais estão diretamente envolvidos. Essas teorias apresentam diferentes formas de forçar a cidadania a cegamente delegar suas decisões a terceiros, alienando a população cada vez mais do processo político<sup>4</sup>. Essa alienação e a descrença que é criada em relação ao sistema democrático favorece a cooptação por discursos populistas e extremados, levando o povo a considerar, cada vez menos, a democracia como uma forma preferível de governo<sup>5</sup>.

Diante do exposto, percebe-se que não basta simplesmente analisarmos decisões isoladas de cortes constitucionais e tentar compreender os efeitos negativos que elas podem causar na sociedade partindo somente de uma teorização sobre legitimidade, supremacia judicial *versus* a legislativa, interpretações constitucionais ou necessidade de um controle judicial de constitucionalidade. Segundo Lafont, é possível afirmar que a problemática central da deliberação política é que, no contexto atual e sugerido pelas teorias democráticas populares, ela tende a ignorar os cidadãos, perseguindo um ideal democrático sem considerar aqueles que são mais relevantes à democracia em si: o povo. Perde-se a chance de se alcançar o ideal democrático de autogoverno e as justificativas de tais teorias, em regra geral, raramente defendem a necessidade de um sistema democrático<sup>6</sup>, o que sugere um caminho ainda mais perigoso.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *Laws' Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>2</sup> WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Trad. Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, 2022.

<sup>3</sup> A relevância do trabalho de Cristina Lafont se apresenta na forma de colaborações, comentários e críticas feitas à sua obra em publicações especiais, como a edição do *Journal of Deliberative Democracy* (vol. 16, 2020), que conta com a colaboração de outros teóricos de democracia deliberativa como Mark Warren, James Fishkin, e até mesmo o mentor de Lafont, Jürgen Habermas. Uma coletânea também foi publicada recentemente na *Revista Derecho del Estado* (n. 55, p. 283-318, 2023), com comentários de juristas latino-americanos sobre a obra, coletânea esta utilizada na produção deste artigo.

<sup>4</sup> LAFONT, Cristina. *Democracy Without Shortcuts*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 19.

<sup>5</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Control judicial y contención al atajo populista en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, p. 209-210.

<sup>6</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 76.

Desta forma, o presente artigo busca não somente analisar o cerne das deliberações políticas no contexto das atuais crises democráticas e a relação existente entre essas áreas, mas também sugerir uma reformulação do debate sobre legitimidade e responsabilidade judicial que não ofereça necessariamente uma reforma radical do sistema deliberativo, mas formas de melhoria da atuação institucional a partir de maior transparência e responsabilidade para com a cidadania. Inicialmente, trataremos da atual situação de crise democrática e a problemática da deferência cega exigida da população em processos deliberativos. Em um segundo momento, abordaremos os atalhos sugeridos pelas teorias democráticas e o risco que eles apresentam à democracia. Por fim, discutiremos o controle judicial de constitucionalidade e sua legitimidade à luz do atual estado de discussão e a partir da proposta de Cristina Lafont.

## **2 As crises democráticas e a problemática da deferência cega**

Em 8 de janeiro de 2023, uma multidão vestida em verde e amarelo, entoando pedidos de “intervenção militar” ou “pelo fim do STF” e reclamando uma suposta fraude eleitoral, invadiu a sede do governo brasileiro contra o então democraticamente recém-eleito presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e a favor do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro. Esse poderia ser um caso anômalo e pontual, não fosse pelo similar ataque ocorrido no Capitólio dos Estados Unidos em 2022. A recente eleição do tecnocrata e “apolítico” Javier Milei, na Argentina, parece seguir o mesmo caminho dos países anteriores<sup>7</sup>. Cenas como essas, unidas aos discursos populistas e antidemocráticos por parte dos ex-presidentes apoiados nessas tentativas de golpe e a crescente popularidade da extrema-direita pela América Latina – e pelo mundo – demonstram que a democracia não é mais uma garantia sólida.

Em resposta a isso, teorias democráticas tentam encontrar caminhos que possam sanar o problema e garantir um *status quo* desejável. No entanto, isso não parece surtir efeitos; é possível que os Estados Unidos não sejam mais uma democracia, mas uma oligarquia, uma vez que as instituições do país não refletem a vontade de seus cidadãos<sup>8</sup>. Na América Latina, que enfrentou violentas ditaduras em seu passado recente, o apoio à democracia tem diminuído cada vez mais, possivelmente em resposta a um profundo desacordo entre os interesses dos cidadãos e os interesses das instituições democráticas<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> STOTT, Michael; NUGENT, Ciara. How similar is Argentina’s Javier Milei to Donald Trump and Jair Bolsonaro? *Financial Times*, 26 nov. 2023. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d2c033c5-65cb-41e8-bb06-b995fc25f9c5>. Acesso em: 14 set. 2024.

<sup>8</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 1.

<sup>9</sup> GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, cit., p. 210.

Diante deste cenário que se espalha pelo mundo, Cristina Lafont tenta formular uma concepção participativa de democracia deliberativa que, ao contrário do que as outras têm feito, busca colocar a perspectiva da cidadania em foco. Seu objetivo é construir uma visão que permita ao cidadão fazer parte da tomada de decisão política, possibilitando-lhe se identificar com as leis e políticas promulgadas de forma que esse cidadão consiga aceitá-las e compreendê-las sem a necessidade de obedecê-las cegamente<sup>10</sup> pela coerção.

Deliberações no campo político nunca estão isentas de polêmica, e o debate é crucial para a democracia, pois permite que vozes e opiniões de diferentes tons sejam ouvidas por todos. No entanto, o que tem ocorrido em vários países considerados democráticos é uma restrição do debate por meio de uma deliberação “saneada”, i.e., sem interferências de uma “barulhenta” cidadania. As justificativas para tal espalham-se pela literatura. Ora argumenta-se a “ignorância política do eleitor”<sup>11</sup>, ora se fala de pessoas mais bem capacitadas para decidir e frequentemente se afasta a cidadania deste processo.

A “ignorância do eleitor” supõe a presença de vícios, preconceitos e ignorâncias<sup>12</sup> por parte do cidadão, o que o tornaria menos apto a tomar decisões políticas em comparação a um grupo de juízes ou, até mesmo, em relação a um grupo mais especializado, seja por seus currículos, seus títulos ou simplesmente por possuírem um cargo que lhes confira tal credencial. Esse é um problema multifacetado, sendo a primeira face uma significativa falha do Estado em fornecer ao povo conhecimento relevante para que ele possa, então, agir de forma adequada quando necessário. Essa capacitação é um caminho árduo, uma “estrada mais longa” em comparação ao atalho – que simplesmente obriga esse eleitor a cegamente acatar as decisões de um grupo de pessoas (supostamente) mais capacitadas para isso, algo que consegue facilitar o desenvolvimento de processos políticos, mas restringe o cidadão a uma posição na qual ele não consegue aceitar ou adotar essas leis e políticas<sup>13</sup> de um “ponto de vista interno”, relembrando a teoria de H.L.A. Hart<sup>14</sup>.

Outro problema deflagrado é o ciclo de justificação estabelecido. Lafont relembra a contrariedade aos direitos políticos, especialmente o direito ao voto para mulheres no passado. A argumentação era de que as mulheres não deveriam, ou precisariam, ter direito ao voto devido à sua ignorância e apatia política, ignorando o fato de que essas mesmas mulheres não tinham

---

<sup>10</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 18.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 84

<sup>14</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

acesso à educação ou à participação política<sup>15</sup>. A limitação era a causa da aparente “apatia” das mulheres, demonstrando um ciclo em que a evidência se torna uma justificação, e vice-versa, sem a possibilidade de se resolver o problema. Homens tomavam decisões e as mulheres eram obrigadas a aceitá-las, mesmo que em desacordo. Este é apenas um exemplo utilizado pela autora para ilustrar a problemática existente na justificação da deliberação oligárquica a partir da “ignorância política dos cidadãos”.

De fato, como mencionado, o caminho de capacitar o cidadão e alterar as condições e instituições que os mantém em certa “ignorância” ou “apatia política” pode ser equiparado a uma longa estrada, muito mais árdua de se percorrer do que um atalho que promete respostas rápidas e corretas. Entretanto, como afirmado por H. L. Mencken, para todo problema complexo, existe uma solução simples, elegante e completamente errada<sup>16</sup>, e esses atalhos (anti)democráticos parecem confirmar essa máxima.

Os atalhos não são capazes de fornecer ao povo as ferramentas, informações e espaço de debate necessários para que eles, agora capacitados, possam expor suas visões, ideais e objetivos políticos uns aos outros. Através desse diálogo e compartilhamento de opiniões – e até mesmo a persuasão através da conversa –, é que eles conseguem se ver como capazes de deliberar melhor sobre assuntos que afetam diretamente os seus direitos e liberdades fundamentais, mudando a mentes, corações e objetivos políticos de seus concidadãos<sup>17</sup>.

