UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CESAR JACKSON GRISA JÚNIOR

A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO. UM DEBATE ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

São Leopoldo
2009

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

CESAR JACKSON GRISA JÚNIOR

A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO. UM DEBATE ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

São Leopoldo

2009

G869d Grisa Júnior, Cesar Jackson
A dignidade da legislação e a leitura moral da Constituição. Um debate acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito / por Cesar Jackson Grisa Júnior.- 2009.
111 f.; 30 cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.
"Orientação: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa".

1. Direito Constitucional. 2. Constituição. 3. Filosofia do Direito – Ronald Dworkin. 4. Filosofia do Direito – Jeremy Waldron. 5. Legislação – direitos constitucionais. 6. Legitimação do Poder Judiciário – atos legislativos. I. Lisboa, Wladimir Barreto (orient.). II. Título.

CDU: 342.4.038

Bibliotecária responsável: Grazieli de Andrade Pozo CRB 10/1552

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A dignidade da legislação e a leitura moral da constituição. Um debate acerca dos fundamentos do estado democrático de direito**", elaborada pelo mestrando **Cesar Jacson Grisa Júnior**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de agosto de 2009.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wladimir Barreto Lisboa Wladimir Barreto Lisboa

Membro: Dr. Elias Grossmann

Membro: Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Dedico este trabalho à minha esposa Daniella, pelo amor sempre e pelo incentivo dado para o enfrentamento desta jornada na busca inquieta de conhecimento, com o apoio total nos momentos de aula e de preparação da dissertação.

Dedico, também, à minha filha Marianna que, embora ainda não conheça, sei que já é, e sempre será, a maior realização da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não teria sido concluída sem a ajuda de várias pessoas. Dentre elas quero agradecer:

Ao prof. Wladimir, por ser um orientador interessado e sereno;

aos meus pais por sempre incentivarem o estudo e o conhecimento;

à Arlete pela imensurável ajuda na realização deste trabalho;

ao Vinicius pela ajuda logística na construção desta conquista.

RESUMO

A legitimação política de uma decisão tem como fundamento a escolha de um processo decisório que se entenda inserido no princípio democrático. O Brasil, como estado democrático de direito, está diante do questionamento da escolha do processo decisório e sua legitimidade, em especial na conformação do sistema político-partidário, através do qual se exerce a representação política. As duas teorias da filosofia do direito principais sobre a escolha de um processo legitimador são as que defendem os autores Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. A primeira defende a legitimação do Poder Judiciário para a revisão dos atos legislativos, que infrinjam direitos individuais morais e de minoria, denominada pelo autor de concepção constitucional de democracia. A segunda defende que a legislação é digna e o processo legislativo é legítimo para concretizar os ideais constitucionais. O Brasil vive o momento em que existe a confrontação dessas teorias, bem como dos Poderes políticos envolvidos na busca da legitimação do processo decisório mais democrático. As decisões do Supremo Tribunal Federal – STF – brasileiro, em especial na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade –ADI - n º 1351-4, abordam o questionamento sobre qual processo de decisão considera a democracia e qual o significado dos direitos das minorias. No trabalho, propõe-se o estudo do histórico dos poderes legislativo e judiciário nacionais, das teorias da filosofia do direito citadas, no que concerne à legitimação da escolha por um processo decisório democrático e a aplicação do caso ao Brasil na ADI 1351-4 do STF, a historicidade, tradição e formação de cada um dos poderes envolvidos, na busca de contribuir para o debate acadêmico sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:
Democracia. Direitos. Constituição. Legislação. Judiciário. Legitimação.

ABSTRACT

The political legitimacy of a decision has as a basis the choice of a decisiom procedure that respects the democratic principle. Brazil, as a constitutional democratic state, is stand in front of a challenge about the choice of a decision procedure and ists legitimacy, specially about the structure of the political parties system, through the ones the political representation is made. The two main theories of law philosophy about the choice of one legitimate decision process are the ones made by Ronald Dworkin and Jeremy Waldron. The Dworkin´s theory defends the Judicial Review of the legislative acts that doesn´t respect the individual moral rights and the minority rights, in what the author calls the constitutional conception of democracy. The Waldron´s theory defends the dignity of the legislation and that the legislative process is legitimate to choose the way to make concrete the constitutional values. Brazil is facing this debate between two ways of making Constitution concrete, and between the two political powers involved. The Brazilian Supreme Court (STF), decisions, in special in ADI 1351-4, faces the challenge of the debate about what the decision process is really democratic and what´s the meannig of the minority rights. This work propose the study of the two law philosophy theories in their part that debates about the legitimacy to choose a democractic decision process, and try to bring this study case to Brazil, its political powers history, tradition and formation, in a way to contribute with the academica debate abou the base of the constitucional democratic state.

Palavras-chave:
Democracy. Rights. Constitution. Legislation. Judicial. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **9**

2 A HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO BRASILEIROS 15

2.1 A FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A DECISÃO SOBRE O CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO 15

2.2 A HISTORICIDADE DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO 25

3 AS TEORIAS DO DIREITO DA REVISÃO JUDICIAL E DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO 39

3.1 A TEORIA POLÍTICA DA PREVALÊNCIA DA REVISÃO JUDICIAL 39

3.1.1 Dworkin e a premissa majoritária 40

3.1.2 A leitura moral da Constituição 47

3.1.3 A integridade como ideal político 50

3.1.4 Os direitos como um trunfo na teoria da prevalência da revisão judicial. 54

3.2 A TEORIA DE JEREMY WALDRON E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO 57

3.2.1 O desacordo sobre direitos e a legislação 58

3.2.2 A dignidade da legislação 61

3.2.3 Os requisitos para uma legislação digna 65

3.2.4 O princípio da decisão majoritária e o Poder Legislativo 72

3.2.5 A decisão majoritária e tirania 75

4 A ANÁLISE DA ADI 1351-4 - CLÁUSULA DE BARREIRA DOS PARTIDOS POLÍTICOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E OS ARGUMENTOS DA DECISÃO.....80

4.1 A DECISÃO DO STF NA ADI 1351-4 E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 82

4.2 A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO E A DECISÃO DO STF.....91

4.2.1 A “ditadura da maioria” 92

4.2.2 O uso do direito como trunfo na decisão do STF.....96

5 CONCLUSÃO 100

REFERÊNCIAS.....108

1 INTRODUÇÃO

Os regimes políticos democráticos constitucionais são o presente das sociedades ocidentais e o resultado de uma evolução do pensamento moderno que legou a Constituição como regradora do Estado, fundante do direito e da política, que culminaram no Estado Democrático de Direito.

Esse Estado, calcado no Direito e no jurídico, surgiu da necessidade de concretização das promessas sociais incompletas do estado do bem estar social (*welfare state).* Para esse mister, o Estado Democrático de Direito tem, na Constituição, o seu norte para transformar as vontade nela previstas em realidade, através do direito.

Essa função transformadora, como assinala Streck, consiste em que o polo de tensão passa para o Poder Judiciário ou Tribunais Constitucionais e limita, através das Consituições, o agir do legislador em prol dos direitos sociais e fundamentais. [1]

O Estado Democrático de Direito, como define Streck, representa, dinamicamente "a vontade constitucional de realização do Estado Social."[2]

Para ele:

> [...] no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico. [3]

Tem-se, então, que a Constituição e o seu realizar, ou sua intepretação democrática, deve levar em consideração a tentativa de concretização dos direitos nela previstos. O problema do presente trabalho surge da necessidade de se saber qual seria o poder político legitimado a concretizar e ditar essa vontade

[1] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 167**.**
[2] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.
[3] Ibid, p.39.

constitucional, bem como quais seriam as razões e as bases das teorias que debatem acerca dessa questão de forma específica, e se essas teorias se aplicam a questões de direitos de representação política, fundamentais ao funcionamento do processo democrático.

Optou-se por se abordar esse debate pela possibilidade que ele suscita de proporcionar um maior aprofundamento de duas teorias, que se confrontam na resposta à questão acima levantada, exatamente por ele proporcionar um maior aprofundamento das teorias, ao se opor argumentação igualmente abalizada às afirmações tecidas por uma e outra teoria do direito.

Para o presente trabalho, com objetivo de trazer o debate entre as teorias que defendem posições diferentes na busca da legitimação democrática na função de de interpretar a Constituição, serão expostos não apenas os escritos pertencentes a cada uma delas, mas também será abordado o debate acerca do apontamento do que se entende equivocado em cada uma delas, como parte da argumentação.

O debate escolhido para se expor as posições com o escopo de trazer contribuição à solução do problema posto é atual e intenso. Por isso, foram escolhidas as teorias do direito sobre a legitimação e fundamentação do Estado Democrático de Direito de dois autores específicos da filosofia do direito e da filosofia política, que debatem, de forma ampla e direta, as questões acerca da escolha democrática do processo de decisão sobre a intepretação constitucional, a saber, as de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

O primeiro autor, americano, professor de Direito e filosofia e de Teoria do Direito da *University College* de Londres, é mais conhecido e objeto de estudos do doutrinadores brasileiros, e é o defensor da leitura moral da Constituição como intepretação democrática, em sede de revisão judicial dos atos legislativos como meio de alcançar os valores constitucionais.

Em contrapartida, o professor Jeremy Waldron, neo-zelandês, estudioso da filosofia e do direito, sustenta a tese da diginidade da legislação e a de que a decisão majoritária, emanada da representação política, é a mais legítima na democracia, sendo um dos mais fortes debatedores de Dworkin na atualidade.

Os dois autores são incisivos oponentes um da teoria defendida pelo outro e autores de textos argumentativos que tratam do tema abordado.

Tratar-se-á, então, da teorização filosófica acerca da escolha política pelo processo decisório constitucional que melhor atende ao Estado Democrático de Direito, analisando os pontos mais importantes das teorias no aspecto específico, que interessa ao trabalho, o da legitimação política. Por isso, existe a necessidade de uma limitação da abordagem de aspectos téoricos não ligados diretamente ao debate específico. Desse modo, concentrar-se-á a análise aos pontos controvertidos entre os dois autores com escopo de que a discussão enriqueça o conhecimento das respectivas teorias.

A abordagem e análise da discussão quer-se enriquecedora, pois nela expõe-se não só os argumento concatenados e isolados do arcabouço teórico de cada autor, mas as críticas respectivas.

Com o objetivo de situar a aplicação dessas teorias da escolha e valoração política, far-se-á, no primeiro capítulo, uma breve análise histórica da formação social dos poderes políticos envolvidos no debate, trazendo a questão sobre a legitimação dos Poderes Legislativo e Judiciário para o Brasil, e sua realidade histórica, bem como desses e sua ligação com o ideal democrático da sociedade brasileira.

Aqui, deve-se salientar que, embora o debate abordado se dê no sistema da *common law*, as argumentações e construções dos mencionados autores não estão afetas exclusivamente ao sistema dos países da *common law.* Tratando-se de um problema estudado na filosofia e na teoria do direito, visto que o sistema jurídico positivado de funcionamento efetivo não é essencial à discussão. Isso ocorre porque se trata de uma abordagem da escolha de um processo decisório mais democrático no Estado Democrático de Direito, desimportando, no caso concreto, se ele é de *common law* ou *civil law.*

Tratar-se-á, então, no segundo capítulo, da teorização filosófica acerca da escolha política pelo processo decisório constitucional que melhor atende à democracia, analisando os pontos mais importantes das teorias no aspecto

específico, que interessa ao trabalho, o da legitimação política. Por isso, existe a necessidade de uma limitação da abordagem de aspectos téoricos não ligados diretamente ao debate específico. Desse modo, concentrar-se-á a análise aos pontos controvertidos entre os dois autores com escopo de que a discussão enriqueça o conhecimento das respectivas teorias.

Esse corte necessário ao estudo faz-se com a escolha dos pontos de maior embate entre os autores escolhidos, dos quais se destaca o da consideração em relação aos direitos trazidos na Constituição. É um debate filosófico acerca da maneira com que cada uma das teorias vê o direito dos indivíduos ser considerado na busca da intepretação constitucional.

Para isso, analisar-se-ão os pontos que defendem a revisão judicial dos atos legislativos segundo a teoria de Dworkin: a leitura moral da Constituição, a não-aceitação da premissa majoritária nas ocasiões em que ela inviabilize determinados direitos morais dos indivíduos, o direito como integridade e os direitos como trunfo.

Na teoria de Waldron, na busca da caracterização da dignidade da legislação, abordar-se-ão os pontos principais do debate: a teoria do desacordo sobre direitos, a defesa da dignidade da legislação e o estudo dos seus requisitos, a ligação da decisão majoritária com o consentimento e a não aceitação da alegada “tirania da maioria”.

Nessa análise, abordar-se-á a questão da crescente denominada “judicialização da política” no Brasil, como base para a discussão sobre a legitimidade de cada poder político nacional.[4] Para exemplificar e demonstrar a riqueza do debate sobre um caso concreto, escolheu-se analisar a questão da legitimidade também na abordagem de uma decisão sobre valores políticos constitucionais, emanada do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1351-4, em que foi atacada a constitucionalidade do artigo 13 da lei federal 9.096/95, que previu a restrição de funcionamento parlamentar de partidos políticos, relacionando–a a uma cláusula de desempenho mínimo, a qual deveriam atingir as agremiações políticas para que

[4] VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

pudessem ter funcionamento parlamentar e perceberem recursos do fundo partidário.[5] [6] [7]

Com o estudo da decisão do STF na ADI 1351-4, no terceiro capítulo, usa-se do caso concreto para que se demonstre o uso das teorias expostas no segundo capítulo. Para isso, extrair-se-ão da decisão os pontos mais importantes da controvérsia constitucional acerca dos direitos questionados na ação. Existem pontos da decisão do STF que se amoldam às teorias estudadas e que servem para uma análise concreta do uso das teorias expostas no capítulo segundo, como é o caso das questões abordadas da "ditadura da maioria" e da defesa das minorias, por exemplo. [8]

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo contribuir para o debate acadêmico sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao fazer uma análise dos aspectos históricos concretos dos poderes Legislativo e Judiciário brasileiros, e da exposição dos fundamentos teóricos e filosóficos, objeto de debate intenso e profundo sobre as raízes da legitimação da interpretação constitucional, finalizando com a abordagem de um caso concreto da Corte maior do Judiciário nacional, utilizando-se das teorias fundantes debatidas.

Esse cotejamento entre fundamentação histórica, teórica e concreta é que se quer trazer para o enriquecimento do debate acadêmico.

Finalmente, deve-se registrar que não se designa, neste trabalho, os dois autores como "procedimentalistas" e "substancialistas", pois não se acredita ser uma chave de leitura adequada para caracterizar o debate entre os pontos das teorias do

---

[5] BRASIL. Presidência da República. **Lei n 9.096/95**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasiília 19 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l9096.htm.> . Acesso em 12 ago. 2009.

[6] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição.htm.> Acesso em 15 mar 2008. Vide art.17, §3º da Constituição Federal na nota 11.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comuinista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009, p. 142.

direito abordados, bem como não fazem parte do enfrentamento das ideias ou são utilizadas pelos autores.

Assim, dado o seu teor ligado, intrinsecamente, à análise da escolha política legítima para a interpretação da constituição, este trabalho está vinculado à linha de pesquisa número um do Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, que tem como seu objeto “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”.

2 A HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO BRASILEIROS

A exposição de teorias do direito, escolhidas com a finalidade de trabalhar sobre a legitimidade política de cada uma, na medida em que sustentam a escolha de um dos poderes políticos estudados, para, democraticamente, ser o decisor do sentido e da forma de concretização da Constituição, exige que se situe a realidade brasileira contemporânea e a discussão atual sobre a judicialização da política no Estado Democrático de Direito.

Também faz-se necessária a análise das raízes dos dois poderes políticos abordados no trabalho, a saber, o Judiciário e o Legislativo. Por isso, nesse primeiro capítulo, pretende-se expor a discussão brasileira existente sobre a escolha do processo de decisão democrático-constitucional, bem como as premissas sobre a base cultural e histórica dos poderes Legislativo e Judiciário do Brasil, como meio de informar as exposições e conclusões no decorrer do trabalho.

Quando se estuda a legitimação, é necessária uma análise mínima da história e da formação dos poderes em questão.

Escolheu-se a abordagem da formação do Judiciário brasileiro e a história do Poder Legislativo como representante da população. Por fim, de forma breve, faz-se menção ao fenômeno da judicialização da política no Brasil, a fim de situar a abordagem, no último capítulo, da decisão do STF na ADI 1351-4.

2.1 A FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A DECISÃO SOBRE O CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO

O pensar e o agir da jurisdição como Poder Judiciário e como corporação magistratura é um dado histórico quase sem mutação no tempo no Brasil, e que,

atualmente, perpetua-se pelo agir dos tribunais. Esse dado histórico é de suma importância para se buscar o entendimento da legitimação pelas teorias abordadas.

É fato que a sociedade democrática, cada vez mais, busca o Poder Judiciário, agigantando-o com pedidos de decisões de toda a natureza, sendo que a discussão sobre o consitucionalismo, e o que dita afinal a Constituição Federal e a repercussão dessa função, traz à baila a discussão sobre sua formação como poder e natureza tecnoburocrata, o que lhe põe diante de uma teorização acerca da valoração da sua legitimidade em face do poder legislativo.

A Teoria da Separação dos Poderes, tal qual classicamente posta, chega até nós pela exposição de Monstequieu e é ainda hoje uma espécie de mito do Estado Liberal, prevista no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dizendo que "*qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição*". [9]

À Época em que surgiu a ideia e a sua formatação - necessária ao Estado Liberal emergente - a doutrina da separação dos poderes era tida como essencial, dominante e se pretendia fazer eterna.

Como dado histórico, a separação enunciada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, derivada dos escritos de Montesquieu, era a que previa os poderes executivo das coisas dos direitos das gentes, o executivo das coisas que dependem do direito civil e o legislativo. O último seria incumbido de fazer as leis, o primeiro seria o garantidor da segurança e o segundo seria o que julgaria as querelas e puniria os crimes[10].

Ainda não existia o nome Judiciário, mas havia claro que um dos poderes estaria incumbido do julgamento das querelas.

A jurisdição dos modernos da então Europa Ocidental do século XVIII derivava de uma elite nobre, que era nomeada pela sua ascendência e pertença à classe dominante.

---

[9] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225 e ss.

[10] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro 9, Cap. 6.

Com o advento da monarquia constitucional e o ideal revolucionário de limitar o poder dos nobres juízes em prol de um parlamento - órgão legislativo - os pensadores e os políticos da época agiram com a finalidade de garantir o avanço da separação dos poderes e evitar o controle do governo pelos nobres através do judiciário.

Para isso, a jurisdição seria para Montesquieu a “boca da lei”. O legislador faria a lei e ao judiciário incumbiria cumpri-la, torná-la efetiva, não podendo discuti-la ou criar norma através de jurisprudência ou outra fonte de direito. Essa era a justiça derivada da Revolução Francesa e do racionalismo iluminista do século XVIII, originada na Europa Ocidental. A França, passados poucos anos da revolução, implantou a codificação das leis, modelo que acabou por chegar ao Brasil nas décadas seguintes.

Conforme estudo histórico sobre o Direito no Brasil antes da Independência, feito por Lênio Streck, o Poder Judiciário da colônia era moldado no direito português.[11]

No período das capitanias hereditárias, vigia o direito foraleiro, em que o donatário das terras tinha poderes de nomear ouvidor e outros oficiais de justiça, necessários ao exercício de seus poderes de alçada civil e criminal, sendo criado verdadeiro sistema judicial local, regido pelo donatário.[12]

Após esse período, a metrópole, vigilante sobre as riquezas do país e da necessidade controle sobre elas, D. João III entendeu por centralizar o governo no Brasil, em que o cargo criado pelo Rei de ouvidor–mor tinha o dever de julgar as querelas fazendárias e de justiça nas capitanias, com a previsão de recurso a Lisboa.[13]

Assim como no Legislativo, o Judiciário de 1549, quando houve a chegada de um ouvidor-geral, era composto de um estrutura municipalizada, dominada pelos

---

[11] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 387.
[12] Ibid, p.388.
[13] Ibid, p.391-392.

donatários das capitanias. A função desse ouvidor–geral era de ser a alçada superior a garantir o julgamento final de forma centralizada.[14]

Essa dicotomia entre controle da coroa e da justiça pulverizada continuou por várias décadas, sendo que, ao final do século XVI, a centralização das decisões judiciais no cargo de ouvidor-geral era a regra.[15]

Essa estrutura manteve-se até o advento das ordenações Filipinas e, em 1605, o Rei Filipe ordenou que se implantasse uma Corte de Relação no Brasil, que funcionou em uma primeira fase até 1626, data em que foi abolida pelos seus altos gastos e desagrado da coroa, tendo retornado o sistema de ouvidoria-geral. [16]

Após isso, em 1652, retornou-se ao sistema da Corte de Relação, sendo que ele permaneceu como padrão no Brasil pelo duzentos anos que seguiram.[17]

Passando ao estudo do Brasil independente, e conforme importante trabalho histórico brasileiro feito por José Murilo de Carvalho, destaca-se o fato da elite imperial do Brasil, no século XIX, ser composta, primordialmente, pelos magistrados, que eram formados, necessariamente, na Faculdade de Direito de Coimbra, em Portugal. [18]

Os magistrados brasileiros do século XIX tinham a tarefa de formar o estado brasileiro da época, posto que traziam um compromisso racionalista, prático - dito científico - e intelectual com o estatismo, ou seja, com o Estado brasileiro. Isso criou a classe que detinha o conhecimento de leis, de seu fazimento e, por isso, estavam aptos, tecnicamente, a liderar com a construção do estado brasileiro, que surgia no começo daquele século.

Esta parcela da população era considerada superior pelos outros atores da construção do Estado nacional (parlamentares, políticos, empreendedores e grandes produtores rurais), já que aquela detinha o conhecimento técnico-jurídico, que seria necessário à criação da ordem.

---

[14] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 393.
[15] Ibid, p.394.
[16] Ibid, p.400.
[17] Ibid, p. 401.
[18] CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem.** a elite política imperial. 1. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro 2003, p. 83 -105.

Houve, também, o início de uma tradição uterina de superioridade técnica, bem como de um distanciamento dos fatos do cotidiano que era gerado pelo mesmo motivo, pela própria formatação da sociedade não-democrática e dividida em estamentos do período.

Segundo o mesmo José Murilo Carvalho[19] – os magistrados, sozinhos, ocuparam, de 1822 a 1889, no Brasil, em média, cerca de vinte e sete por cento dos ministérios do estado imperial. Ou seja, quase um terço dos ministérios eram ocupados por juízes, enquanto outras profissões e ocupações não chegavam nem perto deste percentual individualmente.

