ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

DEMOCRACIA, JUDICIÁRIO E A CRÍTICA À *JUDICIAL REVIEW*

DEMOCRACY, JUDICIARY AND CRITIQUE TO JUDICIAL REVIEW

Rafael Lamera Cabral *

RESUMO: Não se trata apenas de um modismo, mas, na atualidade, a teoria da separação dos poderes e o uso da revisão judicial pelas Supremas Cortes têm tomado grande parte do debate público quando se refere à atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. No Brasil, tal fato não é diverso e, diante desse contexto, busca-se projetar neste artigo um pequeno balanço sobre as principais críticas ao modelo de revisão judicial exercido pelos Tribunais Superiores, especialmente, nas análises de Jeremy Waldron e Ingeborg Maus. A perspectiva comparada apresentada por esses autores pode auxiliar numa nova reflexão sobre o Poder Judiciário nacional, pois, como não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal tem exercido uma posição estratégica no controle político das mais variadas extensões, compreender esse fenômeno torna-se relevante para fomentar um debate mais refinado sobre a eventual crise de legitimidade democrática no exercício do poder jurisdicional.
Palavras-chave: Legitimidade. Revisão judicial. Déficit democrático. Judiciário. Política.

ABSTRACT: It's not just a fad, but in actuality, the theory of separation of powers and the use of judicial review by the Supreme Courts has taken much of the public debate when referring to the role of judiciary in contemporary democracies. In Brazil, this fact is not diverse and before this context we seek to design a small balance in this article about the main criticisms of the model of judicial review exercised by the Superior Courts, especially in analyzes of Jeremy Waldron and Ingeborg Maus. This comparative perspective presented by these authors can help a new reflection on the national judiciary because, as one can not deny that the Supreme Court has held a strategic position in the political control of various extensions, understand this phenomenon becomes relevant to foster a more refined discussion on the crisis of democratic legitimacy in the exercise of judicial power.
Keywords: Legitimacy. Judicial Review. Democratic deficit. Judiciary. Policy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES; 3 CRÍTICA À *JUDICIAL REVIEW*; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Doutorando em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Advogado. Brasília – Distrito Federal – Brasil

1 INTRODUÇÃO

Não se pode negar que, em princípio, há muitas maneiras pelas quais uma democracia pode organizar-se e funcionar. Nos últimos séculos, o tema democracia foi objeto de relevantes inflexões, tanto no pensamento político quanto no jurídico, e, por mais que essa longa produtividade tenha circulado mundo afora, ainda restam dúvidas sobre as variedades de instituições governamentais, formas de legislatura, desenhos institucionais de tribunais, sistemas partidários, entre outras, consideradas adequadas para a formalização de um regime essencialmente democrático. Entretanto, essas formas institucionais, secularmente, acoplam-se à ideia de Constituição – como pacto fundador de uma sociedade que busca formalizar um Estado e, por isso, tem se destacado. E não por acaso.

Da mesma maneira que filósofos como Platão e Aristóteles debruçaram-se para responder aos dilemas de sua época (como, por exemplo, a busca por respostas ao questionamento sobre como permitir o convívio pacífico das facções de maneira que elas não se destruíssem), a atual engenharia institucional do direito constitucional, por meio de Constituições, procura encontrar respostas ao questionamento: qual estrutura normativa é mais compatível com as sociedades contemporâneas? Isso aponta, salvo melhor juízo, para outro problema fundamental que se forjou na transição do século XVIII para o século XIX e se mantém presente até os dias atuais: a difícil relação entre direito e política frente a uma Constituição.

Desse ponto de vista, torna-se relevante compreender a história político-constitucional, que, com suas dinâmicas, projetou superar modelos em bases de lógicas distintas, porque o uso da Constituição, por si só, é representativo de narrativas modernas fragmentadas, decorrentes de mudanças de léxicos no regime de historicidade, ou seja, questões/transformações que contribuíram com essa formação também se tornam proeminentes. Se a Constituição pode ser considerada ato de constituir algo e, por meio de suas normas, descreve aquilo que deve ser, como estabelecer um liame contributivo entre Constituição e tempo (no sentido de uma Constituição do passado regular o futuro)? Nessa conjuntura, é possível consolidar uma

série de palavras-chave que foram reiteradamente utilizadas para a construção da essência do modelo democrático que se ancorou no significado e no uso propriamente dito de uma Constituição: constitucionalismo, separação dos poderes, federalismo, direitos humanos, direitos políticos e direitos de cidadania podem-se destacar como exemplos.

A fim de melhor enfocar o argumento, questiona-se: o que esperar de uma Constituição em relação à democracia? Para avançar na resposta, compreender o fenômeno democrático talvez seja um bom início de partida. Se, em uma distinção básica, pode-se definir democracia como o governo pelo povo e para o povo – para fazer referência a Abraham Lincoln –, no sentido de que a democracia é o governo de acordo com a preferência popular, quem governará e quais interesses serão mais legítimos diante de desacordos e preferências divergentes entre o povo?

A Constituição, entre possíveis alternativas, possui as seguintes funções: garantir o respeito a garantias fundamentais – na gramática dos direitos humanos –, limitar o uso dos poderes constituídos e organizar, institucionalmente, os poderes administrativos, legislativos e judiciários. Em suma, constitucionalismo. Ademais, funciona como estatuto jurídico do político, segundo célebre declaração de Canotilho. Contudo, se o significado de uma Constituição deve ser o ganho dentro da política, as discussões sobre as políticas que foram estabelecidas dentro do estatuto jurídico constitucional são ressignificadas e contestadas na própria política, via Parlamento[1]. Importa esclarecer que, nessa relação complexa entre direito e política, dentro da plataforma de uma Constituição democrática, há um ideário construtivo da teoria da separação dos poderes ou divisão de soberanias, como destaca Montesquieu (1977), com a consequente e clássica teoria dos freios e contrapesos. A relação, desse modo, passa a ser intrínseca, pois refletir sobre democracia é conjeturar sobre os limites ao exercício do poder e, no arrazoado, os Poderes Executivo, do Parlamento e Judiciário cristalizaram-se na tradição jurídica romano-germânica.

1 "Constituições são, naturalmente, não autoexecutáveis ou de autointerpretação. O Governo constitucional, portanto, exige o estabelecimento de intérpretes autorizados da Constituição, e não é surpreendente que tanto a interpretação que deve guiá-lo (ou eles) foram contestadas na política partidária" (WHITTINGTON, 2007, p. 4).

É sobre esse aspecto que o interesse desta pesquisa constitui-se: como compreender a divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário com a atividade deste no exercício da jurisdição constitucional? Explica-se: nas democracias contemporâneas, as Cortes Supremas possuem a característica de "guardiãs da Constituição" e, em nome dela, exercem o controle normativo de leis e atos administrativos dos demais poderes (controle de constitucionalidade). A dificuldade mais substancial reside exatamente neste ponto: a legitimidade da atuação de uma Corte Suprema na interpretação da Carta Magna para promover a revisão judicial das leis criadas no Parlamento.

Em que pese o tema do déficit democrático no exercício da jurisdição constitucional brasileira ter assumido grande parte do debate público atual, esses temas já foram objeto de discussões e análises mais refinadas em experiências de sucesso nos Estados Unidos e na Alemanha, posto exercerem o controle de revisão judicial há mais tempo que o Brasil (que intensificou suas ações após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88). Para que seja possível compreender esse ponto, é necessário destacar que a intenção deste artigo não é defender a revisão judicial ou simplesmente negá-la, mas, sim, levantar pontos para um debate que começa a se aprofundar na sociedade brasileira, principalmente, devido às últimas incursões promovidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde o ano 2000[2]. Assim, procurar-se-á fazer um balanço sobre as principais discussões levantadas em relação à crítica ao modelo de revisão judicial estabelecido por dois pesquisadores: Jeremy Waldron (2010), no texto *The core of the case against judicial review*, e Ingeborg Maus (2000, 2010), nos textos *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"* e *Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática*.

Na primeira parte do artigo, será abordada a relação entre democracia e separação dos poderes, de modo a evidenciar como os modelos democráticos alcançam uma separação dos poderes precisamente com a institucionalização

2 O ano 2000 destaca-se no Judiciário brasileiro, pois encerrou a participação da maioria dos ministros do STF nomeados pela ditadura militar. Esse dado torna-se relevante ao vislumbrar a manutenção das mesmas estruturas do Judiciário na justiça de transição, órgão incólume a reformas.

da indivisibilidade da soberania popular (MAUS, 2000, 2010); na segunda, far-se-á uma crítica ao modelo de revisão judicial (MAUS, 2000, 2010; WALDRON, 2010).

2 DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

De início, pode-se afirmar que tanto a democracia quanto a separação dos poderes são fenômenos independentes e que, apenas num determinado momento histórico, se encontraram. A assertiva baseia-se no fato de que os principais teóricos da separação dos poderes – Locke (1994)[3] e Montesquieu (1977)[4] – estavam vinculados a experiências de regimes não democráticos. Isso permite compreender que:

> O modelo de separação dos poderes mais influente da história até hoje foi desenvolvido no contexto de uma teoria que, em todas as premissas e conclusões, se encontra em oposição diametral ao contratualismo de fundamentação democrática dos séculos XVII e XVIII (MAUS, 2010, p. 20).

Nessa fase, o construto teórico do Estado era monárquico e os fins da sociedade política e do governo vinculavam-se entre o rei e o povo, como entidade preexistente, decorrente da tradição. A própria ideia de direitos estava ancorada na concepção de um estado de natureza.

Refutando a história filosófica, acentuam-se as contribuições de Locke (1994), em sua obra **Segundo tratado sobre o governo civil**, em que questiona por que os homens, tão livres no estado de natureza, renunciam sua liberdade para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder. Para ele, o que justifica essa renúncia é a própria falta de segurança e o perigoso uso da liberdade, que, além de ser precária, é exposta às invasões de outros. Assim, a ideia de se unir em sociedade visa à salvaguarda mútua de

3 Locke (1994) possui uma ligação importante com o fenômeno da soberania popular a ser exercido no Parlamento.

4 Deixa-se de fazer referência a Aristóteles por entender que a "separação dos poderes" pretendida por esse autor alinha-se ao modelo de governo misto.

suas vidas, liberdades e bens. A ausência de lei, de reconhecimento de valor para decidir as controvérsias entre os homens, a falta de um juiz imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida, a ausência de um poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa e impor sua execução, entre outras situações, são, para o autor, as principais razões que acometem homens a se sujeitarem à dominação.

No entanto, esse ajuste renunciativo contemplado por Locke (1994, p. 157) não é tão facilmente aplicável, principalmente quando:

> As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim, salvaguardar sua propriedade.

O poder a que se refere pode ser dividido em duas etapas: (i) o poder de fazer o que o homem acha conveniente para sua própria preservação e para a dos outros dentro dos limites autorizados pela lei da natureza; e (ii) o poder de punir os crimes cometidos contra a lei da natureza.

Para viver em sociedade, o homem, com base na análise lockeana, deve renunciar os dois poderes mencionados, de modo a deixá-los a cargo da sociedade, a fim de empenhar sua força natural para ajudar o Poder Executivo da sociedade, conforme a lei exigir. Como bem destaca Castro (2005), Locke argumenta que, quando o indivíduo exerce sua capacidade de agir agressivamente em relação a outrem, ainda que seja para proteger o que valoriza como "bem", perde a clara consciência do bem comum. Por isso, essas práticas devem ser subtraídas do convívio social. Interpretando a teoria lockeana, entende que "para prevenir a perda da consciência do bem comum e a possibilidade de predominância de comportamentos facciosos por parte dos indivíduos engajados na política Locke recorre a uma solução institucional: a separação dos poderes" (p. 165).

Assim, esse movimento tencionaria a uma maior vinculação da política às regras institucionais, a ser estabelecidas pelo Parlamento, a quem caberia a

atividade suprema e indelegável de produzir leis positivas conforme o direito natural. Por outro lado, a necessidade de estabelecer atividade de execução:

> [...] que pressupõe o emprego da força, e que por isso é incapaz de expressar, em si mesma, a consciência racional (ética) do bem comum. Daí a necessidade de um 'direito estabelecido' e 'juízes neutro' [...]. A estes magistrados, guiados pela lei clara e anteriormente formulada como expressão da consciência ética do bem adquirida pelos indivíduos, cabe a função de deliberar sobre o uso da força em situações circunstanciais, mas cuidando para que tal uso não tenha o efeito de afastar o exercício da autoridade do compromisso com a ética da lei (CASTRO, 2005, p. 165).

Em **Do espírito da lei**, Montesquieu (1977) também impõe importante contribuição para o sistema de separação dos poderes, especialmente, ao incluir o sistema de freios e contrapesos. Diferentemente de Locke (1994), entende que as instituições nem sempre possuem condições de apresentar uma lei moral universalmente determinada, principalmente porque nem sempre os indivíduos adquirem a consciência ética de bem comum e, na defesa de seus interesses, podem forjar o sentimento de "medo" dos indivíduos em relação a eles próprios (CASTRO, 2005).

Como não é possível assegurar estabilidade institucional a um governo que produz leis de modo que os indivíduos não se sintam seguros uns em relação aos outros, a separação dos poderes em Montesquieu (1977) surge da necessidade de controlar e diminuir o uso da força no processo político. Logo, como bem destaca Maus (2010), a separação dos poderes preconizada por Montesquieu é realizada de forma muito específica e não se compara com as rigorosas exigências dos contratualistas democráticos (que visam a uma estrutura constitucional de um sistema parlamentar de separação dos poderes), mas está alocada nas diversas funções dos poderes, de modo a distribuir a diferentes **pessoas** os poderes de legislar, de executar e de julgar.

Em Montesquieu:

> A liberdade é protegida quando a eficácia do poder legislativo, a do poder executivo e a do poder de julgar permanecem mutuamente condicionadas, a partir de possíveis entendimentos alternativos sobre os fins em vista dos quais o poder é exercido pelas diversas autoridades. É isto o que impede que a formação da consciência do bem acabe sendo determinada pelo mero costume ou pelas inclinações circunstanciais dos grupos e indivíduos mais poderosos (CASTRO, 2005, p. 171).

Quando Maus (2010) indica que a intenção de Montesquieu não era uma separação dos poderes, mas uma divisão da soberania (pré-moderna), procura afirmar que sua proposição não era estabelecer um sistema vertical de controle, mas, sim, horizontal, pois, com a divisão da soberania, "os poderes separados unicamente de forma pessoal trabalham no mesmo âmbito funcional da legislação, concorrendo, assim, uns mutuamente dentro de certos limites" (p. 29). Assim, o Poder Judiciário, nesse modelo, não teria a tarefa de criar o direito e, sim, a exclusiva ação de aplicação do direito: "Os juízes são apenas a boca que profere as palavras da lei; são seres destituídos de vontade" – frase de Montesquieu (1977) cujo entendimento tem sido distorcido, no sentido de que o juiz, ao ser a boca da lei, teria a função de criar o direito[5].

O Judiciário, para Montesquieu (1977), não se apresenta como uma instituição que se abastece com normas jurídicas, pois, "se ele estiver vinculado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador". Nesse aspecto, quem controlaria o Judiciário? As próprias leis, pois a atividade judicial estaria estritamente vinculada à justiça.

O pensador tinha a preocupação de garantir a liberdade civil contra o exercício arbitrário da jurisdição e:

5 Nesse sentido, importante é a colaboração do professor Jorge Amaury Maia Nunes, ao relatar que a ideia de Portallis ao defender Montesquieu era no sentido de que, como ele estava a examinar a sociedade inglesa – por isso o capítulo VI da obra *Do espírito das leis* é intitulado "Da constituição da Inglaterra" –, em que vigorava o *trial by jury* e não havia leis escritas, ser a boca da lei significava não expressar uma lei escrita que não existia, mas, sim, expressar a decisão do júri, composto por homens livres.

> [...] dirige todo um catálogo de exigências contra a justiça: a limitação do poder do sistema da separação dos poderes não estão endereçadas apenas, como pôde ser visto, contra o legislativo e o executivo, mas também contra a justiça, isto é, o juiz não pode ser simultaneamente legislador; a teoria fonográfica da aplicação do direito submete completamente o juiz à diretiva da lei; as opções processuais adicionais de Montesquieu exigem a substituição dos juízes de carreira por pessoas 'retiradas do meio do povo', para reagir contra a autonomização da casta profissional de juízes e a fixação institucional de tribunais, assim como o direito dos acusados em escolher mais uma vez entre os juízes escolhidos dentre o povo. Somente quando todas estas condições forem cumpridas é que se aplica a célebre afirmação de Montesquieu: 'Dessa forma, o poder judiciário, tão terrível entre os homens, torna-se [...], por assim dizer, invisível e se converte em um nada' (MAUS, 2010, p. 31).

Na atualidade, Maus (2010) compreende que, na democracia, houve outra relação com a teoria da separação dos poderes. Segundo a autora, os modelos democráticos alcançam uma separação dos poderes precisamente com a institucionalização da indivisibilidade da soberania popular.

> A proteção à liberdade encontra-se, aqui, nas mãos dos próprios cidadãos do Estado que participam do processo legislativo e que, simultaneamente, possuem um direito legítimo a que todas as instâncias estatais observem a vontade do povo, isto é, que apliquem as leis democráticas ou só atuem nos moldes dessas leis. Este modelo baseia-se na soberania popular, um princípio hoje amplamente reprimido ou muito obscurecido (MAUS, 2010, p. 33).

O que chama atenção nesse pressuposto é que a exemplar diferença entre o sistema de separação dos poderes de Montesquieu e as concepções democráticas reside "na rígida vinculação legal do Executivo e a garantia de liberdade dos cidadãos, por ela realizada, contra medidas arbitrárias do

poder público" (MAUS, 2010, p. 44). Nesse limbo teórico, a garantia seria a atuação do Poder Judiciário, que, na função de guardião da Constituição, poderia promover o controle judicial de constitucionalidade das normas (*judicial review*), de modo a assegurar aos cidadãos o respeito aos direitos fundamentais. Contudo, em um mundo no qual o Judiciário está mais preocupado com a liberdade da decisão judicial do que com a defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária (MAUS, 2010), resta a dúvida: até que ponto o modo como a jurisdição constitucional tem atuado concede, efetivamente, as garantias de liberdade que os cidadãos almejam?

3 CRÍTICA À *JUDICIAL REVIEW*

Na academia jurídica, não é raro encontrar discursos inflamados ora em defesa, ora em oposição ao sistema de revisão judicial exercido pelas Cortes Supremas em sede de controle de constitucionalidade das leis e de atos do Poder Executivo. Em sociedades democráticas, é comum se deparar com duas possíveis variáveis que se relacionam à presença ou ausência de restrições explícitas ao Poder Legislativo das maiorias parlamentares. Elas se referem, especificamente, ao poder de emendarem suas Constituições (em modelos que vão do flexível ao rígido) e à presença ou ausência de revisão judicial. Este é o foco desta seção.

As revisões judiciais, geralmente, são estabelecidas em Estados cuja Constituição é escrita e rígida. Lijphart (2003, p. 254), por exemplo, acrescenta que a lógica do raciocínio é inquestionável em situações como a dos Estados Unidos, onde, "mesmo [que] a Constituição não determine explicitamente a revisão judicial, ela está implícita no *status* superior da Constituição", ao se referir ao caso Marbury x Madison, de 1803. Mas, sim, existem alternativas. Em países que não dispõem de revisão judicial, pode o próprio Parlamento representar a última garantia da Constituição.

> A lógica em que se baseia essa alternativa é a do princípio democrático: decisões vitais, tais como a conformidade da lei com a Constituição, devem ser tomadas pelos representantes eleitos do povo, e não por um corpo judicial nomeado e

> frequentemente não representativo desse povo (LIJPHART, 2003, p. 255).

Esses formatos, que podem facilmente conviver com o fenômeno democrático, habilitam a iniciar outra etapa que é foco deste debate: a legitimidade da jurisdição constitucional.

Posicionando-se de maneira contrária à revisão judicial, Waldron (2010) questiona se os juízes deverão ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais. Nesse sentido, não há como negar que, em certas ocasiões, a revisão judicial pode surgir como uma forte resistência a uma decisão da maioria parlamentar (função contramajoritária, como prefere afirmar, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, membro do STF) e, portanto, proteger minorias. No entanto, historicamente, a revisão judicial não surgiu com a finalidade de proteção das minorias, mas, sim, de defender interesses oligárquicos. O próprio Waldron (2010) compreende que, nos Estados Unidos, a prática da revisão judicial era uma carta coringa dos liberais e que, em regra, a oposição ao sistema destinava-se aos conservadores, que se opunham aos direitos que os tribunais liberais sustentavam. Por outro lado, argumenta que a revisão judicial tem sido atacada pela própria oposição liberal, oportunidade em que cita o caso da Corte de Rehnquist, que derrubou algumas conquistas significativas da política legislativa liberal[6].

Em um sistema de revisão judicial, qual é a essência da oposição ao modelo? O que está em jogo? Poder-se-iam levantar inúmeras questões sobre os benefícios ou malefícios do sistema e, para cada um dos pontos, boas respostas seriam possíveis. Contudo, não se pode negar que há importantes discussões sobre o fenômeno.

Não seria difícil encontrar argumentos favoráveis à revisão judicial, tais como: (i) seria necessária como medida protetora contra possíveis patologias legislativas em relação a violações de direitos a sexo, raça ou religião; (ii) possui uma base maior de legitimidade, pois as decisões jurídicas são

6 Waldron (2010) refere-se ao caso *United States* v. Morrison, em que foi derrubada parte da Lei da Violência Contra a Mulher.

devidamente fundamentadas, o que inexiste no Parlamento ao produzir leis (muito embora as deliberações dos parlamentares possam ser compreendidas como fundamentações), além de os juízes não aplicarem seu entendimento pessoal sobre os direitos em conflito, mas, sim, os precedentes judiciais do próprio povo, muitas vezes já incorporados em cartas de direitos; (iii) a intervenção do Judiciário poderia evitar o efeito da "tirania da maioria" parlamentar; (iv) os juízes das Supremas Cortes são nomeados pelo Presidente da República, que já possui legitimidade eletiva, e as nomeações são confirmadas pelo Senado Federal, como etapa importante da dupla legitimidade eletiva, isto é, eles possuem credenciais democráticas para exercer a jurisdição constitucional; (v) os juízes aplicam o próprio pré-comprometimento da população com os direitos; (vi) os parlamentares possuem condições de alterar, via emenda, as cartas de direitos caso discordem de uma decisão judicial sobre direitos, entre outras possibilidades (MAUS, 2000, 2010; TUSHNET, 2007; WALDRON, 2010; WHITTINGTON, 2007).

O fato é que, em uma sociedade com alta complexidade social, há dois movimentos que também se entrechocam: o primeiro relaciona-se com a ideia de supremacia legislativa, frequentemente vinculada à ideia de autogoverno, colocando o Parlamento numa situação incômoda de funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos (GRIFFIN, 2010; MAUS, 2010; TUSHNET, 2007; WALDRON, 2010); e o segundo consiste em verificar:

> Se pode ser demonstrado que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora [supremacia judicial] (MAUS, 2000, p. 1).

Consciente dessas dificuldades, Waldron (2010) procura identificar se as razões favoráveis ao modelo de revisão judicial adotado nos Estados Unidos são vulneráveis. De certo modo, podem-se até cotejar suas considerações com

a realidade brasileira, visto que o modelo de jurisdição constitucional nacional segue o desenho institucional americano, ressalvadas suas peculiaridades.

Para o autor, a defesa pela revisão judicial não fornece uma maneira clara para que a sociedade entenda as reais questões em jogo quando há discordância entre os cidadãos sobre direitos, pelo contrário, pois distrai tais questões com precedentes, textos e interpretações. Por outro lado, o modelo de revisão judicial seria politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos, pois, "ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos" (WALDRON, 2010, p. 98).

Por evidência, Waldron (2010) não é contra o controle da constitucionalidade, mas defende que ele seja político e não judicial. Sabe-se que a ideia de controle de constitucionalidade judicial está acoplada às seguintes concepções: a ação política é criminalizada no Parlamento, este pode ser uma maioria julgando em causa própria ou, até mesmo, mantê-lo seria uma forma de ampliar a defesa das minorias, mas o que não se pode permitir é que esse discurso ideologizado seja legitimador de que o Judiciário é um poder que pode ultrapassar o Legislativo. Aliás, os tribunais exercem a política e não têm sua visão criminalizada. O risco é que discursos hegemônicos possam camuflar uma série de informações, anestesiando os efeitos gerados.

De acordo com Waldron (2010), o argumento contra a revisão judicial deve ser compreendido de maneira condicional, ou seja, se nenhuma das quatro pressuposições encontradas pelo autor for satisfeita, não se poderá sustentar a contrariedade. Na verdade, o que o autor pretende é demonstrar que, mesmo se não for possível sustentar a oposição contra a revisão judicial, seus argumentos já servirão para relativizar o discurso hegemônico e, de certo modo, evitar o prognóstico denunciado por Maus (2000), jogando luz nas ações das Supremas Cortes, a fim de evitar a vontade de domínio do tribunal em detrimento do Parlamento, a irracionalidade e o arbítrio na tomada da decisão judicial, sem macular a soberania popular.

No panorama de fundo apresentado, as proposições devem ser dirigidas a uma sociedade (real ou, até mesmo, uma categoria de tipo ideal), que possua:

> (1) Instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2010, p. 106).

Se, nessa sociedade, os cidadãos buscam dirimir seus conflitos sobre direitos no Parlamento, melhor razão não assiste à manutenção da revisão judicial. No entanto, não é possível assegurar que as instituições democráticas (representativas), as instituições judiciais (tribunais), o comprometimento e a discordância entre direitos funcionem razoavelmente bem em todas as circunstâncias. No caso brasileiro, por exemplo, a judicialização dos conflitos sobre direitos, em grande parte, corresponde à ausência de um resultado confiável a ser travado no campo político, que também pode ser considerado reflexo de um *modus operandi* de baixa cultura política nacional. Não se pode negar, como bem observa o autor, que, em sociedades em que o Parlamento cumpre o seu papel, não há motivos para defender a revisão judicial para revisar ou anular seu trabalho.

Já em relação às instituições judiciais, sem a necessidade de voltar aos argumentos das possíveis credenciais democráticas que os juízes gozariam para realizar a revisão judicial, observa-se que, mesmo quando são eleitos (no caso americano, sendo difícil justificar o argumento no caso brasileiro, pois a

politização de questões constitucionais e o processo de nomeação têm implicações importantes no contexto nacional), "as funções dos tribunais não são normalmente desempenhadas como o são as do legislativo, de acordo com um *ethos* de representação e de responsabilidade eleitoral" (WALDRON, 2010, p. 109). Por outro lado, nem o procedimento decisório utilizado pelos tribunais diferencia-se do Parlamento, que utiliza, frequentemente, a maioria simples nas leis ordinárias. No Brasil, contudo, as tomadas de decisão no STF tornam-se ainda mais complexas, pois, reiteradamente, não é possível compreender o entendimento da instituição sobre determinada matéria. Caso curioso e de destaque foi a decisão unânime na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF da União Homoafetiva), reconhecendo juridicamente a união homoafetiva, em que cada ministro votou sob fundamentos totalmente divergentes, não sendo possível afirmar o entendimento da Suprema Corte sobre o assunto.

A terceira proposição refere-se ao nível de comprometimento que existe por parte da maioria dos membros da sociedade em relação aos direitos individuais e de minoria. Se, nessa sociedade, há um forte compromisso, judicializá-los não seria a melhor alternativa, eis que os cidadãos já disporiam do Parlamento para tal atividade.

O último argumento diz respeito à ideia de discordância sobre direitos. Nota Waldron (2010) que essa discordância não faz referência a questões de interpretação em um sentido estritamente legalista, mas, sim, àquelas em que não há acordo moral razoável, escolhas que se referenciam a ações afirmativas, aborto, casamento *gay*, tolerância religiosa e direitos culturais de minorias. A conclusão surpreendente levantada pelo autor é que tanto os que defendem a revisão judicial quanto os que a ela se opõem não estão:

> [...] preparados para reconhecer publicamente aquilo que agora estou presumindo ser óbvio: que a retórica insípida da Declaração de Direitos foi projetada simplesmente para lidar de maneira habilidosa com as discordâncias reais e razoáveis que são inevitáveis entre pessoas que levam direitos a sério, durante tempo suficiente para ver uma Declaração promulgada. Em vez de encorajar-nos a confrontar essas discordâncias

> diretamente, é provável que o *judicial review* nos leve a vê-las como questões de interpretação daquelas formulações insípidas. Definir se esse é um contexto desejável na qual deliberar sobre as questões morais que nos colocam é uma das coisas que analisaremos (WALDRON, 2010, p. 116).

Na prática, enfatizar a defesa da revisão judicial por não ser possível sustentar as proposições apresentadas não significa dizer que ela passa a ser defensável. Mesmo que os argumentos fossem no sentido de que tanto o Judiciário quanto o Legislativo possuem legitimidade democrática para decidir as controvérsias em relação a direitos, poder-se-ia asseverar que, por mais que o sistema de legitimidade política não seja perfeito:

> [...] ele é evidentemente superior por questões de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário. Os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importante em relação ao *ethos* geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os juízes (WALDRON, 2010, p. 140).

Se, mesmo assim, houvesse resistência à oposição da revisão judicial, sob o argumento de que ela é importante por ser, "em parte, uma resposta às falhas notadas de instituições democráticas ou ela é, em parte, uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam os direitos suficientemente a sério (então eles precisam que um tribunal faça isso por eles)" (WALDRON, 2010, p. 152), não se poderia afirmar que sua prática é inapropriada em todas as circunstâncias. No geral, manter ou não a revisão não significa que será possível desvelar as principais questões no jogo político que se transfigura para o Jurídico. É esse vácuo de poder que a supremacia judicial pode preencher, em detrimento da soberania popular. É nesse sentido que Maus (2000, 2010) apresenta sua análise, a seguir resenhada.

Para a autora, a determinação da função judiciária torna-se cada dia mais complexa, pois "confunde-se, atualmente, independência judicial em larga escala com controle judicial sobre a lei, declarando esta última, por fim, como critério de uma separação dos poderes bem sucedida" (MAUS, 2010, p. 45). Não há dúvidas de que parte dessa confusão resulta das mutações nas metodologias jurídicas, que, desde o início do século XX, têm procurado debater os problemas da ciência do direito, que passou por etapas de codificação – vinculação da justiça à lei (escola exegética, Hans Kelsen, Carl Schmitt, entre outros); desformalização do direito, com a libertação dos juízes, por meio da escola do direito livre; renascimento do direito natural material (pós-1945); novos círculos hermenêuticos; ideia de desconstrução de textos jurídicos (Derrida); reorientação da jurisdição pelo direito escrito, anulada por meio da remissão a princípios mais sublimes de moral e justiça (Dworkin). Mas a principal crítica de Maus (2010) ao modelo de revisão judicial encontra-se quando uma Corte Suprema tem atuação como verdadeiro Parlamento ou se coloca na sociedade como última instância da definição de todos os valores de uma sociedade.

No texto **Judiciário como superego da sociedade**, Maus (2010) observa que o Tribunal Federal Constitucional Alemão, em diversas circunstâncias (como decorrência do que é observado nos modelos de Estado Constitucional Moderno), em sua atividade de controle normativo judicial, teria contribuído para a perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias, tanto mais danosas, porque inconscientes. Por outro lado, o acesso cognitivo a esse fenômeno vem cristalizado nos moldes de um paternalismo no qual, mesmo se reconhecendo que a ordem política constitui-se com indivíduos livres e autônomos, o desenho institucional do Estado Liberal, ao codificar o exercício da soberania, que passa a se referir àquilo que a lei informa, restringe-a, mediante sistemas representativos proporcionais ou majoritários, via Parlamento.

A acusação de Maus (2010) em relação à manutenção desse modelo origina-se na possibilidade de que as atividades dos tribunais constitucionais, que se proclamam como únicos responsáveis para, em nome da Constituição, interpretá-la, ditando o que é democracia e outros pontos nem sempre

passíveis de consensos morais razoáveis, podem servir à expansão do poder autocrático, subvertendo a esfera da representação política, nitidamente atingida por medidas sem controle. Nesse contexto, o Poder Judiciário jamais pode esquecer que:

> [...] a jurisdição constitucional permanece, o mais facilmente, compatível com o Estado de direito e a democracia quando se concentra, sobretudo, na observação de regras procedimentais. A tarefa de um 'guardião da constituição' no sentido pós-metafísico é a fiscalização das regras do jogo de todo o processo democrático e não a antecipação estratégica dos *outputs* materiais de procedimentos legislativos (MAUS, 2010, p. 59).

Segundo a autora, não parece razoável que as Supremas Cortes possam ignorar as regras do jogo de um processo democrático, porque, "quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática" (MAUS, 2000, p. 287).

Mais grave torna-se a questão quando o Poder Judiciário passa a atuar na esfera pública como representativo de demandas políticas dos cidadãos. Consoante Maus (2000), talvez essa seja a atual situação do Tribunal Federal Constitucional Alemão, não se tratando apenas de ampliação objetiva de suas funções, com o aumento do poder de interpretação, mas do acompanhamento de uma representação da justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa – em pesquisas de opinião, o tribunal contava com mais de 62% de aprovação da população.

No caso brasileiro, também existe interesse em avaliar a capacidade do Judiciário de se apresentar como uma instância legítima na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico. A Fundação Getulio Vargas (FGV) é responsável pela criação e aplicação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil) e, trimestralmente, retrata a confiança da população no Poder Judiciário. As últimas pesquisas disponíveis referem-se aos dados do 2º e 3º trimestres do ano de 2012, período em que

o STF enfrentou uma de suas causas históricas: a Ação Penal 470, também conhecida como "mensalão". Questionados sobre a instituição em que mais confiavam, apenas 39% dos entrevistados disseram que confiavam no Poder Judiciário. Por incrível que pareça, as Forças Armadas (lembrando que o país recentemente fez sua transição de ditadura para democracia) ficaram em primeiro lugar. O dado é interessante e pode ser considerado algo que está em potencial (FGV, 2012).

O Judiciário brasileiro, nos últimos 20 anos, tem passado por um processo de midiatização de suas competências e, desde a CRFB/88, suas funções ampliaram-se. Em que pese ser o processo de recrutamento de seus membros duvidoso, devido aos conchavos políticos que o precedem – exatamente pelo contexto político brasileiro de descrédito –, a mídia tem se destacado, principalmente, quando as sessões do STF são televisionadas. O fato é que o Judiciário brasileiro tem se tornado parte da vivência dos brasileiros e, a cada dia, tem assumido uma perspectiva complexa em sua relação com o fenômeno da judicialização da política ou ativismo judicial, como outros preferem denominar.

Maus (2000), retomando a análise do Judiciário como superego da sociedade órfã, aponta que o principal modelo de jurisdição constitucional em que esse órgão atuou com a imagem marcante de pai foi o norte-americano. O que marca a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, para a autora, é a personalidade dos juízes, aparecendo muitos deles como "deuses do Olimpo". Nesse ponto, arremata:

> A 'excepcional personalidade de jurista' criada por uma 'formação ética' atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: 'uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa'. Nesta fuga de complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da 'consciência' social na Justiça (MAUS, 2000, p. 186).

Há de se concordar, em parte, com essas observações. Assim, em nome da realização da justiça, os tribunais podem assumir o risco de utilizar o direito como um instrumento de opressão, pois "declarar uma forma intelectual abstrata como fundamento de uma decisão prática, diante de uma ordem social perceptivelmente injusta, quando essa forma se mostra claramente inapta a apresentar um meio de mudança, é o ato que faz do jurista um opressor" (CASTRO, 2012, p. 16).

O ato de tornar um jurista opressor está ligado ao fato de um juiz possuir pré-entendimento sobre o conceito de Constituição e, a partir daí, estar livre para impor um modo interpretativo que não se questiona, tornando-se a verdade cristalina, pois sua decisão é decorrência de uma "ordem de valores" que foram submetidas à Carta Magna. Não por mero acaso, as críticas de Maus sobre esse processo são fecundas, pois, em nome da Constituição, o juiz pode disfarçar seu próprio decisionismo e, utilizando regras principiológicas como a dignidade humana, a solidariedade social, a boa-fé objetiva etc., tudo pode ser justificado no direito. Nesse sentido, o risco que esse modelo oferece para as sociedades complexas é de, em curto prazo, "a apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição" (MAUS, 2000, p. 192).

Em parte, essa mutação, aponta Maus (2010), faz com que a Constituição deixe de ser compreendida como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, para se tornar um lócus de onde os juízes extraem e deduzem diretamente todos os valores e comportamentos corretos. Assim, não restam dúvidas de que há uma inversão crítica na concepção originária de separação dos poderes e que, desse modo, o prejuízo dá-se com a diminuição das práticas virtuosas que se esperam da soberania popular.

> Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas 'livres' e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do

> superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista (MAUS, 2000, p. 202).

Enfim, encerra-se esta seção com um entendimento já compartilhado por Waldron (2010, p. 157), no sentido de que os procedimentos legislativos podem fazer com que as discordâncias existentes entre os cidadãos sobre seus direitos sejam solucionadas e que adicionar revisões finais aos tribunais sobre o produto legislativo pode acrescentar muito pouco ao processo, "a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista de questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos".

4 CONCLUSÃO

As implicações sobre a extensão do uso das revisões judiciais promovidas pelas Cortes Supremas sobre o controle de constitucionalidade das normas jurídicas produzidas pelos Parlamentos têm se tornado cada vez mais comuns nas agendas políticas dos Estados democráticos. As razões desses debates são relevantes.

A partir do questionamento sobre a legitimidade de as Cortes Supremas decidirem declarar inconstitucional determinada lei, produzida por maiorias parlamentares, num contexto de procedimentos políticos democráticos predefinidos, as compilações teóricas apontam para um segundo problema: a relação entre democracia e separação dos poderes. Nesse sentido, a fundamentação teórica deste trabalho parte de dois estudiosos que têm larga produção sobre as funções do Poder Judiciário nos Estados Unidos (Jeremy Waldron) e Alemanha (Ingeborg Maus). Sem a pretensão de fazer uma defesa ou recusa da *judicial review*, o objetivo deste artigo foi apontar os principais

argumentos utilizados por esses autores sobre os efeitos que esse modelo tem causado em suas democracias.

Em sede de considerações finais, as elucubrações levantadas por Waldron (2010) apontam que o modelo de revisão judicial não é inapropriado em toda situação, mas que um controle de constitucionalidade político pode, na grande maioria das vezes, ser melhor que a opção judicial de controle. Diferentemente, Maus (2000, 2010) apresenta uma preocupação que vai além da revisão judicial propriamente dita, referindo-se a situações em que o Poder Judiciário pode subverter as categorias clássicas da separação dos poderes e invadir, em nome da Constituição, competências que pertencem e devem pertencer ao Parlamento, como sucedâneo da soberania popular.

As duas contribuições podem ser utilizadas concorrentemente, pois, em uma sociedade em que há ausência do bom funcionamento do Parlamento ou em que as decisões deste não gozam de um mínimo de confiabilidade, a transferência de confiança pode ceder facilmente ao Poder Judiciário, que, na medida em que passa a ser o principal interlocutor de demandas políticas não resolvidas na seara legislativa, se torna prestigioso ou, como prefere Maus (2010), o superego da sociedade órfã. O problema é que, independentemente do bom funcionamento do Parlamento, a partir do momento em que o Judiciário assume-se como principal responsável ou único legitimado para interpretar a Constituição, pode utilizá-la ou ressignificá-la em uma "ordem de valores" e, em seu próprio nome, conferir às determinações constitucionais individuais cargas de imprecisões que podem suprimir ou ampliar voluntariamente os princípios constitucionais positivos (MAUS, 2000). Com isso, o Judiciário pode inibir os cidadãos de utilizar sua autonomia individual e, ao mesmo tempo, ser legislador de si próprio. Parte do risco amplia-se quando as iniciativas de soberania popular sucumbem diante do não enfrentamento de discordâncias sobre direitos por parte de pessoas que realmente os levem a sério junto ao Legislativo, passando a acreditar que isso é um problema a ser resolvido genuinamente pelo Judiciário, com suas regras de interpretação conforme a Constituição.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 382, p. 157-180, 2005.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJBrasil**. 2012. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/relatorio-icjbrasil-2-3-trimestre-2012>. Acesso em: 10 mar. 2013.

GRIFFIN, Stephen M. A Era Marbury: o *judicial review* em uma democracia de direitos. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

_____. Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louiz de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

TUSHNET, Mark. The Supreme Court and contemporany constitutionalism: the implications of the development of alternative forms of judicial review. In: WHITTINGTON, Keith E. (Org). **Political foundations of judicial supremacy**: the Presidency, the Supreme Court and constitutional leadership in US history. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WHITTINGTON, Keith E. (Org). **Political foundations of judicial supremacy**: the Presidency, the Supreme Court and constitutional leadership in US history. Princeton: Princeton University Press, 2007.

Correspondência | Correspondence

Rafael Lamera Cabral
Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Avenida Francisco Mota, 572, Presidente Costa e Silva, CEP 59.625-395. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3317-8567.
Email: rafaelcabral@ufersa.edu.br

Recebido: 13/11/2013.
Aprovado: 18/08/2014.

Nota referencial:

CABRAL, Rafael Lamera. Democracia, Judiciário e a crítica à *judicial review.* **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 2, p. 187-210, maio/ago. 2014. Quadrimestral.