A própria apatia política de parte da população não justificaria sua exclusão do processo deliberativo. Isso porque as “crenças, atitudes, interesses, valores e ações” dos cidadãos determinam como a sociedade realmente é, e o sucesso de leis, políticas e programas políticos só pode ser garantido quando as atitudes, os interesses e os valores desses mesmos cidadãos são desenvolvidos e melhorados. Democraticamente falando, não há possibilidade de escolher os cidadãos com quem temos que lidar; a única forma de manter a democracia saudável e estável, e alcançar melhores resultados políticos, é seguindo por aquela estrada mais longa e combatendo ativamente “os mecanismos que perpetuam a ignorância dos cidadãos”<sup>18</sup> e os forçam a cegamente delegar suas decisões.

A objeção aqui apresentada não é em relação a *todo* tipo de deferência. Em sistemas democráticos, é esperado que os cidadãos deleguem suas decisões a seus representantes; contudo, não é esperado que o façam *cegamente*<sup>19</sup>, delegando seu poder de decisão a um agente

---

<sup>15</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 6.

<sup>16</sup> MENCKEN, Henry Louis. *Prejudices: Second Series*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1920, p. 158.

<sup>17</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 86.

<sup>18</sup> Nossa tradução para: “mechanisms that perpetuate citizens’ ignorance”. *Idem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 127.

sobre o qual não tem controle ou razão para acreditar que as decisões desse agente coincidirão com aquelas que os próprios cidadãos tomariam se estivessem capacitados e informados para formar sua própria opinião<sup>20</sup>. Isso é o que Lafont considera uma deferência *politicamente* cega, sem nenhum alinhamento justificável de ideais. Lafont considera ainda outras variações da deferência, como a *reflexivamente* e a *informativamente* cega, em sua resposta aos críticos de sua oposição à deferência, mas concentra-se na deferência *politicamente* cega<sup>21</sup>, foco de sua argumentação em *Democracy Without Shortcuts*.

O que interessa neste ponto é que, em contextos democráticos, faz-se essencial considerar e ouvir a voz de todos. E isso independe da participação política ativa que o cidadão possua, afinal, “por bem ou por mal, a opinião das pessoas não pode simplesmente ser ignorada” por mais “mal-informada ou incompetente” ela possa ser<sup>22</sup>. A exclusão de certas vozes devido à sua dissidência ou falta de instrução, assim como o privilégio concedido a um grupo específico de pessoas em detrimento de todas as outras no processo de tomada de decisão, podem abrir espaço para o estabelecimento do autoritarismo, ainda que moderado – se é que ele poderia assim ser caracterizado.

Por isso a deferência cega é central nessa argumentação. Em primeiro lugar, por apontar onde surgem as tensões entre a cidadania e o sistema democrático. E, em segundo lugar, por apontar uma falha identificada por Lafont nas demais concepções de democracia participativa. Segundo a autora, uma concepção participativa de democracia deve reconhecer as diferentes formas de participação dos cidadãos no processo político para que seja possível desenvolver instituições e práticas democráticas de maneira mais eficaz, garantindo assim “oportunidades *iguais e efetivas* de participação na formação de decisões políticas para *todos* os cidadãos”<sup>23</sup>. Ao delegar cegamente, perde-se o controle na tomada de decisão sobre assuntos que são fundamentais para a cidadania. Embora possa parecer justificável delegar quando as decisões *parecem* refletir os ideais e valores de *alguns* cidadãos, “é uma situação

---

<sup>20</sup> LAFONT, Cristina. Against Anti-Democratic Shortcuts: A Few Replies to Critics. *Journal of Deliberative Democracy*, v. 16, n. 2, 2020, p. 98.

<sup>21</sup> “Reflexivamente cega” seria a deferência feita pelo cidadão ao considerar que o agente para o qual se delega é mais capaz de tomar uma decisão melhor ou mais correta; não é necessário alinhamento político e a decisão pode inclusive nem condizer com as convicções deste cidadão. “Informativamente cega” refere-se ao nível de informação que a pessoa possui quando delega sua decisão a outros; neste caso, ela não sabe nada sobre o assunto em questão e delega cegamente nesse sentido. *Idem*.

<sup>22</sup> Nossa tradução para: “for better or for worse, the opinion of the people cannot simply be bypassed or ignored irrespective of how misinformed or incompetent that opinion may be”. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 88.

<sup>23</sup> Nossa tradução para: “equal and effective opportunities of participation in shaping political decisions to all citizens”. *Ibidem*, p. 27.

completamente diferente quando as leis e políticas impostas aos cidadãos não condizem com seus próprios julgamentos sobre *justiça*”<sup>24</sup>.

Independentemente da justificativa utilizada para se adotar uma deferência cega, essa postura sempre apresentará riscos: seja o de cometer injustiças ao se ver forçado a prejudicar outros ou a si mesmo<sup>25</sup>, ou o fato de que esses grupos encarregados da tomada de decisão podem se alterar ao longo do tempo, o que levaria a decisões igualmente mutáveis. Há ainda o risco de alienação que surge nesse processo, afastando cada vez mais a cidadania que não se vê como parte integrante ou essencial do processo político.

### 3 Atalhos antidemocráticos: entre minipúblicos e a epistocracia

A concepção participativa de Cristina Lafont se difere das demais teorias deliberativas por se afastar de teorias que exijam dos cidadãos uma deferência cega enquanto se desviam dos problemas democráticos sem necessariamente resolvê-los ou mitigá-los. Essas teorias afastam a cidadania do ideal democrático de autogoverno<sup>26</sup> – tão necessário para Lafont por representar talvez a única forma de se alcançar decisões mais legítimas<sup>27</sup>.

A crítica da autora volta-se a três teorias democráticas específicas: a “profundamente pluralista”<sup>28</sup>, cuja defesa de legitimidade das decisões encontra-se na deferência ao que é decidido pela maioria; a “puramente epistêmica”, que acredita na deferência a grupos, ou elites, que estariam mais capacitados a deliberar e encontrar uma resposta ‘correta’, de maneira mais rápida; e, por fim, a teoria “lotocrática”, que confia a deliberação a um grupo sorteado que supostamente representa a sociedade e fala *como* a sociedade. Os atalhos propostos pelas teorias citadas não parecem resolver a crise democrática ou o problema da participação cidadã no processo político; assim, é preciso compreender melhor por que motivos eles são considerados vantajosos e propostos e como eles podem se apresentar como um risco ainda maior à democracia.

Embora Lafont apresente as concepções democráticas na ordem supracitada, elas serão aqui apresentadas em uma ordem mais relevante ao artigo, principalmente no que diz respeito

---

<sup>24</sup> Nossa tradução para: “it is a different situation when the laws and policies to which citizens are subject fail to conform to their judgements about *justice*.” *Ibidem*, p. 21.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> O ideal democrático de autogoverno implica uma participação maior da sociedade que não signifique uma simples obediência cega ao que é politicamente decidido. Se os cidadãos devem acatar e cumprir com as leis, eles devem se identificar com essas leis, mesmo que não sejam necessariamente seus autores. *Ibidem*.

<sup>27</sup> GIUFFRÉ, Carlos Ignacio. De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, p. 144, 2023.

<sup>28</sup> *Deep pluralism*, no texto original. Essa é a visão criticada por Lafont e trabalhada neste texto. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 34.

às teorias epistêmicas e ao controle judicial de constitucionalidade. Da mesma forma, a crítica à concepção profundamente pluralista será apresentada brevemente junto à visão puramente epistêmica, uma vez que a última é mais relevante e mais próxima à questão do controle de constitucionalidade.

### 3.1 A lotocracia: o governo dos minipúblicos deliberativos

Se o caminho de fornecer informações aos cidadãos é uma estrada longa e árdua, o campo *lotocrático* sugere facilitar o processo através de uma diminuição de escopo: é muito mais fácil cumprir com todas essas exigências da deliberação democrática quando estamos diante de uma escala menor, em que o diálogo “cara a cara” se torna possível<sup>29</sup>. Quanto menor for o grupo deliberativo, melhor será a decisão final.

Ainda incipiente no Brasil, o uso dos minipúblicos já é comum em outros contextos democráticos<sup>30</sup>, e o objetivo parece simples: capacitar grupos que representem a população para que eles possam tomar decisões políticas vinculativas em nome dela<sup>31</sup>. Lafont discorda, compreendendo que os minipúblicos somente seriam necessários “quando uma participação em massa em uma deliberação de qualidade não é uma opção realista”, sendo os minipúblicos uma opção de “segunda qualidade” em relação à deliberação pública geral<sup>32</sup>. Isso porque, para a autora, os minipúblicos exigem uma deferência cega a um grupo que supostamente representa a cidadania, mas que não é essa própria cidadania e sobre o qual a cidadania não possui controle<sup>33</sup>. Em suma, os minipúblicos exigiriam uma deferência que pouco se diferencia daquilo que hoje fazemos quando, por exemplo, delegamos ao STF o poder de tomar decisões últimas em nome da sociedade.