No que se refere ao Senado do Império, esse percentual era ainda maior: cerca de 36% era ocupado, no mesmo período, por magistrados. Isso denota que a jurisdição brasileira sempre esteve ligada diretamente com o poder e com a criação do Estado, podendo-se dizer que esteve presa à criação e à manutenção da ordem porque havia se criado uma cultura, cuja formação técnica superior a credenciava para tanto.

A técnica dominante à época era única e, por isso, entendia-se que detinham o conhecimento para a criação do estado e vocação para ser elite desse mesmo estado. A função de verdadeiros formadores do Estado brasileiro imperial criou uma ligação muito forte de cunho estatista entre a magistratura, a burocracia, a tecnocracia e a ordem estabelecida.

O mesmo autor acima citado deixa claro que essa qualidade de elite formadora do estado era função da magistratura e não dos bacharéis em direito e dos advogados. Cita o autor que os advogados não tinham essa mesma ligação intrínseca com o estatismo e, por consequência, desvinculavam-se da burocracia estatal. [20]

Esses dados históricos demonstram a ligação da jurisdição brasileira com o poder e com o estatismo desde o seu surgimento, de forma a condicionar o seu

---

[19] CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem:** a elite política imperial. 1. ed**.** Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, p.106.

[20] Ibid, p. 89.

pensamento e as suas ações às do Estado, que estão ligadas à manutenção da ordem destinada à manutenção do *status quo* .

A manutenção do *status quo* de elite é sedutora, sem dúvida, mas não pode permanecer em tempos de pós-modernidade e diante de uma realidade social necessariamente democrática e plural. A jurisdição do século XIX não pode em nada ser admitida nessa sociedade.

O professor Ovídio Baptista da Silva[21] ensina que:

> Uma das peculiaridades mais notáveis de nossa formação é o divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais e reproduzidos pela cátedra universitária, em última análise, a separação entre o direito dos grandes sistemas téoricos e aquele dos práticos forenses.

As alterações na busca de uma jurisdição constitucional efetiva devem começar pela formação dos magistrados e por sua legitimação democrática.

A legitimação da magistratura brasileira é meramente burocrática e baseada na forma tecnocrata e meritocrata, criada historicamente, com a participação dela mesma, como visto.

Se não bastasse a desigualdade social do Brasil, o acesso de parcela mínima ao ensino superior, o ensino normativista das faculdades de direito, proliferadas sem controle por todo o país, ironicamente, a escolha de um magistrado dá-se por quem marcar mais “X” na letra tecnicamente considerada certa, alcançando, dessa forma, a jurisdição. Deve-se citar, ainda, que os membros do mais alto tribunal nacional, o Supremo Tribunal Federal – STF, são nomeados pelo Presidente da República.

São provas de concurso em que o objeto é fora da realidade de alguém que deve alcançar a justiça aos cidadãos de todas as classes em uma sociedade que, além de não ser a ideal, é plural e democrática, desimportando aqui as discussões em torno do grau de avanço democrático material brasileiro.

Existe a necessidade de que a escolha dos juízes seja mais democrática e que, ao, menos tenha uma exigência multidisciplinar. A simples aprovação em

---

[21] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

provas de concurso não traz a legitimidade democrática necessária à função, já que somente reforça e incentiva a formação da jurisdição comprometida com a auto-referência como elite de conhecimento jurídico.

Boaventura de Sousa Santos, em ensaio sobre a formação de juízes em Portugal, faz críticas perfeitamente passíveis de serem emitidas em relação ao Brasil:

> É necessário criar um modelo de formação que possa, na prática e não apenas na lei, substituir a cultura corporativa, normativista e técnico-burocrática – que habita as nossas magistraturas e, em geral, o sistema judicial – por uma nova cultura judiciária em que a justiça esteja ao serviço da coesão social e do aprofundamento democrático. [22]

O mesmo autor segue expondo o seu entendimento de que os integrantes da jurisdição não podem estar desconectados da sociedade, tampouco poderem estar ao largo de outras áreas de estudo, como a sociologia, a filosofia, defendendo que esses ramos de estudo e de pensamento sejam partes necessárias da formação de um magistrado.

A previsão de uma formação mais longa, em que haja estágios de conhecimento em várias áreas e em que se force o futuro magistrado a ter conhecimento de como funciona o cotidiano do cidadão, dos advogados, do membros do Ministério Público, do Estado e dos outros operadores do direito, é uma maneira de democratizar a formação dos magistrados.

Se não é a solução definitiva, serviria para demonstrar que a jurisdição tem compromisso forte com os ideiais sempre não-concretos do direito e da justiça, conceitos que não necessariamente estão inseridos na norma.

Boaventura de Souza Santos, no mesmo estudo já citado, exige que a formação dos magistrados portugueses tenha uma orientação sociológica:

> Os candidatos a magistrados têm que conhecer melhor a sociedade em que vão desempenhar a suas funções. Daí a que os estágios não devam ser circunscritos aos tribunais. Devem incluir escritórios de advocacia, prisões,

---

[22] SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. **A formação dos magistrados em Portugal. Que renovação?** Revista Dourtrina, TRF 4ª Região. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao012/boaventura.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

> esquadras de polícias, organismos públicos, empresas, sindicatos, organizações não-governamentais, etc. [23]

O mesmo jurista sugere seis princípios para uma nova formação na jurisdição, mais democrática e com maior apego a princípios éticos e deontológicos dos quais se destaca o seguinte:

> O sexto e último princípio rejeita a reprodução de uma cultura técnico-burocrática e defende que os contéudos de formação devem privilegiar o desenvolvimento nos magistrados de uma cultura de cidadania. A construção dessa nova cultura de cidadania obrigará a profundas alterações na organização e nos conteúdos da formação e pressupõe uma grande disponibilidade para elas por parte das magistraturas. [24]

No Estado contemporâneo ocidental, mormente no Brasil atual, o poder judiciário cresce na sua função de julgar, assumindo uma função cada vez mais política com a judicialização da sociedade, das políticas públicas, aliando-as à descrença e ao distanciamento da população do mecanismo político-legilsativo.

Esse fato faz emergir a judicialização e a processualização da vida na sociedade e não apenas com a atuação cada vez mais política do Poder Judiciário na interpretação constitucional e às decisões públicas, mas também a maior intervenção da jurisdição, através do processo, na definição dos direitos dos cidadãos.

Muito se ouve de que o Poder Judiciário não pode ser político, mas deve ser técnico. Ora, fazer escolhas de como aplicar texto normativo, levando em consideração toda uma estrutura social, histórica, conjuntural e, por que não, política, é estar participando da última.

O Judiciário é político, sim, e, como ensina Ovídio Baptista, deve atentar no exercício da jurisdição à parcela volitiva do ato de julgar, sendo, com isso, mais

---

[23] SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. **A formação dos magistrados em Portugal. Que renovação?** Revista Dourtrina, TRF 4ª Região. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao012/boaventura.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

[24] Ibid.

político na sua atuação, entendida a política como a participação na vida real democrática e na definição dos direitos das pessoas. [25]

A visão sobre a formação do Poder Judiciário brasileiro traz uma informação necessária para se perquirir da sua legitimidade na disputa com o legislativo para ser o foro de interpretação e concretização da constituição democrática brasileira.

Tais fatos do cotidiano fazem com que se reconheça, no Brasil, a procura cada vez maior do Poder Judiciário na concretização dos direitos previstos na Constituição.

A atual Constituição brasileira tem vários mecanismos de provocação judicial com a finalidade de sanar ilegalidade e arbitrariedades contra a pessoa, e contém, inclusive, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - para atacar os atos normativos que infrinjam a Constituição de forma concentrada e em abstrato.[26]

A primeira Constituição nacional, a outorgada do Império, de 1824, não tinha previsão de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, posto que, dada a sua natureza de outorga, tinha compromisso com o Poder Moderador do Imperador.[27]

A ADI somou-se ao controle difuso e concreto da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, existente desde a Constituição de 1891, mas que, para valer contra todos, tinha a necessidade, desde a Constituição de 1934, de que o Senado Federal chancelasse a decisão. Esse molde do controle difuso permanece até hoje.[28] [29]

A ADI permite o ataque direito a uma lei que viole os valores constitucionais. A primeira vez que uma Carta Magna brasileira previu o instituto foi na de 1934, com

---

[25] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **op. cit.** p. 92.

[26] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição.htm.> Acesso em 12 ago 2009.

[27] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 408

[28] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

[29] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 438.

a previsão de uma representação interventiva.[30] Entretanto, a ADI, como se conhece hoje, passados os anos de ditadura, foi uma das conquistas da Constituição de 1988.

Desde então, seu uso é crescente, o que se convencionou chamar de um processo de "judicialização da política". Ensina Luiz Werneck Vianna:

> O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberando, resulta, como se viu ao final da introdução, de se ter adotado o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis com a intermediação de uma "comunidade de intérpretes", e não como em outros casos nacionais, de assunção de novos papéis por parte de antigas instituições. [31]

A atuação do Poder Judiciário nas ADIs somou mais de 4000 ações diante do STFl, desde sua previsão em 1988.[32]

Essa busca, através de ADIs pela definição dos direitos previstos constitucionamente, é acompanhada por milhões de processos judiciais intentados por cidadãos que buscam em concreto a definição desses mesmos direitos.

O acesso à justiça brasileira, na busca de que ela decida com base no paradigma instaurado pela Constituição de 1988, faz surgir questionamentos sobre a eventual crise que daí possa aparecer. Isso ocorre porque o paradigma traz uma nova função ao poder e novo direito a ser aplicado, e exige que essa aplicação seja bem feita.[33]

Trata-se da discussão mais atual sobre a legitimação e preparação do Poder Judiciário brasileiro, que serve, também, como pano de fundo na análise das teorias a serem expostas no próximo capítulo.

---

[30] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.
[31] VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.
[32] Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br . Acesso em 12 ago. 2009.
[33] FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso a justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.17.

2.2 A HISTORICIDADE DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

O Brasil, historicamente, está ligado ao sistema representativo desde antes da Independência. O país tem, portanto, uma base social sólida a criar uma estrutura que deve recepcionar a representação e, consequentemente, a legislação.

O Brasil colônia, desde o sistema das capitanias hereditárias, adotadas por Dom João III, já detinha instituições representativas, posto que, naquele sistema, aos donatários era reconhecido o direito de elevar o status de vilas e promover eleições para os conselhos destas. A primeira eleição para um corpo representativo no Brasil ocorreu em 1532, em São Vicente, São Paulo. [34]

Esses conselhos foram o embrião das atuais câmaras municipais que, à época, tinham, na composição, um juiz presidente vitalício e vereadores eleitos, todavia não refletia, na verdade, uma organização política específica e, como salienta Oliveira Vianna, não se tratavam as vilas de *urbis*, mas de área meramente rural e desconectada, de grande extensão de terra, "um conjunto desconexo de nódulos políticos, ou melhor, verdadeiros corpúsculos de Estado". A eleição era direta e aberta, sem qualificação específica. [35]

Essa representação incipiente poderia ser mera forma de detenção de poder, mas formalmente refletia uma forma institucionalizada de parlamento, ou como define José Mendonça Filho, "toda a forma de consulta eleitoral à população constitui um indício de democracia" [36].

Àquela época, entretanto, seria melhor falar em indício de representação e não de democracia, posto que as qualificações e as restrições ao voto não eram previstas em ordenamento específico.

A partir de 1603, com a vigência das Ordenações Filipinas, houve pequena mudança. A eleição para os conselhos passou a ser indireta, feita através de delegados em dois turnos e o mandato passou a ser trienal. Além disso, as funções,

---

[34] RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral.** 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998. P.35.
[35] VIANNA, Franciso José de. Apud RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral.** 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 34.
[36] Ibid, p. 38.

dentro dos conselhos, passaram a ser definidas, ou seja, os eleitos teriam funções específicas pré definidas e, na sua maioria, executivas, tais quais administrativas, fazendárias, etc.

As câmaras municipais e as estruturas de assembleia que as antecederam sempre tiveram destacado papel na política desde a fase colonial brasileira, pois se tratavam dos únicos foros políticos existentes à época e, à medida em que crescia a urbanização e a população, adquiriam maior importância e relevo.

Por dois séculos, as formas de representação permaneceram quase inalteradas, sendo que as principais mudanças advieram da transformação do Brasil na sede do reinado da coroa portuguesa em 1808.

Com o status da colônia alçado à metrópole, surgia a necessidade de que houvesse a participação dos moradores do Brasil nas decisões da realeza, aí, sim, já na forma de representação com critérios mais específicos, com direitos políticos ativos para poucos e com base em lei portuguesa.

Assim, as primeiras eleições de participação nas decisões da corte real dos colonizadores surgiram em 1821, com a eleição de representantes brasileiros para serem deputados junto à corte em Lisboa.

Nessa mesma passagem, ocorreu o levante das câmaras municipais do Rio de Janeiro, São Paulo e Magé que, diante da ordem de retorno do príncipe regente Dom Pedro I, após discurso de José Clemente Pereira, e na iminência da recolonização do Brasil , rebelaram-se e protestaram de forma a contribuírem para a famosa frase de Dom Pedro I no dia do fico.

Em 1822, por pressão das Câmaras municipais, Dom Pedro expediu, em 3 de junho, o decreto convocatório da “Assembléia Constituinte Luso-Brasiliense” e, nove dias depois, José Bonifácio fez publicar as instruções para a eleição de cem deputados da Assembleia-Geral Constituinte do Brasil”, através do sistema indireto, em que os eleitores dos deputados eram escolhidos pela população habilitada nas freguesias.

Era a primeira lei nacional brasileira a ser aplicada às eleições e que foi assinada pelo príncipe regente em 3 de janeiro de 1822. Os representantes não só seriam um corpo legislativo, mas constituinte, o que seria uma base para a monarquia constitucional alçada pelos representantes eleitos sem nenhuma ligação com a população. [37]

A Constituinte eleita acabou dissolvida por um Decreto de Dom Pedro I em novembro de 1823 - quando o Brasil já era independente - já que o caminho trilhado pelos constituintes desagradava ao imperador. [38]

No ano seguinte, 1824, o então Imperador do Brasil outorgou a primeira Constituição brasileira.

O Brasil constitucional, desde a Carta imperial de 1824, já adotou vários sistemas político-eleitorais representativos em suas constituições seguintes.

Na Constituição de 1824, em seu artigo 14, constava que o Poder Legislativo seria exercido pela Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. A eleição desses representantes era indireta, com voto em dois graus e censitário, enquanto os mandatos da câmara eram temporários e os do senado, vitalícios. [39]

Os artigos 90 a 97 da Constituição de 1824 regravam as eleições para a Câmara dos Deputados e para o Senado. A habilitação para o cargo de deputado, por exemplo, exigia a profissão da fé católica e a de senador, idade mínima de quarenta anos (o que, para a época, era quase o limite de vida médio) e renda mínima comprovada de oitocentos mil réis anuais.

A Constituição imperial também determinou que todas as cidades e vilas tivessem câmaras com representantes eletivos e com função legislativa de governo.

---

[37] FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998, p.364, v. 1.

[38] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 89.

[39] BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil:** de 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição24.htm>. Acesso em 12 ago. 2009. "Art. 14. A Assembléia Geral compõe-se de duas Câmaras: Câmara de Deputados, e Câmara de Senadores, ou Senado"

Assim, a Constituição imperial estatuiu, pela primeira vez, o sistema político eleitoral representativo-legislativo, que, em nível nacional, dava-se em dois graus, de forma indireta, censitária, qualificada e restrita.

Durante o império, surgiram os partidos políticos no ano de 1837, depois foi feita profunda reforma eleitoral em 1881, através da lei Saraiva, que criou o alistamento eleitoral obrigatório, ligado aos juízos municipais, bem como autorizando o voto dos analfabetos.

A Constituição de 1824 era o retrato do poder pessoalizado do imperador e o sistema eleitoral era o mais restrito já visto no Brasil, mais até do que os das eleições para os representantes junto à Corte em Lisboa de 1821, e muito mais do que as das vilas do século XVI, em que o voto era livre.

O Brasil havia chegado ao ápice da concentração de poder político e, concomitante a esse fato, chegava-se, também, historicamente, com a modernidade, à necessária tomada da política como instrumento do poder.

Na Monarquia, a representação tinha pouca influência na fundamentação do poder de governo, que era, em última análise, do soberano e não da população, derivava de sua descendência e da divindade de sua ligação com a Igreja.

A Constituição republicana foi a primeira grande ruptura institucional da história brasileira, quando a monarquia foi substituída pela república, que veio a alterar a forma de governo e a forma de fundamentação do poder. O Poder deixava de ser pessoal e transferido pelo sangue, uma vez que, pela letra da Constituição, passava a derivar do sistema político representativo.

A representação era, pela primeira vez, alçada a fundamento constitucional exclusivo daqueles que exerciam o poder em cargos eletivos e o legislativo passava a ter o poder de fazer as leis sem a figura do Imperador a dar a última palavra.

As eleições para presidente e vice eram diretas, com voto aberto e de valor idêntico para todos. Podia votar o nacional do sexo masculino, maior de 21 anos, alfabetizado que não fosse mendigo, praça militar ou religioso[40].

Não havia mais o censitarismo como condição de elegibilidade, que se restringia a qualidades ligadas à naturalidade, à idade e ao alistamento eleitoral. Os cargos eletivos tinham eleições periódicas e era vedada a reeleição do Presidente da República.

A Constituição republicana de 1891 foi um marco na história da representação política brasileira, pois aboliu a eleição indireta, o voto ou a qualificação censitarizada. Entretanto, deixava para a lei a fixação do número de representantes dos estados na Câmara dos Deputados (exigindo o mínimo de quatro por estado, não podendo exceder um para cada setenta mil habitantes) e fixando os de senadores em três por unidade da federação.

Todavia, a prática eleitoral da república que se instaurou foi um verdadeiro desastre, porquanto manteve a estrutura oligárquia típica do país rural que era o Brasil, fomentando o clientelismo e a criação do coronelismo, o que se refletiu no legislativo da época. [41]

As eleições do período eram sistematicamente fraudadas pela coerção dos votantes e pela força oligárquica dos estados de Minas Gerais e de São Paulo. A Constituição, embora formalmente inovadora, foi, sistematicamente, relegada ao desuso, mantendo-se estruturas paralelas que não representavam a sociedade, mas a vontade dos donos do poder. Essa estrutura eleitoral viciada na prática, autorizada pelo voto aberto e pela força das oligarquias, manteve-se até a tomada do poder por Getúlio Vargas, em 1930.

A próxima constituição foi a Carta de 1934, que deixa claro, em seu artigo segundo, que o poder emana do povo e é exercido através de seus representantes eleitos.

---

[40] BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados unidos do Brasil:** de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição91.htm>. Acesso em 12 ago. 2009. Artigos 70 e 71 da Constituição de 1891.

[41] RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral.** 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 34.

A Constituição tinha a marca do trabalhismo de Getúlio Vargas, foi criada a deputação das profissões, com legislativo com representantes não eleitos pelo povo, mas por classe de trabalhadores, criando uma formatação de representação única na história do Brasil.[42]

Houve, ainda, a estipulação de categorias de trabalhadores, consitucionalmente reconhecidas, a fim de que elegessem representantes para o Legislativo. Tudo isso estava previsto nos textos expresso dos artigos 23 e 24 daquela Carta.[43]

Outra novidade trazida pela nova ordem foi a instituição da Justiça Eleitoral, dotada de poderes exclusivos de organização das eleições em todos os níveis, federal , estadual e municipal. Foi, em suma, a federalização das eleições através de

---

[42] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p.319.

[43] BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: de 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição34.htm>.Acesso em 10 ago 2008.

Art 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

§ 1º - O número dos Deputados será fixado por lei: os do povo, proporcionalmente à população de cada Estado e do Distrito Federal, não podendo exceder de um por 150 mil habitantes até o máximo de vinte, e deste limite para cima, de um por 250 mil habitantes; os das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular. Os Territórios elegerão dois Deputados.

§ 2º - O Tribunal Superior de Justiça Eleitoral determinará com a necessária antecedência e de acordo com os últimos cômputos oficiais da população, o número de Deputados do povo que devem ser eleitos em cada um dos Estados e no Distrito Federal.

§ 3º - Os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

§ 4º - O total dos Deputados das três primeiras categorias será no mínimo de seis sétimos da representação profissional, distribuídos igualmente entre elas, dividindo-se cada uma em círculos correspondentes ao número de Deputados que lhe caiba, dividido por dois, a fim de garantir a representação igual de empregados e de empregadores. O número de círculos da quarta categoria corresponderá ao dos seus Deputados.

§ 5º - Excetuada a quarta categoria, haverá em cada círculo profissional dois grupos eleitorais distintos: um, das associações de empregadores, outro, das associações de empregados.

§ 6º - Os grupos serão constituídos de delegados das associações, eleitos mediante sufrágio secreto, igual e indireto por graus sucessivos.

§ 7º - Na discriminação dos círculos, a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País.

§ 8º - Ninguém poderá exercer o direito de voto em mais de uma associação profissional.

§ 9º - Nas eleições realizadas em tais associações não votarão os estrangeiros.

Art 24 - São elegíveis para a Câmara dos Deputados os brasileiros natos, alistados eleitores e maiores de 25 anos; os representantes das profissões deverão, ainda, pertencer a uma associação compreendida na classe e grupo que os elegerem.

uma justiça única em todo o país, que tinha como escopo acabar com as fraudes corriqueiras nos estados e padronizar as regras e as aplicações das eleições.

O grande salto dessa Lei Maior, todavia, foi a previsão do voto feminino de forma universal e pela primeira vez. Trata-se de um salto representativo gigantesco na história brasileira. A Constituição também reduziu a idade mínima de alistamento para 18 anos e tornou o voto obrigatório, conforme os artigos 108 e 109.[44]

Foi uma Constituição de êfemera duração, prevaleceu por somente três anos e que nunca passou pelo crivo de um processo eletivo, mas deixou, pelo menos, três legados para o futuro: a instituição do voto feminino, a obrigatoriedade do voto e a criação da Justiça Eleitoral.

Uma grave ruptura nas instituições políticas representativa e legislativa advém da Constituição seguinte, outorgada em 1937. Era uma Carta autoritária, que concentrava poder na mão do Presidente, extinguia o Senado, criava um Parlamento Nacional em substituição ao Congresso Nacional, extinguia a Justiça Eleitoral, autorizava o Presidente a governar por Decretos-lei e extinguia os partidos políticos, em total detrimento da atividade legislativa e da representação democrática. [45]

Era o fim da representação popular, que fora - ao menos - formalizada nas Constituições anteriores.

