

APONTAMENTOS CRÍTICOS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DE WALDRON:

Uma Análise A Partir do Caso Brasileiro

*CRITICS TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION ON WALDRON'S PERSPECTIVE:
AN ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN CASE*

Mônia Clarissa Hening Leal¹
UNISC

Lucas Moreschi Paulo²
UNISC

RESUMO

Por meio da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, o presente ensaio busca examinar os principais argumentos do autor neozelandês Jeremy Waldron às bases fundacionais da revisão judicial das leis, sobretudo em seu conhecido artigo *The Core of The Case Against Judicial Review*, e as questões empíricas e teóricas a respeito de temas a ele conexos, tais como a democracia, o constitucionalismo e o protagonismo do Poder Judiciário. Ao final, a partir das premissas construídas, se conduzirá uma breve reflexão sobre a atuação do órgão ápice do Poder Judiciário no Brasil, de modo a verificar em quais termos ocorre de fato a revisão judicial de atos normativos e da legislação pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo no contexto pandêmico.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Democracia; Igualdade; Revisão judicial das leis; Jeremy Waldron; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This essay aims to analyze, through literature review, and adopting a deductive method, the nuclear arguments of the New Zealander author Jeremy Waldron regarding his attack towards the foundational bases of the judicial authority do strike down legislation, especially in his well-known article *The Core of The Against Case Judicial Review*. Fostering Waldron's premises, some related issues, such as democracy, constitutionalism and judicial empowerment will be addressed. This will be followed by a brief discussion about the performance of the Higher Judicial Court Branch in Brazil, in a way of verifying the ways that judicial review really comes to be in Brazil's Supreme Court, mainly during the pandemic.

Keywords: Constitutionalism; Democracy; Equality; Judicial review of legislation; Jeremy Waldron; Federal Supreme Court..

¹Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: moniah@unisc.br.

² Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro da Argumentation Network of the Americas - ANA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como se equaciona a tensão entre política democrática e restrições constitucionais? Qual a melhor forma de proteção a direitos nas democracias? Qual o papel a ser desempenhado por Cortes Constitucionais em comunidades políticas democráticas? Boa parte da energia de filósofos políticos e teóricos do direito vem sendo destinada, sobretudo desde a segunda metade do século XX, a oferecer respostas a estas questões. Há abordagens mais deferentes à política majoritária³ e outras a favorecer o deslocamento do centro de decisões em favor do Poder Judiciário⁴, e basicamente todas propondo diferentes modos de composição equilibrada a um arranjo naturalmente instável e precário: o convívio entre a tomada majoritária de decisões políticas pautadas em uma lógica representativa e a preservação de direitos fundamentais.

No contexto desta discussão, a voz de Jeremy Waldron, um autor celeberrimo cético com relação às credenciais democráticas da revisão judicial da leis, merece ser estudada. Tomando por fio condutor do pensamento de Waldron a estrutura apresentada em seu conhecido artigo *The Core of The Case Against Judicial Review*, de 2006 (republicado mais recentemente⁵, com pequenas alterações não substanciais), poderá ser realizada uma retomada a controvérsia sobre os limites da atuação do Poder Judiciário nas democracias constitucionais para conduzir uma reflexão sobre o cenário brasileiro, marcado por intensa judicialização, sobretudo de questões políticas. Este quadro teve sua pintura aprimorada, aliás, com cores bastante primárias, no contexto de enfrentamento, pelo governo brasileiro, da pandemia do coronavírus, sobretudo nos idos do primeiro semestre de 2020, quando as incertezas se somaram à instabilidade política já instaurada em palco nacional. O momento é particularmente oportuno, portanto, para propor a releitura a Waldron.

Com efeito, é conhecida a visão de que o constitucionalismo emergente do segundo pós-guerra, demarcado pela ascensão de Cortes Constitucionais (e de um decorrente

³ Nessa acepção, destaca-se a conhecida abordagem procedimental de John Hart Ely, segundo a qual a função dos tribunais e juizes é a de proteger e estender os direitos constitucionais que reforçam a participação democrática das pessoas nas decisões políticas, sobretudo quando respeitada a escolha de valores substantivos pelos órgãos representativos (ELY, 1980, p. 92). Da mesma forma, Bickel (1986, p. 17-18), embora tenha se dedicado a elaborar uma teoria de adequação à revisão judicial com a democracia, considerava referida instituição desviante da democracia americana, em virtude de seu caráter contramajoritário.

⁴ É o caso do autor americano Ronald Dworkin, cujo pensamento será abordado ao longo deste trabalho.

⁵ Sob a forma de um dos capítulos (09) de **Political Political Theory** (WALDRON, 2016, p. 195-245).



protagonismo do elemento jurisdicional dos Estados), contrasta os fundamentos de um positivismo jurídico centrado na produção parlamentar. Em geral, esta transição tem sido vista como bem-vinda⁶. Waldron sugere que pensemos duas vezes. Para ele, a partir de Kant, Locke e Aristóteles, há *dignidade na legislação*, a justificar deferência por parte da jurisdição constitucional⁷.

Assim, em um primeiro momento, o olhar deverá ser remetido à construção teórica existente entre a igualdade, a democracia e a dignidade da legislação. Deste modo, a partir da identificação do tipo de democracia que se parte, bem como do contexto em que há dignidade na legislação, bem como o motivo pelo qual se encontra em constante afetação pelo princípio da igualdade, pode auxiliar na compreensão do papel da *judicial review*.

Posteriormente, será imperioso adentrar-se na própria relação tensional entre o convívio de duas instâncias primordialmente contraditórias, mas que passaram a conviver com certo êxito em terras ocidentais: a democracia, com sua histórica-estrutura tripartida, e a revisão judicial da legislação e de atos normativos. Nesse sentido, se deverá situar o terreno para apresentar o núcleo da crítica de Waldron.

Não deixando de considerar que o Brasil se enquadra como uma democracia em transição, não tão fragilizada quanto poderia ser, mas também ainda não amadurecida como aponta o ponto de vista de autores que aqui serão abordados, o intuito não é de diálogo entre teorias acerca da *judicial review* em democracias maduras e frágeis, mas tão somente o de situar os estudos de Jeremy Waldron no contexto brasileiro.

Tal crítica, ou *the core of the case against judicial review* será devidamente demonstrada na etapa seguinte, em que se empoderará de um marco teórico-civilizacional e democrático-jurídico para verificar o estágio em que se encontra o Brasil para, então, a

⁶ Há causas para o fenômeno do crescimento do protagonismo judicial nas democracias contemporâneas. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. A terceira diz respeito ao fato de atores políticos preferirem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade (BARROSO, 2012, p. 6).

⁷ Conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos (BARROSO, 2012, p. 10).



partir dele, olhar ao redor, com atenção a algumas decisões tomadas pelo STF no contexto pandêmico, passando por uma multiplicidade de temáticas importantes ao longo da crise.