Inegavelmente há razões para que os minipúblicos sejam considerados atrativos. Um desses motivos seria o fato de que “nossos arranjos institucionais derivam [...] de uma *sociologia política* – de uma leitura sobre a sociedade ao nosso redor – que está obsoleta”<sup>34</sup> e que torna praticamente impossível cumprir com os seus propósitos originais de representação social plena. Em outras palavras, e a partir do que é apresentado por Gargarella, o ideal que existia no momento da concepção das constituições baseava-se no contexto vivido à época: uma

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>30</sup> GARGARELLA, Roberto. Por una democracia ciudadana sin “atajos”. Sobre *Democracia sin atajos*, de Cristina Lafont. *Revista Derecho del Estado*, v. 55, n. mar., p. 131, 2023.

<sup>31</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 106.

<sup>32</sup> Nossa tradução para: “Minipublics are needed whenever mass participation in quality deliberation is not a realistic option”. LAFONT, *Against Anti-Democratic Shortcuts*, *cit.*, p. 103.

<sup>33</sup> GARGARELLA, Por una democracia ciudadana sin “atajos”, *cit.*, p. 128.

<sup>34</sup> Nossa tradução para: “nuestros arreglos institucionales derivan [...] de una *sociología política* –de una lectura sobre la sociedad circundante– que ha quedado por completo caduca”. *Ibidem*, p. 129.

sociedade relativamente pequena em número e que se encontrava dividida em pequenos grupos cujos interesses eram homogêneos e cuja composição contava com indivíduos autointeressados<sup>35</sup>. No entanto, as sociedades atuais não condizem com as sociedades consideradas quando as instituições constitucionais foram projetadas e alcançar um ideal de representação plena hoje, em um cenário tão heterogêneo e multifacetado como o do Brasil, é muito mais difícil de ocorrer. Desta forma, os minipúblicos seriam capazes de melhor fornecer uma “conversa entre iguais”<sup>36</sup> do que a instituições vigentes, oferecendo “‘oxigênio’ democrático às instituições corroídas (e erodidas) que [...] se mostram completamente irrecuperáveis”<sup>37</sup> ao permitir ao povo a sua participação no processo político.

Contudo, é necessário cautela ao considerar que os minipúblicos fariam *como* o povo, e não *pelo* povo<sup>38</sup>, assim como é importante evitar a falácia de que eles seriam uma “personificação da sociedade”<sup>39</sup>. Quando a população – que já não é homogênea – está dividida (ou politicamente polarizada), a ideia de que um grupo sorteado representará a vontade de todos soa irreal. E, se em uma democracia *todas* as vozes devem ser ouvidas e consideradas, um grupo que tem mais chances de representar a maioria da sociedade, em detrimento das minorias, não parece ser tão democrático assim.

Mesmo que os minipúblicos pudessem representar de fato a diversidade da sociedade e considerassem o comportamento tanto daqueles politicamente ativos quanto dos politicamente passivos, considerar sua decisão como final e representativa de *toda* a cidadania ainda seria questionável. É extremamente importante entender a forma com que os minipúblicos são pensados: como formas de capacitar a cidadania ou como uma forma de ignorar essa cidadania, de modo que os participantes destes minipúblicos pensem e decidam no lugar dos cidadãos<sup>40</sup>. Se utilizados da primeira maneira, ou para abrir o diálogo entre os cidadãos, eles poderiam ser úteis. Um minipúblico representativo está muito mais próximo da sociedade do que uma corte constitucional e, capacitado, poderia expor melhor à cidadania as linhas do problema discutido para que essa cidadania, informada, pudesse deliberar. O que não é válido, na perspectiva de Lafont, é que os minipúblicos sejam utilizados para ignorar o que o resto da

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 130-131.

<sup>37</sup> Nossa tradução para: “‘oxígeno’ democrático a instituciones en todo sentido corroídas (y ‘erosionadas’), que [...] se muestran como completamente irrecuperables.” *Idem*.

<sup>38</sup> LAFONT, *Against Anti-Democratic Shortcuts*, *cit.*, p. 102.

<sup>39</sup> “*Representation as embodiment*”, no texto original. A “personificação” tenta demonstrar que os minipúblicos, por serem compostos por membros da sociedade, representam e falam *como* a sociedade. Contudo, como a homogeneidade é um pressuposto importante, mas ausente na contemporaneidade, não é possível afirmar que os minipúblicos são uma personificação da cidadania. *Ibidem*, p. 102-103.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 103.

população tem a dizer, considerando apenas o que alguns *poderiam* decidir sobre determinada questão agora que se encontram capacitados.

Além de tudo o que já foi demonstrado, a principal e mais crucial objeção de Lafont à concepção lotocrática encontra-se na visão extremamente epistocrática e elitista de alguns pensadores da democracia deliberativa, que resistem à abertura dos minipúblicos ao resto da cidadania, considerada “indigna de levar adiante o tipo de deliberação que os minipúblicos são destinados a resolver”<sup>41</sup>. Então, além de o uso dos minipúblicos geralmente exigir uma deferência cega do resto da população, que não é convocada a participar, ainda há a defesa da participação exclusiva através de “credenciais”, ignorando a ideia inicial de que seriam grupos sorteados, mas de “sorte” corrigida para garantir diversidade entre os participantes que reflita a diversidade da própria comunidade<sup>42</sup>.

Isso nos leva ao problema central de delegar a decisão a uma elite, sem justificativas reais além da ilusão epistêmica de que somente aqueles selecionados e de corretas credenciais seriam os mais aptos a tomarem decisões mais corretas.

### 3.2 O atalho epistocrático: o governo das elites.

A visão epistocrática da deliberação é, talvez, a mais danosa para a democracia. É ela que, lenta e gradualmente, abre espaço para ganho de “superpoderes” por instituições constitucionais e para possíveis demonstrações de autoritarismo ao ignorar a cidadania no processo decisório. Alinhada à *epistocracia* (i.e., o governo dos sábios), essa concepção compreende que, em deliberações políticas, alguns indivíduos estão *mais bem capacitados* para analisar os dados e encontrar uma resposta correta à situação, diante da “ignorância” do povo<sup>43</sup>. Essa é a justificativa encontrada em delegar ao STF a capacidade de decidir sobre assuntos delicados e de direitos e liberdades fundamentais – como o aborto, a união homoafetiva, a criminalização da homofobia etc. – ou na suposição de que a melhor forma de se resolver conflitos políticos está na decisão de maioria, como supõem os pluralistas.

Os defensores da visão profundamente pluralista, a propósito, defendem a legitimidade majoritária em detrimento das instituições não-majoritárias – como o controle judicial –, não consideradas legítimas, exigindo que o cidadão “delegue cega (e voluntariamente) às decisões da maioria com as quais ele discorda, pois ‘essa é a coisa legítima a se fazer’”<sup>44</sup>. Contudo, ao

---

<sup>41</sup> Nossa tradução para “indigna de llevar adelante el tipo de deliberaciones que los ‘mini-públicos’ están llamados a desarrollar”. GARGARELLA, Por una democracia ciudadana “sin atajos”, *cit.*, p. 131.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>43</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 161.

<sup>44</sup> Nossa tradução para: “blindly (and voluntarily) defer to majoritarian decisions that they disagree with *because this is the legitimate thing to do.*” LAFONT, *Against Anti-Democratic Shortcuts*, *cit.*, p. 105.

esperar essa ação por parte dos cidadãos ao considerar a decisão majoritária como *puramente legítima*, ignora-se a ideia de que “decisões políticas que afetam direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos não podem ser legitimamente resolvidas pela regra da maioria”<sup>45</sup>. Afinal, “se pudéssemos sempre contar com as maiorias para protegerem os direitos fundamentais, não precisaríamos de uma Declaração de Direitos”<sup>46</sup>.

Já a concepção *puramente epistêmica* da democracia deliberativa nos leva a dois grandes problemas. O primeiro é a crença de que o objetivo primário da deliberação política é “rastrear a verdade”<sup>47</sup>. Lafont discorda, e não por este não ser um objetivo importante da deliberação política, mas porque esse não pode ser o objetivo *primário*. Quando a busca pela verdade se torna o objetivo central da deliberação, a utilização de atalhos e de processos que ignoram a cidadania parece justificada – afinal de contas, isso garante que o resultado *verdadeiro* seja alcançado de forma mais célere. Contudo, como a sociedade não se modifica, ou seja, ela não é informada ou capacitada a ponto de alterar suas percepções, ideais e objetivos políticos, o constante desalinhamento entre o que a cidadania deseja e a verdade rastreada pelos epistêmicos continuará a existir e a se aprofundar. Enquanto a elite epistocrática consegue “acesso à informação e oportunidades necessárias para engajar em uma deliberação de alta qualidade”, a cidadania permanece ignorante e passiva<sup>48</sup>.

Além disso, se acreditamos que há uma resposta correta e uma incorreta, e que apenas uma elite específica é capaz de analisar as informações, debater e encontrar a melhor decisão, então não existem argumentos que possam justificar a manutenção do sistema democrático<sup>49</sup>. Ora, se elites selecionadas e não eleitas têm maior capacidade de decidir sobre assuntos políticos que afetam a sociedade do que a própria sociedade, então não há razão para que, de um lado, o próprio governo acredite que as pessoas têm opiniões e vozes que devem ser ouvidas e, de outro, a população acredite que a democracia possa ser o melhor caminho para a sociedade.