As eleições para a Câmara dos Deputados passavam a ser indiretas, efetivadas pelos vereadores municipais e mais dez eleitores por cidade, escolhidos pelos próprios edis, em um clara demonstração de ausência de representatividade popular.

A Lei Maior fixava uma proporcionalidade entre o mínimo de três e o máximo de dez deputados por estado, criando evidentes e graves distorções. A outra casa

---

[44] BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: de 16 de julho de 1934. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição34.htm>.Acesso em 10 ago 2008.

[45] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p.340.

legislativa do Parlamento era a do chamado Conselho Federal, com representantes eleitos pelas assembleias legislativas estaduais e nomeados pelo Presidente[46].

A Constituição de 1937 era o retrato do Estado Novo como ditadura pessoalizada e acabou por soterrar, por oito anos, a democracia e os avanços na área eleitoral por esse período. Getúlio Vargas sempre entendeu os partidos políticos como fatores pertubadores da ordem, como salienta Bonavides, e a Carta, feita à sua vontade, não poderia deixar de acabar com essa instituição. [47]

O retrocesso evidente e atentatório à representação política formal, que existia nas constituições anteriores, somente foi desbancado pela Constituição de 1946, com o fim do Estado Novo. A Carta outorgada de 1937 foi substituída pela Constituição Democrática de 1946, derivada de uma assembleia constituinte eleita e aberta pelo Presidente do reinstaurado Tribunal Superior Eleitoral - TSE[48].

A Constituição de 1946, em seu artigo 1º, fez questão de deixar claro que o Brasil passou a ser uma república sob regime representativo, para fins do exercício do poder que emana do povo adotando a máxima democrática.

A Lei Maior reestabeleceu o legislativo com o Congresso Nacional na formatação Câmara dos Deputados mais Senado Federal, e a eleição dos deputados passou a ser realizada pelo sistema proporcional, sendo o majoritário para o Senado, assim como é atualmente.

O art. 58 fixava a proporção numérica de deputados federais por estado, enquanto que o número de senadores era de três por Território, Estado e Distrito Federal. [49]

Houve o restabelecimento dos partidos políticos, da Justiça Eleitoral e do voto obrigatório através de sufrágio universal e secreto.

---

[46]BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p.343.
[47] Ibid p. 341.
[48] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p.353.
[49]BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: de 18 de setembro de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição46.htm>.Acesso em 12 ago. 2009. "Art 58 - O número de Deputados será fixado por lei, em proporção que não exceda um para cada cento e cinqüenta mil habitantes até vinte Deputados, e, além desse limite, um para cada duzentos e cinqüenta mil habitantes."

A Constituição de 1946 estabeleceu as regras de representação política que se assemelham às utilizadas pela próxima Carta democrática brasileira, a atual, de 1988. O que diferencia as duas cartas é o momento conjuntural interno e externo. O Brasil era, naquela época, um país não-industrializado e sem desenvolvimento educacional e as forças políticas envolviam questões externas típicas do pós-guerra.

A dicotomia comunismo versus capitalismo não admitia termos atenuados, o cenário externo era de necessário posicionamento e alinhamento a uma das vertentes. Esse fato político global acabou por fomentar as ditaduras de ambos os lados como meio de garantir a hegemonia do modo de produção na economia de cada país.

Assim, a conjuntura externa, que atingia diretamente a política interna e a condicionava de forma a negar qualquer solução outra, não permitia um cenário favorável ao reconhecimento de um paradigma democrático que pudesse ser duradouro ou que tivesse um compromisso social de manutenção.

A vigência da democracia, estabelecida pela Carta de 1946, não durou vinte anos, passando por turbulência no período da renúncia de Jânio Quadros e a criação do parlamentarismo por período efêmero, que acabou culminando no Golpe Militar de 1964, novamente, ensejou o fim da democracia e propiciou nova alteração da ordem representativa.

Com o golpe militar de 1964, foi imposto o regime de exceção por Ato Institucional dito revolucionário e de nº1, uma maneira sub–reptícia de institucionalizar a ditadura por meio da formatação de uma nova constituinte. Antes disso, o governo militar extinguiu partidos políticos, através do Ato Institucional nº2, autorizou o presidente a decretar o recesso de todos os parlamentos nacionais e a legislar em seu lugar através de decretos-lei em todas as matérias.[50]

O Congresso Nacional, alterado pelo recesso coercitivo e pelo ilimitado número de cassações, foi convocado para a tarefa da constituinte dentro de um cronograma imposto pelo executivo que previa a análise da proposta em pouco mais de um mês (entre 12/12/1966 e 24/01/1967).

---

[50]BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 430.

Com tais fatos, ficou claro que se tratava de mera chancela ao que se queria, reproduzindo-se o idealizado nos basitdores do poder militar em práxis políticas adotadas durante o regime de exceção.

A Consituição de 1967 previu o retorno dos partidos políticos cassados pelos atos institucionais.

No que se refere às eleições, a Constituição serviu ao que queria o regime militar através de parâmetros bem defindos: eleições indiretas para presidente, diretas, com voto secreto e sufrágio universal, para governador e para prefeitos, incumbindo aos governadores a nomeação dos prefeitos de capitais e de estâncias hidrominerais e ao Presidente da República, a nomeação dos prefeitos de cidades consideradas de interesse de segurança nacional.[51]

A eleição para presidente era feita por um colégio eleitoral em que se somavam ao Congresso Nacional delegados estaduais indicados pelas respectivas assembleias legislativas.

Para o parlamento, a distribuição das vagas de deputados federais era de, no mínimo, sete por estado, um para cada estado a cada trezentos mil habitantes, limitado a vinte e cinco e um deputado para cada milhão excedente. A amplitude ficava muito pequena, diante da diferença enorme entre as populações dos estados do Sudeste, Sul e alguns do Nordeste, em comparação com os do Centro-oeste e Norte. Nesse contexto, foi mantido o sistema proporcional para a Câmara.

Em relação ao Senado, preservaram-se o número de três senadores por estado e a eleição majoritária.

A Constituição não durou dois anos e teve os direitos, nela previstos, suspensos pelo Ato Institucional – AI -nº 5, em dezembro de 1968.

Em 1969, houve a substituição da Carta de 1967 pela Emenda Constitucional nº 1, mas, formalmente, era a mesma Constituição. A Lei Maior não passou pelo crivo de análise por corpo de representação, tratando-se de uma emenda

---

[51] BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição67.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

consitucional promulgada pelo Presidente da República no recesso por ele mesmo decretado do Congresso Nacional.

Além das garantias individuais, aviltadas pelo AI 5, na vigência da Emenda nº 1, foi sistematicamente alterada a previsão sobre eleições. Ora se decretava o recesso do Congresso e se ordenavam eleições para governadores através do colégio eleitoral, ora se diminuia o número de deputados, ou, ainda, criavam-se os senadores biônicos, nomeados por eleição do colégio eleitoral (conforme emenda nº8), além de prever a fidelidade partidária obrigatória, tudo minando o poder legislativo.

Outras tantas emendas foram alterando o número de deputados e a proporção deles, chegando, por último, em 1982, à proporção de, no mínimo, oito e máximo sessenta legisladores por estado.

A ditadura militar caminhava para o fim, culminando com eleições para prefeitos, vereadores, governadores, deputados estaduais e para o Congresso Nacional de forma direta em 1982.

Terminando o período autoritário com a eleição de Tancredo Neves pelo Colégio eleitoral, encerrou-se um dos períodos mais obscuros da história recente nacional. Com a emenda constitucional nº 25 de 1985, restabeleceram-se as eleições diretas para presidente da república e a democracia e, em consonância com a emenda de nº 26, que previu a nova Assembleia Nacional Constituinte de 1986, houve nova redemocratização do país e valorização da representação popular.

A Constituição de 1988 foi um marco na história nacional, pois instaurou, no Brasil, um verdadeiro novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. E assim sendo, ela refletia isso na base, no pilar da estrutura democrática, ou seja , na previsão do sistema político representativo escolhido.

Entretanto, se existe um mecanismo que pouco se alterou, foi, exatamente, o de eleição e da representação que dela deriva. É verdade que ele agora é efetivo, ou seja, ele funciona e serve para a eleição dos representantes ao contrário do

período autoritário, mas usa quase dos mesmos formulismos e previsões derivadas da Carta de 1946 e que foram previstos no texto original da carta de 1967.

Como exemplo disso, está a permanência da proporção representativa entre os estados dentro de um parâmetro pouco elástico, entre oito e setenta deputados federais para definição das vagas na Câmara dos Deputados. Considerando que existe estado com vinte e cinco milhões de habitantes (São Paulo) e outro com cerca de trezentos mil (Amapá), clarifica-se a disparidade: o estado mais populoso tem cerca de oitenta e três vezes a população do outro, mas apenas cerca de nove vezes o número de deputados.

Apesar desses contrastes, não se pretende a pura proporção, mas a elasticidade poderia ser mais adequada à realidade. O fato é que tal proporção serve a uma medida igualizadora de cunho ativo, evitando o arbítrio e equalizando os estados, mas deve-se dosar esta com o escopo de que não atinja a própria ideia que a norma traduz.

A atual Constituição democrática manteve o Senado paritário e a eleição proporcional para a Câmara e majoritária para o Senado, sem a fidelidade partidária e com a previsão da autonomia partidária.

Democraticamente, previu um plebiscito sobre forma e sistema de governo, em que foi aprovada a manutenção do presidencialismo e a forma republicana.

O Brasil está longe da estabilidade do modelo político-eleitoral ou mesmo de alcançar o seu modelo ideal. Exemplifica-se: originalmente, no aspecto eleitoral das funções executivas, os mandatos presidenciais eram de cinco anos sem reeleição. Houve sucessivas emendas ao sabor da nuances econômico–políticas, denotando o que Luhmann[52] chamaria de corrupção do sistema, qual seja a influência à valoração maior dos códigos econômicos e políticos sobre o ordenamento jurídico.

Com isso, adotou-se, desde então, a eleição para o Executivo para um só mandato de quatro anos - o que nunca se concretizou - passando a até dois mandatos de quatro anos, permitidos. O Brasil republicano não tinha a tradição da

---

[52] LUHMANN, Niklas. **Teoria Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza. 1994, p.57.

reeleição e sua implementação, além de contrariar a história, é derivada de casuísmos.

Para abordar-se o capítulo seguinte, em que se expõe as teorias em debate, de forma mais aprofundada, deve-se considerar que a Constituição brasileira de 1988 é um marco na história política e jurídica nacional, pois instaurou, no Brasil, um verdadeiro novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito.

Mesmo assim, passados mais de vinte anos de sua promulgação, o sistema político eleitoral parece dar sinais de desgaste, seja porque o presidencialismo instaurado necessita de uma maioria no Congresso Nacional para ver implementadas as políticas públicas, seja porque o legislativo tem se mostrado pouco atuante no sentido de iniciativa do processo de leis e reformas constitucionais.[53]

Ainda, existe o evidente distanciamento dos representantes da base votante, criando verdadeira delegação em detrimento da representação, já que o representado não detém mecanismo de controle sobre o agir do representante, bem como não existe uma correspondência necessária entre a intenção do cidadão votante e as do político eleito.

Deve-se considerar que a vontade do cidadão singular não necessariamente será idêntica à atuação do respectivo parlamentar no sistema representativo. Isso ocorre porque é típico do sistema representativo que o parlamento seja uma caixa de ressonância da sociedade, mas com atenuantes e forma de funcionamento que possibilitem que as decisões pelo parlamento exaradas não sejam uma simples soma de vontades.

Assim, a questão sobre a legitimação do Poder Legislativo brasileiro passa pela visão que os representados têm do mesmo, somada à da atuação dos representantes na concretude e, finalmente, se os representantes estão atuando, na

---

[53] Conforme dado da Câmara dos Deputados em relação ao ano legislativo de 2008, das 199 propostas legislativas (3 Propostas de emenda constitucional (PEC), 8 Projetos de Lei complementar (PLC), 53 Projetos de Lei (PL), 84 Projetos de decreto legislativo (PDL), e 51 Medidas Provisórias (MPV), votadas em plenário no referido ano, **80,4% ou são de iniciativa do Poder Executivo, ou são para aprovação de atos do Poder Executivo** (Decretos legislativos para aprovar acordos internacionais e internar tratados internacionais.) Fonte: < http://,www.camara.gov.br/transparencia>. Acesso em 12 ago. 2009.

discussão e coordenação, que implica o legislar na busca de concretizar os valores da Constituição Federal.

As duas teorias a seguir expostas tratam dos requisitos para uma legislação digna e dos requisistos para uma revisão judicial pertinente.

3 AS TEORIAS DO DIREITO DA REVISÃO JUDICIAL E DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

No presente capítulo, serão expostas as duas teorias do direito escolhidas para basearem a argumentação que é o objeto do trabalho. Os dois filósofos do direito expoentes dessas teorias - que são, de fato, opostas - têm argumentos sólidos e desenvolvidos dentro de uma história de argumentação e contra-argumentação que os foram enriquecendo e amadurecendo.

É verdade que esses dois autores e essas duas teorias confrontantes, objeto deste trabalho, partem de discussões feitas com base no sistema americano e no britânico, mas é fato que o centro da questão é facilmente trazido para a realidade brasileira, bem como a discussão enriquece toda e qualquer aplicação no direito e nas democracias ocidentais. Também é reconhecido o trabalho teórico dos dois autores principais trazidos no trabalho, em especial o de Ronald Dworkin, cujos escritos são objetos de estudo há muitos anos no Brasil.

A base teórica do pensamento que sustenta a defesa desse ou daquele processo decisório democrático e o entendimento do porquê esses processos aderirem ou não ao princípio democrático, servem ao trabalho como base para se alcançar a discussão no direito brasileiro.

3.1 A TEORIA POLÍTICA DA PREVALÊNCIA DA REVISÃO JUDICIAL

A primeira teoria a ser abordada na dissertação será a da prevalência da revisão judicial, que, em suma, defende que o Poder Judiciário tem a última palavra para definir os direitos previstos na Constituição. Essa teoria preceitua que o princípio democrático é atendido pela prevalência da revisão judicial sobre as leis emanadas do processo legislativo constitucional. Ela ressalta que a última decisão política quando feita pelo Poder Judiciário, através de um processo de decisão sobre o conteúdo de um direito constitucional, atende à democracia.

No presente trabalho, escolheu-se a abordagem dos escritos do filósofo e jurista americano Ronald Dworkin da teoria da revisão judicial e do que ele chama de leitura moral da Constituição, pois se trata de autor de uma fundamentada defesa da legitimidade do papel do Poder Judiciário na concretização e na definição da Constituição.

Para o trabalho, interessa o estudo da parcela da teoria de Dworkin que versa sobre a questão da escolha de um processo político decisório final na democracia. Assim, o tema de lavra do autor a ser abordado é o da defesa da revisão judicial como processo político decisório em contraponto ao processo político legislativo. Dworkin defende a sua tese, trazendo os seus argumentos do porquê entende democrática a decisão do Poder Judiciário na definição dos direitos previstos na Constituição. Entre esses direitos, destaca-se a abordagem da questão da proteção das minorias diante das decisões feitas com base no princípio majoritário, típica do processo político legislativo.

Os pontos centrais da teoria no campo da definição democrática de um processo político decisório que Dworkin chama de concepção constitucional de democracia, engloba a abordagem do autor sobre a premissa majoritária, a independência moral dos indivíduos, a exigência da integridade como princípio político e a previsão de direitos como trunfos.

O autor é criador de uma teoria do direito muito mais vasta e de amplo conhecimento no estudo do direito no Brasil. Entretanto, a sua abordagem e exposição exaustiva para o presente trabalho causaria a perda do foco na questão da legitimidade do processo político decisório e a aplicação do questionamento sobre as teorias expostas ao caso brasileiro.

3.1.1 Dworkin e a premissa majoritária

Para que se tenha a noção exata das teorias a serem comparadas, deve-se atentar a um ponto que é de estudo comum às teorias da prevalência da revisão

judicial e da dignidade da legislação, mas com posições diferentes no que se refere à questão da decisão feita com base no princípio majoritário.

Dworkin chama o procedimento de decisão com base na maioria de votos de premissa majoritária[54]. O autor salienta, expressamente, que a democracia, como objeto de estudo dos filósofos do direito e cientistas políticos, ainda não tem uma definição explícita e que, para que se possa montar uma teoria para ela, é necessário que se aborde o tema da premissa majoritária e a escolha sobre sua aceitação ou não. Dita Dworkin :

> Por trás desses conhecidos debates sobre a estrutura de democracia, existe, na minha opinião, um profunda disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia; e uma determinada questão abstrata é crucial para essa disputa, embora isso nem sempre seja reconhecido. Devemos aceitar ou rejeitar o que vou chamar de premissa majoritária?[55]

Para o autor, deve-se atentar para a aceitação ou não da premissa majoritária, salientando, também, para o que significa a consagração desse modo de decisão para a sociedade. Trata-se a decisão majoritária de um processo decisório que tem, como finalidade, a concretização de uma tese a respeitos de resultados justos da democracia[56].

A decisão por maioria é um processo decisório, uma escolha política, cuja justificação está no objetivo de que as decisões, que emanem do processo político, sejam as decisões queridas pela maioria dos cidadãos. Essa seria a razão de ser dos procedimentos políticos como o processo legislativo.

O objetivo seria criar um processo em que, ao final, a decisão da maioria fosse a favorecida.

Dworkin afirma que a razoabilidade do funcionamento do processo político e de sua finalidade fizeram com que muitos entendessem que esse procedimento,

---

[54] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** à leitura moral da constituição norte-americana**.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23.
[55] Ibid, p.24.
[56] Ibid, p.24.

cujo modo de decisão é a aprovação pela maioria, se entendesse como "expressão da própria essência da democracia."[57]

Aqui surge um dos pontos principais da teoria do autor, a de que há a necessidade de reconhecer a existência de direitos morais individuais ou de minorias que devem ser respeitados pela decisão da maioria.

O autor traz que, nos Estados Unidos, a maior parte dos cidadãos entendem a premissa majoritária como expressão de justificação da democracia e aceitam que, em certas oportunidades, a premissa não deve prevalecer.[58]

Importante a transcrição do que diz o autor:

> Em outras palavras, a premissa supõe que, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, isso é *sempre* injusto, de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem. [59]

Em síntese, a teoria da prevalência da revisão judicial defende que os direitos individuais não podem ser colocados em xeque pela decisão majoritária quando essa lhes afetarem de modo a infringi-los. Assim não há como se manter uma premissa que entende ser a decisão da maioria sempre justa. Para afastar a premissa majoritária, Dworkin defende que há a necessidade de que surja uma explicação diferente do valor e da finalidade da democracia.[60]

Surge daí, pelo autor, a concepção de democracia que rejeita a premissa majoritária como essencial à democracia: "a concepção constitucional da democracia".[61]

A rejeição da premissa majoritária afasta a sua consideração como definição ou essência da democracia. Para a concepção constitucional da democracia, o objetivo que a define é :

---

[57] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana . São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.
[58] Ibid, p. 25.
[59] Ibid, p. 25.
[60] Ibid, p. 26.
[61] Ibid, p. 26.

> (...) 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[62].

O cerne da argumentação da escolha pela concepção constitucional da democracia está na consideração de igualdade de *status* aos cidadãos, entendida essa consideração como uma condição democrática, inerente ao governo democrático e passível de se apresentar de várias formas. A premissa majoritária deve ser aceita por todos, desde que prevaleçam, na decisão da maioria, as condições democráticas de igualdade de consideração, que, no caso concreto da vida em sociedade, podem se apresentar de várias maneiras.

Se não estiver presente a consideração de igualdade, não se pode objetar o uso, segundo Dworkin, em nome da democracia, de outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.[63]

Nesse ponto, inclui-se o poder judiciário como o meio procedimental de se alcançar as condições democráticas, sendo ele a alternativa à decisão da maioria.

A concepção constitucional de democracia de Dworkin defende que as leis que não respeitam as condições democráticas dos cidadãos não devem prevalecer pelo mero fato de serem aprovadas pelo processo político, que considera a legislação fruto da decisão da maioria.

As leis, conforme Dworkin, muitas vezes são derivadas de processo legislativos em que o debate é fraco ou de baixa qualidade e, mesmo que o debate seja do mais alto nível, as decisões feitas com base na premissa majoritária tendem e estimulam as decisões meio-termo, deixando de lado questões de princípio. Ainda, em relação ao debate, sustenta o autor, em comparação, que os processos judiciais que têm como objeto questões constitucionais, podem provocar amplos debates sobre questões de moralidade política, podendo até mesmo essa repercussão ser

---

[62] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** à leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.
[63] Ibi, p. 27.

mais ampla do que a derivada do processo legislativo, o que é desejável quando a questão é de princípio.[64]

Essas leis, aprovadas majoritariamente, podem ser consideradas não concretizadoras das condições democráticas e serem revistas por um Tribunal. Ao contrário da teoria que acata a premissa majoritária, para a teoria da defesa da revisão judicial, a decisão feita através do processo majoritário não é, pelo simples fato de ser emanada da maioria, democrática em sua essência. Trata-se do âmago da teoria de Dworkin em relação à defesa da revisão judicial.

Para Dworkin, o fato de ser a legislação derivada do processo democrático majoritário não implica, necessariamente, estar assegurado que a escolha na lei plasmada seja um resultado melhor que o de um alcançado através de uma decisão judicial.[65]

Essa constatação do autor faz com que ele sustente ser a revisão judicial (*judicial review)* da legislação emanada do processo político, montado sob a premissa majoritária, não é antidemocrática, antes pelo contrário, é medida que se impõe para que se garanta ao cidadão ou às minorias os seus direitos, os direitos morais *(moral rights)*.

Fica clara, então, a intenção do autor em contrapor a concepção constitucional da democracia à decisão emanada do processo político com decisão baseada na maioria de votos, entrando em embate com os argumentos dos autores que defendem a prevalência da decisão majoritária, como será abordado a seguir em ponto específico.