Para realizar essa análise, adota-se o método dedutivo, baseado em uma revisão bibliográfica da obra de Jeremy Waldron, em especial seu artigo "*The Core of The Case Against Judicial Review*". Por meio desse método, busca-se compreender os principais argumentos e fundamentos teóricos apresentados pelo autor neozelandês, aplicando-os ao contexto brasileiro decisório diante da crise sanitária ofertada pela pandemia do Coronavírus.

A partir desses procedimentos metodológicos, procura-se examinar a pertinência das críticas de Waldron à jurisdição constitucional e sua aplicação no caso brasileiro, contribuindo para uma reflexão aprofundada sobre o tema e atual, tanto refletindo sobre o recente passado da corte, como a impulsionando a um futuro mais consciente e autocrítico.

2. IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO DEMOCRÁTICOS E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

O conceito de democracia é claramente controvertido. Para falar com as palavras de Dworkin, trata-se de um *conceito interpretativo* (2011, p. 379). É instrutivo começar pela concepção dworkiana porque, conforme se verá, há pontos de contato e afastamento que auxiliam a tornar mais compreensíveis as premissas de Waldron.

Para Dworkin, somente há democracia genuína quando a dignidade⁸ dos indivíduos, que assume a forma de valores políticos como igualdade⁹ e liberdade¹⁰, é devidamente respeitada (2011, p. 379). Tome-se esta formulação, apesar de bastante

⁸ Este argumento é apresentado sob a forma de *princípios de dignidade*. O primeiro princípio da dignidade, o do valor intrínseco, é aquele sob o qual toda a vida tem um valor objetivo, assim, haveria uma falha grave de *dignidade pessoal* àquele que deixa de dar o devido valor à vida, de modo que é impossível o respeito próprio sem o respeito pela importância da vida dos demais. Já para o segundo princípio, o da responsabilidade pessoal, cada um tem uma responsabilidade por suas próprias escolhas pessoais tomadas no seio da sociedade. Assim, o cidadão não pode aceitar que outro lhe imponha valores pessoais, ainda que *permita* que o Estado imponha a forma de vida de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas *proíbe* que o Estado dite convicções éticas (MOTTA, 2018, p. 90-92).

⁹ Dworkin (2005, p. IX) reconhece na igualdade o maior valor de um Estado democrático, de forma não apenas a legitimar a instituição de um governo, mas dar-lhe sentido e propósito. De modo que se estivermos diante de um sistema político em que todos os indivíduos não sejam igualmente considerados pelo governo a que estão submetidos, este não é legítimo, ou perdeu sua legitimidade, e é tirânico. Deste modo, a igualdade e a liberdade têm sua conexão alinhada e tensional, de modo que uma sociedade organizada politicamente deve conciliar as duas questões (DWORKIN, 2005, p. 172).

¹⁰ Dworkin (2011, p. 380) destaca que o povo é detentor do poder de controlar e modificar a sua realidade através das decisões políticas daquela comunidade, de modo representativo. Contudo, por essa vereda, a comunidade política também estará sujeita ao poder coercivo, e deliberativo, do Estado.



abstrata, como ponto de partida para suas análises mais específicas sobre como estes valores se projetam concretamente.

Com efeito, há diferentes modos de se prestigiar a dignidade das pessoas por meio da ação política. Por exemplo, se o sistema eleitoral norte-americano adotasse outra forma, que não a de colégios eleitorais, em que se prestigiasse a vontade da maioria linear dos votos, teria sido Hillary Clinton a última presidente norte-americana, e não Donald Trump. Deste modo, decidir se o arranjo atual honra ou deprecia o caráter democrático de uma comunidade política depende da *concepção de democracia* com a qual se analise a questão.

Dworkin propõe um contraste instrutivo, neste ponto, entre concepções *majoritária* e *comunitária* (ou *em parceria – partnership conception*) de democracia. Para a concepção majoritária, a organização política deverá se dar a partir do grupo de pessoas que conseguir formar maioria eleitoral, contando com maior representatividade no poder político ao longo de um certo tempo, tendo sua legitimidade auferida pelo caráter procedimental¹¹; já para a concepção comunitária, a legitimidade¹² do governo democrático é submetida a condições mais exigentes: as ações que mobilizam a força coletiva devem ser justificadas no contexto de uma comunidade cujos integrantes mereçam igual respeito e consideração (DWORKIN, 2011, p. 382-384).

Este é o pano de fundo sobre o qual se enquadra a anunciada divergência. Waldron (2016, p. 226-227) considera que o método de decisão pela maioria é melhor do que as alternativas, uma vez que, sendo neutro com relação aos resultados contestados, trata os participantes de forma igual e confere a cada opinião expressada o maior peso possível, o que seria compatível com a atribuição de um peso igual a todas as posições políticas. Já

¹¹ Dworkin (2011, p. 383), no entanto, alerta que não se pode confundir esta posição de *democracia por maioria*, com o conceito filosófico da teoria da justiça chamada de *utilitarismo* na qual a justiça é alcançada pelo maior número de felicidades alcançado pela medida (critério agregativo); é que a história humana mais de uma vez demonstrou que nem sempre governos democráticos tomam decisões que causam felicidade à maior parte da população, como no caso de governos que, após terem sido eleitos democraticamente, se desvirtuaram do seus compromissos de campanha. Assim, nem todo produto de um governo democrático será materialmente corrigido por qualquer teoria sobre a justiça, podendo ser até considerado injusto, mas nunca menos democrático por esses motivos (DWORKIN, 2006a, p. 131).

¹² Dworkin (2011, p. 384) explica que a legitimidade é uma questão de grau, isto é, ao passar da história e do desenvolvimento político daquela comunidade, a legitimidade cresce ou retrai, mas sempre deve ser fixada como ideal inteligível, assim como a questão da parceria, porquanto atendem de maneira mais coesa o que a democracia deve ser.



para Dworkin (2011, p. 387) existe uma diferença fundamental entre a equanimidade e o critério matemático para determinar a tomada de decisões¹³.

Detenha-se, por um momento, no argumento de Dworkin. Para ele, a democracia deve confirmar a preocupação e o igual respeito que toda a comunidade deve ter por cada um dos seus membros. Este ponto é ilustrado pela apresentação de três maneiras de se conceituar a igualdade política, as duas primeiras ancoradas em uma visão de igualdade formal, a última em uma visão material. A primeira é a visão pela qual o Poder Público é distribuído de tal modo que todos os cidadãos têm a mesma influência na tomada de decisões. A segunda é a visão pela qual cada opinião formulada no seio da comunidade política deve ter igual importância e impacto na decisão final daquela comunidade política. E, finalmente, a visão material, indicando que nenhum impacto exercido por qualquer cidadão deve ser menor do que o de qualquer outro por razões que comprometam sua dignidade, isto é, por razões que tratem a vida do indivíduo como se fosse menos credor de preocupação e respeito em sua vida e opiniões do que outros participantes daquela mesma comunidade política (DWORKIN, 2011, p. 388-391).