Outro problema da abordagem puramente epistêmica é a exigência de que os cidadãos devem cegamente delegar suas decisões a essas elites, que seriam capazes de mais rápida e precisamente encontrar uma resposta mais correta para um determinado assunto<sup>50</sup>. E por isso

---

<sup>45</sup> Nossa tradução para: “political decisions that touch upon citizens’ fundamental rights and freedoms cannot be legitimately settled by majority rule”. *Idem*.

<sup>46</sup> Nossa tradução para: “si siempre se pudiera contar con las mayorías para proteger los derechos fundamentales no necesitaríamos una Carta de Derechos”. GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 219.

<sup>47</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 164.

<sup>48</sup> Nossa tradução para: “access to the information and opportunities necessary to engage in high-quality deliberation.” *Ibidem*, p. 97.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 79-80.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 82.

esse pode ser o atalho antidemocrático *mais perigoso* que Lafont expõe: enquanto os profundamente pluralistas encontram legitimidade na deliberação por meio de uma deferência à vontade da maioria e os defensores dos minipúblicos buscam uma representação da sociedade em grupos aleatoriamente selecionados, a teoria epistêmica acredita que só uma elite acadêmica ou jurídica é capaz de decidir corretamente sobre assuntos políticos.

A crença de que uma elite epistêmica, como juízes ou membros de algum outro grupo com altas credenciais, é mais capaz do que a própria cidadania de encontrar uma resposta correta para um problema determinado – seja a questão do aborto, ou os direitos de pessoas LGBTQIA+ – lhes outorga o poder decisão sobre a pauta, mesmo que a própria sociedade não tenha razão alguma para crer que essa mesma elite tomará uma decisão alinhada com o que é esperado. Essa decisão pode até condizer com os valores e objetivos políticos dos cidadãos; ela pode estar até mesmo baseada em uma leitura moral, como preconizado por Dworkin<sup>51</sup>; contudo, não é a decisão *da cidadania*. E, como a palavra considerada final é aquela proferida por tal elite – elite que pode se modificar com o tempo, de acordo com as nomeações e alterações sociopolíticas, ou estar sujeita a decisões monocráticas –, a percepção de legitimidade parece flexível e o futuro, incerto.

Basta que consideremos *Roe v. Wade*, em 1973, e as consequências que a decisão teve através do tempo. Apesar de o clima político indicar que a questão sobre o aborto poderia se resolver pela via política, a decisão da Suprema Corte (que considerou a proibição ao aborto como violação da 14ª emenda da Constituição estadunidense e estendeu os efeitos dessa decisão para todo o território nacional) ignorou movimentos sociais e a participação cidadã, alienando a população mais contrária à decisão – grupos católicos e protestantes, principalmente. Para tais grupos, os políticos democratas e os juízes por eles nomeados tornaram-se “inimigos a serem derrotados” toda vez que tomavam posições mais progressistas<sup>52</sup>. Essa ocorrência demonstra a razão pela qual a deferência cega a um grupo expertocrático pode gerar a perda de confiança de parte da população que não se identifica ou compreende a decisão tomada, que evolui para uma alienação mais profunda. Enquanto uma parte da população se viu agraciada pela decisão dos juízes, o restante se viu alienado do processo político, cuja causa está na “permanente desconexão entre os interesses, razões, ideias dos cidadãos e as leis e políticas que lhe são impostas”<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Reprint. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.

<sup>52</sup> GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 217.

<sup>53</sup> Nossa tradução para: “permanent disconnect between the interests, reasons, and ideas of citizens and the actual laws and policies that they are bound to obey”. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 19.

Fica mais fácil compreender essa dinâmica se analisamos o resultado posterior – o da revogação dessa mesma decisão, em 2022. Quase cinquenta anos após a decisão de *Roe*, a Suprema Corte, de configuração mais conservadora como resultado do governo de Donald Trump, finalmente revogou a decisão histórica, ilegalizando o aborto novamente. Essa revogação não apenas afastou o apoio que já possuía de mulheres favoráveis ao aborto (*pro-choice*), mas afastou também o apoio daqueles cidadãos que pareciam considerar o aborto como “moralmente correto” e apoiavam a intervenção da Suprema Corte em sua proteção<sup>54</sup>.

A visão puramente epistêmica das deliberações pode sugerir que não cabe, por exemplo, questionar a revogação de *Roe*. Se concordamos que a decisão de uma elite é superior, final e legítima, tais preceitos devem permanecer válidos para ambas as decisões, e não apenas àquela que nos favorece ou agrada.

Dentro de uma visão como a apresentada e criticada por Lafont, a legitimidade da deliberação encontra-se em quem *toma* a decisão – no caso, os juízes de uma corte constitucional ou quaisquer outras elites delegadas a essa função. Se a legitimidade da deliberação se encontra na credencial epistêmica dos membros da elite selecionada para deliberar ou no simples fato de ser uma decisão tomada pela maioria, as discussões sobre a postura e crenças dos juízes, sobre as patologias sistêmicas que possam justificar ou favorecer a intervenção das cortes em questões políticas, sobre o teor político ou apolítico de uma decisão do STF, ou sobre a aplicação da leitura moral e sua viabilidade podem parecer infrutíferas. Se o poder decisório é delegado a uma corte, e essa deferência é feita cegamente, incorre o risco de os juízes tomarem decisões erradas e decisões controversas tendem a se erodir, pois a cidadania relutará e “juízes mais velhos morrem ou se aposentam, sendo substituídos por outros juízes nomeados por concordarem com o Presidente eleito pelo povo”<sup>55</sup>.

Evitar os atalhos expertocráticos e de visão puramente epistêmica, voltando o foco à participação cidadã nos processos deliberativos, não só é essencial, mas pode ser uma alternativa capaz de evitar que situações como a de *Roe* ocorram com mais frequência – o que aumentaria ainda mais o vazio existente não apenas entre a sociedade e os processos políticos, mas do ideal de autogoverno democrático e da própria democracia.

Embora a deliberação política deva se guiar por considerações epistêmicas (como o convencimento de terceiros a partir de razões fundamentadas), o seu objetivo não é

---

<sup>54</sup> GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 214.

<sup>55</sup> Nossa tradução para: “old judges will die or retire and be replaced by new judges appointed because they agree with a President who has been elected by the people”. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 189.

*exclusivamente* descobrir a verdade<sup>56</sup>. É necessário também fomentar o diálogo, os processos de aprendizagem e a argumentação, para que os cidadãos possam se sentir mais ouvidos e mais parte do processo político como um todo. A deliberação pública contribui à legitimidade democrática ao permitir que os cidadãos apoiem leis e políticas às quais estão sujeitos por sua própria vontade, e não devido a uma coerção para que cegamente obedeçam a tais leis e políticas, como o fariam em um regime autoritário<sup>57</sup>. Infelizmente, atalhos não conseguem alcançar esse objetivo, que só pode ser alcançado por meio de uma estrada longa e deliberativa capaz de alinhar as crenças da cidadania às leis e políticas impostas, a fim de evitar uma constante alienação política e insatisfação para com o sistema que resulte nas crescentes crises democráticas que têm se apresentado nos últimos anos.

#### **4 O controle judicial de constitucionalidade: legitimidade e contestação**

Quando Dworkin afirma que “o debate acadêmico tem falhado em produzir uma especificação adequada de onde está o erro”<sup>58</sup> sobre a legitimidade do controle judicial, ele acerta ao demonstrar a contínua falha – inclusive sua própria – em apontar critérios de legitimidade dessa instituição que, na verdade, encontra-se no enquadramento incorreto do problema. Como “a democracia deliberativa oferece ferramentas normativas para orientar os procedimentos de tomada de decisão e a concepção das instituições públicas no sentido dos ideais de legitimidade e imparcialidade”<sup>59</sup>, e esses ideais dependem de decisões que sejam resultado de um procedimento inclusivo e dialógico, somente através da participação direta do povo na tomada de decisões políticas é possível alcançar o ideal de autogoverno democrático que Lafont almeja.

Diante do exposto, seria fácil concluir que a democracia sem atalhos proposta por Lafont não admitiria o controle judicial por ele representar um atalho expertocrático que pressupõe uma deferência cega dos cidadãos ao que é decidido pelos juízes. No entanto, não é o que encontramos na abordagem da autora.

##### **4.1 A legitimidade do controle judicial**

---

<sup>56</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 167.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>58</sup> Nossa tradução para: “the academic debate has so far failed to produce an adequate account of where the error lies”. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013, p. 189.

<sup>59</sup> Nossa tradução para: “La *democracia deliberativa* ofrece herramientas normativas para orientar hacia los ideales de legitimidad e imparcialidad los procedimientos decisivos y el diseño de las instituciones públicas”. GIUFFRÉ, De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico, *cit.*, p. 143.

Embora a existência do controle judicial de constitucionalidade seja necessária, especialmente em sociedades plurais e de constantes mudanças, e pelo fato de que “até mesmo constituições escritas possuem disposições abstratas e de textura aberta que requerem uma maior especificação quando aplicadas em casos específicos”<sup>60</sup>, a sua legitimidade é bastante questionada.