Dworkin também aborda o questionamento sobre a essência do significado da democracia como governo feito pelo povo, com a finalidade de compor seu ponto contra a democracia majoritária. O autor distingue dois tipos de ações coletivas atribuídas ao povo para que se tenha a noção de dois tipos de interpretação de como a democracia seria um governo do povo. Para ele, existem duas

---

[64]DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.
[65] DWORKIN, Ronald M. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978, p. 141.

interpretações com base nas ações coletivas em sociedade: ou são ações coletivas estatísticas, ou são ações coletivas comunitárias. [66]

As ações coletivas estatísticas ocorrem quando o grupo age de forma individualizada, ou seja, cada membro age de forma isolada, por impulso ou razão próprios, mas o reflexo é o de uma ação coletiva, ou coletivada, sem que o indivíduo tenha noção de que age em grupo. Dworkin cita o exemplo do mercado de câmbio, em que as ações individuais causam a subida ou queda de determinada moeda do mercado sem que haja uma entidade ou grupo que os concentre. A queda do valor de uma moeda é derivada da combinação da soma das diversas transações levadas a efeito pelos investidores individualmente.[67]

Em contrapartida, a ação coletiva é comunitária "quando não pode ser reduzida a mera função estatística das ações individuais, quando pressupõe um *agente* coletivo especial e distinto"[68]. Nesse caso, existe uma unificação posterior das ações separadas dos indivíduos em um ato e o conjunto passa a ser um ato deles, indivíduos. O exemplo dado pelo autor é o da orquestra. Sustenta Dworkin que não é possível a um músico sozinho tocar uma sinfonia, mas esse feito cabe à orquestra. Nela, os músicos tocarão, cada um, a sua partitura, contribuindo para um todo coletivo, com a vontade de contribuir o melhor possível para o resultado da performance da orquestra e não a sua individual, assumindo cada um a responsabilidade coletiva pelo resultado final.[69]

Em suma, a interpretação estatística prevê uma democracia em que as decisões políticas são tomadas com base nos votos e nas vontades de uma maioria de cidadãos individuais. A interpretação comunitária, por sua vez, defende que, na democracia, as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta dos indivíduos considerados um a um: "o povo *enquanto tal".*[70]

Os defensores da premissa majoritária como essência da democracia aduzem que ela é baseada na intepretação comunitária de decisão coletiva, já Dworkin,

---

[66] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana.São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.
[67] Ibid, p.30.
[68] Ibid, p.30.
[69] Ibid p. 31.
[70] Ibid, p.31 e 37.

entretanto, sustenta que isso não ocorre na realidade. Entende o autor que somente se concretizará uma ação coletiva plenamente comunitária, se presentes requisitos de garantia de condições de participação moral dos indivíduos, em que eles tenham como alcançá-las.[71]

Uma das condições de participação moral é a estrutural, entendida essa como o caráter que a comunidade deve evidenciar para ser considerada uma verdadeira comunidade política. Esse caráter advém de um processo histórico que solidificou um território e uma cultura para a comunidade. Outro tipo de condição é o de relação, que, segundo o autor, determina como um indivíduo deve ser tratado pela comunidade política, para ser considerado um membro moral da comunidade. Conclui Dworkin que nenhum indivíduo será um membro moral se não lhe for dado o direito de participação moral na decisão coletiva. [72]

A participação moral deve ocorrer dentro de uma "expressão de alguma concepção de igualdade de consideração", em que o indivíduo tenha o direito de que seja levado em conta que as consequências de uma decisão coletiva sejam tão importantes para a vida dele, quanto as consequências da mesma decisão coletiva para todas as outras pessoas.[73]

A igualdade de consideração e de participação moral somente seriam alcançadas se protegidas da decisão que considera apenas a premissa majoritária. Para Dworkin, essa proteção não existe na democracia calcada na premissa majoritária, pois as minorias e os direitos individuais podem ser restringidos e infringidos pelo legislador majoritário, ensejando a necessidade de que se tenha um foro para que a leitura moral da Constituição faça prevalecer esse direitos. Para o autor, o foro natural da leitura moral é o Poder Judiciário.

Um outro argumento de Dworkin, contrário ao processo decisório legislativo com base na premissa majoritária, é o de que a maioria acabará por ser o juiz de

---

[71] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** à leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31.
[72] Ibid, p. 37.
[73] Ibid, p. 38.

sua própria causa, se a legislação não puder ser revista pelo Poder Judiciário, o que infringe a máxima *nemo iudex in su causa.*[74]

Para o autor, trata-se de mais um argumento para que a decisão final deva caber uma instituição imparcial e independente; no caso, os tribunais.

Passa-se, então, à análise dos argumentos da teoria de forma pontual naquilo que interessa ao presente trabalho.

3.1.2 A leitura moral da Constituição

Para Dworkin, a leitura moral da Constituição é a análise feita pelo Poder Judiciário, que serve à confrontação do direito moral individual ou de uma minoria diante de atos que os infrinjam[75]. No caso do presente trabalho, interessa a leitura moral quando ela trata de decidir sobre o valor, o direito moral de determinado grupo ou indivíduo que sofre restrição ou impedimento de exercício pela legislação feita pelos representantes da população através de uma decisão feita com base no que o autor classifica de premissa majoritária.

Salienta-se que a teorização e a controvérsia sobre a revisão judicial e a leitura moral da constituição dão-se no sistema da *common law*, mas as suas linhas mestras podem ser reconhecidas pelos códigos usados pelo sistema da *civil law*, adotado no Brasil, sobretudo na busca de concretização do contido na Constituição. Basicamente, o sistema jurídico americano tem como protagonista o Poder Judiciário, que faz o direito no caso concreto, julgando com base nas normas existentes, mas tendo como fonte informativa primeira o precedente judicial, sedimentado na análise dos princípios mais das vezes abstratos, contidos na Constituição americana.

---

[74] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006.p. 1400. “Ninguém, será juiz da sua própria causa” (tradução nossa)

[75] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** à leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.10.

Em contrapartida, no sistema pátrio, o Poder Judiciário é informado pelo legislador e deve aplicar a lei feita pelo poder legislativo ao caso concreto, sendo nítida a preponderância do legislador como fonte primeira da normatização e, ficando em segundo plano, para fins normativos, a existência de precedentes jurisprudenciais que não se coadunem com a letra da lei. Essa é uma breve e rápida distinção de sistemas, que passam também pela diferença de organização da própria Constituição, uma mais abstrata e aberta a interpretações, como a americana, e, outra, a brasileira, analítica com enumeração ampla de direitos e de princípios.

O fato é que, mesmo informado por códigos diversos, existem pontos de toque no estudo em que a abordagem enriquece a discussão. No caso desse trabalho, observa-se que mesmo com uma Consituição analítica no Brasil, existem questões que podem ser esclarecidas com a experiência americana, ou algo similar a ela, sobretudo quando o Poder Judiciário pátrio se vê diante da necessidade de dar forma e teor a algum princípio constitucional ou reconhecer a existência de proteção de minorias não expressas no texto.

Para Ronald Dworkin, a leitura moral da Constituição consiste na compreensão dos dispositivos da carta magna que são verdadeiros princípios morais abstratos e funcionam incorporando-se a ela como limites ao poderes do Estado, em especial aos dispositivos que protegem os indivíduos e as minorias da ação do Estado[76].

Dworkin salienta que os princípios constitucionais americanos contidos na Declaração de Direitos (*bill of rights*) vinculam o Estado americano a uma série de ideais políticos e jurídicos. Para o autor, a última palavra sobre a leitura moral da Constituição americana repousa na Suprema Corte americana e é a concretização substancial da *"judicial review".* [77]

Essa definição de Dworkin também pode se aplicar à Constituição brasileira. Não há dúvida de que a Carta Magna do Brasil também tem comprometimento com ideais políticos e jurídicos, sejam expressos ou não. E, muitas vezes, esses ideais

---

[76] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** àleitura moral da constituição norte-americana**.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.10.
[77] Ibid, p.11.

não estão realmente enunciados de forma expressa, por mais analítica que seja a Constituição brasileira. Então, existe, sim, a necessidade de que se extraiam e concretizem os ideais de uma Constituição, seja ela abstrata ou analítica, de *common law*, ou *civil law*.

A obtenção desses ideais através de uma leitura moral deve estar fundamentada em convicções não-pessoais, de uma exigência de integridade constitucional, mediante a harmonização entre historicidade e coerência com decisões judiciais anteriores. [78]

Como afirma Dworkin, os juízes não costumam colocar expressamente em suas decisões que estão fazendo uma leitura moral na aplicação do direito e preferem explicar a decisão com outras abordagens de justificação de determinadas escolhas[79]. Isso ocorre para evitar as críticas que recebe a leitura moral da Constituição como prática de *judicial review,* mas não afasta o fato de que a decisão foi, sim, baseada em uma leitura moral.

Embora seu próprio mentor defina a leitura moral como uma prática não-revolucionária e comum no foro e na operação do direito, a sua aplicação de forma expressa - ou reconhecimento da aplicação de um raciocínio de fundamentação baseada em juízos morais – está longe da unanimidade nos Estados Unidos da América. Os críticos vislumbram a possibilidade de um pessoalismo e discricionariedade que a aplicação de um juízo moral poderia transmitir. Dworkin, entretanto, não se reconhece nessa crítica, pois concebe sua teoria enquanto vinculando o decisor a uma leitura moral *que garanta a integridade constitucional*[80].

A leitura moral de uma Constituição pode ser traduzida como a aplicação fundamentada de ideais políticos e jurídicos comprometidos com a integridade constitucional histórica, atual e prospectiva, com a finalidade de concretizar o ditames abstratos da princiopiologia e dos termos em aberto contidos na Lei Maior, na defesa dos direitos individuais e das minorias.

---

[78] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana**.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.15.
[79] Ibid, p.10.
[80] Ibid, p.15.

Essa aplicação, no caso concreto, para Dworkin, deriva sempre de uma decisão moral, não uma moralidade pessoal, subjetiva do decisor, mas baseada na consideração dos valores jurídicos, políticos, que compõem os princípios previstos na Constituição. Ressalta o autor que a leitura moral não é para ser utilizada em todo o conteúdo constitucional, pois, por certo, ela não agrega à aplicação de " dispositivos que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais."[81] [82]

O conceito de leitura moral é aplicável no Brasil, pois também aqui haverá a necessidade de tomada de decisão para dar a forma e a extensão do conteúdo de princípios contidos na Constituição de forma expressa ou abstrata.

3.1.3 A integridade como ideal político

Para Ronald Dworkin, existe outro princípio político em que se dá o embate entre as duas teorias trazidas no presente trabalho, interessando ao autor, em especial, a definição da integridade como um princípio jurisdicional.[83]O autor divide a integridade política em dois princípios, um legislativo e outro jurisdicional. O primeiro ordena que os legisladores tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente e o segundo, por sua vez, define que a lei aplicada, "tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido".[84]

Dworkin soma a integridade aos ideais constitucionais de justiça e equidade e o define como sendo o terceiro ideal que soluciona a aplicação do direito em detrimento do que ele chama de soluções conciliatórias. Essas soluções seriam uma falsa solução para o probelma da justiça, ao criar, por exemplo, a aplicação de forma diversificada de uma legislação para contemplar casos individuais e concepções

---

[81] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana**.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11.
[82] Ibid, p. 11.
[83] Id. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 213.
[84] Ibid, p. 213.

individuais dos princípios de justiça e equidade. Para o autor, as soluções conciliatórias seriam um atentado maior ao direito ao forjar um consenso inexistente sobre os ideais de justiça e equidade e , inclusive, contrário à ideia de integridade. [85]

A integridade exige que a coerência no direito aplicado não se limite ao uso individual de cada direito, mas determina que a coerência deve ser requerida na análise de conjunto na expressão de uma série correta de princípios de justiça, equidade e processo legal.[86]

Para Dworkin, interessa a análise da integridade na decisão judicial, levando em consideração o fato de que o decisor deve considerar vários aspectos para aplicar de forma coerente o direito. A forma de aplicação do direito pelo Judiciário é a própria concretização dos ideais constitucionais e deve respeitar a integridade de forma a convencer e demonstrar por que os princípios e o direito a serem aplicados naquele caso concreto são os abordados.

A integridade não é apenas coerência dentro de um sistema jurídico, ou o reconhecimento de que casos iguais devam ser julgados de forma idêntica, mas também não deixa de ser isso. Explica-se: a integridade exige coerência, sim, mas ela não, necessariamente, será sempre a aplicação da decisão idêntica a casos iguais, sendo o seu significado " que as normas públicas da comunidade sejam vistas e criadas , na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção".[87]

Isso exige que não se fique adstrito à coerência estrita, pois incumbe ao decisor judicial ser mais abrangente e imaginativo em busca de sua coerência com o princípio fundamental. Soma-se a isso a ideia de que a concepção de direito, construída sobre o princípio interpretativo da integridade, estabelece direitos constitucionais substantivos.[88]

Para a concepção do direito como integridade, interessa, também, a história, não apenas no seu sentido de informação como base para decisões, mas como meio de se formar uma intepretação coerente dos princípios e direitos existentes no

---

[85] DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 222.
[86] Ibid, p. 224.
[87] Ibid, p. 264.
[88] Ibid, p. 266.

passado, e fazer com que se possa alcançar essa coereência na decisão do caso objetado. Não se deve entender a integridade como a busca em um passado ou em um histórico de uma fórmula para o direito atual, mas, ao mesmo tempo, pretende a integridade justificar, na aplicação presente, que o uso de princípios de forma justificada e organizada faz parte e se amolda à prática jurídica.[89]

Dita Dworkin:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em um história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.[90]

O ponto é especialmente importante para o trabalho quando o autor soma à citação acima a clara intenção de dizer que a importância da história e da intepretação do direito, como integridade nos moldes citados, é também aplicável às comunidades, cuja história é “feita de grandes conflitos e transformações”, como é a história constitucional brasileira.[91]

A partir da definição da integridade, surge a noção do que Dworkin chama de “romance em cadeia”. Trata-se de uma metáfora feita pelo autor, comparando a análise judicial do direito com a atuação de um crítico e de um autor literário, pois ele entende que o juízes são igualmente autores e críticos quando aplicam o direito.

“O romance em cadeia” é um gênero literário artificial em que um grupo de romancistas escreve um romance em série: cada romancista escreve um capítulo, mas não isoladamente. Quando da feitura do seu próprio capítulo, cada romancista recebe os capítulos anteriores escritos por seus predecessores, interpreta-os e escreve o seu novo capítulo, passando o romance para um próximo escritor, que interpretará o capítulo daquele para fazer o seu, e assim por diante em uma cadeia sucessiva de interpretações.

---

[89] DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.
[90] Ibid, p. 274.
[91] Ibid, p. 275.

Cada romancista deve querer criar um só romance a partir do material recebido, do que redigiu e do que imagina que o próximo irá escrever.[92]

Ao escrever o romance em cadeia, o literato deve ter mente duas dimensões de interpretação. A primeira é a dimensão de adequação, que quer dizer que o escritor deve contribuir para que aquilo que o capítulo adiciona possa fluir por todo o texto, possuindo um poder aplicativo geral à história. A segunda dimensão, por sua vez, é a que atribui ao escritor do capítulo o poder e dever de, diante do fato de encontrar mais de uma interpretação possível para a continuidade do romance, julgar qual das interpretações se ajusta melhor ao que foi escrito e o que se escreve, e se pretende seja escrito. [93]

Essa metáfora de Dworkin é trazida para o direito, caracterizando o que o autor pretende como integridade, em especial a judicial:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade, e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas.[94]

A consideração do direito como integridade e a aplicação de suas ideias pelo Poder Judiciário é a forma de garantir que a coação estatal, imposta ao cidadão pelo direito, tenha justificativa nos princípios do próprio direito, dentro do que dita a Constituição. Trata-se de um dos pontos principais de abordagem da teoria de Dworkin quando se discute a justificação da legislação e do direito dentro de uma sociedade democrática e dentro da concepção do autor de democracia constitucional.

---

[92] DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.275.
[93] Ibid, p. 277.
[94] Ibid, p. 291.

3.1.4 Os Direitos como um trunfo na teoria da prevalência da revisão judicial

A nomenclatura “direitos como trunfo”, trazida por Dworkin, surge como mais uma metáfora em que o autor defende a prevalência de direitos individuais morais a serem opostos a governos de maioria e mesmo contra a lei por essa maioria emanada[95]. A metáfora envolvida lembra o jogo de trunfo, um jogo de cartas em que uma delas bate outras com valor absoluto.

O uso da nomenclatura de Dworkin, de grande importância para o objeto do trabalho, de “direitos como trunfo” (*rights as trumps*) surge na seguinte passagem: “Direitos são melhor entendidos como trunfos sobre alguma justificação de fundo para as decisões políticas que estabelecem um objetivo para a comunidade com um todo”[96].

A teoria base que Dworkin entende que deva ser alvo dos direitos como trunfos nesse caso é o utilitarismo, que, segundo o autor, é a mais influente e informalmente utilizada nas democracias ocidentais como justificação para as decisões políticas. Essa teoria proeminente supõe que a comunidade está melhor se os seus membros estão em média mais felizes ou têm mais das suas preferências satisfeitas.[97]

Por isso, o autor justifica a escolha do seu slogan metafórico de “direito como trunfo” contra o utilitarismo, ao deixar claro que o seu interesse está em atacar a base da teoria que autoriza e justifica as infrações e constrangimentos à liberdade dos cidadãos através de uma lei que se aceita como adequada, segundo critério utilitarista.

---

[95] DWORKIN, Ronald M. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978. p.184 e ss.
[96] DWORKIN, Ronald M. Rights as Trumps. In WALDRON, Jeremy. Ed.**Theories of Rights.** Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 153. Original: “*Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole*.” (tradução nossa)
[97] Ibid, p.153.

O direito à independência moral *(moral independence)* é a parte que Dworkin defende do direito moral contra as teorias políticas calcadas em alguma forma de utilitarismo.[98]

> Trata-se da necessidade de que a igualdade seja alcançada pelo direito à independência política: " o direito para que cada indivíduo não sofra desvantagem na repartição de bens e oportunidades sob o pretexto de que os outros pensam que ele deveria ter menos em razão de quem ele é ou não é, ou sob o pretexto de que ele é objeto de menor consideração do que a atribuída a outros" [99]

Assim, o trunfo, o direito em questão a ser exercido por uma minoria ou por um indíviduo, deve existir e ser oponível mesmo que o que o oprima seja resultado de uma decisão da maioria que traga melhorias e seja de interesse da comunidade. O autor defende que, mesmo essas decisões que melhorem em média a comunidade, não podem deixar de considerar os impactos na minorias, que podem ser danosos.

Diz Dworkin:

> Nós queremos dizer que a decisão é errada, a despeito de seu aparente mérito, porque ela não considera adequadamente o dano que ela inflige a alguns e porque, consequentemente, ela não trata essas pessoas como iguais, ou com a mesma consideração com que trata as outras.[100]

Embora o próprio autor afirme que está fazendo a análise de sua metáfora de direito como trunfo sobre um base de justificação política, em um artigo específico, essa abordagem do autor já havia sido descrita, dessa vez, em face do governo, na sua obra "levando os direitos à sério" (*Taking rights seriously)*.[101]

Dworkin questiona sobre o ponto de forma a situar a questão dos direitos contra atos políticos governamentais que implicam a obrigação legal (*legal obligation)* dos indivíduos:

---

[98] DWORKIN, Ronald M. Rights as Trumps. In WALDRON, Jeremy. Ed.**Theories of Rights.** Oxford, Oxford University Press, 1984, p.166.
[99] Ibid. p.158.
[100] Ibid, p. 166. Original "*We want to say that the decision is wrong, in spite of its apparent merit, because it does not take the damage it causes to some into account in the right way and therefore does not treat these people as equals entitled to the same concern as others.*
[101] Id. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978, p.185.

> " O governo respeita os direitos morais e políticos dos seus cidadãos? Ou a política externa, ou a política racial do governo vão de encontro a esses direitos? As minorias cujos direitos foram violados têm o direito (right) de violar o direito (law)? Ou a maioria silenciosa por si só tem direitos, incluindo o direito (right) de punir aqueles que violam o direito(law) serem punidos?"[102]

Nesse ponto, existe o questionamento sobre a existência de direitos morais individuais e de minorias e se seria possível opor esses direitos à maioria ou mesmo à lei, como trunfo. Os direitos como trunfo surgem da interpretação e não estão, na teoria de Dworkin, previstos em um texto específico e têm, como base, como descrito, o ideal valorativo de igual consideração e respeito. As determinações que infringirem esses valores plasmados no direito como trunfo não se justificam, mesmo que sejam resultado de uma análise de que melhoram a vida comunitária coletivamente, resultado do argumento da política.[103]

Os direitos como trunfo são o resultado de uma moralidade que se defende com direitos, que não são necessariamente deferidos pelos poderes políticos, inerentes ao indivíduo, razão pela qual a doutrina de Werneck Vianna, por exemplo, classifica Dworkin como substancialista.[104] A classificação tem como causa a busca que Dworkin faz do real valor dos direitos e da sua gênese como moralidade individual ou minoritária. Para a análise dos direitos como trunfo, deve-se ter em mente a análise daquilo que Dworkin chama de argumento de princípio, isto é, atender à justificação de uma decisão política que respeita os direitos individuais e de minoria.

Assim, o embate dos direitos como trunfo dá-se tanto em conflito com os argumentos de política quanto contra argumentos de princípio. Para o autor, o trunfo bate qualquer argumento de política, ou seja, vence qualquer obrigação legal que tenha como objeto uma melhora coletiva na comunidade. Já em relação aos argumento de princípio, em que foi considerado o direito individual e de minoria, o direito trunfo deve ser confrontado com o argumento de princípio, o que Dworkin

---

[102] DWORKIN, Ronald M. **Taking rights seriously.** 1. ed. Cambridge: Harvard University, 1978, p.184. Original: *"Does the government respect the moral and political rights of its citizens? Or does the government´s foreign policy, or its race policy, fly in the face of these rights? Do the minorities whose rights have been violated have the right to violate the law in return? Or does the silent majority itself have right, including the right that those who break the law be punished?" (*Tradução nossa).

[103] Ibid, p. 82.

[104] VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

chama de caso difícil *(hard case)* e que deve, na sua concepção, ser objeto de apreciação judicial.

Entretanto, a questão da aplicação do direito como trunfo implica considerar o mesmo como um direito constitucional, como afirma o próprio autor, derivado da interpretação. Como o foro de princípio, para Dworkin, é o Poder Judiciário, a ele incumbirá a decisão dos casos difíceis e da definição da vitória ou não dos direitos como se trunfo fossem, desde que o argumento objetado seja um que tenha considerado os direitos individuais morais e de minoria. Dentro da teoria do autor, a revisão judicial recairá sobre a questão do uso dos direitos como trunfo, uma vez que esses valores morais individuais são previstos constitucionalmente.