Claramente, Dworkin se alinha à concepção *substantiva*. Para ele, o objetivo da democracia é o de que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito (DWORKIN, 2006b, p. 24-26). Assim, a visão material não impede que sejam decididas questões de política por agentes estatais eleitos pelo critério majoritário, mas este critério é utilizado em virtude da legitimidade necessária para a instituição de agentes políticos representativos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Ou seja, a eventual adoção de procedimentos pela concepção majoritária não é, *per se*, uma causa de arrependimento moral - mas também não está revestida de um mérito moral automático e inerente (MOTTA, 2018, p. 85).

¹³ Dworkin (2011, p. 387) faz um exercício imaginativo em que um bote muito lotado se encontra à deriva no mar e, por hipótese, havia a certeza epistêmica de que se uma pessoa fosse alçada ao mar todas as outras sobreviveriam. Aqui, a tomada de decisão por maioria apenas indicaria que a pessoa menos popular encontraria a morte, então o mais justo seria lançar dados, tirar no graveto ou um ordálio qualquer. Contudo, em termos de sociedade política não se pode pensar assim, porquanto é mais autêntico e racional assumir o risco de uma decisão comunitariamente e democraticamente tomada, do que determinar, p.e., que o país deve entrar em uma guerra pela simples decisão majoritária. No que isto seria mais acertado do que deixar às decisões à mercê da sorte, seja qual for o método dela? A questão foi aprofundada em WALDRON, 2010.



A dignidade segue sendo, portanto, a peça angular. Sua preservação é uma condição de legitimidade da ação pública. Esta é a fonte da *concepção constitucional de democracia*, na visão do autor norte-americano (DWORKIN, 2006b, p. 26-27). Não há, aqui, uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes seriam constitutivos daquela. Preservar a Constituição é, neste contexto, proteger a integridade desse arranjo (MOTTA, 2018, p. 86).

Nesse sentido, importante se faz o conceito de controle de constitucionalidade fraco sendo aquele que permite que os tribunais interpretem e apliquem a constituição de forma ampla, mas não vinculante, para o legislativo ou o executivo. Em contraste estaria o controle forte, sendo aquele que “permite que os tribunais invalidem ou suspendam a aplicação de leis ou atos do executivo que sejam incompatíveis com a constituição”. O argumento central de Waldron, nesse sentido, estará baseado nessa acepção a partir da igualdade e da participação democrática contra um controle forte de constitucionalidade (DIXON, 2019, p. 6 e 7)¹⁴.

Havendo condições a serem observadas para que o exercício da vontade da maioria seja legítimo, é necessário encarregar alguma instância do exercício da fiscalização do cumprimento destas exigências. E Dworkin não vê maiores problemas na delegação desta função aos juízes e aos tribunais. Como se verá a seguir.

3. DEMOCRACIA E REVISÃO JUDICIAL

Segundo Dworkin, a revisão judicial da legislação (*judicial review*), por meio da qual se atribui a juízes e tribunais a prerrogativa de preservação de direitos, ou franquias constitucionais, em face das deliberações majoritárias, é uma boa estratégia para promover a legitimidade do governo, na medida em que protege os direitos dos grupos sem maioria política naquele momento, além de garantir à maioria a autoridade moral de impor a sua vontade nas demais searas de tomada de decisões da política (MOTTA, 2018, p. 100). Esta visão é coerente com a visão *substantiva* de democracia defendida pelo autor.

Por outro lado, caso se encampe uma visão *majoritária* de democracia, a controvérsia terá outro encaminhamento. Eis aqui a já clássica questão do porquê se

¹⁴ Acerca do controle forte e fraco, sobretudo diante do controle jurisdicional de políticas públicas, refere-se ao trabalho progressivo na revista (MAAS; LEAL, 2019).



deveria aceitar a noção de que de que juízes, agentes políticos em geral não eleitos, têm a prerrogativa de revisar decisões legislativas tomadas por representantes eleitos?

Dworkin (2011, p. 385), ainda que veja com bons olhos a função revisora do Poder Judiciário, enquanto guardião dos “trunfos contramajoritários”, compreende que permitir a um pequeno grupo de juristas, que não pode ser afastado em qualquer eleição geral, a reversão de decisões apoiadas pela maioria ou por seus representantes, é algo facilmente compreensível como uma ameaça ao autogoverno, ou à liberdade positiva, conceitos esses necessários à dignidade das pessoas.

Desnecessário pontuar que este problema é qualquer coisa, menos inédito. De certa forma, já em Locke (2015, p. 76) havia a defesa de um legislativo forte como marca de “uma sociedade política organizada considerada independente e autodeterminada por sua própria vontade e natureza”. De acordo com o filósofo inglês, o autêntico poder supremo pertence ao povo, inclusive para destituir e alterar o poder legislativo, mero fiduciário do poder, que se mostre contrário à confiança nele depositada republicanamente. Portanto, enquanto houver governo, isto é, uma instituída e pactuada associação, caberá ao poder legislativo a determinação última das opções políticas e jurídicas daquela comunidade social.

Ainda na genealogia destas concepções políticas, não há como deixar de fazer referência a Montesquieu (1996, *passim*), que, em seu *L'Esprit des Lois*, defendeu a adoção de um sistema constitucional cujo elo essencial seria o da separação dos poderes, além da preservação das liberdades civis, a manutenção da lei e o fim da escravidão. Montesquieu ergueu possivelmente o arcabouço teórico mais fundamental para a concretização das democracias, da república, como as conhecemos, e uma das mais importantes pré-condições para o fortalecimento teórico do movimento constitucionalista no âmbito da organização política do Estado (GRIMM, 2016, p. 13).

Neste diapasão, Lowenstein (1979, p. 50) descreve que o constitucionalismo se baseia em um Estado em que impera o princípio da distribuição dos poderes e em que esta distribuição se faz em órgãos autônomos, participativos e atuantes na formação da vontade estatal. Além disso, tais órgãos, juntamente com a sociedade civil, devem exercer um controle de fiscalização e limitação entre si, para que sejam asseguradas as suas autonomias e competências. Desta forma, a legislação e a determinação das escolhas do



jogo político pertenceriam ao Poder Legislativo, ao passo que a aplicação e a interpretação do legislado pertenceriam ao domínio do Poder Judiciário.