A partir da análise de Lafont, conseguimos compreender algumas das razões desses questionamentos. Para além da alienação da comunidade ao processo político, a espera de que uma corte constitucional seja capaz de resolver problemas graves causados por decisões legislativas questionáveis, e a mutabilidade das decisões dependente do perfil dos juízes nomeados, a crítica mais contundente de Lafont volta-se ao fato de que, no debate sobre a legitimidade do controle judicial e na questão da supremacia legislativa *versus* a supremacia judicial, sempre é adotada uma visão *juriscêntrica* que coloca a perspectiva da cidadania de lado<sup>61</sup>. E quando a voz dos juízes é considerada “última”, ou de “mais alta autoridade” em processos deliberativos, retornamos à questão abordada sobre o estabelecimento e a revogação de *Roe*: com o tempo, as decisões se alteram, assim como a percepção de legitimidade que existe por trás delas.

Podemos ilustrar a questão da seguinte forma: se analisamos a equiparação da homofobia ao crime de racismo<sup>62</sup>, ou até mesmo o entendimento do STF sobre o casamento igualitário<sup>63</sup>, poderíamos considerá-las legítimas por serem respostas a patologias legislativas existentes no Congresso brasileiro, assim como poderíamos considerá-las legítimas por efetivarem princípios e garantias constitucionais, como o direito à não-discriminação. A leitura moral da constituição considerou a voz das minorias e fez valer medidas até mesmo protetivas para tais grupos. A apatia legislativa presente especialmente em assuntos “espinhosos” foi remediada, em partes, diante da crescente e persistente violência contra pessoas LGBTQIA+.

Contudo, quando consideramos *Roe* e seus desdobramentos, a ideia de segurança através da percepção de legitimidade em tais decisões parece etérea. Isso porque, com o tempo, a configuração do STF pode se alterar e deixar essas minorias, outrora amparadas, destituídas de seus direitos conquistados através dessas decisões judiciais. E essa é a origem dos receios de grupos da sociedade em relação a nomeações mais polêmicas ou controversas de ministros

---

<sup>60</sup> Nossa tradução para: “even written constitutions contain abstract and open-textured provisions that require further specification when applied to specific cases”. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 222.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>62</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 13 de junho de 2019.

<sup>63</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011.

do STF que, eventualmente, poderia culminar na mesma conclusão de *Roe*. Não importa que a leitura moral dworkiniana seja utilizada: como o próprio filósofo afirma, os juízes possuem diferentes posturas em relação a questões controvertidas sobre direito e moral e “um presidente tem a prerrogativa de designar juízes que compartilham de suas convicções, desde que sejam honestos e capazes”<sup>64</sup>. A leitura moral, como processo fora da política e intrínseco à atividade jurídica, na caracterização de Dworkin, não consegue ainda garantir que as decisões mais apuradas serão tomadas. Além disso, a visão mantém os juízes no centro do poder decisório, desconsiderando a própria sociedade como parte ativa no processo de interpretação constitucional e deliberação.

Ao relembrar a eleição do presidente conservador Ronald Reagan e seu embate contra *Roe*, Dworkin menciona que, quando os juízes nomeados por Reagan – sob a promessa de que eles reverteriam a “terrível” decisão, respeitando os limites de seu cargo e da constituição – tiveram a oportunidade de revogar *Roe*, eles não só votaram *contra* a revogação, mas também pela criação de uma base legal para a questão do aborto<sup>65</sup>. Dworkin utiliza esse exemplo para ilustrar que a leitura moral pode ter sido um importante processo na manutenção do direito adquirido através da decisão da Suprema Corte, mas, ainda assim, não é possível garantir com precisão que esse resultado pode não ter sido apenas um golpe de sorte. Mesmo porque a configuração mais conservadora dessa mesma corte efetivamente revogou *Roe*, apesar do resultado inesperado que Reagan obteve em sua própria empreitada.

Dworkin compreende que a leitura moral não deve ser aplicada a todas as disposições de uma Constituição; contudo, mesmo quando ele a compreende – e, por consequência, o controle judicial – como democrática por respeitar os direitos das minorias, apesar do exercício do poder da decisão majoritária<sup>66</sup>, ele indica que a leitura moral é um processo realizado pelos juízes, assim como pelos legisladores, administradores, juristas e advogados<sup>67</sup>. Não há uma perspectiva clara que ampare a participação da cidadania neste processo. Ainda que o autor entenda como importante a participação, ou reposta da população, em relação a leis e políticas que agridam seus direitos individuais, especialmente quando tais leis e políticas agridem os direitos que eles possuem contra o governo, e defende que, em tais casos, o ideal seria uma

---

<sup>64</sup> Nossa tradução para: “a President is entitled to appoint judges of his own persuasion, provided that they are honest and capable”. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 233.

<sup>65</sup> DWORKIN, *Freedom's Law*, cit., p. 5

<sup>66</sup> OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 55-63, 2020, p. 58.

<sup>67</sup> *Idem*.

adequação das leis e processos que acomodem tais comportamentos<sup>68</sup>, sua visão ainda não corresponderia ao ideal de Lafont sobre autogoverno e a participação cidadã nas deliberações.

Mesmo quando adotamos a visão do autor de que o juiz “Hércules” decide casos sobre moral utilizando não apenas suas próprias convicções sobre algo (como, por exemplo, sua própria percepção do que é *dignidade*), mas também o que é estabelecido pela “moralidade da comunidade”<sup>69</sup>, a problemática permanece a mesma: o foco está no poder judiciário, partindo de uma visão juriscêntrica e que não acomoda a cidadania como parte do processo deliberativo. Talvez a concepção democrática participativa de Lafont possa responder à questão que Dworkin levanta ao discutir a técnica hercúlea: se a falibilidade dos juízes em casos difíceis e controvertidos sugere que talvez eles devessem delegar essas questões a outros<sup>70</sup>, é possível que a cidadania em sua totalidade, e capacitada, seja o grupo a quem essas questões devem ser delegadas, e não o contrário.

A posição de Dworkin demonstra sua preocupação em proteger os direitos de cidadãos e grupos particulares na sociedade de possíveis ataques da maioria, “mesmo quando essa maioria age a favor do que é considerado interesse geral ou comum”<sup>71</sup>. Entretanto, na proposta de *Democracy Without Shortcuts*, esse afastamento da cidadania do processo deliberativo – mesmo quando bem-intencionado, como em Dworkin – é o que aumenta a cisão entre sociedade e os poderes estabelecidos – mais especificamente, a alienação de partes da sociedade em relação às cortes constitucionais. Desviar-se da população nos processos deliberativos erode ainda mais a democracia e, ainda que garanta legitimidade às decisões e aos poderes envolvidos, não necessariamente representa uma decisão correta, ou justa. Para Lafont, o desvio deve ser diferente: deve-se desviar dos atalhos e fugir da visão expertocrática e juriscêntrica, focando não apenas em uma *percepção* de legitimidade, mas na construção de uma legitimidade mais efetiva e sólida nas deliberações.

Ao buscar amparo na visão de Waldron, que não encontra legitimidade na utilização do controle judicial, nota-se outro desdobramento relevante. Apesar de reconhecer as contribuições históricas que o controle judicial teve – seja em *Brown v. Board of Education*, ou *Marbury v. Madison* – Waldron acredita que ele não consegue fornecer formas para a sociedade se focar em controvérsias reais que estão em pauta quando há discordância sobre direitos; na verdade, o controle distrairia a sociedade com questões menos importantes sobre precedentes,

---

<sup>68</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>71</sup> Nossa tradução para: “even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest”. *Ibidem*, p. 171.

textos e interpretação<sup>72</sup>. O controle judicial, para esse autor, é ilegítimo por ser contramajoritário, e por ser uma forma de alguns grupos minoritários e politicamente ativos conseguirem vantagens em relação aos que não o são<sup>73</sup>. Embora Waldron considere temporariamente justificável a sua utilização diante patologias legislativas específicas (instituições disfuncionais, culturas corruptas, históricos de racismo e outros preconceitos), essa utilização do controle judicial forte<sup>74</sup> ainda seria indevida por representar “custos de obscurecimento e marginalização”<sup>75</sup>.

A partir disso, ainda que existam questionamentos sobre a equiparação da homofobia ao crime de racismo, por exemplo, poderíamos encontrar legitimidade na aplicação do controle de constitucionalidade em seu processo, justamente por ter se apresentado como uma resposta à apatia legislativa<sup>76</sup> e por buscar defender direitos de uma minoria até então desamparada. Contudo, não há segurança jurídica nessa ação. Não há preocupação em criar e fortalecer o diálogo entre cidadãos ou em capacitar a sociedade para que ela compreenda por quais razões a decisão seria relevante, ou não.

Quando Dworkin diz que “o processo majoritário encoraja comprometimentos que podem subordinar questões de princípio relevantes”, para Lafont, ele não está comentando o caráter patológico das decisões e dos agentes políticos, mas demonstrando uma “óbvia consequência do fato de que não há forma de saber, previamente, todos os problemas potenciais referentes a princípios (e.g. a infração de alguns direitos ou liberdades fundamentais) que qualquer ato legislativo possa trazer à tona”<sup>77</sup>. Ou seja, os cidadãos diretamente afetados por tais atos legislativos são os únicos capazes de perceber o ataque aos seus direitos que essas legislações causam. É por isso que, para Lafont, o

controle judicial oferece um mecanismo institucional chave pelo qual minorias conseguem se capacitar e forçar uma maioria desatenta, mal-informada e ignorante ou indiferente a esses problemas, a ouvir e unir-se a ela em sua causa e no debate político

---

<sup>72</sup> WALDRON, O cerne da posição contrária à revisão judicial, *cit.*, p. 7.