Exposto os ponto pertinentes da teoria da prevalência da revisão judicial de Dworkin, passa-se à análise da teoria que, de forma oposta, sustenta a diginidade da legislação.

3.2 A TEORIA DE JEREMY WALDRON E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Em contraposição à teoria de Ronald Dworkin, surge, como confrontante, a teoria de Jeremy Waldron, que sustenta a dignidade da legislação ou prevalência do legislativo como fundação da legitimidade democrática. Neste ponto, expor-se-ão as linhas conceituais da teoria que interessam ao presente trabalho.

A legislatura está em declínio de dignidade e, consequentemente, de legitimação. O passado de ouro da legislação parece estar dando lugar a um presente em que os representados veem algo de indecoroso em uma legislatura eleita, formada por pessoas ligadas a partidos políticos, por esses dominada e tomando decisões com base no governo da maioria: é o que assegura Jeremy Waldron.[105]

Entretanto, o autor deixa explícita sua intenção ao abordar a dignidade da legislação como o começo de um novo pensar sobre o conceito geral de Direito:

---

[105] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

> Quero que vejamos o processo de legislação - na sua melhor forma - como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito. [106]

Essa é a posição que Waldron propõe-se defender e que será abordada neste ponto como a exposição das necessárias noções do autor sobre o desacordo sobre os direitos (*disagreement about rights*), a dignidade da legislação, os requisitos para a feitura de uma lei digna e a defesa do uso do princípio majoritário como democrático e legitimador do processo legislativo.

3.2.1 O desacordo sobre direitos e a legislação

Waldron inicia a exposição da sua teoria com uma frase singela: "Nós somos muitos, e nós discordamos sobre justiça."[107]

Para o autor, o desacordo é inerente à vida social e se dá em questões religiosas, econômicas, partidárias, ideológicas, etc. Entretanto, defende Waldron que a filosofia política deveria voltar-se mais a questões téoricas sobre autoridade (authority) e democracia, ressaltando que esses pontos são mais importantes do que a manutenção de todos os olhares para o questionamento que englobam o desacordo sobre a justiça.

Assim, o desacordo, que passa a ser importante à filosofia política, é o que se debruça sobre os direitos, e, consequentemente, surge a necessidade de se

---

[106] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.
[107] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2nd. Ed. Oxford: Oxford University, 2004, p.1. "*There are many of us, and we disagree about justice." (Tradução nossa)*.

conhecer como se chegar a uma decisão que tenha autoridade e respeite o princípio democrático para a resolução do desacordo social sobre direitos.[108]

Para Waldron, o processo decisório legítimo para a resolução dos conflitos causados pelos desacordos sociais é o legislativo. Para ele, a formatação e a tradição do Poder Legislativo como assembleia de representantes da sociedade faz com que suas decisões tenham autoridade para regras e decidir sobre o que siginificam os direitos sobre os quais os cidadãos desacordam.

Grande parte de sua teoria tem por base a defesa da dignidade da legislação diante da crescente ascensão da teoria da revisão judicial e da previsão de tribunais como encarregados da conformação dos direitos. Cita-se excerto de texto do autor:

> Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos envolvem, parece como um insulto dizer que isso não é algo que a eles seja permitido decidir através de processos com decisões majoritárias, mas que o assunto (os direitos) será designado em substituição a um pequeno grupo de juízes para decisão final. É particularmente insultante quando os cidadãos descobrem que os juízes desacordam entre eles sobre exatamente as mesmas linhas que os cidadãos e parlamentares discordam, bem como os juízes também tomam as suas decisões nos tribunais por maioria de votos. Os cidadãos podem se sentir bem se os desacordos sobre essa matéria são resolvidos contando-se cabeças, desde que as cabeças contadas sejam as suas próprias ou as de seus parlamentares sujeitos à responsabilização. [109]

Entende Waldron que a representação e a participação popular é "o direito dos direitos", usando a frase de William Cobbett[110]. O autor defende que a participação política não é o grito de um em um milhão, pois o sistema existe exatamente para permitir que haja uma escolha, por milhões, através do voto e essa escolha, sim, será forte o suficiente.[111]

---

[108] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd.ed. Oxford: Oxford University, 2004. p.3.
[109] Ibid, p.15. Original: *"When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges do their decision, too, in the courtroom by majority voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or those of their accountable representatives that should be counted." (*Tradução nossa).
[110] Ibid, p. 232.
[111] Ibid, p. 237.

Sustenta, ainda, que, embora se alegue que a influência de um voto seja pequena, o efeito de uma votação expressiva por um grande número de votantes não o é. E isso é o centro da participação e do sistema de representação, tanto na eleição dos parlamentares, quanto nas votações sobre decisões dentro dos próprios parlamentos.[112]

É através da legislação que se regra os inúmeros desacordos sobre direitos, dando forma aos direitos à saúde, à educação, à forma de exercício do acesso à justiça e tudo quanto serve de parâmetro às liberdades políticas e civis.

Toda essa construção do processo decisório tem uma larga história de luta pela participação popular através do processo legislativo representativo, pelo voto e pelo sufrágio universal. Não faz sentido para Waldron que , depois de séculos de lutas, atingido uma forma de participação universal, que se passe as decisões ditas de princípio ao Poder Judiciário.[113]

Já iniciando a defesa da dignidade da legislação, Waldron sustenta que se deve ter atenção ao modo de comportamento do legislativo. Ele salienta que não se pode criticar, de forma genérica, o parlamento como casa da política em um mau sentido, isso é, colocar a assembleia representativa como um lar de troca de favores, corrupção e leniência. E mais ainda, não se pode vincular as leis feitas pelo parlamento a esse comportamento. É sabido o comportamento dos parlamentares, por exemplo, na votação de uma lei orçamentária. Trata-se de uma legislação em que a busca pelo melhor para o seu entendimento político é uma tática primária e a votação dá-se com interesses tipicamente políticos eleitorais, pois não exige abordagem de princípios ou de alta complexidade de direitos. Todavia, não há como opor ao parlamento as críticas e se bradar ele como uma casa que não leva os direitos e os desacordos em questão a sério, quando vota, por exemplo, questões de princípio, dentre as quais podemos citar, no caso do Brasil, a lei que define o uso de células-tronco embrionárias para uso medicinal.[114] [115]

---

[112] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd. Ed. Oxford: Oxford University, 2004.p. 239.
[113] Ibid, p. 250.
[114] Ibid, p. 30.
[115] BRASIL. Presidência da República. **Lei n 11.105/2005:** de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão

Indaga-se: nessa última lei, pode-se acusar o parlamento de uso de arranjos eleitorais, objeto de escambo, troca de favores, etc? Segundo Waldron, quando os representantes agem dessa forma, não se pode desmerecer o funcionamento do Legislativo com os argumentos citados, bem como não existe garantia de que as cortes judiciárias funcionarão sempre como foro de princípio.[116]

A simetria proposta por Waldron é considerar que os argumentos, fáceis de erros do Poder Legislativo, sejam usados para fazer surgir uma outra forma de decisão, no caso, a revisão judicial, daí porque do nome do próximo ponto e de um dos livros do autor na defesa da dignidade da legislação.

Para analisar esse tópico, passar-se-á à análise daquilo que Waldron denomina de "dignidade da legislação".

3.2.2 A dignidade da legislação

A legislação é fonte normativa do direito, derivada da representação política, que é uma obra do homem para o exercício do poder. Trata-se a representação política de meio permissivo de exercício e legitimação do poder. É a concretização possível da formalização da democracia no mundo quando considerada a máxima de que o poder emana do Povo. É a forma de poder da democracia representativa, que atestou Tocqueville ser rigorosamente seguida nos Estados Unidos da América, já no século XVIII e que é a mesma na maioria das democracias ocidentais[117].

A evolução desse modelo representativo passou por diversas fases, até chegar ao Estado Democrático de Direito no século XX. O Brasil, por sua vez, também demorou a encontrar a concretização da parte formal do Estado democrático de Direito, o que somente ocorreu, tardiamente, após a Constituição

---

Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasiília 24 de março de 2005. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l11105.htm.> . Acesso em 12 ago 2009.

[116] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd. Ed. Oxford : Oxford University, 2004.p.30.

[117] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na américa**. São Paulo: Martins Fontes, 1998-2000. p. 197, vol 1.

Federal de 1988, cujas implementações institucionais para a concretização dessa forma democrática são passos que vêm sendo dados vagarosamente, se é que estão sendo dados. [118]

A legislação, e principalmente a legislatura, parece, diante da opinião da sociedade, como não mais sendo o foro correto para o direito a ser buscado pelos cidadãos. Há uma pecha pejorativa de foro político na legislatura, desconectando-se do direito. Essa, todavia, é uma tendência mundial e, além do Brasil, existe a desconfiança também em democracias mais antigas como os Estados Unidos, ou países com um Legislativo muito mais tradicional e secular como o Reino Unido.[119] [120]

A crítica à democracia majoritária (para usar a nomenclatura de Dworkin), é semelhante em todos os países: a atividade legislativa é vista como um foro de troca de favores, escambos políticos, deturpações ideológicas, manobras corporativas e de interesses eleitorais próprios e - do pior de todos os males - a corrupção. [121]

A base para a teoria de Waldron é o desacordo social sobre direitos, sendo ele um fato social que requer e embasa a necessidade de que exista um regramento que solucione legitimamamente - ao mesmo tempo em que respeite e considere as posições discordantes – os desacordos entre os indivíduos.

Pode-se iniciar a exposição da defesa da dignidade da legislação pelo autor com o seguinte excerto:

---

[118] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28-29.

[119] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

[120] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora UNB: Finatec, 2008, p. 149.

[121] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade** a leitura moral da constituição norte-americana**.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

> A autoridade do direito repousa no fato de existir uma reconhecível necessidade nossa de agir em cooperação em vários assuntos ou de coordenar nosso comportamento em várias áreas com referência a uma estrutura comum, e essa necessidade não é evitada pelo fato de nós discordarmos entre nós mesmos sobre como o nosso curso de ação comum, ou nossa estrutura comum deverá ser. [122]

Para Waldron o direito serve como limitador para a discordância típica existente entre os indivíduos sobre direitos (*rights)*. Esse limitador tem uma autoridade que lhe permite regrar e prever soluções aos desacordos e mesmo obrigar aos cidadãos.

Necessária, mais uma vez, a citação do texto do autor:

> Isto posto, como base para a autoridade legal, um indivíduo não deveria ser surpreendido em se deparar, de tempos em tempos, diante de uma obrigação legal de participar de uma estrutura legal que ele, pessoalmente, considera como indesejável em termos de justiça (pagar impostos, por exemplo). [123]

Para essa função do direito, o autor tem como objetivo apresentar a legislação como fonte legítima do direito, tendo sua dignidade exatamente no seu viés essencialmente ligado ao modo de decisão democrático.

Para Waldron, tendo como base o desacordo social sobre o que é o direito, o que seria a estrutura a moldar os comportamentos pessoais, a legislação surge como um verdadeiro resultado de um foro de embate, derivada da estrutura de assembleia e das discussões ideológicas feitas pelos partidos políticos junto à sociedade. A legislação é fruto de um sistema e de um processo em que, assim

---

[122] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd. Ed.Oxford: Oxford University, 2004.p.7. *Original: "The authority of law rests on the fact that there is a recognizable need for us to act in concert in various issues or to co-ordinate our behaviour in various areas with reference to a common framework, and that this need is not obviated by the fact that we disagree among ourselves as to what our common course of action or our common framework ought to be."* (Tradução nossa).

[123] Ibid. p.7. Original:*"Given this as basis for legal authority, a person should not be surprised to find himself from time to time under a legal obligation to participate in scheme that he himself regards as undesirable on ground of justice (to pay taxes for example)."* (Tradução nossa).

como entre os cidadãos, reina o que o autor chama um "contexto de desacordo cacofônico" (*a context of cacophonous disagreement).*[124]

O autor sustenta, assim, que a autoridade da legislação está ligada não só ao processo legislativo e às suas normas procedimentais, mas, especialmente, pelo fato de que ela é emanada por um órgão representativo, formado por centenas de componentes que não fomam uma única opinião ou intenção, mas as sublimam todas de forma a concretizá-la na lei. A presença de uma pluralidade de intenções e de vontades entre os que fazem as leis transformam-nas em uma verdadeira obra plural, em que foram considerados muitos entendimentos discordantes. Por isso, Waldron rejeita a busca pela descoberta de uma intenção da legislação ou do legislador como se considerasse essa intenção uma coisa única, singular - o que não é - pois a legislação é o resultado da soma de várias intenções, e o legislador não deve ser considerado uno. A autoridade da legislação e de suas intenções a serem consideradas deve ser a autoridade das pessoas ou facção – ou facções – políticas que criaram, das que votaram nos representantes dessa ideia e dos que fizeram-na passar pelo processo legislativo. [125]

Waldron entende que não é por acaso que, em quase todas as sociedades do mundo, a legislação é emanada por uma assembleia, contendo, normalmente, centenas de pessoas, que requerem para essa assembleia, na sua diversidade, a representação da sociedade na disputa de todos os desacordos maiores em relação à justiça. A assembleia requer, também, que a legislação pelo parlamento exarada tenha autoridade em nome de todos os seus integrantes e não somente em nome de uma parcela ou de uma maioria que tenha votado em seu favor.[126]

O autor defende que o estudo da filosofia do direito deveria considerar, de forma mais cuidadosa, os números superlativos e os fatos da diversidade, sendo eles o ponto central do estudo:

> Leis, deveríamos dizer, são *essencialmente* - não apenas acidentalmente - o produto de assembleias grandes e polifônicas. E esse detalhe principal deveria ser considerado a chave para o nosso entendimento de como lidar

[124] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd.ed.Oxford: Oxford University, 2004, p.9.
[125] Ibid, p.10.
[126] Ibid, p.10.

> com as leis, como interpretá-las e como integrá-las em um campo mais amplo do direito. [127]

Waldron sustenta que esse retrato obscuro do legislador é o contraste perfeito para a aparição imaculada da revisão judicial e, por isso, existe evidente a contraposição entre as teorias dele e a de Dworkin. [128]

Existe uma necessidade de que a filosofia se debruce e teorize sobre a política, estudando as teorias políticas e a democracia. As teorias expostas nesse trabalho são frutos dessas tentativas. O seu objeto é mais a autoridade política, a legitimação e o processo (como procedimento) democrático.

3.2.3 Os requisitos para uma legislação digna

Waldron elenca quatro requisitos para se alcançar uma teoria de uma legislação digna. Segundo o autor, há necessidade de criar uma situação em que haja uma aplicação de uma teoria que faça revelar a diginidade da legislação. Para isso, deve-se atentar para que haja uma diferenciação entre o caso que ele chama de "central" (*core case*) contra a revisão judicial, dos casos não centrais *(non-core cases)*, em que a revisão judicial cumprirá seu papel excepcional para lidar com o que chama de patologias especiais (*special pathologies*). [129]

São quatro os requisitos de Waldron: (1) a existência de instituições democráticas *(democratic institutions);* (2) a existência de instituições judiciais *(judicial institutions)*; (3) compromisso da sociedade com os direitos *(commitment to rights)*, e (4) desacordo sobre os direitos na sociedade *(disagreement about rights)*.

---

[127] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd.ed.Oxford: Oxford University, 2004.p.10.*Original: "Statutes, we should say, are essentially- not just accidentally- the product of large and polyphonous assemblies. And this feature should be made key to our understanding of how to deal with them – how to interpret them, and how integrate them into the broader body of law."* (Tradução nossa).

[128] Ibid, p. 2.

[129] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p.1359.

O argumento de Waldron é de que, se não estiverem presentes os quatro requisitos, o caso central contra a revisão judicial não se estabelece, explicando que o caso central é condicional à existência concomitante desses elementos que, todavia, não são estranhos à maioria das democracias do Ocidente. [130]

Passa-se a analisar, mais profundamente, cada requisito, necessários à exposição da teoria da dignidade da legislação.

Para que exista a dignidade da legislação em um caso essencial contra a revisão judicial, deve também existir instituições democráticas em funcionamento na sociedade. Essas instituições, com certeza, são frutos de um crescimento pelo qual grande parte do mundo moderno ocidental passou historicamente, através de períodos de ditaduras, monarquias e controle colonial[131].

Essas sociedades devem ter suas formações instituídas por leis e políticas públicas escolhidas pela população e através de seus representantes eleitos. Para isso, há a necessidade de que o sistema político-democrático seja amplo com a previsão de votos através de sufrágio universal. Os partidos políticos são importantes e seus integrantes e os representantes da população devem considerar a ideologia partidária, a vontade do representado e a da sociedade.

O Legislativo, para Waldron, deve ser um amplo corpo de deliberação, preferencialmente bicameral e que deve lidar com assuntos essenciais e difíceis da sociedade, inclusive no aspecto de justiça e política social. [132] O Poder Legislativo é no qual se concebe o conceito de instituição democrática, representativa.

O mais importante para Waldron é que o Legislativo seja comprometido com os assuntos que interessam à sociedade e os seus integrantes vejam-se a si próprios como representantes ora do seu eleitor específico, ora do corpo da sociedade.

Esse desenho idealizado do formato mais ou menos homogêneo de como as legislaturas funcionariam na contemporaneidade não quer dizer que, para que se

---

[130] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006.p.1361.
[131] Ibid, p.1361.
[132] Ibid, p.1361.

preencha o requisitos da instituição democrática, perquira-se de um funcionamento perfeito desse sistema legislativo previsto formalmente. O funcionamento da representação deve se dar consubstanciado na discussão em uma base política equitativa, ou seja, baseado na existência do binômio situação-oposição.

O anseio pela reforma no sistema político eleitoral há muito reclamado por diferentes atores políticos mostra por que, apesar de o Brasil ter exatamente o formato esquematizado pelo autor, sua estrutura legislativa não tem um funcionamento adequado [133].

Waldron remete ao sistema eleitoral a correção das imperfeições do funcionamento do Legislativo, como, por exemplo, a falta de legitimidade do debate político ou, então, pela representação que ele chama de iníqua. Essas imperfeições de representação devem ser objeto de reforma, e o Poder Legislativo, para servir ao primeiro requisito de Waldron, deve ter poderes para rever esse sistema de eleição, ou, então, deve haver previsão de revisão pela própria população através de mecanismo de participação direta.

A legislação emanada por esse corpo de representantes democráticos, para o caso essencial de Waldron, não necessita ser sempre boa ou justa. Supõe-se que algumas leis feitas serão justas e outras injustas, e isso é o que leva a existir dois tipos de leis, umas que serão submetidas à revisão judicial, e outras que não serão objeto da revisão judicial.

O requisito da existência de instituições democráticas legislativas em bom funcionamento é muito mais de ordem formal e ligado ao processo legislativo do que relacionado ao mérito, objeto de sua atuação.

Exposto o primeiro requisito, passa-se à análise do segundo requisito para a concretização da dignidade da leigislação como caso central contra a revisão judicial.

---

[133] SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA 'SISTEMAS ELEITORAL E PARTIDÁRIO EM DEBATE'. 1995. Brasília. **Partidos** e sistemas eleitorais em tempos de reforma. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. (Debates; 9), p. 39.

O segundo requisito para a caracterização do caso essencial contra a revisão judicial é a existência na sociedade de instituições judiciais *(judicial institutions)*, que é exatamente o Poder Judiciário.

A sociedade concebida por Waldron tem o Judiciário estabelecido, politicamente independente em bom funcionamento e considerado o foro de discussão de casos pela população. Esse poder judiciário é autorizado a revisar os atos executivos, fazendo a cominação desses em relação à Constituição e às normas infra-constitucionais. O Poder Judiciário, segundo esse requisito, é predominantemente não eleito e não faz as vezes de instituição representativa. A característica mais importante é que essa instituição judicante não tenha o que o autor chama de "ethos" de eleição, representação ou legitimação eleitoral de alguma ordem, ou na similitude da forma da legislatura. [134]

O Poder Judiciário do caso essencial de Waldron não só revisa a legislação como é institucionalmente capaz disso. Contudo, o autor questiona quando deve haver a revisão judicial, em que situação aquilo que foi determinado pelo Judiciário deve ser final e obrigatório, vinculativo aos corpos representativos de governo. O poder judiciário deve, ainda, ser organizado em níveis com instâncias recursais e com previsão de uma corte de decisão final, cujo teor das decisões liderará as instâncias menores.

Independente da variada forma de escolha dos juízes, seja pela meritocracia – concurso público - seja pela escolha entre eminentes advogados e juristas, como ocorre nas democracias modernas ocidentais, o Poder Judiciário é aquele composto por pessoas com formação educacional específica, que são de alta consideração e de reconhecido *status* pela sociedade.

O Poder Judiciário deve, igualmente, ter alta estatura no sistema político e ser protegido por formas de salvaguardas da influência direta de pressões políticas específicas.

Conforme Waldron, isso é importante por duas razões. A primeira consiste no fato da sociedade orgulhar-se de ser majoritariamente democrática e, pelo fato dos

---

[134] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1363.

juízes compartilharem esse orgulho, por isso, terão, provavelmente, a consciência da legitimação de sua atividade quando envolvidos na revisão judicial da legislação. A segunda razão é a existência de desacordo em relação ao siginificado e à implicação dos direitos individuais e das minorias. [135]

Assim como os legisladores, a forma da realização das decisões judiciais devem ser levadas a cabo por tribunais com vários juízes, em que seus membros apresentem discordância em relação ao direito e em que exista uma heterogeneidade de entendimentos sobre o direito entre os julgadores.

O processo decisório mais comum nos tribunais desse Poder Judiciário é o da votação majoritária.

Passa-se, então, para o terceiro requisito. Ele exige o comprometimento, a aceitação da obrigação pelo Direito pelos cidadãos.

A sociedade deve ser formada por um corpo de membros que acreditem na busca do bem em algum grau de concepção utilitarista e creiam ainda na premissa majoritária e no governo da maioria com um princípio geral da política. Essa sociedade aceita que indivíduos tenham interesses e possuam algumas liberdades, que não lhes podem ser tolhidas apenas porque a sua negativa seria mais conveniente para a maioria dos membros da população. Os membros da sociedade acreditam que as minorais são titulares de direitos, têm direito a determinado grau de suporte, reconhecimento e proteção que não são necessariamente garantidos pela sua quantidade de membros, ou seu peso político.[136]

O comprometimento com o direito inclui o entendimento de que existem e devem ser respeitados direitos humanos universais mundial e historicamente reconhecidos, e que esse entendimento é objeto de discussão na sociedade organizada, bem como existe o respeito à existência de posições discordantes.