Em um salto para o Brasil do século XXI. Por aqui, uma série de fatores combina-se para que haja uma intensa judicialização dos mais diversos aspectos da vida das pessoas. Basta lembrar que a Constituição da República, de 1988, além de abrir as portas do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), ainda consagrou uma plêiade de direitos fundamentais, inclusive de caráter prestacional, a uma coletividade que não passou, de fato, pela experiência de um *Welfare State*. Essa verdadeira *corrida* ao Poder Judiciário ainda vem agravada, no Brasil, pela crescente desconfiança da população em relação à classe política. Há, ainda, outras causas relevantes, como o caráter *contramajoritário* que a Constituição confere ao Direito (o que faz com que minorias organizadas, cada vez mais, procurem diretamente o Poder Judiciário, ao invés de tentar ter suas pretensões redimidas na arena propriamente política) e, mesmo, uma certa *cultura do litígio*, que ainda torna o recurso à jurisdição, no mais das vezes, uma opção preferencial em relação às demais formas de composição de conflitos. Isso faz com que o Poder Judiciário tenha crescido em importância, tanto na prática, quanto aos olhos da comunidade política. Acrescente-se a tal cenário de protagonismo demais conjunturas como a “perspectiva dinâmica da interpretação” (ESKRIDGE JR, 1987, p. 1522), a atuação criativa dos juízes (LEBEL, 2015, p. 96), a jurisprudência de valores (LEAL, 2007, p. 90) - fatores todos esses entrelaçados, em maior ou menor medida.

E como o Poder Judiciário brasileiro tem respondido a esta contingência? É instrutivo que se escute, aqui, a voz de um dos atuais onze ministros do Supremo Tribunal Federal, o também professor Luís Roberto Barroso (2012, p. 19-20), para quem o trabalho dos juízes não é baseado em escolhas livres e arbitrárias, devendo respeitar certos limites, consistentes na *vontade majoritária* e nos *valores compartilhados*¹⁵. Ocorre que, na sua visão:

¹⁵ Por valores compartilhados se deve entender uma visão axiológica sobre códigos ainda não traduzidos para o código normativo, próprio do direito. Como lembra Habermas (1997, p. 144), com a complexidade das sociedades, a moral passa a depender de uma ponte ativa entre sua autônoma existência e o domínio da normatividade. Assim, é através do agir comunicativo, que o sentido normativo imanente do texto constitucional, que não é uma ordem concreta de valores, mas antes um conjunto coerente de regras e princípios, vai sendo concretizado de modo crítico e aberto. Princípios possuem, assim, para Habermas, antes um sentido deontológico – daquilo que necessariamente deve ser concretizado quando possível, e não apenas quando possível e na medida do possível; é de cogência obrigatória – ao passo que os valores têm um sentido teleológico – ao expressarem em seu *prius* um agir direcionado a um fim que lhes aproxima da condição de sua própria válida existência.



[...] o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2012, p. 32).

Note-se: o Supremo Tribunal Federal, a exemplo das demais Cortes Constitucionais do ocidente, está longe de ser uma arena *neutra*. O que não quer dizer, como adverte o próprio Ministro, que o Judiciário deva ser escravo da opinião pública; caso haja conflito entre esta os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, os últimos deverão ser resguardados. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário (BARROSO, 2012, p. 41), típico de Cortes Constitucionais do modelo global do constitucionalismo, sobretudo no marco do “constitucionalismo forte” da América Latina (Gavião Filho; Paulo, 2023), na defesa de direitos fundamentais e no papel de guarda e oposição ao abuso do poder estatal.

O caso brasileiro, é claro, não é inédito. Há, nas democracias constitucionais de modo geral, uma grande fé depositada nas instituições judiciárias, fazendo com que os juízes se sintam cada vez mais protagonistas na resolução de desacordos sociais relevantes, por vezes diretamente relacionados a questões políticas e morais. A opção constitucional de possibilitar a submissão de atos administrativos e mesmo legislativos ao controle judicial de constitucionalidade, embora seja um mecanismo considerado amplamente saudável a um sistema de democracia constitucional, empodera os juízes (BEATTY, 2004, p. 2).

E é neste ponto que se chega ao pensamento de Jeremy Waldron e ao seu ceticismo com relação à legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade. Em quais hipóteses e circunstâncias a vontade do Poder Judiciário merecem preponderar sobre a dos demais Poderes, especialmente o Legislativo? Há ou não uma perda de *autonomia*, ou de *autogoverno*, no empoderamento de juízes e tribunais? É o que se passará a analisar no tópico seguinte.



4. JEREMY WALDRON E O *CORE OH THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW*

A revisão judicial da legislação e de atos administrativos, segundo seus defensores, é corretamente exercida quando leva em consideração reivindicações de direitos seriamente e de forma consistente. Não há garantias, contudo, como adverte Waldron, de acerto judicial.¹⁶ Quer dizer, por vezes, decisões judiciais sobre direitos são menos democráticas do que uma decisão legislativa (WALDRON, 2016, p. 195).

Explicando melhor, Waldron reconhece o acerto de decisões judiciais que revisaram a legislação, não desconsiderando o impacto histórico-jurídico relevante destas posições.¹⁷ Ainda assim, o seu argumento é o de que a revisão judicial da legislação e de atos administrativos é inapropriada como uma forma final de processo decisório em uma comunidade democrática e livre. Isto é, não haveria justificativa suficiente para se favorecer, de modo tão agudo, a atuação de um dentre os três poderes democráticos, mesmo considerada a importância de haver *checks and balances*¹⁸ (WALDRON, 2016, p. 196).

Waldron inicia, por este aspecto, seu ataque teórico à revisão judicial das leis e de atos administrativos. Não, porém, sob o ponto de vista histórico e de quais efeitos já ocasionou (se bons ou ruins), ou mediante avaliação sobre como os juízes exercem esta prerrogativa (se com deferência aos poderes representativos ou de modo ativista). O objetivo do filósofo neozelandês é o de investigar as *premissas teóricas* (e as credenciais democráticas) sobre as quais se assenta a prática da *judicial review* (WALDRON, 2016, p. 197-198).

¹⁶ Há más decisões judiciais que se tornaram notórias, como ocorreu no julgamento da proibição da união entre homens e mulheres do mesmo sexo, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d. 941 (Mass. 2003). Segundo Waldron, este é um bom exemplo de resposta impopular, cuja tese fora revisitada pela Suprema Corte norte-americana doze anos mais tarde no caso *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct.1039 (2015) (WALDRON, 2016, p. 350).

¹⁷ Decisões como *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que mantiveram os compromissos democráticos para com os Direitos individuais em face das maiorias, contudo, merecem um voto de louvor, mesmo que tomadas sob uma técnica inapropriada (WALDRON, 2016, p. 195).

¹⁸ *Checks and balances*, ou freios e contrapesos, são os mecanismos pelos quais são reconhecidas as ramificações do poder federal como livres entre si, podendo focar, cada uma, em sua missão enquanto parte institucional, porém são estabelecidos certos poderes para que um poder possa impactar quando desacordos e problema se levantarem entre um atrito entre os três poderes. Este é o sentido da famosa "*if men were angels*", em que se reconhece que os homens, inclusive aqueles que estão no seletor grupo representativo, não comungam dos mesmos valores e, por isso, inevitavelmente legislem com base em valores morais X ou Y. É nesse sentido que estes instrumentos se fazem interessantes estes instrumentos concebidos pelos pensadores iluministas tais como Montesquieu, Rousseau e Locke, no sentido de prevenir ou enfrentar uma verdadeira tirania da maioria, onde o legislativo estaria atado pela maioria homogênea formada nele, e daí a importância de possibilidade dos outros dois poderes, sobretudo do judiciário, de remediar as escolhas (MADISON, 2006, p. 287-292).



São dois, nesta perspectiva, os pontos centrais do ataque: o primeiro é o de que juízes frequentemente perdem o *foco* das verdadeiras discordâncias sobre direitos, deixando de endereçá-las diretamente, em meio a um emaranhado de questões secundárias para o enfrentamento da questão, mas próprias da atividade judicial prática (precedentes, métodos de interpretação jurídica etc.) (WALDRON, 1999b, p. 28). Já o segundo diz respeito à ilegitimidade política da prerrogativa de revisão judicial, que finda por privilegiar uma votação majoritária conduzida entre um pequeno número de juízes não eleitos, não representativos e que não prestam contas à população (WALDRON, 2016, p. 199).

Vale notar que o alvo central de Waldron é o confronto entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, ou seja, o que ele critica é a prerrogativa de alteração, modificação ou exclusão da ordem jurídica, por juízes e tribunais, de legislações formuladas por representantes democraticamente eleitos e legitimamente empossados para elaborá-las (WALDRON, 2016, p. 199). Para Waldron, o mais correto seria um sistema de decisões acerca da invalidade das leis e atos normativos a partir de uma participação efetiva, de modo que, havendo desacordos específicos na comunidade, os membros dessa mesma comunidade deveriam ter o direito de, querendo, participar, igualmente, na solução da controvérsia (WALDRON, 1999a, p. 282). Contudo, a realidade é a de que há, isto sim, o *judicial review*, e este deve ser analisado sob uma perspectiva prático-crítica, crítico-reflexiva e a partir de sua realidade teórico-prática. Até pelo fato de que *there are many of us, and we disagree about justice*, de modo que é necessário bem compreender o aludido instituto-poder (WALDRON, 1999a, p. 1).

Waldron tem em mente sistemas jurídicos que adotam um poder *forte* de revisão judicial. Por *strong judicial review*, entenda-se o fato de que as cortes podem se valer de sua autoridade para **i)** deixar de aplicar uma lei a um caso particular, **ii)** modificar os efeitos de uma lei de modo a tornar a sua aplicação compatível com direitos individuais não previstos na própria normativa, e **iii)** estabelecer como uma questão de direito (em tese) que uma determinada normativa não será aplicada, retirando-a da sistemática do *stare decisis*. Uma versão ainda mais *forte* do que a apresentada é a que se faz presente nas tradições jurídicas ocidentais herdeiras do direito continental europeu, consistente na possibilidade de os tribunais removerem definitivamente uma lei do ordenamento jurídico. Versões *fracas* de *judicial review*, presentes em sistemas nos quais os tribunais podem



examinar uma lei quanto à sua conformidade com os direitos individuais, mas não podem deixar de aplicá-la, tampouco moderar seus efeitos, seriam, para o autor, menos problemáticas (WALDRON, 2016, p. 199-201)¹⁹⁻²⁰.

É importante considerar, também, que o núcleo da crítica de Waldron à revisão judicial das leis é, por assim dizer, *condicional*. Seu argumento somente pode ser sustentado caso estejam presentes alguns pressupostos de legitimidade: que em uma sociedade há **i**) instituições democráticas em razoável grau de funcionamento, incluindo um legislativo eleito com base no sufrágio universal, **ii**) um conjunto de instituições judiciais também em razoável grau de funcionamento²¹, **iii**) um comprometimento, por parte da maioria dos membros e autoridades dessa sociedade com a ideia de direitos individuais e minoritários, e **iv**) desacordo persistente, substancial e de boa-fé em relação ao sentido material dos direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com o empreendimento político-jurídico (WALDRON, 2016, p. 203-204).

Assim, uma sociedade que atenda a estas condições deveria resguardar a função de solução de seus desacordos para as instituições legislativas, sem necessidade de revisão por tribunais, não por inúteis, mas por se esvaziarem. No contexto de sociedades com estas características, a atribuição do poder de revisão judicial da legislação seria um erro democrático, porquanto não satisfaria critérios de legitimidade política, devendo se afastar ao máximo a constituição das cortes, (TRIBE, 2005, p. 82). Demonstrando a crítica no ponto, Mark Tushnet (2005, p. 85), em coluna compartilhada com Laurence Tribe e Jeremy Waldron, comenta que ambos os autores, ao proporem, respectivamente, as formas

¹⁹ Uma outra distinção pode ser manejada na situação do papel das cortes na afirmação de direitos fundamentais, individuais ou constitucionais, uma vez que historicamente as cortes constitucionais têm se destacado na defesa e na promoção destes direitos, e é inegável a importância estrutural e institucional que os guardiões da constituição e dos direitos estabelece na comunidade político-jurídica (WALDRON, 2016, p. 201).

²⁰ Igualmente nesse sentido, e sobre o papel do direito na defesa, e promoção de segurança na posição jusfundamental da coletividade à dignidade humana, e os direitos decorrentes, Waldron entende, na esteira de Lon Fuller, que a aplicação do direito, exercida pelas cortes, deve privilegiar a conexão existente com esse e a proteção à dignidade, sempre que resolver disputas, ainda que individuais, mas em nome de toda uma coletividade afetada pela determinação judicial, uma vez que integrante de um núcleo procedimental estrutural da interpretação do direito. (WALDRON, 2012, p. 208).

²¹ Razoável grau de funcionamento significa que as cortes não agem por suas motivações individuais ou por referências abstratas, mas apenas quando instadas a se manifestar; que lidam com problemas em que partes contrapostas apresentam suas postulações; que argumentam e fundamentam as suas decisões a partir das fundamentações das partes; que seguem os seus precedentes e respeitam a história institucional do poder judiciário; que há uma hierarquia de cortes, com possibilidade de apelação a um grupo maior de julgadores, em que as cortes de menor nível hierárquico são deferentes e observam as decisões das cortes superiores (WALDRON, 2016, p. 206).



progressistas-fortes e fracas de *judicial review*, devem procurar construir uma formulação em que o poder de revisar judicialmente os atos dos demais poderes sirva como ferramenta de resolução democrática dos desacordos, e não como indumentária autocrática do pequeno grupo de juízes.

Até aqui, portanto, tem-se um panorama em que os membros de uma comunidade, embora sejam comprometidos com os direitos, discordam do sentido material de alguns deles, havendo a necessidade de se estabelecer um meio para a composição destes desacordos. A instituição de um procedimento apto a gerar decisões socialmente aceitáveis deve tomar em consideração razões de dois tipos, *procedimentais* e *finalísticas*. *Procedimentais* são aquelas que favorecem o *modo* como a decisão será tomada, independentemente de suas consequências; *finalísticas* são aquelas que favorecem a correção e a justiça do resultado (WALDRON, 2016, p. 212-215).

Não é correto afirmar, segundo Waldron, que as razões procedimentais indicam respostas apenas desfavoráveis à revisão judicial (embora seja verdade que muitas das razões procedimentais mais importantes sejam participativas e, portanto, favoreçam instituições eletivas ou representativas), e também não é adequado dizer que as razões finalísticas indicam apenas favoravelmente para a adequação da via da *judicial review*. Há aspectos legislativos que, por vezes, tornam o corpo político vulnerável às pressões e anseios populares²², mas também existem aspectos dos tribunais que fazem com que seja difícil lidar com questões sobre as quais há desacordos morais de boa-fé (*good faith disagreements*) (WALDRON, 2016, p. 215; WALDRON, 1999a, p. 303).

Não faria sentido, com efeito, que as estruturas de participação democrática não tomassem conhecimento da importância de assegurar resultados apropriados, até porque a razão pública existe para o fito de tentar resolver eficazmente os desacordos acerca das ideias de justiça, moralidade e direito (WALDRON, 1999a, p. 154). Todas as democracias

²² No Estados Unidos, sobretudo na corte Warren, o *judicial review*, em especial a partir do caso Brown (1954), já referido, começou a ser vislumbrado enquanto um dever da corte frente ao exacerbado formalismo e morosidade das reformas feitas pelo parlamento. Foi demonstrado em recente estudo, focado na suprema corte norte americana, que os tribunais tendem a resolver as disputas jurídicas de modo ativista quando recebem pressões por anseios populares, sobretudo progressistas, ou quando os julgamentos que serão tidos passam a ser especulados e veiculados pela mídia. (KOERNER, 2017, *passim*). É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937) (BARROSO, 2012, p. 9).



devem garantir a sobriedade dos resultados representativos-eleitorais. Além disso, os legislativos são estruturados de maneira a assegurar que informações sobre a tolerabilidade de várias opções, para diversos segmentos da sociedade, seja levada em consideração no processo de decisão, sobretudo com a diversidade de visões políticas dos representantes e com a organização bicameral do poder legislativo (WALDRON, 2016, p. 219).

Quanto aos tribunais, três seriam as vantagens finalísticas: **i)** que as questões apresentadas se dão em contextos de casos concretos, **ii)** que a abordagem é pautada com base na Constituição, ou em um *Bill of Rights*, e **iii)** que o raciocínio e a fundamentação possuem um papel proeminente na tomada de decisão judicial. Nenhuma destas seria, contudo, suficientemente consistente, no *case* apresentado por Waldron. A primeira vantagem não seria de todo falsa, porém observa o autor que grande parte dos casos que chegam à Suprema Corte norte-americana, ainda que formulados em situações concretas, têm sua discussão vinculada a questões abstratas de direito. A segunda vantagem é, sim, relevante; contudo, a própria característica da prática judicial faz com que juízes sejam levados a discutir, ao invés das questões morais que têm a decidir, aspectos laterais, como aqueles referentes às técnicas corretas de interpretação do texto constitucional. Já a última vantagem é vista como falsa por Waldron, uma vez que as razões legislativas também podem ser acessadas nos registros dos debates parlamentares – e com a vantagem de que legisladores não estão obrigados a estabelecer analogias com casos anteriores, ou com a eleição de uma técnica correta de interpretação constitucional. Legisladores estão autorizados a ir diretamente ao ponto focal da questão controvertida, o que deve contar não contra o Legislativo, mas contra o Judiciário (WALDRON, 2016, p. 220-226).

Quanto às razões *procedimentais*, estas são fundadas na chamada *teoria da legitimidade política*, segundo a qual um determinado grupo de pessoas é democraticamente eleito para exercer o princípio majoritário de representatividade. Verifica-se, portanto, um claro pendor em direção ao Legislativo, de que se espera um maior alinhamento com os valores comunitários e o respeito à democracia representativa. Aqui Waldron desconsidera eventual objetivismo moral, porquanto, para ele, o realismo moral é falacioso, razão pela qual a decisão com a moral embutida, de que falava Dworkin, deve ser limitada, ainda que não se olvide o fato de que existem cargas morais em todo o direito, porquanto juízes não podem apenas desconsiderar os autênticos desacordos morais na



sociedade e se alinhar à preferência da micro-maioria formada dentro do núcleo de juízes que resolverá a celeuma (WALDRON, 1999a, p. 186; WALDRON, 2016, p. 226-233).

Nesse sentido é importante o dizer de Dixon (2019, p. 9 e 19) quando afirma que para Waldron o controle fraco de constitucionalidade dá voz a uma forma de constitucionalismo popular que envolve o cidadão comum na interpretação e aplicação da constituição e, dessa forma, ela é mais respeitosa com a soberania popular e a autodeterminação da sociedade, que remete ao cidadão a questão constitucional em si.

Assim, as razões finalísticas seriam, na melhor das hipóteses, *inconclusivas*, enquanto as razões procedimentais seriam, naturalmente, bastante *unilaterais*, operando principalmente para desacreditar a revisão judicial das leis, enquanto deixam a tomada de decisão legislativa ileso. Dessa forma, segundo a lente de Waldron, o Legislativo sai vencedor da disputa, seja qual for a formulação do problema. E este é, para ele, o *core of the case against judicial review* (WALDRON, 2016, p. 217).

Por fim, cabe uma palavra sobre os riscos da chamada *tiranía da maioria*, potencialmente decorrentes do deslocamento do centro de decisões sobre direitos para a instituição parlamentar. A tirania da maioria seria o exato negar, injustificadamente (total ou suficientemente), o exercício de direito a quem bem o detenha, ou lhe faça jus. Por isso é que, realocando decisões desta estirpe do Poder Judiciário, em que há menos participação popular (mesmo manejando-se elementos como *amicus curiae* e audiências públicas), para o seio da representação popular, o Poder Legislativo encontra-se mais legitimado a decidir sobre questões alvo de desacordos morais de boa-fé (WALDRON, 1999a, p. 166).

De fato, um desafio enfrentado pelas democracias, por serem organizadas com uma base majoritária, é o de que o processo legislativo acabe desconsiderando os interesses de grupos ocasionalmente minoritários²³. Não se trata de desacreditar toda e qualquer decisão da maioria, mas de chamar a atenção para o risco de que a vontade majoritária desrespeite a *dignidade* dos membros da minoria. Sem respeito à dignidade humana - e aqui Waldron e Dworkin estão juntos - nenhum sistema político pode ser considerado válido e legítimo (WALDRON, 2016, p. 234-236).

²³ Em forte oposição a forma tradicional de pensar a democracia em colisão com o constitucionalismo, Jaramillo (2015, p. 75) indica que a nova democracia constitucional é aquela em que há o respeito as regras criadas pela maioria ao mesmo tempo em que há o cuidado e o resguardo dos direitos fundamentais e dos compromissos democrático-constitucionais que estão estabelecidos na constituição.



Há, porém, diferença entre a *tiranía da maioria* e a governabilidade legítima dos representantes eleitos democraticamente. O que se deve buscar é um equilíbrio entre a total deferência ao legislador (de modo a preservar a dignidade dos membros da comunidade política, ainda que minoritários) e o amplo empoderamento de juízes para revisar a legislação (com o que se perderia liberdade positiva). Dito de outro modo, o argumento de Waldron não desqualifica a *judicial review* para todos os casos e em todas as circunstâncias. O seu ponto é mais restrito, mas não menos importante: a *judicial review*, quando inexistentes patologias institucionais específicas (cultura política corrupta, histórico de racismo, etc.), ou seja, em sociedades cujo principal problema seja o desacordo de seus membros quanto aos seus direitos (e não a disfuncionalidade de seu Poder Legislativo), seria um método inapropriado para a tomada de decisões, porque implica na perda do autogoverno, alocando o “poder de Minerva” sobre amplas questões da vida comunitário-política a um pequeno clã de juristas, muitas vezes deslocados da efetiva vida social (WALDRON, 2016, p. 245). Isto é, inapropriado para uma comunidade já amadurecida a ponto de ser reconhecida como democrática por Waldron.

Enquanto tal amadurecimento ocorre, fica estabelecido que há situações em que não se trata de um mero “desacordo de boa-fé” sobre direitos (o que poderia ser visto como “tiranía” pelos diferentes lados e perspectivas envolvidos), mas sim que há problemas estruturais relacionados à dignidade e proteção de determinados direitos contramajoritários, tal é o lócus apropriado para o exercício da jurisdição constitucional em sua essência, e de modo mais protagonista nas democracias (ainda) frágeis – sendo o Brasil uma democracia em aparente transição, da fragilidade para um lento amadurecimento, a se confirmar nos próximos anos (ISSACHAROFF, 2015, p. 224).

Vê-se, portanto, que a visão de Waldron, pautada por uma vertente visão liberal-democrática, como a de Dworkin, discordo do mesmo quanto ao casamento de uma atuação sempre conjunta entre as instâncias democrático-representativas e o Poder Judiciário. Nesse sentido, ao contrário do interpretativismo dworkiano, Waldron vê a jurisdição com olhos mais pessimistas, em uma função de mais autoridade e previsibilidade, em que há mais coordenação social e resolução de disputas e desacordos atuais, do que uma busca pelo senso do direito como integridade. Tal crítica waldroniana parece encontrar campo no Brasil, em litígios onde – acertadamente – mais se busca em normatizar o vácuo protetivo-normativo – ainda que tal forma não seja a mais adequada para a formatação final



da democracia – uma que todas as comunidades devem almejar. Isso agrada, veja-se, pois, como ocorre no Brasil.

5. O CASO BRASILEIRO

A ascensão do Poder Judiciário, no Brasil, é uma questão empiricamente verificável. Desde a solução de questões de caráter preponderantemente privado (como o caso do *dano moral indenizável* decorrente do abandono afetivo em âmbito familiar, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴), até questões morais intrinsecamente controvertidas (como o caso da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre da gravidez²⁵, enfrentado incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal) e politicamente sensíveis (como a recente suspensão da nomeação de indicado, pela Presidência da República, para a ocupação do cargo de chefia da Polícia Federal²⁶), dentre outros casos que serão analisados. Os julgados trabalhados a seguir foram selecionados pela representatividade no contexto da teoria de Waldron e pela repercussão gerada à época de cada um deles, destacando o crescente protagonismo do Poder Judiciário no país, suscitando questionamentos acerca da legitimidade e da conformidade de tais decisões ao contexto democrático brasileiro. A grande relevância social, política e jurídica dos casos também chama a atenção, podendo ser identificados em uma gama diversificada de temáticas, como a gestão da pandemia da COVID-19 até a responsabilidade de agentes públicos e campanhas governamentais.

A forma final que o protagonismo judicial vem assumindo no Brasil pode ser conferida no contexto do enfrentamento, pelo país, da pandemia do coronavírus. O Supremo Tribunal Federal vem sendo acionado cotidianamente para a revisão da atuação das instâncias representativas. Segundo o Dossiê COVID, do STF, entre 12/03/2020 e

²⁴ Como foi o caso da decisão do Superior Tribunal de Justiça em 2012 no REsp de nº 1.159.242/SP (BRASIL, 2012).

²⁵ Decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2016 no HC 124.306 (BRASIL, 2016).

²⁶ Em decisão do Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, foi suspensa a nomeação de Alexandre Ramagem para a chefia da Polícia Federal, atendendo a pedido feito no Mandado de Segurança nº 37.097/DF. Assim, o Supremo Tribunal Federal impediu a nomeação de cargo dos quadros do Poder Executivo, baseado em uma probabilidade de desvio de finalidade em inobservância a preceitos constitucionais (BRASIL, 2020e). Ocorre que o ato político, ou ato de governo, é de natureza distinta de meros atos administrativos, justamente no que diz respeito ao controle (judicial inclusive), não sendo sindicável pelos demais poderes, como se depreende de dois importantes precedentes históricos, do caso *Laffitte*, na França napoleônica, e no caso *Marbury v. Madison*, nos Estados Unidos recém independente (HEINEN, 2020, p. 609).



11/03/2021 o Tribunal recebeu 7.398 ações sobre ações a serem tomadas em decorrência da pandemia (BRASIL, 2021, p. 109). Inclusive, e curiosamente, para definir *qual*, dentre estas, *tem o poder de fazer o quê*. Foi o que aconteceu, por exemplo, na ADI 6.341, ajuizada pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista) contra a Medida Provisória n.º 926/2020. Em sede cautelar, o Ministro Marco Aurélio decidiu que as providências da União “não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da Lei Maior” (BRASIL, 2020a). Esta definição foi endossada logo depois no contexto do pedido de Suspensão de Liminar n.º 1.309, pelo Ministro Dias Toffoli, que inclusive chamou atenção para o fato de que as providências estatais devem se dar mediante “ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes” (BRASIL, 2020f). Quer dizer, o Poder Judiciário interveio, inclusive, para cobrar coordenação de ações políticas do Poder Executivo.

Mas não só. O Supremo Tribunal Federal também foi convocado para, nos autos das ADPFs n.º 668 e n.º 669, discutir a legitimidade de campanha publicitária do Governo Federal (*O Brasil Não Pode Parar*), ocasião em que o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou, ao conceder pedido de medida cautelar suspendendo a referida campanha, que, “havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social (...) a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população” (BRASIL, 2020c).

Há mais. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se também a respeito da MP 927/2020, que autorizava empregadores a utilizar medidas excepcionais para tentar manter o vínculo trabalhista com seus funcionários durante a pandemia. Foram ajuizadas 07 ações diretas tratando do assunto²⁷. Afinal, a Corte pronunciou-se no sentido de que a COVID-19 é uma doença ocupacional e, por isso, os trabalhadores de setores essenciais que forem contaminados pelo coronavírus devem ter acesso a benefícios como auxílio-doença (BRASIL, 2020d, p. 216-217).

Houve, ainda, a polêmica sobre a constitucionalidade da MP 966, que tratou do regime de responsabilidade de agentes públicos no combate à COVID-19. Outras 07 ações diretas foram trazidas à apreciação do Supremo. Neste caso, em sede cautelar, a decisão

²⁷ As ações e são autores são as que seguem, PDT (ADI 6.342), Rede Sustentabilidade (ADI 6.344), CNTM (ADI 6.346), PSB (ADI 6.348), PCdoB (ADI 6.349), Solidariedade (ADI 6.352) e CNTI (ADI 6.354) (BRASIL, 2020d, p. 216-217).



foi no sentido de caracterizar, como *erro grosseiro*, ato administrativo do qual decorra violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente, que não considere a observância de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Quer dizer, o afrouxamento do regime de responsabilização proposto pela Presidência da República acabou barrado pela instância judiciária (BRASIL, 2020b).

Relembra-se: para operar conforme a crítica de Waldron, se pressupõe um regime democrático com as condições democráticas citadas, no qual as instituições funcionam e cumprem adequadamente o seu papel. Ocorre que, no Brasil, o Poder Judiciário é constantemente chamado a servir como guia parental a uma sociedade órfã, infantilizada e incapaz de resolver seus próprios dilemas morais (que exatamente por isso nem sempre são de boa-fé) pelas vias dialógico-deliberativas. Assim, estando a serviço do povo que lhe convoca, o poder judiciário está na posição de uma figura psicanalítico-fraternal (MAUS, 200, p. 186-187), de ser o grande ponto de referência para ser o *lócus* (im)próprio a solução de quaisquer conflitos que surjam no bojo da comunidade.

Enfim. Cada uma destas decisões tem especificidades que aqui não podem ser enfrentadas de forma mais detalhada, até mesmo porque o objetivo não é discutir o erro ou os acertos específicos das instâncias representativas ou judiciais, mas sim apresentar um exemplo atual do acentuado grau de judicialização de questões variadas, sobretudo políticas, no Brasil. A maturação acerca de uma teoria adequada da *judicial review* para o Brasil ainda é *a work-in-progress* – um ainda em construção – e constitui enfrentamento necessário à usurpação de limites constitucionalmente estabelecidos aos poderes institucionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em definitivo, este quadro convida, no mínimo, a uma reflexão. Se a visão de Waldron estiver correta, de duas uma: ou o exercício da revisão judicial da legislação tem se dado de modo abusivo e indevido, ou a disfuncionalidade do governo representativo tem levado o Poder Judiciário a atuar para corrigi-la. Sendo este último o caso, ainda com Waldron, os defensores locais da *judicial review* deveriam apresentar as suas defesas



acompanhadas de um reconhecimento aberto desta circunstância preocupante e constrangedora, porque reveladora de uma *patologia democrática*.

A tentativa aqui foi esta: de caracterizar o estágio democrático a partir do sintoma “atuação da corte constitucional” e contextualizar o importante debate trazido por Waldron em sua defesa contra a *judicial review*, oferecendo uma análise crítica de sua aplicação no cenário brasileiro e das implicações desse debate para o processo de maturação da democracia que deve, desde logo, programar-se para um novo momento democrático.

Claro que a função jurisdicional, ainda que decida em última instância, não está completamente solta e livre para tal tomada de decisão. Há constrições de ordem moral e técnica, como a existência de princípios – daí incluído também o papel das Cortes Constitucionais de serem garantidoras dos direitos fundamentais – e da própria concepção de um dever de coerência que deve ser observado ao julgamento de casos. Tais limitadores, contudo, apenas combatem o sintoma da fraqueza democrática, talvez mitigando os riscos democrático-civilizatórios de tal patologia. A raiz do problema, contudo, não é sanável via jurisdição. Ainda assim, a jurisdição, sobretudo a constitucional, sempre poderá exercer um importante e estratégico papel substancialista, de concretização de direitos.

A atuação do Poder Judiciário, em especial do STF, é um fator crucial no processo de maturação do país, equilibrando a busca por representatividade democrática com a proteção de direitos fundamentais, significando igualmente em uma latente disfunção assíncrona de expectativas de uma sociedade polarizada – o que não é exclusividade do Brasil.

Tal é o quadro da democracia e da *judicial review* no Brasil, que caminha a duras penas entre a libertação volitivo-democrática cada vez mais representativo-legitimada e a instrumental saída encontrada de uma representação argumentativa, iluminista e de vanguarda, que mesmo assim, oferece acertos em meio a tropeços. Desse modo, o Brasil ainda está amadurecendo, e, querendo ou não, o papel contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário, e primordialmente pelo STF, beneficia por um lado importante o processo de amadurecimento civilizatório, com a concretização de direitos fundamentais, e faz soprar ventos de uma ainda latente dependência patológico-emocional entre sociedade civil (jurisdicionados) e julgadores.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun, 2012.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF**. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.428/DF**. Min. Roberto Barroso. Brasília, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 668/DF, com apenso a ADPF 669/DF**. Min. Roberto Barroso. Brasília, 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça Eletrônico nº 111/2020**. De 29 abr. 2020. Brasília, 2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124306**. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 37.097/DF**. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Dossiê: SF na pandemia de COVID-19**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, pesquisas e Gestão da Informação, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n.º 1.309/SP**. Min. Dias Toffoli. Brasília, 2020f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.159.242/SP**. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2012.

DIXON, Rosalind. Argumento central a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade. **Revista direitos fundamentais e democracia**, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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



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

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE JR, William Nichol. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, p. 1479-1555, 1987.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PAULO, Lucas Moreschi. O constitucionalismo forte da América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 13, n. 2. p. 667-687, 2023. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8436>. Acesso em 01 nov. 2023.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 67-95, maio/ago. 2015.

KOERNER, Andrei. **Política e direito na Suprema Corte norte-americana**: debates teóricos e estudo de caso [livro eletrônico]. Ponta Grossa: UEPG, 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEBEL, Louis. La loi et le droit: la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois. **Les Cahiers de droit**, Quebec, v. 53, n. 1, p. 85–96, 2015. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2015-v56-n1-cd01734/1028956ar/>. Acesso em: 11 jul. 2022.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.



LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco”? **Revista direitos fundamentais e democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, jan./abr. 2019.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP. n. 58, p. 183-202, 2000.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TRIBE, Laurence; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On judicial review: Laurence H. Tribe, Jeremy Waldron, and Mark Tushnet debate. **Dissent**. v. 52, n. 3, p. 81-86, 2005.

WALDRON, Jeremy. A Majority in the Lifeboat. **Boston University Law Review**, v. 90, n. 2, p. 1043-1057, 2010.

WALDRON, Jeremy. How law protects dignity. **The Cambridge Law Journal**, v. 71, n. 1, p. 200-222, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.

RECEBIDO EM 02/10/2023
APROVADO EM 10/10/2023
RECEIVED IN 02/10/2023
APPROVED IN 10/10/2023