<sup>73</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 229.

<sup>74</sup> Um sistema de controle judicial forte é aquele em que as cortes têm autoridade para aplicar, modificar o efeito e, em alguns casos, até mesmo invalidar completamente a legislação em questão. No controle judicial fraco, as cortes podem “examinar a conformidade da legislação com direitos individuais, mas eles não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação)” por representar violação de direitos. WALDRON, O cerne da posição contrária à revisão judicial, *cit.*, p. 8-9.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>76</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*, *cit.*

<sup>77</sup> Nossa tradução para: “Dworkin’s observation that ‘the majoritarian process encourages compromises that may subordinate important issues of principle’ should not be read as commentary on the pathological character of politicians, but instead an obvious consequence of the fact that there is no way to know in advance all the potential issues of principle (e.g. the infringement of some fundamental rights or freedoms) that any piece of legislation may bring about”. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 235-236.

sobre os méritos da questão. Apesar disso, a independência do judiciário é essencial para que esse mecanismo funcione.<sup>78</sup>

Desta forma, a legitimidade do controle judicial não pode estar atrelada a uma visão juriscêntrica, mas a uma visão cidadã. A legitimidade estaria no fato de que a justificação do controle judicial reside no direito que cidadãos afetados têm de contestar efetivamente as decisões políticas às quais estão sujeitos<sup>79</sup>. Ao contrário da visão de Waldron sobre o ganho de vantagens em relação aos cidadãos menos ativos politicamente, o direito de contestação é igual para todos e garante ao cidadão que sua voz será ouvida, que sua contestação será considerada e que seu caso será revisto de forma justa, com base em argumentos razoáveis<sup>80</sup>. Em simples palavras, o direito de contestação legal permite que a discussão política seja levada ao campo jurídico.

Se existe uma discordância entre os próprios cidadãos sobre a agressão a um direito fundamental, o processo jurídico consegue garantir algo que o processo político não consegue: o direito de ter uma audiência justa, na qual “justificativas fundamentadas contra e a favor de políticas e leis contestadas tornam-se publicamente disponíveis para a deliberação política”<sup>81</sup>. Delegar aos juízes a palavra final deliberativa não é uma deferência cega; os juízes possuem o papel central de constitucionalizar o debate político. E isso é relevante, pois é através da constitucionalização de um debate que todas as vozes podem ser ouvidas, independentemente de quão apuradas elas sejam. A partir da constitucionalização de um debate político, essas vozes são “obrigadas” a se apurarem.

Em um sistema democrático, no qual todas as vozes da cidadania devem ter espaço nos debates políticos, a ideia de razão pública exige que sejam estabelecidos critérios para analisar e determinar a admissibilidade dos argumentos sobre assuntos morais<sup>82</sup>. Não basta que um indivíduo não concorde com uma lei com base em seus preceitos particulares, religiosos ou não; é necessário que ele fundamente a sua posição por meio de valores e princípios constitucionais para que essa argumentação seja parte eficaz do debate político<sup>83</sup> e, conseqüentemente, da deliberação.

---

<sup>78</sup> Nossa tradução para: “judicial review offers a key institutional mechanism by which minorities can be empowered to force an otherwise inattentive, misinformed, ignorant, or indifferent majority to listen to their cause and join the political debate on the merits of the issues at hand. Yet, the independence of the judiciary is essential for that mechanism to work”. *Ibidem*, p. 240.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>81</sup> Nossa tradução para: “reasoned justifications for and against a contested statute become publicly available for political deliberation”. *Ibidem*, p. 232.

<sup>82</sup> GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 223.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 224.

Diferentemente dos representantes políticos e seus partidos, que possuem suas próprias agendas políticas que não necessariamente coincidem com as dos eleitores, os juizes devem manter suas decisões de forma independente, imprevisível e imparcial em um contexto democrático<sup>84</sup>. Desta forma, a decisão dos juizes não é um problema. O problema é que o judiciário protagonize questões constitucionais, e não a cidadania. Brigar pela independência judicial é garantir às minorias “o poder de serem ouvidas pelas maiorias consolidadas”<sup>85</sup>, pois a maioria não necessariamente representa o que é necessário a uma sociedade democrática,

Os cidadãos são iniciadores do debate constitucional e, por exercerem o seu direito de contestação a políticas e leis que ferem suas liberdades ou seus sentidos de justiça, o controle judicial assume uma forma legítima ao representar o que a voz da cidadania almeja. O controle judicial é democraticamente legítimo por atuar de forma essencial no facilitamento do processo de estruturação do discurso político sobre direitos e liberdades fundamentais<sup>86</sup>.

Se consideramos a equiparação da homofobia ao crime de racismo, dentro da abordagem de Lafont, e em um contexto de maior participação democrática e de canais abertos à participação pública além da simples exposição de votos dos juizes que compõem o STF, talvez a decisão não fosse tão controvertida justamente por se apresentar mais democrática – não de maneira conceitual, mas efetiva.

#### 4.2 A viabilidade do projeto de autogoverno dos Cidadãos de Toga

Nos resta então questionar quão viável é a inversão da Justiça de Toga, de Dworkin, pelos Cidadãos de Toga de Lafont. Há importância na existência do controle judicial, por ele ser um “instrumento que permite uma instituição importante e poderosa, como o tribunal constitucional, intervir em problemas sensíveis que afetam a milhares ou milhões de pessoas”<sup>87</sup>. É importante ressaltar que Lafont, apesar de se afastar das ideias principais de Waldron, ainda concorda que a forma mais forte do controle judicial – aquela em que os juizes tem o poder de modificar ou invalidar legislações em pauta – não é preferível à sua forma fraca<sup>88</sup>, em que esse poder é reduzido a simplesmente analisar a constitucionalidade da legislação. Isso porque, como a cidadania não está considerada no processo, o “superpoder” dos juizes diminui ainda mais a possibilidade de se alcançar o ideal de autogoverno democrático tão caro à autora.

---

<sup>84</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 240.

<sup>85</sup> Nossa tradução para: “empower minorities to be listened to by consolidated majorities”. *Idem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>87</sup> Nossa tradução para: “um instrumento que permite a una institución importante y poderosa como es el tribunal constitucional intervenir sobre problemas sensibles que afectan a miles o millones de personas”. GARCÍA JARAMILLO, *Control judicial y contención al atajo populista en América Latina*, cit., p. 214.

<sup>88</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, cit., p. 224.

Entretanto, se “a leitura moral propõe que todos nós [...] interpretemos e apliquemos [as] cláusulas abstratas [da constituição] sob o entendimento de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça”<sup>89</sup>, então parece óbvio que o caminho, contrariamente ao que o próprio Dworkin concebe em sua teoria, é a maior participação civil nos processos deliberativos constitucionais. Ainda que não seja possível, em um país tão grande e diverso, alcançar aquele ideal democrático rousseauiano de participação direta política de *todos* os cidadãos, é possível escalonar “as democracias possíveis segundo um grau de aperfeiçoamento em ‘pelo menos duas dimensões: contestação pública e direito de participação’”<sup>90</sup>. A contestação, por representar a forma de a cidadania demonstrar a sua insatisfação para com leis ou políticas que afetem seus direitos e liberdades fundamentais, e o direito de participação como forma de tornar o processo mais legítimo e garantir o ideal de autogoverno democrático.

Porém, é necessário considerar que a participação institucional pressupõe custos para o Estado e para o cidadão, “tanto na sua operacionalidade quanto em sua fase anterior de conscientização da comunidade”<sup>91</sup>. E não apenas custos. No atual contexto de “sistemas políticos deficitários em termos de representação política”<sup>92</sup>, é difícil para o cidadão “comum” ingressar no processo de tomada de decisões. Os tribunais têm uma “forte (e dificilmente reversível) capacidade de ‘fechamento’”<sup>93</sup>, e não de abertura para o diálogo que possa gerar uma decisão mais cidadã. Ou seja, as reais situações em que um sujeito comum pode se ver como ‘protagonista’ da política são ínfimas, pois “tudo parece jogar contra a possibilidade de que a cidadania ocupe um papel efetivo na vida pública”, rumo ao autogoverno coletivo<sup>94</sup>. Fica mais fácil perceber essas dificuldades ao projeto participativo de Lafont quando se considera que a “política profissional” impede o acesso (mostrando-se praticamente impenetrável às demandas dos cidadãos), enquanto a justiça formal “tranca” as saídas (afirmando a “última palavra” ou uma “palavra” que tende a se manter estável por anos ou décadas)<sup>95</sup>.