Por isso, considera-se que o respeito e o reconhecimento aos direitos individuais e das minorias são generalizados e fazem parte da ideologia oficial e de parte predominante da opinião política.

---

[135] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1364.
[136] Ibid, p.1364.

O comprometimento com os direitos individuais e de minorias é comprovado, além da consideração dos aspectos anteriores, pela existência de uma enumeração ou declaração oficial de direitos que podem ou não serem parte de uma Constituição escrita, o que caracterizará a ideologia oficial.

A simples aceitação da existência de uma declaração de direitos deixa claro que o professor Waldron não entende a revisão judicial como um embate entre quem defende direitos e oponentes desse direito, mas de duas visões sobre direitos.

Assim, existe uma diferença cultural e institucional entre o que é o comprometimento com os direitos e a forma pela qual ele se dá. Waldron defende que quem se opõe à teoria da revisão judicial não deve ser um cético em relação aos direitos. Esse membro da população ou segmento social não é contrário à revisão judicial devido ao seu ceticismo *(skepticism)* para com os direitos. Pelo contrário, o caso central contra a revisão judicial deve ser construído em um ambiente em que haja o reconhecimento e assunção dos direitos pela sociedade e seus membros.

O quarto e crucial requisito é a existência social do desacordo sobre direitos *(disagreement about rights)*. Entendido esse como uma grande variedade de pensamentos sobre os assuntos mais importantes da vida política da sociedade. É base analitíca para que se possa legitimar a legislação e consiste no reconhecimento do desacordo, da discordância entre os cidadãos em relação ao que eles pensam sobre direitos.

Existe uma gama de entendimentos sobre direitos dentro da sociedade, revelando que tais entendimentos acerca dos direitos e sobre o que eles valem concretizam um pluralidade política.

Na aplicação de leis que regulamentam direitos previstos constitucionalmente, reside o principal foco de surgimento desse desacordo social sobre os direitos e sua extensão. E esse dissenso não é simplesmente uma questão de interpretação, em

uma visão legalista, mas se apresentam como a roupagem de uma mera necessidade de interpretação da lei. [137]

Os desacordos em relação a direitos se dá não entre pequenas questões legais, mas sobre as escolhas maiores, superiores da sociedade moderna.

Diz Waldron:

> Elas (as discordâncias sobre direitos) definem as escolhas mais importantes, que qualquer sociedade moderna deve enfrentar, escolhas que são razoavelmente bem entendidas no contexto dos debates morais e políticos existentes, escolhas que são pontos focais de discordância moral e política em muitas sociedades. [138]

Os direitos têm nuances morais e políticas e podem ser exemplificados, como as questões em torno do aborto, das ações afirmativas, do direito dos acusados criminalmente e da regulação das campanhas políticas e seu financiamento, entre outros. São questões políticas e morais centrais, em que cada cidadão pode ter uma opinião, uma concepção sobre o direito em questão, sem que se possa duvidar, diante da liberdade democrática da sociedade, da sinceridade da escolha dessa ou daquela posição em relação à questão.

Isso significa que, para existir desacordo, não há necessidade de que uma das partes discordantes não considere os direitos importantes. Esse ponto não é essencial. Dois cidadãos que consideram e levam os direitos a sério podem discordar sobre o seu sentido, extensão e aplicação, sem que a defesa da sua posição seja derivada da ignorância moral ou se iguale a de quem não se interessa por esses temas gerais.

Esse ponto, como visto neste capítulo, é a parte principal da teoria político-filósofica de defesa da dignidade do legislador, na busca do alcance da formatação da democracia moderna.

---

[137] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115. 6, Apr 2006, p.136.

[138] Ibid.p.136. *Original: "They define major choices that any modern society must face, choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and poltical disagreement in many societies." (*Tradução nossa).

É exatamente nessa questão que tem o argumento da defesa da legislação seu ponto mais forte, pois há aqui um ponto em que haverá a necessidade de se tentar pacificar esses desacordos sobre o siginificado dos direitos, surgindo a questão de quem seria o legitimado para esse ofício. O Poder Legislativo, composto pelos representantes eleitos e através de normas infra-constitucionais discutidas e votadas na forma do requisito da presença de instituições democráticas, ou o Poder Judiciário, já decidindo sobre essas normas infra-consitucionais, analisando a sua validade e confrontando-as com o texto constitucional, que prevê os direitos individuais e de minoria.

Não há uma fórmula para que se chegue a uma conclusão fácil nesse objeto de estudo, sendo uma das mais atuais discussões da filosofia do direito e da ciência política moderna.

Existe, nos escritos de Waldron, uma tentativa de criar um caso central contra a revisão judicial, não porque se desgosta dessa ou daquela decisão política de supremacia, seja da legislação, seja judicial, mas por entender que a questão está na análise do que leva a escolha dessa ou daquela forma nas democracias modernas.

A discussão entre as duas teorias abordadas e sua confrontação enriquecem o estudo e a filosofia do direito com o aguçar e aprofundamento dos argumentos de seus principais pensadores, bem como os adendos e as críticas que se somam de outros importantes autores.

3.2.4 O princípio da Decisão majoritária e o Poder Legislativo

Para a construção de uma teoria política que tenha base filósofica para alcançar e demonstrar que a legislação tem dignidade no entender moderno do que é uma sociedade democrática, baseada em um Estado Democrático de Direito, surge a necessidade de se estudar, mais detidamente, o princípio da decisão majoritária, que, embora seja de aplicação universal e histórica, é subteorizado,

posto que em contraste com a sua aplicação extensa e natural em quase todo decisório plural humano, pouco se escreve ou se perquire de sua análise. [139]

Nesse ponto, interessa o estudo do princípio majoritário, ou da decisão majoritária, naquilo que ele serve para a discussão posta e como ele funciona na busca da legislação digna em contraponto à doutrina teórica que o considera de outra forma no que concerne à aplicação e à valoração na revisão judicial.

A decisão por maioria, ou majoritária, foi, historicamente, utilizada na Grécia Antiga, na Revolução Francesa, mas, apenas no século XX, é que a sua prática pode ser considerada democrática com o advento do sufrágio universal.

A tomada de decisões com a simples contabilidade de votos (um viés meramente matemático) parece trazer uma pecha de arbitrariedade na decisão feita, tendo o princípio majoritário como sua legitimação[140].

Entretanto, filósofos como Hannah Arendt afirmam que o princípio majoritário é inerente ao processo de decisão e que sua aplicação seja quase que natural às decisões de toda espécie de conselho e assembleias de deliberação[141].

Logo, mesmo que descrito como uma mera contagem de votos, o princípio majoritário é utilizado por toda a gama de mecanismos decisórios e, por conseguinte, também naqueles do campo da política e do campo do direito, dos quais se pode exemplificar com as câmaras de representantes, os tribunais judiciais.

Essa larga escala de utilização e sua naturalidade na aplicação das decisões humanas talvez tenha tirado o princípio majoritário do foco do estudo filósofico, mas a sua importância para a teoria versada nesse capítulo é, exatamente, a descoberta do porquê um princípio utilizado tanto na revisão judicial quanto na feitura de leis, pode ser usado para tentar convencer a ilegitimidade de uma dessas formas de decisão política.

O estudo um pouco mais profundo do princípio faz-se necessário não apenas na contraposição entre legislação e revisão judicial, mas também para demonstrar

---

[139] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 52.
[140] Ibid.p.155.
[141] ARENDT, Hannah. **Da revolução.** 2. ed. Brasília: Ática, 1990, p. 131.

que a base decisória, que legitima a legislação, tem fundamentação filósofica e coerente.

As legislações têm como base para sua autoridade exatamente o fato de terem sido concebidas após aprovação pelo princípio majoritário[142]. Nesse princípio, reside a legitimação da legislação e o seu funcionamento demonstra como ocorre, na sociedade, o consentimento com a decisão tomada pela maioria.

Novamente, Waldron propõe que é essencial o reconhecimento da existência da discordância sobre direitos na sociedade para que haja o consentimento com a legitimidade das decisões legislativas majoritárias.

Trata-se de um mecansimo em que existe uma vontade majoritária, mas deve haver, também, uma vontade da minoria discordante vencida de aquiescer à decisão, mesmo que de forma relutante[143]. Passa por isso, também, o fato de que os vencidos e minoritários sabem que não foram excluídos do processo ou deixaram de ter razões expostas, ouvidas ou consideradas, mas, simplesmente, não foram majoritários. Essa derrota não é o suficiente para trazer arbitrariedade ao processo para que a minoria cerre fileiras contra a decisão tomada.

Tal fato leva a reconhecer que a discordância pode levar à decisão certa, mesmo não sendo uma visão de sociedade ideal. Foi assim que surgiram evoluções como a proibição do trabalho infantil, o fim da segregação racial e outras conquistas legislativas que, quando efetivadas, causavam evidente discordância social [144]. Dita Jeremy Waldron:

> Mais ainda, cada uma dessas conquistas legislativas reivindica autoridade e respeito como direitos *nas* circunstâncias da política e, inclusive, na circunstância da discordância quanto a ser um passo na direção certa. [145]

Um dos pontos essenciais para Waldron que levam à dignidade da legislação é o consentimento dos indivíduos que o processo decisório democrático legislativo

---

[142] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.154.
[143] Ibid, p.189.
[144] Ibid, p. 89.
[145] Ibid, p. 90.

acarreta. Para ele, a legitimação da decisão majoritária, quando feita por representantes de quem participou votando, repousa no fato da decisão majoritária não requerer que nenhuma opinião seja desprezada ou menosprezada, facultando que todas sejam sopesadas no decisório. Se não bastasse isso, ela autoriza que se manifeste um sem número de opiniões a respeito do mesmo desacordo social sobre direitos, não havendo restrição da forma de pensar sobre direito, justiça e bem comum.

Waldron destaca que se, chegando à decisão majoritária pelo processo legislativo, não se pode querer que, pelo fato de existir uma decisão, deva-se fingir um consenso que não há. Existe, entretanto, na decisão, uma concepção de igual respeito aos votos individuais que a legitima, no que chama de "circunstâncias da política".[146]

A construção das afirmações de Waldron enfatiza o porquê ele entende que a decisão majoritária como processo decisório que dá autoridade à legislação é, assim como o seu produto, digna, pois autoriza uma igual consideração universal, não criando obstáculos ao exercício de participação ou limitando as questões que envolvam os desacordos sobre direitos.

3.2.5 A decisão majoritária e tirania

Conforme Waldron, um dos motes usados pelos defensores da revisão judicial para traduzir a preocupação mais comumente expressa sobre o trabalho de uma legislatura democrática é a de que , por serem organizados sobre um princípio majoritário, os processoss legislativos podem dar expressão à "tirania da maioria" *(tyranny of the majority)*.[147]

---

[146] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.195.

[147] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1395.

O autor cita que esse medo é muito difundido e muito antigo- desde Tocqueville - usa-se a expressão. A partir desse lugar comum, a suposta necessidade de um limite de controle judiciário sobre as decisões legislativas é quase auto evidente, e se brada: qual seria outra segurança possível às minorias contra a tirania da maioria? [148] [149]

Waldron entende que esse argumento comum padece de séria confusão. Para o autor, se os direitos estão sob desacordo e um dos lados pretende ter um direito que o outro nega, o primeiro entenderá o posicionamento do segundo como potencialmente tirânico. Outras vezes, a tirania será visível por todos que veem seus direitos negados[150], como por exemplo: os defensores do aborto entendem que os contrários são tirânicos contra os direitos da mulher, enquanto os defensores da proibição do aborto entendem que a liberação é tirânica para os direitos dos fetos.

Desse modo, a tirania, na definição dada, sempre existirá, independente de quem haverá de dar a última palavra no processo decisório. Tal é, de um modo ou de outro, inevitável.[151] Daí surge o questionamento se o fato da tirania de uma decisão política é agravada de alguma forma por haver sido imposta por uma maioria. Indaga Waldron: "A tirania de uma maioria popular (por exemplo, a maioria de representantes eleitos, cada um apoiado pela maiorias de seus representados) é uma particularmente flagrante forma de tirania?"[152] A resposta para o autor é negativa.

Para construir a resposta analítica à indagação, deve-se ter em mente que, usualmente, usa-se uma afirmação de que minorias serão oprimidas e terão seus direitos negados ou negligenciados na concretização dessa "tirania", pela maioria. Isso se faz comparando se as escolhas feitas pela maioria em relação aos direitos da minoria. Ou seja, se a maioria venceu, foi porque os direitos da minoria foram negados, diminuídos e, em contrapartida, os direitos da maioria foram considerados

---

[148] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na américa**. São Paulo: Martins Fontes, 1998-2000. p. 294, vol 1.

[149] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1395.

[150] Ibid, p.1395.

[151] Ibid, p.1396.

[152] Ibid, p. 1396.Original "*Is tyranny by a popular majority (e.g., a majority of elected representatives, each supported by a majority of their constituents) a particularly egregious form of tyranny?*"(tradução nossa)

e elevados . O uso desses termos dessa maneira não são, necessariamente, relacionados aos processos políticos decisórios, segundo Waldron.[153]

Para explicar a afirmação, o autor diz que , quando existir uma injustiça nos moldes expostos em sede de decisão política, deve-se ter claro que existem dois tipos de minorias e maiorias envolvidas no processo político decisório. A classificação dá-se na distinção entre as maiorias e minorias "decisionais" (*decisional)* e as maiorias e minorias "tópicas" (*topical).* As primeiras são as que, efetivamente, votam no processo político decisório, e as segundas são os grupos sociais que têm seus tópicos em questão. Assim, em alguns casos , fazer parte da maioria ou minoria decisional pode ser fazer parte, também, da minoria ou maioria tópica. O autor cita como exemplo o caso de uma injustiça racial: os legisladores brancos (maioria decisional) votam pelo privilégio aos brancos (maioria tópica), enquanto os legisladores negros (minoria decisional) perdem a batalha pelos direitos igualitários dos negros (minoria tópica).[154] Quando ocorrer essa simultaneidade de participação nos grupos tópicos e decisionais, poderia se estar falando de uma tirania, mas isso somente é possível se a sociedade não levar os direitos dos outros a sério, o que não concretiza os requisitos da teoria do autor, acima exposta.

Havendo desacordo sobre um direito, e sendo ele submetido a um processo decisório baseado na decisão majoritária, quem vota na decisão e perde (parte da minoria decisional) não necessariamente terá sido paciente de uma tirania da maioria vencedora. Somente poder-se-ia falar em tirania, se a decisão fosse comprovadamente errada e que o votante vencido fosse integrante, também, da minoria tópica e tivesse o direito afetado por essa decisão errada.

Não basta , portanto, para que haja a tirania, que a opinião de um indivíduo não seja transformada em uma realidade na comunidade em que ele é membro, pois nada de tirânico ocorre a esse indivíduo se a opinião acolhida respeite e considere

---

[153] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006.p.1397.
[154] Ibid, p.1397.

os seus interesses de forma própria, assim como considere e respeite a opinião de qualquer outro membro da comunidade.[155]

O fato de a opinião de um indivíduo não prevalecer, não quer dizer por si só que ele terá seus direitos, liberdade ou bem-estar ofendidos. Ser integrante de uma minoria tópica por si só também não faz com que um indivíduo seja paciente de uma tirania, pois se aplica a mesma situação e soma-se a isso o fato de que nem sempre as minorias têm o direito que entendem ter, podendo estar erradas em relação aos direitos que realmente têm. Deve-se sempre considerar que a maioria pode estar certa.

Waldron defende que qualquer abordagem do *slogan* "tirania da maioria" deve considerar o acima exposto analiticamente e deixa claro que o que não pode ocorrer é que "O termo não deveria ser usado simplesmente para marcar o desacordo de quem o pronuncia com o resultado de uma decisão majoritária."[156]

Para o autor :

> A maneira mais frutífera de caracterizar a tirania da maioria é dizer que ela ocorre quando as minorias tópicas estão alinhadas com as minorias decisionais. (...) Entretanto, devemos notar que esse tipo de alinhamento é exatamente o que não devemos esperar sobre as afirmações centrais que estamos considerando.[157]

Fica claro no ponto em que a tirania da maioria somente é aceitável, se feitas as ressalvas e, somente em uma sociedade formada por pessoas que não considera os direitos como um todo, não levam a sério os direitos individuais, e pouco lhe interessa os direitos das minorias, senão os seus próprios.

É o que aponta, também, Hannah Arendt:

> Apenas onde a maioria, após a decisão ter sido tomada, começa a liquidar politicamente, e, em casos extremos, fisicamente, a minoria oponente, é

---

[155] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p.1397.

[156] Ibid, p.1397. Original: *"But the term should not be used simply to mark the speaker´s disagreement with the outcome of a majority decision."(tradução nossa.*

[157] Ibid, p.1398. Original: "*The most fruitful way of charaterizing tyranny of the majority is to say that it happens when topical minorities are aligned with decisional minorities. (..) For now, though, we may note that this sort of alignement is exactly what we should not expect under the core assumptions we are considering." (Tradução nossa).*

> que o artifício técnico da decisão da maioria degenera em governo da maioria. [158]

O autor, finalizando o ponto, afirma que não é motivo de preocupação para uma sociedade a tirania da maioria quando existe compromisso com o direito entre os seus integrantes, e existe o desacordo sobre os direitos, considerando que esse desacordo não é mais das vezes dirigido de forma egoísta. Esses requisitos, já expostos no ponto 3.2.3, se atendidos, fazem como que não seja possível o alinhamento entre as partes tópicas e decisionais, e que os membros de uma maioria decisional consideram os direitos tanto quantos os membros da minoria decisional.

A posição da teoria sobre o antigo slogan da "tirania da maioria" é a de que ele não condiz com a verdade em um legislativo que atende a finalidade de ser um foro de decisão sobre os desacordos da sociedade acerca dos direitos. O Legislativo irá decidir sobre desacordos entre pessoas – que os elegerão – que levam os direitos a sério, são compromissados com eles e reconhecem a existência dos desacordos. Esse Legislativo não tem uma maioria tirânica para Waldron, pois a sua escolha, embora feita através do princípio majoritário, não é estatística ou feita de forma egoísta.

A própria formatação do Legislativo como assembleia numerosa tende, exatamente, a transformar argumentos egoísticos em argumentos fracos diante das questões sobre direitos que envolvem mais do que as preferências pessoais dos representantes ou dos representados.

No próximo capítulo, far-se-á a análise do embate teórico exposto em um caso concreto de lavra do STF: a ADI 1351-4.

---

[158] ARENDT, Hannah. **Da revolução.** 2. ed. Brasília: Ática, 1990, p.131.

4 A ANÁLISE DA ADI 1351-4 - CLÁUSULA DE BARREIRA DOS PARTIDOS POLÍTICOS PELO STF E OS ARGUMENTOS DA DECISÃO

O princípio democrático pressupõe a legitimidade das decisões que darão sentido e conceito dos direitos trazidos pela Constituição. A Carta Magna, como base do ordenamento político e jurídico, estabelece as escolhas de um determinado povo para concretizar o funcionamento da sociedade.

Todavia, esse valor maior democrático necessita de uma forma de se transformar em algo a alterar a vida dos cidadãos. Essa forma se traduz em escolha de quem será legitimado a atuar para definir, na concretude da vida, quais serão os valores que serão considerados como os constitucionais.

A doutrina de Dworkin defende a revisão judicial dos atos legislativos, constituindo o Poder Judiciário no último definidor do siginificado e extensão dos direitos previstos na Constituição.

Entretanto, o objeto deste trabalho não são as leis que tratam de questões sociais, religiosas ou puramente morais - embora essas questões sirvam de exemplo para a atividade do Poder Judiciário na concretização dos direitos na presente dissertação – mas as leis que regram o próprio sistema político, previsto na Constituição.

Surge a necessidade de que se digam quais os siginificados que a Carta Magna quis dar aos variados princípios que erigiram ao sistema político, no caso, o brasileiro. Atenta-se, portanto, a uma questão mais específica sobre qual o processo político decisório é mais democrático na escolha do siginificado do contido na Constituição em relação ao formato do sistema político partidário e representativo brasileiro: a revisão judicial ou o processo legislativo?

A própria etiologia da palavra parlamento sugere que ele seja um local de discussões e um foro de busca de alternativas e criação de novas idéias [159].

---

[159] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.42.

A Constituição brasileira de 1988, como defende Streck[160], incorpora compromissos éticos-comunitários e, sem dúvida, o principal deles é a permanência da democracia. A Carta Magna revela a intenção de que se cumpram as diretrizes de um Estado Democrático de Direito, por isso, a importância de se alcançar o que ela quis estipular para o processo político.

Essa intenção expressamente prevista na Constituição, essa escolha do valor democrático, sem dúvida, atende às premissas para que se questione da atuação de uma leitura moral em sede da revisão judicial .

Isso porque, por conter forte compromisso com os ideais maiores de democracia, qualquer atentado contra o exercício democrático ou a representatividade das minorias deve ser objeto de análise de constitucionalidade. [161]

O princípio democrático, que o Brasil adotou, contém evidentes fatores abstratos de representação política da minoria contra qualquer tipo de regime autoritário ou arbitrário. A Consituição Federal de 1988 é uma ode à democracia, ao pluralismo e à defesa da liberdade de expressão.

E assim o é, especialmente, no que concerne à liberdade de exercício político. Advinda depois de vinte anos de ditadura, o principal novo paradigma da

---

[160] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 38.

[161] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição.htm.> Acesso em 12 ago 2009. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e art. 1º: *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"*

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

atual Constituição é a democracia em si e a proteção intrínseca dos mecanismos de seu exercício.

Como a leitura moral da Constituição é a análise, a interpretação de determinada questão jurídica-política com base em princípios axiológicos abstratos, trazidos pela informação constitucional, tem-se que a sua aplicação pode ser reconhecida em decisões que defendem e definem os valores também na matéria específica do exercício político e dos direitos de minorias e não somente em sede de direitos individuais ou de minorias raciais ou religiosas. Foi o que ocorreu na decisão a ser abordada neste capítulo.

A política não é apenas um fenômeno normativo ou jurídico, tem um caráter fundante da sociedade, sendo que alteração dos procedimentos de sua formação e legitimação interessam diretamente a quem faz o exercício da democracia: o cidadão.

Como premissa e condição para continuidade do trabalho, denota-se ser possível pela teoria de Dworkin que o próprio sistema político seja objeto de revisão judicial, incumbindo à corte constitucional da decisão sobre como definir o funcionamento do sistema político com base no contido na constituição.