O acesso às cortes constitucionais é um caminho difícil de ser aberto; trata-se de um sistema de acesso complexo, altamente burocratizado, e que se demonstra mais suscetível aos

---

<sup>89</sup> Nossa tradução para: “the moral reading proposes that we all [...] interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice”. DWORKIN, *Freedom’s Law*, *cit.*, p. 2.

<sup>90</sup> BAPTISTA PAVAN, Fernando. O direito das minorias na democracia participativa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, Universidade Nove de Julho, n.º. 2, 2003, p. 204.

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> Nossa tradução para: “sistemas políticos extremamente deficitarios, en términos de representación política”. GARGARELLA, Por una democracia ciudadana “sin atajos”, *cit.*, p. 136.

<sup>93</sup> Nossa tradução para: “fuerte (y dificilmente reversible) capacidad de “cierre”. *Idem.*

<sup>94</sup> Nossa tradução para: “Todo parece jugar en contra de la posibilidad de que la ciudadanía ocupe un papel efectivo en la vida pública, hasta hacer realidad el sueño del ‘autogobierno colectivo’”. *Idem.*

<sup>95</sup> *Idem.*

avanços de lobistas, ou grupos mais bem financiados, que conseguem alcançar os atuais tomadores de decisão e, por fim, triunfar em sua demanda. Os incentivos institucionais parecem direcionados de maneira contrária ao que é esperado ou exigido pelos defensores da democracia deliberativa<sup>96</sup>.

Apesar disso, é importante considerar que a “participação política não deve limitar-se a uma atuação passiva de controle sobre o poder, mas a uma ação de ingerência direta no poder”<sup>97</sup>, pois, como vimos, quando não há uma atuação mais direta da cidadania nos processos deliberativos, considerando o controle judicial de constitucionalidade como um deles, o risco que a cidadania (e a democracia) corre é imensurável. Ainda que a democracia totalmente direta e plena seja utópica, é preciso considerar que, quanto mais adicionamos elementos da democracia direta na democracia indireta, “maiores serão os canais de participação disponíveis para a manifestação de todas as camadas da comunidade”<sup>98</sup>. E se o sistema se demonstra bastante impermeável à participação mais direta da sociedade, então faz-se necessário considerar caminhos alternativos que possam ser tomados se desejamos alcançar uma democracia mais sólida e estável.

O que Lafont propõe não é tão inatingível. Talvez, ao invés de tentar considerar formas de facilitamento do acesso popular aos processos contestatórios, seja mais fácil focar essa adaptação em uma parte específica da estrada “longa e árdua” da democracia sem atalhos, que seria o da capacitação popular através do diálogo e do debate público, que, conseqüentemente, poderia ampliar ao menos a ideia da existência de um poder de contestação que está nas mãos dos cidadãos. Podemos considerar a forma com que a Irlanda lidou com a questão do casamento homoafetivo, que se iniciou em 2002, através de questionamentos jurídicos apresentados aos tribunais, e que culminou na decisão de 2006 de que o casamento homoafetivo deveria ser reconhecido. A decisão gerou um intenso debate no parlamento, no interior dos partidos políticos e na esfera pública. Por consequência, um referendo foi proposto em 2015, resultando em votos favoráveis e, desta forma, o casamento homoafetivo foi legalizado através do voto popular<sup>99</sup>.

Como Lafont afirma, é impossível saber se a comunidade LGBTQIA+ conseguiria mudar os “corações e as mentes de seus concidadãos”<sup>100</sup> sem a visibilidade pública e o apoio que conseguiram ao “exercer seus direitos de contestar legalmente políticas discriminatórias

---

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> BAPTISTA PAVAN, O direito das minorias na democracia participativa, *cit.*, p. 203.

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, *cit.*, p. 220.

<sup>100</sup> Nossa tradução para: “change the hearts and minds of their fellow citizens”. *Ibidem*, p. 220.

através dos tribunais”<sup>101</sup>, mas esse caso exemplifica justamente a “implausibilidade de interpretar o controle judicial como um atalho epistocrático” cujo objetivo é delegar a autoridade final a uma elite jurídica, supondo que eles são mais capazes de resolver o problema em questão<sup>102</sup>.

Mais do que isso, o exemplo demonstra a possibilidade de se manter a autoridade judicial ainda que se admita a participação cidadã no processo do controle judicial e, até mesmo, nos processos legislativos que, frequentemente, ignoram parcelas da população, cujas demandas podem ser “espinhosas” ou “politicamente danosas”.

A visão de Lafont não almeja destituir totalmente os juízes de suas togas. Podemos manter a ideia de Dworkin – de que os juízes ‘removem’ do campo político as questões constitucionais e as levam ao campo dos princípios – desde que compreendamos que a cidadania é quem possui a palavra final em determinar os seus próprios direitos. E os juízes, em vez de se considerarem paladinos da justiça que detém o máximo conhecimento sobre a lei e a constitucionalidade, se mantêm em seu papel constitucionalmente previsto. É esse papel, afinal, que garante que a sua parte no controle judicial não seria ilegítima, tampouco um exemplo de deferência cega a um atalho expertocrático.

Podemos, ainda, considerar também as consequências que a revogação de *Roe* teve, por outra perspectiva. Quando a Suprema Corte mais conservadora retira da população o direito à liberdade reprodutiva – demonstrando o que já foi apresentado sobre a falibilidade de decisões e como o judiciário também está sujeito a contingências – a população não assistiu a isso em silêncio e, de certa forma, a virada conservadora resultante de um *backlash* gerou outro ainda maior e contrário ao que os conservadores esperavam<sup>103</sup>. A decisão não apenas se refletiu em protestos civis, mas nos votos e em uma perspectiva mais democrata do que republicana. Além disso, como também já exposto, a revogação não só afastou o apoio da Suprema Corte daqueles que eram favoráveis ao aborto, mas também daqueles que *com o tempo* passaram a apoiar e compreender a decisão. Isso se reflete, por exemplo, no cuidado que o próprio Donald Trump – que orgulhosamente diz ter sido responsável por formatar a corte que revogou *Roe* – tem ao

---

<sup>101</sup> Nossa tradução para: “exercising their rights to legally contest discriminatory policies through the courts.” *Ibidem*, p. 221.

<sup>102</sup> Nossa tradução para: “implausibility of interpreting judicial review as an epistocratic shortcut”. *Idem*.

<sup>103</sup> Análises recentes demonstram que o *backlash* da revogação não foi sentido apenas em protestos, mas também em votos. Em agosto de 2022, 60% dos eleitores no Kansas (um estado mais conservador) derrubaram uma proposta de emenda constitucional do estado que eliminariam os direitos ao aborto. Além disso, o direito ao aborto se tornou uma pauta ainda mais forte durante as *midterm elections* de 2022, colocando os republicanos em uma posição infeliz. (In: GREENBERG, Polly. American womanhood is not what it used to be: understanding the backlash to *Dobbs v. Jackson*. *The Conversation*, 5 set. 2023. Disponível em: <https://theconversation.com/american-womanhood-is-not-what-it-used-to-be-understanding-the-backlash-to-dobbs-v-jackson-223525>. Acesso em: 14 set. 2024.

dizer que a proibição ao aborto até seis semanas é um exagero<sup>104</sup>, demonstrando o receio em tocar um assunto que se tornou relevante aos eleitores. A revogação acabou por levar o poder de volta às pessoas, e isso tem relevância também.

Os tropeços causados pelos atalhos democráticos podem também ser parte do processo de aprendizagem e de convencimento que Lafont espera que a população possa ser parte. Da mesma forma em que há relevância na constitucionalização do debate por parte do judiciário – até mesmo pela celeridade de resolução de problemas políticos importantes aos grupos minoritários, especificamente –, há também uma extrema relevância no protagonismo cidadão em questões deliberativas políticas. É essa participação que é capaz de garantir maior grau de segurança aos direitos conquistados, mesmo que isso signifique ainda mais lutas e conflitos. Se a cidadania participa mais ativamente destes processos, as garantias se tornam ainda mais sólidas – ou, ao menos, o receio de tocar em direitos políticos conquistados é mais demarcado. Isso porque se posicionar contra um direito “dado” à população já é espinhoso, principalmente no que diz respeito à retroatividade a um direito adquirido. Contudo, se posicionar contra um direito que a própria população discutiu, debateu e levou adiante até convencer seus concidadãos e conquistá-lo seria ainda mais árduo, talvez até mesmo virtualmente impossível.

A análise de várias decisões sobre assuntos controversos pelo STF poderia encontrar alguma justificação quanto à legitimidade de cada uma delas, tanto em Waldron quanto em Dworkin, e assim poderia ser feito em relação a muitos outros filósofos do direito. Contudo, a legitimidade, tal como articulada por essas teorias, não garante segurança, tampouco garante que aquela será a palavra última ou máxima sobre o assunto. O que se faz necessário é, ao invés de se buscar pequenas demonstrações de legitimidade na decisão, torná-la factualmente legítima. A proposição de um referendo, por exemplo, iniciaria um debate público – como visto recentemente na discussão sobre o projeto de lei 1904/2024, que visava equiparar o aborto ao crime de homicídio – que permitiria à sociedade o espaço e tempo para que os cidadãos pudessem aprender uns com os outros, se identificando melhor com as leis e políticas propostas. Não há garantias aqui, pelo menos não a princípio, de que todas as vozes serão justas e fundamentadas; tampouco há garantias de que o resultado do referendo será crucial à decisão final dos juízes. Contudo, a simples ideia de que a voz do cidadão é ouvida pode ser capaz de, ao menos, dirimir a profunda alienação e polarização política em que a cidadania, especialmente a brasileira, se encontra.

---

<sup>104</sup> CRAMPTON, Liz. First came Dobbs. GOP chaos followed. *POLITICO*, 24 jun. 2024. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2024/06/24/republicans-dobbs-trump-abortion-00164752>. Acesso em: 14 set. 2024.

Em um último ponto, é necessário também que os debates sobre essas questões, em especial no Brasil e na América Latina, se voltem mais à realidade destes lugares. Isso porque, como é possível perceber na obra de Lafont, as visões abrangentes costumam debruçar-se sobre uma visão estadunidense do funcionamento das cortes, onde “vão se resolvendo casos, questionando leis, realizando referendos constitucionais e legislativos, até que, com o tempo, certos assuntos se destilam e chegam à Suprema Corte”<sup>105</sup>. Como García Jaramillo nos lembra, no Sul Global, o controle judicial se mostra um “canal adicional que capacita certos grupos cujos direitos são violados de forma generalizada, sistemática e sem perspectiva razoável de mudança legislativa a médio prazo”<sup>106</sup> e isso dá mais força à argumentação de Lafont. As audiências públicas realizadas, assim como a possibilidade de especialistas e envolvidos no caso em análise atuarem como *amici curiae* são mecanismos participativos em que o controle judicial se demonstra contributivo a um sistema democraticamente deliberativo<sup>107</sup>.

Contudo, a participação democrática nas deliberações políticas não pode se resumir a isso, ou incorreríamos no risco de, no fim das contas, o poder ainda estar nas mãos de um judiciário que, independentemente de sua postura mais progressista ou conservadora, ainda é uma elite. Essa participação deve ir além de pequenas demonstrações de cidadania nestes processos, de forma que a população não seja ignorada. Não é possível alcançar um ideal democrático sem o próprio povo que compõe a democracia. Ademais, o objetivo aqui não é propor uma reforma drástica no judiciário e abolir formas de atuação correntes, mas o de compreender formas com que o judiciário deve atuar para garantir uma maior transparência e responsabilidade de sua parte, permitindo a participação mais ativa da população quando seus direitos e liberdades fundamentais estiverem em jogo. Se a razão pública, por si só, não consegue garantir a participação das minorias no debate público, então que o judiciário possa ajudar como um auxiliar no processo de escuta, para que essas vozes não sejam caladas pela vontade da maioria. O judiciário é quem deve delegar ao povo o poder de decisão, e não o contrário. Convencer a cidadania de que o que é decidido pelo judiciário é o melhor caminho a se percorrer, sem mesmo se dispor a ouvir e compreender o que a população realmente almeja,

---

<sup>105</sup> Nossa tradução para: “se van resolviendo casos, desafiando leyes, realizando referendos constitucionales y legislativos, hasta que con el tiempo ciertos asuntos se destilan y llegan a la Corte Suprema para su decisión definitiva”. GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 233.

<sup>106</sup> Nossa tradução para: “canal adicional que empodera a ciertos grupos cuyos derechos se violentan de forma generalizada, sistemática y sin perspectiva razonable dentro del mediano plazo de un cambio legislativo que lo remedie”. *Idem.*

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 234.

é apenas outra demonstração de autoritarismo em um sistema que o aboliu a partir do momento em que foi criada a Constituição Cidadã.

A participação mais direta e o fomento da razão pública são, talvez, as únicas ferramentas com capacidade de aproximar a cidadania e mitigar o aprofundamento ainda maior da polarização política vivida em vários contextos democráticos atuais. Se bem pensados e utilizados, é possível que essa participação dos cidadãos de toga em processos como o controle judicial possa até mesmo dirimir – ou reverter – os danos já causados à democracia.

## **5 Conclusão**

É um fato que o caminho deliberativo participativo é uma estrada longa e árdua, e que não parece tão atrativa quanto os atalhos propostos em seu detrimento. Existem custos e dificuldades, sendo uma delas a de modificar o pensamento da própria comunidade, de forma que eles consigam novamente se ver parte do projeto de autogoverno democrático. Outra dificuldade apresentada é que as instituições atuais vigentes não comportam, ao menos não de início, as modificações cruciais que permitiriam uma maior participação cidadã nos processos deliberativos.

Trilhar o caminho através dos atalhos, assumindo a postura de uma deferência cega não é ideal, tampouco oferece reais soluções às crises democráticas que, em crescente, colocam não só o sistema político em risco, mas toda a estrutura democrática e, por consequência, o próprio direito. As concepções lotocrática, epistêmica e profundamente pluralista, apesar de algumas vantagens em suas aplicações, não conseguem responder ou mitigar os problemas da democracia. Aos poucos, elas abrem cada vez mais espaço para que o autoritarismo consiga discretamente tomar forma, deteriorando de igual maneira o ideal anti-absolutista que impera desde as revoluções burguesas do século XVIII.

Para além de apontar dificuldades e encontrar impossibilidades na teoria, pode ser mais necessário buscar formas de aproximação a esse ideal democrático. A manutenção da visão de teorias democráticas predominantes, de representação política através de uma deferência cega e desconsiderada em relação ao que pode ser decidido, ou a visão epistocrática de que grupos – ou elites – especializadas (e não eleitas) são mais capazes de tomar decisões corretas do que a própria sociedade, ignorando a cidadania e desviando-se do objetivo de capacitá-la através do desenvolvimento do diálogo entre concidadãos, mantém a sociedade a um caminho atalhado e de destinação extremamente perigosa. Quanto mais afastada a cidadania estiver – e permanecer – do processo político e da tomada de decisões, maior será a cooptação por discursos populistas

e, por consequência, mais fácil será a abertura de espaços que comportem ideais autoritários e ditatoriais.

Se o controle judicial é um mecanismo que garante a proteção de direitos fundamentais, “especialmente os das minorias”, diante da possibilidade de perda a uma maioria que não necessariamente considera a moralidade ou a laicidade da constituição<sup>108</sup>, então ele deve permanecer necessário, contanto que moderado e apoiado pela participação cidadã, que se faz através do direito de contestação. Caso contrário, o controle judicial de constitucionalidade será apenas uma das outras várias ferramentas institucionais que tenderão a atacar cada vez mais o próprio cidadão, não em nome dos princípios e da moral, mas como uma ferramenta de imposição de conservadorismo e extremismo.

---

<sup>108</sup> GARCÍA JARAMILLO, Control judicial y contención al atajo populista en América Latina, *cit.*, p. 216.

## Referências Bibliográficas

- BAPTISTA PAVAN, Fernando. O direito das minorias na democracia participativa. *Prisma Jurídico*, n. 2, p. 195-205, 2003. Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93420013>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- CRAMPTON, Liz. First came Dobbs. GOP chaos followed. *POLITICO*, 24 jun. 2024. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2024/06/24/republicans-dobbs-trump-abortion-00164752>. Acesso em: 14 set. 2024.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Reprint. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Laws' Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Paperback ed. London: Bloomsbury, 2013. E-Book.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Control judicial y contención al atajo populista en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, p. 207-239, 2023. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/8598>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- GARGARELLA, Roberto. Por una democracia ciudadana sin “atajos”. Sobre *Democracia sin atajos*, de Cristina Lafont. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, p. 125-139, 2023. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/8594>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio. De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico. *Revista Derecho del Estado*, n. 55, p. 141-169, 2023. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/8595>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- GREENBERG, Polly. American womanhood is not what it used to be: understanding the backlash to Dobbs v. Jackson. *The Conversation*, 5 set. 2023. Disponível em: <https://theconversation.com/american-womanhood-is-not-what-it-used-to-be-understanding-the-backlash-to-dobbs-v-jackson-223525>. Acesso em 14 set. 2024.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.
- LAFONT, Cristina. Against Anti-Democratic Shortcuts: A Few Replies to Critics. *Journal of Deliberative Democracy*, v. 16, n. 2, p. 96-109, 2020. DOI: <https://doi.org/10.16997/jdd.367>. Disponível em: <https://delibdemjournal.org/article/id/633/>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- LAFONT, Cristina. *Democracy Without Shortcuts*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 55-63, 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2570>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- STOTT, Michael; NUGENT, Ciara. How similar is Argentina’s Javier Milei to Donald Trump and Jair Bolsonaro? *Financial Times*, 26 nov. 2023. Disponível em: <https://www.ft.com/content/d2c033c5-65cb-41e8-bb06-b995fc25f9c5>. Acesso em 14 set. de 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*.

Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>.

Acesso em: 23 dez. 2023.

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Trad. Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, 2022.

**Como citar este artigo:** FREITAS, Lucas Matias Botelho de. Cidadãos de Toga: a participação democrática nas deliberações políticas rumo a uma democracia sem atalhos. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 1–31, 2024.

*Recebido em 16.09.2024*

*Publicado em 26.12.2024*