4.1 A DECISÃO DO STF NA ADI 1351 E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal brasileira de 1988 repetiu o sistema representativo proporcional trazido nas leis eleitorais históricas que o instituíram desde a era Vargas até o Código Eleitoral de 1965 .

Nesse sistema, manteve a liberação da criação de partidos já trazida a partir de 1979 e, com isso, previu em seu artigo 17, as linhas mestras das condições de criação, extinção e funcionamento partidário.

Desde então, a reforma política é, periodicamente, levantada como necessidade a ser suprida para melhoria da representação política e, por consequência, da legitimação das decisões legislativas[162].

Houve uma tentativa de alteração do quadro já na revisão constitucional de 1993, com a instituição da chamada “cláusula de barreira” para os partidos políticos, que nada mais é do que uma claúsula de desempenho mínimo em nível nacional que, quando desatendida, acarreta restrição no funcionamento partidário.

Entretanto, apenas em 1995 , o Poder Legislativo pós 1988 emanou lei regrando a forma do exercício dos direitos políticos e dos direitos de atuação político-partidária com o escopo de dar forma ao sistema trazido na Consituição Federal brasileira.

A lei federal 9.096, de 19 de setembro de 1995 (lei 9096/95), de lavra do legislador ordinário, passados quase sete anos da promulgação da Constituição Federal, normatizou uma parcela do exercício da democracia pelos cidadãos ao regulamentar a atuação dos partidos políticos, com base em permissivo expresso do art. 17 da Constituição Federal[163].

---

[162] SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA 'SISTEMAS ELEITORAL E PARTIDÁRIO EM DEBATE'. 1995. Brasília. **Partidos** e sistemas eleitorais em tempos de reforma. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. (Debates; 9) p. 38.

[163] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição.htm.> Acesso em 12 ago. 2009**.** Art.17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;
II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.
§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)
§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.
§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (Grifo nosso).
§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

A referida lei 9.096/95, em especial no seu artigo 13, criou a cláusula de desempenho, comumente chamada de cláusula de barreira. [164] Essa cláusula previu que os partidos políticos, para que tivessem funcionamento parlamentar, teriam que ter, em cada eleição para a Câmara de Deputados, no mínimo , cinco por cento dos votos válidos apurados, distribuídos em pelo menos 3 estados da federação, sendo que, em cada um desses estados, deveria atingir minimamente dois por cento do total de cada um deles.

Essa restrição ao funcionamento parlamentar de partidos políticos foi, usando o legislador de sua prerrogativa de representante da sociedade para regulamentar a participação e representação políticas, uma tentativa de concretização dos valores previstos no *caput* do artigo 17 da Constituição brasileira, que prevê o caráter nacional dos partidos e, igualmente, que o legislador deve formatar os requisitos de funcionamento parlamentar.

Desde setembro de 1995 estava em vigor a lei que, também, previa um período de adaptação que tinha regras de desempenho mitigadas e brandas em seu artigo 57, e adiava a aplicação da cláusula do artigo 13 para depois da proclamação dos resultados da segunda eleição para a Câmara dos Deputados, após o início da legislatura seguinte à lei .[165]Assim sendo, a legislatura seguinte a iniciada em 1999, consequentemente, a segunda eleição subsequente para a Câmara dos Deputados era a do ano de 2006, e a aplicação da lei dar-se-ia em relação à legislatura que se iniciou em 2007 .

Essa fixação legal de restrição foi atacada por causar a restrição de funcionamento parlamentar de partidos pequenos, sem a mínima representação nacional trazida na lei. Os partidos políticos prejudicados intentaram, já no ano de 1996, com Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal contra as restrições impostas pela lei que tomaram os números de 1351-3, e

---

[164] BRASIL. Presidência da República. **Lei n 9.096/95**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, 19 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l9096.htm.> . Acesso em 12 ago. 2009. “Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.” Lei 9096/95.

[165] Ibid. “Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte (...)”

1358-4 e tiveram o trâmite e julgamentos simultâneos [166]. Em sede de medida cautelar, a lei foi mantida, reconhecida precariamente a sua constitucionalidade pelo então relator o Ministro Maurício Corrêa e, posteriormente, pelo tribunal, por unanimidade, sob o argumento de que a lei regulamentadora dos princípios constitucionais era adequada à proteção da convivência partidária.[167]

Passados mais de dez anos da decisão da medida cautelar, houve o julgamento do mérito da ação antes do início da legislatura de 2007, na data de 7 de dezembro de 2006, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 13 da lei 9.096/95 pelo plenário, por unanimidade.

A questão surge na controvérsia ou discordância sobre qual seria a forma que a lei deveria dar aos princípios da liberdade de criação, fusão e extinção de partidos políticos, os valores de soberania nacional, o regime democrático, a dignidade da pessoa humana e o pluripartidarismo.

Como visto, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº1351, foi feita a arguição de inconstitucionalidade do artigo 13 da lei 9.096/95 que previa a restrição de funcionamento parlamentar de partidos de alegada baixa representatividade e que regrou uma cláusula de desempenho mínimo para as agremiações políticas para que pudessem ter funcionamento parlamentar e perceberem recursos do fundo partidário[168].

Como já salientado supra, o caso se amolda à discussão sobre buscar a concretização dos princípios abstratos constitucionais e, nesse caso, na tentativa de ser concluir ou ao menos chegar à declaração do maior dos valores previstos e protegidos pela constituição nacional: a própria democracia e sua ínsita necessidade de participação e representação políticas.

A política, como forma de exercício do poder, é limitada e prevista pela Constituição e deve estar em conformidade com este novo paradigma. Parece

---

[166] Tiveram trâmite simultâneo sob o n ADI 1351-4.

[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009, p 25.

[168] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível e: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição. htm.> Acesso em 12 ago. 2009.Vide art.17, §3º da Constituição Federal na nota 150.

impossível separar os dois , na medida que é um texto do Direito que limita a política e dá as formas de seu funcionamento, assim como a política é estruturada pela Constituição, que dá fundamento ao Direito posto.

É o papel da Justiça constitucional no Estado Democrático de Direito, exercido pelo STF no caso do Mandado de Segurança impetrado contra o arquivamento da "CPI dos bingos", em que se decidiu, em suma, que, no legislativo, a maioria não poderia suplantar o direito da minoria política, concretizando a não-aceitação do que Dworkin chama de viés estatístico da premissa majoritária[169]. Nessa decisão, ficou clara a intenção de afastar o que se chamou de "existência de um estatuto constitucional das minorias parlamentares" no sistema jurídico político brasileiro. [170] [171]

Essa decisão , inclusive é citada no Acórdão da ADI 1351, ora estudada.

O caso acima citado foi um dos precedentes para o caso emblemático de lavra do STF em que se atacou a aplicação da cláusula de barreira dos partidos políticos, que é o objeto de estudo deste trabalho[172].

O STF garantiu a existência de pequenos partidos em nome da liberdade partidária e da análise do fato de que a aplicação da cláusula de barreira acabaria por extinguir a representatividade da minoria, por sufocar a existência dos pequenos partidos, diminuindo a representação política e vinculando a participação política a determinados partidos e suas ideologias respectivas. Ou seja, segundo o julgamento, estaria terminada a liberdade dos cidadãos para escolher votar nos partidos e respectivos projetos políticos, pois os partidos que não atingissem o desempenho mínimo, fatalmente iriam sucumbir, ou então, fundir-se-iam com os partidos remanescentes ou criariam outros. Segundo a decisão, a liberdade de

---

[169] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 43.

[170] STF (MS 24831, MS 24845, MS 24846, MS 24847, MS 24848 e MS 24849)

[171] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24831. Autor: Pedro Jorge Simon e outros - Brasília, 4 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009, p. 231.

[172] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.

escolha cairia por terra ao somente se poder votar nos partidos maiores e em suas visões políticas.

A decisão, em especial no voto do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, deixa claro que o seu norte de decisão foram os ideais políticos democráticos previstos na Constituição Federal. Cita-se Parte do voto do Ministro:

> Em última análise, as previsões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica, e, portanto, totalitária. [173]

Segue o voto com o seguinte excerto:

> Resumindo, surge com extravagância maior interpretarem-se os preceitos constitucionais a ponto de esvaziar-se o pluripartidarismo, cerceando, por meio de atos que mostram pobres em razoabilidade e exorbitantes em concepção de forças, a atuação deste ou daquele partido político. [174]

Ao final do voto condutor, sobressai a fundamentação mais profunda da decisão, com a explicação do porquê da escolha pelo pluralismo político-partidário, tecendo a argumentação de que a decisão visou concretizar a defesa das minorias e do ideal democrático da Constituição. Cita-se:

> Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta a desavisados, encontrar-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos.
> No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que,

---

[173] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. de 2009. p. 50.
[174] Ibid.p. 53.

> até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.
> Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. Nesse aspecto, é importante sublinhar, o Brasil se afigura como exemplo para o mundo.
> Democracia que não legitima esse convívio não merece tal *status*, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria.
> Alfim, no Estado Democrático de Direito, paradoxal é não admitir e não acolher a desigualdade, o direito de ser diferente, de não formar com a maioria. Mais: o Estado Democrático de Direito constitui-se, em si mesmo – e, sob certo ponto de vista, principalmente -, instrumento de defesa das minorias. Esse foi o entendimento adotado, levando o Supremo a garantir a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito pela vontade de um terço – e não da maioria – dos parlamentares, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF, relatado pelo ministro Celso de Mello e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 4 de agosto de 2006.
> É de repetir até a exaustão, se preciso for: "Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente." [175]

Da leitura do acórdão e do eloquente voto do Ministro relator, pode-se reconhecer a aplicação da leitura moral de Dworkin no presente caso.

A decisão é exarada com base no ideal maior da Constituição brasileira, diagnosticado dessa forma pela Corte Suprema nacional.

A fundamentação é de evidente proteção às minorias políticas que refletem, na representação, as minorias sociais. O voto exalta valores, ideais ético-políticos de tolerância e convivência harmoniosa das minorias com a maioria, como corolário da liberdade e como instrumentos para o alcance da democracia insculpida na Constituição Federal de 1988.

---

[175] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009, p. 40 a 42.

A decisão, de fato, dá uma versão ao que a Constituição previu com a atuação do sistema representativo e seu funcionamento, dando substrato material e substancial ao que a Constituição democrática instaurou.

Essa é aplicação pela Corte Suprema nacional de uma leitura moral sobre o ponto controvertido no caso da ADI 1351, em que se deu os contornos da liberdade representativa na sede dos partidos políticos.

Conforme texto do próprio acórdão, a decisão que declarara inconstitucional o artigo 13 da lei 9096/95, deu-se com a intenção de defesa das minorias políticas e da liberdade política, trazendo frases como: "neutralização da ditadura da maioria" e "corredor da morte das minorias políticas." [176]

Soma-se a esses enunciados a afirmação do voto da Ministra Carmem Lúcia ao trazer que entende ferido de morte o próprio princípio democrático fundante da Constituição, quando vincula o voto do eleitor a um representante com atuação limitada, exaltando a representatividade e atuação parlamentar.[177]

Pode-se afirmar, a partir da decisão na ADI 1351, bem como do teor do voto do relator já citado, que a decisão do STF tenta se amoldar à teoria de Dworkin e que foi feita uma tentativa de leitura moral da Constituição Federal nesse caso[178].

A defesa intransigente das minorias e a previsão da existência de direitos oponíveis à lei feita pela decisão da maioria se coaduna com a existência de um "trunfo" da minoria política no caso.

O acórdão traz citações de precedentes de defesa das minorias políticas como o do mandado de segurança da "CPI dos Bingos" e de análise da história de partidos políticos tradicionais do país que seriam levados à perda do funcionamento

---

[176] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4**. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009, p. 50 e 102-a.
[177] Ibid, p. 102.
[178] LISBOA, Wladimir. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuitica,** Porto Alegre, n.5. p. 207-220, 2009.

parlamentar, considerando esse aspecto em similitude à integridade exigida por Dworkin. [179]

Como integridade, também pode-se mencionar a citação pelo relator do fato de a "cláusula de barreira" ter sido utilizada na Constituição outorgada e autoritária de 1967, como instrumento de um regime não-democrático. Essa afirmação contribui para argumentação de que a cláusula de desempenho foi uma prática utilizada para afogar a democracia e, num exercício de integridade, na aplicação da metáfora do "romance em cadeia", uma aplicação de uma fórmula que foi antidemocrática em um "capítulo" anterior do romance, deve ser considerada quando de seu reaparecimento.[180]

A decisão do STF, ao invocar a máxima democrática, usa como base para negar validade à lei, uma vigência de norma anterior parecida em período não-democrático, e com finalidades arbitrárias. A Constituição de 1967 criou uma cláusula de barreira muito mais restritiva e com finalidade de esgotar a representação com argumento formal de desempenho. Entretanto, é preciso ressaltar que isso não quer dizer que o uso da cláusula de desempenho seja , por si só, antidemocrática.

Deve-se salientar, ainda, que não se sabe qual a exata minoria defendida na ADI 1351; indagando-se: seria a minoria a política (um conjunto de partidos de menor expressão) seria a minoria a social (como se esses partidos fossem correspondentes às minorias sociais), ou seria meramente a minoria derrotada na votação da lei 9.096/95 (minoria ideológica)? A resposta será melhor estudada no ponto específico a seguir.

A decisão tal qual posta garante o multipartidarismo em defesa do ideal do pluralismo político, prevendo a total liberdade partidária, bem como exortando um princípio de necessária igualdade de armas entre os partidos para a concretização do seu mister representativo.[181] [182]

---

[179] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade** 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.
[180] Ibid, p. 45-46.
[181] Ibid, p.102-A.
[182] Ibid, p. 145.

Os princípios escolhidos pela decisão judicial, dentro de uma aplicação sensível de uma leitura moral da Constituição brasileira, não se coadunam com os escolhidos pelo legislador, e os motivos fazem parte da argumentação da decisão do STF.

4.2 A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO E A DECISÃO DO STF

Exposta a decisão do STF, passa-se a se insculpir a crítica à revisão judicial como forma de criar um argumento essencial contra essa escolha legitimadora em detrimento da legislação com base na teoria estudada de Waldron. A importância da análise desse aspecto, nesse ponto, está no fato de que esse argumento também é essencial à teoria da escolha do legislativo como digno para ditar o direito e, com isso, concretizar a democracia.

Nenhum dos dois processo de decisão será perfeito. Seja o procedimento adotado o de uma legislação não revisável, seja o proceso de revisão judicial, em algum momento poder-se-á chegar a uma decisão errada. [183]

Essa constatação é típica da política, não há como garantir que não haja diferença entre o que se pensa ser a escolha certa e a escolha que é feita através do mecanismo de decisão (*decision-procedure*), que se definiu como legítimo.

A democracia, todavia, não se submete a esse aparente paradoxo, pois o que se deve construir é um mecanismo de decisão para resolver as discordâncias sobre direitos. [184]

Primeiramente, antes de se abordar os tópicos específicos, deve-se deixar claro que se entende a democracia brasileira como concretizadora dos quatro

---

[183] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1406.
[184] WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** 2 nd. Ed. Oxford: Oxford University, 2004, p.10.

requisitos trazidos por Waldron para a dignidade da legislação e crítica à revisão judicial.[185]

Conforme o autor, para que a legislação possa ser considerada digna e não revista judicialmente, a sociedade deve atender aos requisitos de bom funcionamento das instituições democráticas (entendidas essas como as de representação), ao bom funcionamento das instituições judiciais, ao compromisso social com os direitos e ao desacordo social sobre os direitos.

Conforme salienta Waldron, não há a necessidade de funcionamento perfeito das instituições dos primeiros dois requisitos, bastando que operem na forma prevista e que alcancem suas finalidades. Assim, com base na análise histórica do primeiro capítulo, vê-se que o Brasil pode ser inserido nos quatro requisitos, pois, embora se conheçam os defeitos das instituições do Legislativo e do Judiciário nacionais, reconhece-se seu funcionamento e seu uso pela sociedade. Igualmente, pode se afirmar que a sociedade brasileira tem um compromisso com os direitos e busca a solução dos desacordo sobre os mesmos direitos nas duas insituições elencadas.[186]

Passa-se, desse modo, à ànalise de pontos específicos da crítica feita com base na teoria de Waldron à revisão judicial concretizada na ADI 1351, nos termos mais importantes de fundamentação da interpretação constitucional feita pelo STF.

4.2.1 A “ditadura da maioria”

Conforme o acórdão objeto de estudo, a lei impugnada e declarada inconstitucional instalaria a ditadura da maioria, não estipulando, entretanto, qual a

[185] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p.1359 -1369.
[186] Ibid, p. 1362.

maioria ou minoria em questão. Foi estipulada a escolha pela defesa da minoria política em contraposição à ditadura da maioria.[187]

No caso concreto da ADI 1351, a questão surge da necessidade de se identificar a minoria defendida, pois não há como se pretender entender que os partidos políticos menores sejam depositários de votos apenas de minorias sociais, como as raciais, as de credo, ou outras. Logo, não há como se identificar se as minorias que se quer defender são da sociedade ou somente a menor parte das instituições políticas, dos partidos políticos, ou ainda, dos que foram vencidos na votação da lei. [188]

A decisão do STF, como redigida, sustenta-se na defesa da liberdade partidária, com o escopo de garantir a representatividade da população e, assim, a legitimidade das leis[189]. E se fez isso, exatamente, derrogando uma lei que foi emanada de um parlamento que atende aos requisitos que o Poder Judiciário entendeu democrático, indaga-se: não seria isso um paradoxo?

Se o STF decidiu que, para o parlamento atender aos princípios democráticos de representação e soberania popular, isso deve ser feito com proteção à representação minoritária e pluripartidária , e a lei 9.096/95 foi feita atendendo a esses requisitos. Indaga-se novamente : o STF estaria declarando inconstitucional artigo de lei democrático e legítimo? [190]

Esse é o ponto crucial em que se instala o problema do presente trabalho e , por isso, surge a questão de se a decisão na ADI 1351 é uma análise paradigmática da legitimidade e definição da legitimidade democrática.

Não há dúvidas de que a decisão foi feita com base em uma leitura moral, ou no que alguns autores chamam de “substancialização” constitucional, mas o fato é que a mesma decisão, ao enaltecer a representação política, enaltece a forma de representação política vigente, negando validade a uma alteração do *status quo* ,

---

[187] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009. p.50.

[188] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1351-4. Aut: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.p.50.

[189] Ibid, p. 101.

[190] Ibid, p. 101.

para afirmar legítimas as leis emanadas pelo Poder Legislativo eleito na forma vigente. [191]

Assim, não se está perquirindo, na decisão do STF, da inexistência de legitimidade do processo decisório democrático parlamentar que culminou na lei 9.096/95, mas, sim, se estava o Poder Judiciário escolhendo outra decisão, com base na "leitura moral" de Dworkin.

Entretanto, deve-se antentar à defesa da legislação de Waldron, na forma da teoria exposta no capítulo três deste trabalho, para tentar enfocar por um outro lado a decisão do STF.

A questão da tirania da maioria, segundo Waldron, depende da coexistência, no mesmo corpo decisório, da maioria decisional, da maioria tópica e das minorias decisional e tópica . No caso da ADI 1351, não existe, necessariamente, correlação entre a minoria vencida na votação da legislação e uma minoria social tópica. Isso ocorre porque os partidos minoritários não, expressamente, representam um grupo social coeso, seja político, seja socialmente. [192]

Essa não-representação tópica dos partidos nacionais pode ser, inclusive, imputada a sua multidão, pois, quando da decisão do STF, existiam, no Brasil, nada menos do que vinte e nove partidos políticos.[193]

Assim, pode-se descartar que a minoria afetada pela lei 9.096/95 seja uma minoria social, racial ou outro grupo coeso na sociedade, pois esses grupos não têm um partido político específico, tampouco os partidos, no país, têm tradição de representa, exclusivamente, esses grupos.[194]

Pode-se alegar, todavia, que haveria um dano reflexo à representatividade, mas não há como afirmar de quem é esse dano, ou se o dano é para todos.

---

[191] VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.32.

[192] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1397.

[193] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade** 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009. p. 34.

[194] SILVEIRA, Flávio Eduardo. **A decisão do voto no Brasil**. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.110.

E, se for para todos, não se trataria de defesa de minoria.[195]

Se a minoria afetada for a dos próprios partidos políticos menores, poderia se adequar o acoplamento das parcelas tópicas e decisionais, conforme predita Waldron, mas não haveria uma necessária defesa, um trunfo, que garanta a existência de muitos partidos políticos, se eles não têm função representativa específica, pois não se sabe quem se estaria defendendo, ou prejudicando, com a manutenção dos vários partidos.[196]

Assim, em uma interpretação da teoria de Waldron, não existiria o acoplamento decisional-tópico, o que manteria a dignidade da legislação e sua legitimidade junto à sociedade, não se podendo afirmar que a regra da lei 9.096/95 afeta minorias políticas específicas ou seus votantes, sobretudo quando os partidos políticos que, porventura, remanescessem e têm,com base nisso, ampla diversidade representacional ideológica.

Fica patente que a legislação feita pelos representantes atende aos requisitos da teoria de Waldron, e que sua vontade não era de suprimir ou oprimir minorias sociais, mas de organizar a representação de toda a sociedade de forma a garantir um melhor funcionamento do sistema partidário, e, ao final, da própria representação legitimando-a ainda mais.

Parece que, no caso concreto, ambos os poderes –Legislativo e Judiciário – pretendem alcançar a mesma finalidade, mas com entendimentos diversos.

---

[195] LISBOA, Wladimir. "A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuitica,** Porto Alegre, n.5. p. 207-220, 2009: Mas afinal, de que minoria estaria falando o Ministro Marco Aurélio? Como se define uma minoria? Acaso aqueles que pagariam tributos sobre as grandes fortunas constituiriam uma minoria? Parece ser o caso que minorias, diferentemente dos detentores de grandes fortunas, são identificadas na medida em que reivindicam direitos culturais específicos porque se estimam desfavorecidas, em desigualdade em relação ao resto da comunidade, tal como pode ser o caso, por exemplo, de minorias autóctones, minorias proveniente de imigração ou mesmo aquelas que se organizam no interior dos Estados democráticos e buscam afirmar uma diferença particular, como é o caso de comunidades religiosas ou, por exemplo, dos homossexuais. Não se vê com clareza a quais grupos minoritários o Ministro estaria se referindo. Se não se trata de nenhuma minoria que reivindica um direito à existência ou coexistência com outras minorias e com a maioria no interior de um regime democrático, então quem são os sujeitos que estariam sendo ameaçados pela intolerância legislativa? Se os partidos políticos possuem caráter nacional e republicano, quais interesses têm uma minoria em ver sua reivindicação transformada em uma concepção pública de justiça?"

[196] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1397.

4.2.2 O uso do direito como trunfo na decisão do STF

Waldron afirma que a distinção entre a teoria política e a filosofia política, quase sempre soa artificial. Os dois termos servem para definir disciplinas muito parecidas, sob a batuta de dois departamentos acadêmicos diferentes.

Embora seja feita a objeção dos direitos como trunfo sobre a teoria utilitarista como justificação para decisões políticas, o mesmo uso de direitos como trunfo, na teoria política, não deve ser entendida com os mesmo pontos quando confrontante à decisão majoritária. [197]

O autor traz a controvérsia no seguinte ponto: alguns acreditam que os indivíduos e as minorias têm direitos que podem exercer diretamente contra as maiorias e que podem usar sem maiores discussões. Está previsto e pronto. Outros, sustenta Waldron, entendem que os indivíduos e as minorias não teriam esse direito quase potestativo.

O autor propõe uma abordagem da maneira que entende rousseauniana de democracia, em conflito com a visão dita "psicológica" de Bentham sobre o assunto[198]. A visão "benthamiana" seria, a grosso modo, individualista e utilitarista, em que o indivíduo busca a satisfação de sua própria necessidade e a melhor escolha para si, e a soma dessas opiniões de interesses próprios seria o guia para o legislador, que também agiria em interesse próprio - o de permanecer legislador – ao acatar a soma das vontades.

Waldron propõe, em contrapartida, a abordagem do que chama de modelo rousseauniano de decisão democrática. O cidadão votante de Rousseau não estaria expressando sua preferência pessoal, ao invés, afirmaria seu entendimento de qual o melhor caminho para promover o bem geral.

---

[197] WALDRON, J. Rights and majorities: Rousseau revisited, in WALDRON, J. **Liberal rights.** Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 394.
[198] Ibid, p. 395.

Bentham soma votos, o utilitarismo soma satisfações, enquanto o sistema rousseauniano conta votos para determinar a preponderância de opinões. Para Waldron , a existência da escolha pelo melhor caminho a eleger uma maioria desfaz a ideia da necessidade do uso de direitos como trunfo contra a mesma maioria, dada a sua legitimação original para tomar as decisões.[199]

A lista de direitos, ou direitos usados como trunfo não deve ser entendido de forma estanque.[200] O autor afirma que, mesmo os direitos expressos, embora enunciados em reconhecidos slogans, não têm uma significado único ou consensual, podendo, muitas vezes, levar à dificuldade de aplicação.

O conflito sobre os significados dos direitos e sua aplicação é que leva ao questionamento de quem deve decidir sobre a essência dos "direitos": a maioria, ou outro princípio de legitimação política?[201]

O uso de um direito de minoria como trunfo é o que transparece pela decisão do STF. No caso concreto, o trunfo usado pelos partidos políticos menores seria a liberdade partidária prevista na Consituição brasileira, bem como o pluripartidarismo, previstos no *caput,* do artigo 17 da Constituição Federal [202].

Esse trunfos valem mais, conforme a decisão, do que a previsão igualmente constitucional de caráter nacional e de regulamentação do funcionamento parlamentar trazidos nos inciso do mesmo artigo. Na decisão, que usa da leitura moral, os trunfos passam a ser utlizados como significado dado pelo Judiciário, em sede de revisão judicial e dentro do que Dworkin chama de foro de princípio. [203]

Assim, somente na intepretação do caso concreto, poderia se concluir a existência de um direito constitucional que funcione como um trunfo. Na decisão do STF, decidiu-se que o trunfo da liberdade partidária e do pluripartidarismo vence os valores também constitucionais do caráter nacional das agremiações representativas e da necessidade de representação e desempenho para funcionamento parlamentar na busca de uma melhor representação política.

---

[199] WALDRON, J. Rights and majorities: Rousseau revisited, in WALDRON, J. **Liberal rights.** Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 403.
[200] Ibid, p. 405.
[201] Ibid, p. 402.
[202] Vide nota 150.
[203] DWORKIN, Ronald M. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978, p. 22.

A decisão do STF atenderia, assim, à leitura moral de Dworkin e não reconheceria a dignidade da legislação no que tange à proteção dos partidos políticos minoritários envolvidos na aplicação da lei 9096/95. Coloca-se a frase na condicional porque é necessário que se avalie se o requisito da integridade teria sido corretamente avaliado pelo STF.

Assim, para Waldron, a real solução para o aparente conflito entre a revisão judicial e o processo legislativo está na diferenciação das razões que levam às decisões.[204]

O autor separa duas formas de razões que levam a uma decisão. A primeira é a razão relacionada ao processo decisório, e a segunda é a razão ligada ao resultado.

Diz Waldron:

> Na política, a forma mais familiar de razões relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, o direito do indivíduo ter sua voz considerada mesmo quando outros discordam com o que diz o indivíduo. [205]

No caso concreto da ADI 1351, existiu, como visto, o embate entre as razões que derivaram do processo decisório político representativo – a lei 9.096/95 – e as razões relacionadas ao resultado, representada pela decisão ao entender que, embora o processo legislativo tenha sido seguido e reconhecido como fiel à representação popular, o resultado trazido na lei não é o correto em uma leitura moral feita pelo STF. Isso revela o embate que é o objeto do trabalho: a busca da legitimação na intepretação constitucional.

O embate, entretanto, não chega a uma conclusão sem que se escolha um modo de decidir e se reconheça um poder preponderante. Isso porque fica patente, na decisão da ADI 1351, a escolha pela visão do Poder Judiciário , mesmo reconhecendo que a representação política que fez a lei atacada estava organizada

---

[204] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006, p. 1375.

[205] Ibid, p. 1373. *"In politics, the most familiar process related reasons are those based on political equality and the democratic right to vote, the right to have one´s voice counted even when others disagree with what one says*."

de forma correta. Entendeu-se, como a organização constitucional da representação política, a eleição dos deputados que votaram a lei 9096/95 sem a cláusula de desempenho.

Assim, existiria para o Supremo um trunfo a se opor sobre qualquer outra interpretação, concretizando-se um trunfo constitucional, mas sem que os Ministros do STF tenham se esforçado muito na busca de uma fundamentação teórica mais congruente, senão a busca do resultado querido como dito por Waldron.

5 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito contemporâneo é baseado na existência de uma Constituição como alicerce da política e do direito, seja ela escrita, como a brasileira, seja ela costumeira, como a britânica. [206]

As exigências sociais de concretização das previsões constitucionais fizeram surgir o debate sobre o fundamento teórico que legitimará a atuação do poder de Estado escolhido para a interpretação dos valores da Constituição.

Essa questão fundante da democracia necessita de uma abordagem de forma a contemplar, na filosofia do direito e na filosofia política, aspectos teóricos que importem na tentativa de se responder à indagação de qual poder político seria o legitimado para interpretar a Constituição.

Esse poder legitimado deverá tornar efetivos os axiomas constitucionais para a vida do indivíduo com a consagração de direitos que possam ser usufruídos por ele.

Assentado na doutrina dos teóricos da filosofia do direito o embate entre os poderes legislativo e o poder judiciário, bem como de seus produtos, respectivamente, a legislação e a decisão judicial, escolheu-se trazer esse debate às peculiaridades brasileiras, pois existe a necessidade de que às argumentações objeto das teorias tarbalhadas se aliasse a concretude da sociedade do Brasil e a do caso específico estudado da ADI 1351-4 pelo Supremo Tribunal Federal.

Como paradigma de início do Estado Democrático de Direito no Brasil, a sua atual Carta Magna trouxe vários valores e ideais a serem consagrados pelo direito na sua concretude. Por isso, abordou-se a estrutura da questão da judicialização da política no Estado Democrático de Direito brasileiro. Houve a análise do fênomeno crescente no Brasil da busca no Poder Judiciário da realização dos direitos trazidos na democrática Constituição Federal de 1988.

---

[206] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e norte americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora UNB: Finatec, 2008, p. 19.

Enfocado no problema principal do trabalho - a legitimação dos poderes para interpretar a Constituição com intuito de fazer existentes os direitos nela previstos - houve a análise da formação histórica dos poderes legislativo e judiciário, analisando as suas raízes com a finalidade de tentar apontar, nesse aspecto, um diferencial legitimador da atuação na interpretação constitucional.

Em relação ao Poder Judiciário brasileiro, denotou-se que o mesmo tem raízes aristocráticas ligadas à burocracia e à tecnocracia, e que a doutrina tem exigido do mesmo, com sua crescente atuação na intepretação constitucional, desde a previsão do controle difuso de constitucionalidade pela Constituição de 1891, passando pela criação de algum tipo de controle concentrado na Constituição de 1946 – que ele tenha maior legitimidade democrática, e que sejam os juízes melhor preparados para atender aos anseios dos cidadãos pelos direitos correspondentes aos valores constitucionais. [207] [208] [209] A análise da formação e da história do Poder Judiciário brasileiro é de ineficácia na concretização de direitos e existe a necessidade de mudança dessa situação para que se possa surgir a legitimidade democrática do Judiciário na aplicação da leitura moral, se entendida a sua função nos moldes da teoria de Dworkin.

Em contrapartida, o Poder Legislativo brasileiro tem uma história mais longa e mais cheia de percalços na busca pela legitimação democrática. O Legislativo brasileiro, como poder calcado na representação política da sociedade, embora tenha funcionamento desde 1532 como instituição parlamentar não-representativa, somente passou a representar todo o povo com a previsão do sufrágio universal, a partir do voto feminino após 1934.[210] E, desde então, teve atuação em apenas dois períodos efetivamente representativos de democracia – o primeiro iniciou com a

---

[207] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-29.

[208] BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados unidos do Brasil:** de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição91.htm>.Acesso em 12 ago 2009.

[209] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A formação dos magistrados em Portugal. Que renovação?** Revista Dourtrina, TRF 4ª Região. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao012/boaventura.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

[210] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, p.1991 a1955.

vigência da Constituição de 1946 e findou em 1964, já o segundo, desde a vigência da Constituição de 1988, até hoje.[211]

Foi considerado e reconhecido, também, o cada vez maior distanciamento do legislativo da sociedade que representa, sendo essa a crítica mais feroz que lhe é dirigida. Soma-se a essa crítica, a baixa efetividade de seu trabalho, sendo, mais das vezes, um chancelador de proposições de iniciativa executiva.

São essas as duas principais críticas que se faz à atuação do legislador brasileiro na busca dele pela legitimação da representação e da produção da legislação digna da teoria de Jeremy Waldron.

As teorias que foram expostas são as duas vertentes que se embatem de forma expressa e de modo a formar um debate entre seus autores. Ronald Dworkin defende a revisão judicial dos atos legislativos como meio de se atingir a intepretação dos direitos previstos na Constituição. Explicou-se que essa intepretação dá-se na leitura moral da Carta Magna a ser feita pelo poder judiciário de forma final. Para que haja a legitimação dessa leitura moral e dos direitos que dela decorrem, existe a teorização do autor sobre a não-prevalência da decisão emanada do processo político decisório, baseado no que ele chama de premissa majoritária, quando ela afetar os direitos individuais morais ou os direitos de uma minoria, bem como deve ter a leitura moral o compromisso com a integridade constitucional.[212] [213]

Para Dworkin, o resultado da leitura moral será legítimo quando, na busca da concretização dos direitos individuais morais ou dos direitos das minorias que estão previstos em valores da Constituição, houver a necessidade desse resultado prevalecer em relação às decisões emanadas pelo legislativo, formado por representantes populares com base no voto da maioria. Como visto, Dworkin sustenta que a revisão judicial, através da leitura moral, é necessária para fazer afastar a “tirania da maioria”.

---

[211] BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. 955 p.
[212] DWORKIN, Ronald M. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana**.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.10.
[213] DWORKIN, Ronald M. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978. 371, p.75.

A teoria de Jeremy Waldron, por sua vez, defende a dignidade da legislação como meio de solucionar os desacordos sobre o significado dos direitos entre os cidadãos. Essa dignidade, para o autor, deriva da representação que os legisladores têm da população. A representação política por assembleia numerosa é, para Waldron, legítima para emanar uma decisão sobre direitos na concretização dos valores constitucionais. O filósofo político sustenta que a decisão majoritária típica do legislativo é ínsita e natural na democracia e salienta que esse é o mesmo processo decisório dos tribunais judiciais superiores, na escolha derivada da leitura moral de Dworkin.

Para Waldron, a decisão majoritária implica o consentimento da minoria vencida, pois essa reconhece que a discussão sobre os direitos se deu em um ambiente de discordância, mas de compromisso com os direitos. Ainda, o autor critica o uso de direitos como trunfo e a alegação de "tirania da maioria", em oposição a Dworkin.

Expostas as teorias em debate pelos fundamentos de seus autores mais combativos e expressivos, passou-se a análise de uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro em que foi feita uma abordagem sobre valores constitucionais, culminando com a revisão judicial de um ato legislativo, negando vigência ao mesmo, por não atender ao que a corte definiu como direito da minoria política. [214]

Explanou-se o porquê se entendeu que a decisão do STF, no caso, foi uma leitura moral da Constituição brasileira, analisando-a com base na teoria de Dworkin e seus requisitos. Seguindo na análise da decisão do STF, ôpos-se o argumento de Waldron para considerar a existência ou não da "ditadura da maioria" e da possbilidade do uso de direito como trunfo, bem como houve a abordagem da questão sobre se a lei 9.096/95, declarada inconstitucional, era digna e poderia ser mantida.

---

[214] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade** 1351-4. Autor: Partido Comunista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.

No presente trabalho, quis dar-se uma contribuição ao embate acadêmico sobre a legitimação fundante da democracia, feita através da necessária escolha de um processo decisório que atenda à população, enunciando direitos para concretizar as escolhas axiomáticas da Constituição.

Trazendo debate para o enfrentamento dos dois poderes políticos brasileiros em questão, viu-se que ambos têm, na sua história e formação, erros ou deficiências que não permitem concluir, com base nesse item, uma maior ou menor legitimidade na busca do resultado correto na interpretação da Constituição. Trata-se de uma escolha política entre a legitimação por um proceso legislativo representativo complexo, amplo e histórico, ou pela leitura moral judicial da Constituição em um processo judicial derivado de um poder não-representativo.

O caso concreto analisado serviu para demonstrar a complexidade da escolha e a possibilidade de intepretação em um e em outro sentido.

Ambas as teorias têm forte embasamento filosófico e o seu conhecimento reforça o debate brasileiro, sobretudo quando trazido o próprio enfrentamento entre os autores, cujos argumentos não são apenas auto-referentes, mas incluem a oposição expressa à teoria confrontante.

A decisão do STF, no caso concreto, usou da leitura moral para afastar uma lei que regrava artigo da Constituição brasileira, mas não há como se afirmar que o resultado seja o correto,sem que se posicione por uma ou outra teoria fundante.

A legitimação fundante de cada teoria não faz, por si só, que o resultado da formatação constitucional seja necessariamente correto, mas legítimo. É nessa seara que se insere a discussão em tela. A escolha por uma das teorias não é a solução para a questão filósofica fundante da legitimação. Se a representação é a forma historicamente entendida como realizadora da democracia, ou se o Estado Democrático de Direito aceita que um poder não-representativo (no Brasil, ao menos) seja a última palavra na formatação da Constituição, tudo deve ser objeto de uma análise social e não apenas de funcionamento dos procedimentos de uma ou outra teoria. Como visto, existe crítica de parte à parte contra as atuações dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que denota que a escolha do processo político

decisório mais digno é uma decisão política, que deve se dar sobre bases filosóficas sólidas.

No caso da ADI 1351-4, assim como a decisão dada é objeto de fundamentação com base na leitura moral, outra fundamentação poderia ser dada para a manutenção da legislação evocada do parlamento. Diz-se isso porque o voto do Ministro Relator não deixa clara a minoria que tem o direito defendido, pois os partidos políticos que viessem a ter seu funcionamento parlamentar encerrado, não, necessariamente, representariam uma minoria social, étnica ou religiosa especificamente.

Se foi o direito da representação de livre escolha do cidadão o que o STF escolheu entender como direito constitucional a ser protegido, então essa decisão visou a fortalecer, exatamente, a legitimação do sistema representativo nacional.

Apesar disso, pode-se, certamente, criticar a decisão em relação à necessária integridade de uma leitura moral. Como visto, historicamente, o Brasil é um país de poucos partidos e não de uma multidão deles, o que vai de encontro como reconhecimento do direito constitucional ao multipartidarismo ou à liberdade partidária.

Ainda sobre o objeto da decisão do STF - a lei 9.096/95 - pode-se afirmar que será cada vez mais necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal, se o Legislativo não proceder à “reforma política” e à definição de todo um sistema que respeite o paradigma democrático e se amolde à sociedade brasileira.

O futuro da formatação do sistema representativo dentro do paradigma instaurado pela Constituição de 1988 deve ser de alteração, pois a manutenção do *status quo* leva à crise do sistema. Se o Legislativo ou o Judiciário é quem vai ditar essas formas e dentro de que parâmetros, parece que a tarefa incumbirá aos dois.

Finalizando, o estudo das teorias que fundamentam a escolha dos valores democráticos deve ser objeto de estudo acadêmico profundo, pois não existe, no debate, uma clara definição quanto ao erro ou acerto do uso ou escolha de uma ou outra teoria, se presentes seus requisitos.

Tem-se que, por exemplo, além da análise do embate, base deste trabalho, visualizar a existência de formas de participação direta da população nas decisões, já previstas na Constituição Federal e negligenciadas, tais quais o plebiscito e o referendo, como forma de buscar a legitimação da feição, sobretudo no que tange à "reforma política", que a população entende como mais adequada ao processo político[215].

A reclamada reforma política brasileira, todavia, passa pelo estudo das formas que mais se amoldam à realidade da população e do sistema político nacional.

Em relação ao Poder Judiciário, em especial o STF como foro constitucional, a sua atuação dá-se de forma cada vez mais influente na sociedade, seja pela inércia e semi-falência do Poder Legislativo Pátrio, seja pela necessidade de se buscar a concretização dos valores constitucionais. Essa função típica deve ter uma forma mais adequada de participação democrática, pois o processo judicial, assim como o legislativo, é caro , além de político (em especial, nos casos de decisão sobre questão constitucional em abstrato) é técnico, e não autoriza, atualmente, a participação pela população.

Trata-se de uma escolha política de um povo o proceso de legitimação, por essa sociedade, da forma que será dada para a decisão sobre o significado dos direitos derivados da intepretação constitucional.

Assim, com a exposição das raízes históricas dos poderes que estão em debate, a exposição das argumentações dos autores escolhidos e a aplicação dessas duas premissas ao caso concreto da ADI 1351, buscou-se demonstrar que a escolha sobre o processo político de decisão não se dá simplemente na escolha de qual dos processos gerará o melhor resultado, mas também deve-se ter em mente que o resultado deve ter legitimidade.

A grande questão em torno de se o resultado legítimo será sempre certo, ou se o resultado certo será sempre legitimado, deve ser resolvida com estudo

[215] Na Itália, por exemplo, as questões sobre células-tronco, embriões e reprodução humana, bem como a Reforma Política, foram objeto de referendos populares, enquanto no Brasil a primeira foi objeto de legislação atacada por ADI no STF, e a segunda está sendo feita aos poucos por decisões do TSE e STF que, por exemplo, decidiriam que os cargos eletivos são dos partidos e a necessária fidelidade partidária. Fonte: Ministério dos Negócios Estrangeiros da Itália (Ministeri degli affari Esteri), Disponível em: http:// www.esteri.it/referendum2009. Acesso: em 12 ago. 2009.

profundo da filosofia política, para que se alcance, na fomatação de uma teoria do direito, uma resposta adequada a cada tipo de sociedade, sempre incorporando o conhecimento de cada uma das correntes, como necessidade para o aprofundamento do debate acadêmico.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Da revolução.** 2. ed. Brasília: Ática, 1990. 261 p.

BONAVIDES, Paulo. **Historia constitucional do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. 955 p.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil:** de 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição24.htm>.Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados unidos do Brasil:** de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição91.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: de 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição34.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: de 18 de setembro de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição46.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituição67.htm>. Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/constituição.htm.> Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Presidência da República. **Lei n 11.105/2005:** de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasiília 24

de março de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l11105.htm.> . Acesso em: 12 ago. 2009.

_____. Presidência da República. **Lei n 9.096/95**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasiília 19 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l9096.htm.> . Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade** 1351-4. Autor: Partido Comuinista do Brasil e outros – PC do B. Brasília, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** 24831. Autor: Pedro Jorge Simon e outros - Brasília, 4 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver. Acesso em 12 ago. 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem.** A elite política imperial. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 236 p.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

_____. **O direito da liberdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. 565 p.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

_____. Rights as Trumps. In WALDRON, Jeremy. Ed.**Theories of Rights.** Oxford, Oxford University Press, 1984 p.153-166.

_____, Ronald M. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 1978. 371 p.

_____, Ronald M. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000-2001. 593 p.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. 2 v.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso a justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 306 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LISBOA, Wladimir. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuitica,** Porto Alegre, n 5. p. 207-220, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Teoria Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 395 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 539 p

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo.... **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica,** Porto Alegre, n. 2, p. 91-111, 2005.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora UNB: Finatec, 2008. 191 p.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral.** 5. ed., Forense, 1998, Rio de Janeiro.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A formação dos magistrados em Portugal. Que renovação?** Revista Dourtrina, TRF 4ª Região. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao012/boaventura.htm>. Acesso em 12 ago 2009.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA 'SISTEMAS ELEITORAL E PARTIDÁRIO EM DEBATE'. 1995. Brasília. **Partidos** e sistemas eleitorais em tempos de reforma. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. 157 p. (Debates; 9)

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 342 p.

SILVEIRA, Flávio Eduardo. **A decisao do voto no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. 296 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 366 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito**.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** São Paulo: Martins Fontes, 1998-2000. 2 v.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 214 p.

_____. **Law and disagreement**. 2 nd. Ed. Oxford: Oxford, 2004. 312 p.

_____. **Rights and majorities**: Rousseau revisited, in WALDRON, J. **Liberal rights.** Cambridge, Cambridge University Press, 1997. p.392 421.

_____. **The core of the case against judicial review.** Yale, USA. Yale Law Journal n 115.6, Apr 2006. p.1346 -1406.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo