

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

VOLUME 7 - NÚMERO 1 - JANEIRO - ABRIL 2023



**FUTURO
É AGORA**

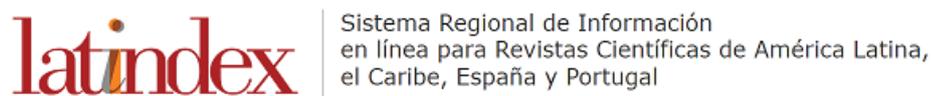


DIREITO



UnB





DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE Luiz Guilherme Marinoni

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA Guilherme Pupe da Nóbrega

A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA Daniela Marques de Moraes; Laís de Oliveira e Silva

DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA Rafael Gomiero Pitta; Natasha Reis Carvalho Cardoso

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA? Pedro de Oliveira Alves; Iuri Mendes da Silva

A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTUS VULNERABILIS* Eveline Gonçalves Denardi; Carolina Galeazzi Avolio

ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO Luiz Tarcísio de Paiva Costa; Rafaela Rezeck Pereira

DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO Benedito Cerezzo Pereira Filho; Rodrigo Nery; Luísa Rocha Corrêa; Guilherme Mazarello

A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL Inez Lopes Matos Carneiro de Farias; Gracemerce Camboim; Ida Geovanna Medeiros

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 7 N. 1 (jan./abr. 2023) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília ***University of Brasilia Law Journal***

Revista vinculada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

Janeiro – Abril de 2023, volume 7, número 1

co

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

EDITORES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

CONSELHO CIENTÍFICO

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade de Glasgow, Escócia – Emílios Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg, Alemanha – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow, Escócia – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque, Finlândia – Kimmo Nuotio

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira
Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama
Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito
Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos
Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl
Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto
Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma
Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

EQUIPE DE REVISÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Bárbara Luize Santos Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Thaís Cristina Freitas Marques

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva

DIAGRAMAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

ASSISTENTES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Kelly Martins Bezerra

CAPA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

IMAGEM

Steve Bidmead – Bedfordshire/England, Disponível em <https://pixabay.com/pt/users/stevebidmead-249424/>

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Journal Law

V. 07, N. 01

Janeiro-Abril de 2023

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	12
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	15
Inez Lopes	
PREFÁCIO	17
Daniela Marques de Moraes Benedito Cerezzo Pereira Filho Luiz Henrique Krassuski Fortes	
DOSSIÊ TEMÁTICO	24
DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	25
Luiz Guilherme Marinoni	
CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA	63
Guilherme Pupe da Nóbrega	
A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA	83
Daniela Marques de Moraes Laís de Oliveira e Silva	
DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA	99
Rafael Gomiero Pitta Natasha Reis Carvalho Cardoso	

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA?	121
Pedro de Oliveira Alves Iuri Mendes da Silva	
A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTUS VULNERABILIS	153
Eveline Gonçalves Denardi Carolina Galeazzi Avolio	
ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO	179
Luiz Tarcísio de Paiva Costa Rafaela Rezeck Pereira	
DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO	201
Benedito Cerezzo Pereira Filho Rodrigo Nery Luísa Rocha Corrêa Guilherme Mazarello	
A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL	229
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias Gracemerce Camboim Ida Geovanna Medeiros	



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

Recebido: 25/04/2022
Convidado

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.
Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional.

Membro Honorário do Presidium da International
Association of Procedural Law.

E-mail: guilherme@marinoni.adv.br

 <https://orcid.org/0000-0002-7891-3083>

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar que existem questões morais que, a princípio, devem ser resolvidas exclusivamente pelo Legislativo, embora isto não possa excluir, em abstrato, o controle de constitucionalidade diante dos desacordos morais razoáveis, especialmente em virtude de a Corte, ao eventualmente decidir, sempre estar sujeita a reação popular e parlamentar.

Palavras-chave: Desacordos morais razoáveis; Objetividade moral; Controle de Constitucionalidade; Diálogo institucional.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This article intends to demonstrate that there are moral issues that, in principle, must be resolved exclusively by the Legislative, although this cannot exclude, in the abstract, the control of constitutionality in the face of reasonable moral disagreements, especially due to the fact that the Court, when eventually deciding, will always be subject to popular and parliamentary reaction.

Keywords: Reasonable moral disagreements; Moral objectivity; Constitutionality Control; Institutional dialogue.

1. INTRODUÇÃO

Fala-se em direito à tutela jurisdicional de direitos morais, o que corresponde a dizer que, mediante o direito de ação, é possível exigir do Juiz não apenas a implementação dos direitos afirmados na lei, mas também dos direitos morais não reconhecidos pelo Legislador. O texto legal, neste sentido, não é fonte exclusiva dos direitos. A partir dos princípios e da consideração da história, da tradição e dos precedentes, o Judiciário pode admitir pretensões à tutela de direitos mesmo na ausência de lei¹. Isto confere ao Juiz, a partir de normas constitucionais indeterminadas, não só poder de afirmar um direito que não deriva da lei ou das palavras da Constituição, mas também de invalidar a lei que os parlamentares acreditam não contradizê-la.

Este poder, no entanto, enfrenta um problema de legitimidade democrática, na medida em que o próprio significado da Constituição, indispensável para a aferição da correção do trabalho do Parlamento, passa a estar nas mãos do Judiciário².

Tenta-se justificar a transferência do poder à Corte ao se imaginar um Juiz-

1 Ronald Dworkin, **A matter of principle**, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 9 e ss.

2 Lembre-se do alerta de Robert Dahl: "But the more it (the Supreme Court) moves outside this realm – a vast realm in itself – the more dubious its authority becomes. For then it becomes an unelected legislative body. In the guise of interpreting the Constitution – or, even more questionable, divining the obscure and often unknowable intentions of the Framers – the high court enacts important laws and policies that are the proper province of elected officials" (Robert Dahl, **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2003, p. 153-154).

Hércules³, um Juiz inabalavelmente comprometido com a integridade do direito⁴ e, sobretudo, incapaz de ser removido do desejo de buscar a decisão capaz de realizar a justiça substancial, única que teria aptidão para responder à democracia constitucional, que então se sobreporia à democracia vista como maioria.

Entretanto, o fato de existir, nesta tentativa de legitimação da “supremacia do Judiciário”, a não percepção de que mesmo Hércules nunca será capaz de substituir o poder do povo, possui relevância. Não importa saber se a Corte tem ou não as melhores condições para discutir os princípios e para alcançar a “decisão correta” diante de questões que apenas e tão somente podem ser decididas pelas pessoas e, assim, pelo voto da maioria dos seus representantes. Há questões que simplesmente não podem ser resolvidas de forma legítima e democrática por outros que não aqueles que têm expectativas sobre elas.

Porém, falar em desacordo moral razoável, para sustentar a “supremacia do Parlamento”, pode encobrir situações em que há discriminação ou, no mínimo, violação de direito fundamental à participação na deliberação parlamentar. Na verdade, os desacordos morais razoáveis trazem dificuldade em virtude da complexidade do seu conteúdo e, portanto, do feixe de diferentes questões que podem envolvê-los. Vale dizer que, dentro daquilo que se tem como um desacordo moral razoável, existe uma questão essencialmente moral que não impede o surgimento de outras questões jurídicas. Isto ocorre especialmente porque, ainda que o Parlamento se depare, a princípio, com uma questão meramente moral, há sempre a possibilidade de precipitações ou desvios que não podem isentar o controle de constitucionalidade.

Além disso, sabe-se que não há como pensar em “última palavra” do Judiciário sobre a interpretação constitucional, sendo indispensável, especialmente nos casos em que direitos são afirmados na penumbra dos direitos fundamentais, o desenvolvimento de um diálogo institucional capaz de responder aos fatos constitucionais ou à verdade do Estado Constitucional⁵.

Pretende-se demonstrar, mediante o presente texto, que embora as questões morais devam ser resolvidas exclusivamente pelas pessoas e, assim, pelo Parlamento,

3 Hércules, de acordo com Dworkin, é um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (Ronald Dworkin, **Law's empire**, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 262).

4 Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação constitucional da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade, para Dworkin, é tanto produto, quanto fonte, da interpretação abrangente da prática jurídica (Ronald Dworkin, *Law's empire*, p. 248 e ss).

5 Peter Häberle. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008, esp. p. 112 e ss.

não se pode excluir, em abstrato, o controle de constitucionalidade diante das decisões acerca de desacordos morais razoáveis não apenas em virtude de a decisão parlamentar raramente espelhar, nestas hipóteses, exclusivamente a solução de uma questão moral, mas também em razão de a melhor forma de encontrar respostas adequadas a respeito das disputas que reclamam orientação constitucional estar no diálogo institucional, capaz de eliminar os males que resultariam do monopólio judicial sobre a análise dos desacordos morais.

2. O DIREITO DE PARTICIPAR DA CRIAÇÃO DOS DIREITOS: A SUA SOBREPOSIÇÃO EM FACE DO DIREITO AO RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS MORAIS

É descabido tentar resolver um problema que diz respeito à teoria da autoridade com base num argumento que pertence à teoria da justiça, ao menos quando não se deseja excluir os valores da teoria democrática como componente essencial à sua resolução.

Isto significa, em outras palavras, que não se pode criar uma teoria da autoridade, legitimada pelos valores democráticos, com base na justiça da decisão ou com base nos direitos, quando o problema, longe de estar no direito, está num desacordo razoável e racional a respeito da solução a ser dada a uma questão que é, essencialmente, das pessoas.

Uma questão essencialmente moral não pode encontrar resposta em uma elaboração teórica do direito, por melhor que seja ela⁶. Assim, não bastaria pensar em um direito ao *reconhecimento judicial* dos direitos morais, pois o entrave está em uma circunstância que é *anterior a do exercício da pretensão à tutela jurisdicional*. O que realmente importa saber é se há um direito moral à participação na criação dos direitos e não se há um direito à tutela jurisdicional dos direitos morais.

Waldron, lembrando-se de William Cobbett, diz que o grande direito de todo homem consiste no “direito aos direitos”, ou no direito de tomar parte na criação dos direitos⁷. Esta afirmação permite que se lance luz sobre a ideia de que tenta resolver o impasse sob o argumento de que a Corte pode, *melhor do que ninguém*, alcançar a “decisão correta”.

Determinadas questões não podem ser respondidas com base na declaração judicial de direitos, ainda que esta seja o resultado de uma elaboração teórica pautada na

6 Jorge Reis Novais, **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 130.

7 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 231-232.

integridade do direito ou na plena e adequada discussão dos princípios constitucionais⁸.

É certo que o Judiciário pode decidir, em caso de insuficiência de proteção legal a direito fundamental, ao observar a regra da “menor restrição possível” – já que a margem deferida à atuação do Juiz, na correção da violação da proibição de insuficiência, obviamente não se confunde com o espaço em que o Parlamento livremente atua para balancear os direitos fundamentais⁹. Mas o Juiz não pode decidir diante de desacordo moral que apenas pode ser resolvido pelas pessoas, nem, em situações como esta, reavaliar as opções do Parlamento. Nestas hipóteses, a revisão da decisão legislativa só pode ser admitida mediante a superação de pesado ônus de demonstração de violação de direito fundamental, ou melhor, ao se evidenciar que, na verdade, não se tratava de um simples desacordo razoável sobre uma questão moral.

É importante perceber, para que tudo se torne mais claro, que embora o direito ao voto possa ter a sua importância ressignificada quando se tem em conta o fato da sua pequena interferência numa solução final que depende da participação de muitos, bem como diante da democracia representativa, não há como vê-lo como algo destituído de importância para o alcance de um resultado concreto relevante, ou mesmo como algo cujo valor está apenas em evitar o prejuízo que se produz quando a opinião de alguém não é considerada na solução de uma questão que lhe diz respeito.

A violação que se acarreta, quando se exclui alguém da decisão de uma questão, tem relação com o especial impacto que a decisão produz sobre os seus interesses. Isso quer dizer que o direito ao voto não é somente uma oportunidade para o sujeito se expressar em igualdade de condições com os demais interessados, mas é, muito mais do que isso, um momento em que se exerce um poder político imprescindível para o alcance de um resultado que se ambiciona ver tutelado. Tudo isso é muito claro para Waldron¹⁰.

Porém, é preciso insistir na diferença entre o direito de decidir e o direito à participação, ou, mais precisamente, enfatizar que o direito de decidir é uma forma *especial* de participação política. Quem intervém na discussão de uma questão tem respeitado o seu direito político de participar, *mas não exatamente o seu direito de decidir*. Quando a vontade de alguém diretamente determina o conteúdo da decisão, ou seja, quando a questão é *decidida mediante a consideração do voto do interessado, a participação não*

8 Louis Favoreu, *American and European Models of Constitutional Justice, Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday* (David S. Clark ed.), Berlin: Duncker u. Humblot, 1990, p. 110.

9 Como diz Canaris, frequentemente, no direito privado, defrontam-se interesses que podem ser garantidos como direitos fundamentais, e, quando o legislador protege um titular de um direito fundamental, ele por conseguinte intervém, muitas vezes ao mesmo tempo, na posição de outro titular de direito fundamental. O exame constitucional, por consequência, deve orientar-se em duas direções: por um lado a proteção não deve se reter atrás do mínimo constitucional exigido; por outro lado, não deve ser “excessiva”, ou seja, excedente ao proporcional e ao necessário (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 324 e ss).

10 Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, esp. p. 234-243.

se limita a influenciar a autoridade que decide. Decidir é ter poder para estabelecer um resultado, ao passo que participar influenciando é, simplesmente, influenciar na formação da decisão, mas sem qualquer poder de diretamente determiná-la.

Quando importa, apenas e tão somente, a preservação do direito de decidir, *não basta pensar na participação popular perante a Corte.* Não há motivo algum para saudar a participação dos *amici curiae* quando o problema *não está em participar influenciando, mas em participar decidindo.* A solução buscada na participação popular perante a Corte e sobre as suas decisões *não é sequer um paliativo.* É uma forma de encobrir o fato de que a Corte *está, ilegitimamente, sobrepondo-se ao Parlamento e à vontade popular.*

O direito ao voto *não é apenas um direito de não ser desconsiderado, assim como também não é um mero direito de participar.* É, isso sim, um direito de participar *diretamente da solução de uma questão,* ou seja, é propriamente um direito de decidir acerca da prevalência de um resultado. Qual o motivo para se fazer essa distinção aqui?

Os direitos, numa democracia, são criados mediante os votos dos representantes do povo no Parlamento. Porém, evita-se admitir que a Corte, quando investida do poder de dizer o significado da Constituição a partir da solução de desacordos morais razoáveis, não apenas cria direitos como também nega os que foram estabelecidos pela maioria.

O verdadeiro problema, como é óbvio, está em admitir ao Judiciário a criação e negação de direitos mediante decisões de questões que apenas podem ser resolvidas pelos representantes do povo por meio da técnica majoritária. Isto significa criar e *negar direitos em detrimento do direito de o povo decidir e, neste sentido, participar da criação dos direitos.*

Uma abordagem ingênua poderia supor que a criação de direitos é sempre medida desejável e inofensiva. Contudo, uma análise mais rigorosa revela que os direitos possuem *custos*, inclusive os direitos fundamentais de primeira dimensão¹¹. Além disso, criar direitos implica uma criação implícita de deveres, sendo, ademais, próprio da democracia que um povo escolha seus próprios destinos. Como já dizia Kant no século XVIII, o iluminismo se traduz na ideia de *emancipação*, isto é, na aptidão para guiar a si mesmo. Cuida-se de um estágio evolutivo marcado pela conquista de uma maioria social. O autogoverno de um povo, por conseguinte, radica-se nos ideais iluministas¹². Em outras palavras, a participação dos cidadãos na fabricação de direitos, mais do que um imperativo constitucional, traduz um marco civilizatório. Negar a autonomia do corpo social equivale a criar um campo fértil para o paternalismo jurídico, quando indivíduos são tutelados como incapazes por autoridades não eleitas. Não por acaso, na Alemanha, Ingeborg Maus estabeleceu uma relação entre uma sociedade órfã, à procura de um pai,

11 Stephen Holmes e Cass Sunstein, **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**, New York: Norton, 1999, p. 99.

12 Stephen Holmes e Cass Sunstein, **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**, New York: Norton, 1999, p. 99.

e Juízes que agem como o superego da sociedade¹³.

Portanto, antes de se pensar em direito à tutela jurisdicional dos direitos morais não reconhecidos pelo Parlamento, há que se ter em conta o direito de participar da criação dos direitos. Afinal, é o direito de participar da criação dos direitos que impede que se tenha como legítima a criação-negação judicial dos direitos nos específicos casos de desacordos morais que, pela sua natureza, apenas podem ser decididos pelas pessoas.

3. TEORIA DA AUTORIDADE VERSUS TEORIA DA JUSTIÇA: O EQUÍVOCO EM TENTAR RESOLVER UM PROBLEMA DE AUTORIDADE MEDIANTE A PROCURA DE UMA “DECISÃO JUSTA”

E é exatamente a percepção de que o direito aos direitos ou o direito à participação na criação dos direitos prevalece sobre o direito ao reconhecimento judicial dos direitos morais que permite ver o equívoco de uma teoria que, com base na afirmação dos direitos, *imagina poder resolver um problema que diz respeito à teoria da autoridade*.

Definir a autoridade que deve decidir é uma questão autônoma em relação à de saber quais são os parâmetros que devem ser utilizados para se poder encontrar *uma decisão justa ou correta*. Waldron enfatiza essa distinção com cautela, chegando a lembrar uma conhecida contribuição de Thomas Hobbes para a filosofia política: qualquer teoria que faz depender a autoridade da *virtude dos resultados políticos é contraproducente*, uma vez que os conflitos sobre a bondade de tais resultados constituem a *exata razão pela qual se necessita reconhecer e estabelecer uma autoridade*¹⁴.

Waldron afirma, para evidenciar que a preocupação com a decisão justa não pode resolver um problema de autoridade, que, quando as pessoas divergem sobre a decisão acerca dos direitos, elas *também estão* divergindo sobre a autoridade, o que levaria a uma reprodução do problema que apontava para a necessidade de, antes de tudo, reconhecer e estabelecer a autoridade¹⁵. Dessa forma, porém, Waldron parece não conseguir ir além

13 Ingeborg Maus, *Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*, **Novos Estudos**, CBRAP, v. 58, 2000, p. 183-202. No mesmo sentido, dialogando com os escritos de Ingeborg Maus, diz Samuel Fonteles: “O Estado não pode infantilizar seus concidadãos (paternalismo estatal), tratando-os como se não fossem capazes de escolher seus projetos de vida [...]. Ora, decidir por si mesmo significa que o Legislativo decida (não o Judiciário), afinal, os mandatários do povo foram sufragados nas urnas para receber um mandato popular. Logo, quando a lei decide um desacordo moral, é o próprio povo, encarnado no Parlamento, que decidiu a respeito dele” (Samuel Sales Fonteles, **Hermenêutica Constitucional**, 4. ed., Salvador: Juspodium, 2021, p. 62).

14 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 245.

15 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 245.

da ideia de que divergir sobre os direitos é divergir sobre a autoridade.

Ocorre que esse grave e complicado problema não precisa ser focado nesta perspectiva. Parece certo que, se a sociedade diverge sobre questões morais, há que se ter uma autoridade para solucioná-las, de modo que a única alternativa está na aceitação da decisão. Mas, quando se tem direitos afirmados na Constituição, imprescindíveis para evitar que a autoridade passe de determinados limites, não há motivo para pensar que a tutela judicial destes direitos possa simplesmente negar a autoridade do Parlamento.

Mesmo que não se deva transplantar para a Corte decisões sobre questões morais cuja solução depende unicamente do desejo do povo, há casos em que o Legislador efetivamente se equivoca ou se precipita, editando lei que nega um direito fundamental, como seria, por exemplo, aquela que proíbe uma manifestação apenas em virtude da sua proposta ideológica. Num caso desta espécie não há como admitir *que uma resposta do Parlamento foi meramente transferida para a Corte ou, em outras palavras, que a autoridade do Parlamento foi simplesmente desafiada pela decisão da Corte.*

Nem todas as vezes em que se afirma a prevalência de um direito fundamental sobre uma decisão parlamentar se decide uma questão moral essencialmente controvertida na sociedade e, com base numa cláusula aberta da Constituição, nega-se opção de autoridade ancorada em decisão tomada pela maioria dos votos dos representantes da população. Quando a conclusão de desrespeito à Constituição por violação de um direito fundamental independe de decisão sobre desacordo moral razoável não há motivo algum para ver contraposição democrática na declaração de nulidade da lei. Nesse caso, a decisão judicial não está negando a autoridade do Parlamento, mas apenas reafirmando a autoridade da Constituição sobre a autoridade da maioria parlamentar.

Quer dizer que, para se preservar a vontade popular e defender a autoridade do Legislador para decidir desacordos morais essenciais e razoáveis, *não há necessidade de negar o controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais.* O controle de constitucionalidade é vital não apenas para a proteção da estrutura do poder do Estado e dos direitos fundamentais democráticos, mas para a tutela de todos os direitos fundamentais. O que se deve fazer, portanto, *é simplesmente colocar o controle de constitucionalidade no seu devido espaço.*

Obviamente, isto está longe de ser um arranjo destinado a permitir o aceite da teoria que pretende solucionar o impasse democrático das decisões da Corte com base na possibilidade do alcance de uma decisão justa ou correta, capaz de afirmar a democracia constitucional a despeito da maioria parlamentar. A teoria que busca o alcance da

decisão correta com base na melhor compreensão constitucional da prática jurídica da comunidade, mas também admitindo a solução incidental de desacordos morais *essenciais e razoáveis*, é certamente incompatível com a teoria da autoridade, vista como a que atribui ao Parlamento, com base no voto da maioria dos representantes do povo, o poder de decidi-los. É que, neste caso, *a Corte não estará afirmando uma autoridade prévia (a Constituição) à sua decisão, mas decidindo, no lugar do Parlamento, aquilo que indiscutivelmente só pode ser decidido pelas pessoas.*

4. SOBRE O PROBLEMA DA OBJETIVIDADE MORAL: A INCOMPATIBILIDADE ENTRE RESPOSTA CORRETA E QUESTÃO MORAL

Não há qualquer dificuldade de perceber que, por detrás do temor de se permitir ao Juiz se afastar do positivismo normativo, ou seja, daquele que *prescreve* que o Juiz não deve decidir com base em argumentos que não podem ser racionalizados a partir do direito positivo, muitas vezes está presente o problema da objetividade moral ou, em outros termos, da possibilidade de se poder aferir a verdade ou a falsidade de uma proposição moral.

O tema se coloca quando se pensa na possibilidade de o Juiz decidir questões morais porque se imagina que, ao se admitir a objetividade moral, a vontade e o raciocínio do Juiz se tornam controláveis, de modo que não haveria razão para se temer uma decisão arbitrária. A suposição de que é possível constatar a verdade ou a falsidade de um enunciado moral é suficiente não apenas para tranquilizar aquele que reclama a tutela jurisdicional, mas também para confortar os cultores do controle de constitucionalidade que sustentam que a Corte, melhor do que ninguém, pode afirmar a Constituição para resolver disputas morais razoáveis presentes na sociedade.

Do tema da objetividade moral defluem dois pontos que têm importância para quem está preocupado com os limites do controle de constitucionalidade. Um ligado essencialmente à própria legitimidade democrática da decisão da Corte e outro, mais específico, relacionado à possibilidade de a Corte poder encontrar uma resposta moral correta ou mesmo poder argumentar de modo a demonstrar que uma resposta moral é correta¹⁶.

Pois bem, para se desenvolver a discussão é preciso parar para contextualizar o

16 Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 48.

tema no quadro em que se debatem o realismo moral e o antirrealismo moral. Esclareça-se prontamente que a ideia de realismo, nesta situação, nada tem a ver com a de realismo jurídico. A intenção que está por detrás do realismo moral é a de colocar às claras que se pode falar em verdade e falsidade de enunciados morais.

Enquanto o realismo jurídico se aproxima da necessidade de o Juiz estar conectado às circunstâncias da realidade em que o caso judicial ocorre, o realismo moral deseja evidenciar que determinadas asserções morais podem ser aferidas como falsas ou verdadeiras, constituindo uma proposta teórica ligada à demonstração da objetividade moral. O antirrealismo moral, por sua vez, consiste exatamente na admissão do seu oposto, isto é, de que não há como pensar em enunciados morais falsos e verdadeiros¹⁷.

Porém, a questão que realmente importa é a de se é possível demonstrar que um juízo moral é verdadeiro ou falso. Ou melhor, não há motivo para perder tempo na análise de se o antirrealismo moral deve prevalecer sobre o realismo moral quando, desde logo, é possível verificar que nem mesmo a teoria do realismo moral é idônea a satisfazer a pretensão de correção de um juízo moral.

A questão da demonstração da possibilidade do alcance de um juízo moral objetivo é diferente da de saber se é, ou não, possível falar em juízo moral verdadeiro ou falso. Ainda que se possa admitir que o juízo moral é formado a partir da aferição de um fato, como dizem os realistas morais, não é possível esquecer que, para se realizar qualquer declaração no patamar da “verdade-falsidade”, torna-se indispensável um critério de aferição da compatibilidade entre o enunciado e o fato que seja aceito por aqueles que participam do debate.

Lembre-se que, quando se pensa na prova de um “fato científico”, cujo esclarecimento é intimamente relacionado com o desenvolvimento da pesquisa – como, por exemplo, da pesquisa médica –, há que se ter um método próprio, admitido como idôneo ou válido pela comunidade científica ou médica, ou seja, pela comunidade que vai emitir um juízo sobre aquilo que se pretende descobrir ou evidenciar mediante a pesquisa que se serviu do específico método.

O mesmo obviamente ocorre quando se pensa na prova judicial. Ainda que os métodos de produção de prova pericial não sejam previamente disciplinados na lei processual, a garantia do contraditório na *produção* da prova, ao lado de outros cuidados que são tomados, como o de o perito judicial ter quer ser nomeado entre os especialistas a respeito do fato a ser esclarecido e da possibilidade de as partes indicarem seus próprios técnicos, asseguram um método sobre o qual há consenso entre os litigantes¹⁸.

Entretanto, algo semelhante simplesmente não tem como acontecer diante dos enunciados ou das questões morais. É certo que o realismo moral se defende ao lembrar

17 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 168.

18 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Prova e convicção**, 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 769 e ss.

os problemas do método científico, afirmando a ingenuidade da ideia de se ter apenas enunciados verificáveis e indiscutíveis para a confirmação de uma hipótese controversa¹⁹. Porém, por detrás da diferença entre as concepções de método que servem à moral e à validação de um fato científico há algo relevante e, muitas vezes, insuspeito.

Enquanto o método, diante da prova judicial e da pesquisa científica, é um simples meio ou instrumento para o esclarecimento de um fato a respeito do qual não há consenso prático, em face da moral, aquilo que poderia ser visto como método, abrange várias teorias morais que se digladiam, cada uma marcada por uma essência e natureza também caracterizadas por distintas concepções de moral.

Para que se possa falar de método idôneo a conferir validade lógica ao resultado que por meio dele é alcançado há de se ter *um método geral, ou melhor, uma teoria geral que, aceita ao menos pelos teóricos da moral, pudesse permitir a verificação da verdade de um enunciado*. Entretanto, não pode ser assim²⁰. É que existem várias teorias morais, conectadas a diversas concepções morais. Assim, por exemplo, os muçulmanos, os cristãos, os liberais, os marxistas, os utilitaristas, os kantianos, os nietzscheanos, todos eles obviamente acreditam em seus enunciados morais e, para demonstrá-los, valem-se de teorias ou métodos complexos. Mas esses métodos ou teorias são indissociavelmente ligados a uma específica concepção moral, *tendo validade para explicar e certificar apenas as proposições de cada uma delas*. Como lembra Waldron, dois utilitaristas que divergem sobre uma política social podem lançar mão do consequencialismo para resolver a sua discordância. Assim, podem invocar níveis distintos de pensamento moral, modelos diversos de comparação interpessoal, modelos estratégicos e de teoria dos jogos, sofisticados argumentos a respeito de matemática moral, dentre outros. Entretanto, o consequencialismo e tais argumentos nada valem ou importam quando a discordância moral é ampliada, passando a abranger um utilitarista e outro qualquer que, ao discordar, invoque diferente concepção moral²¹.

Um diálogo moral, *destituído de critérios ou premissas aceitas pelos sujeitos que travam a discussão, não tem qualquer sentido, pois não pode chegar a um resultado pautado nas mesmas regras do jogo*. Os argumentos de um utilitarista não têm qualquer validade para um nietzscheano, assim como premissas baseadas na moral muçulmana não têm relevância para um cristão. É certo que, caso um liberal e um marxista acreditem no alcance da verdade moral e, assim, ambos possam ser ditos realistas morais, os dois

19 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 177 e ss.

20 “Among moralists, there is nothing remotely comparable. Instead each view comes along trailing its own theory of what counts as a justification: utilitarians have one view, Kantians another, Christian fundamentalists yet another, and so on. Aristotelians, Nietzscheans, Marxists, traditional conservatives like Burke, liberals like Rawls, feminists like Gilligan all acknowledge that the disagreements between them are important (if any are)” (Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 178).

21 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 179.

podem afirmar que os seus enunciados são verdadeiros, acusando de falsos os do seu oponente. Porém, nunca terão condições racionais de convencer um ao outro sobre a verdade ou de demonstrar a um interlocutor neutro de que lado a verdade está²².

Isto significa que a tentativa de demonstração da verdade de um enunciado moral é comprometida com a sua própria teoria ou método. Se é assim, o problema da objetividade moral está além do método para o alcance da verdade-falsidade. *O problema está na essência das próprias concepções morais que justificam os métodos.* Assim, tratando-se de moral, simplesmente não há como ter a validação de um enunciado. Um enunciado moral pode ser válido para os partidários de uma concepção moral, *assim como a argumentação do Juiz, em relação a uma questão moral, a princípio revela apenas a sua convicção.* Claramente, *a raiz do problema está na concepção ou na convicção moral.*

Ainda que se possa admitir a existência de um fato moral, a partir do qual se poderia aferir a verdade ou a falsidade, isso não é realizável porque não há método ou teoria universalizável capaz de promover a verificação e a justificação da verdade-falsidade. O que há, apenas, são critérios já marcados por uma visão particular de mundo. Essa diferente forma de ver as coisas, de que se parte para verificar ou estabelecer algo, constitui exatamente o obstáculo para se admitir a possibilidade do encontro da objetividade moral.

Portanto, por melhor que seja a argumentação dos Juízes a respeito de um desacordo marcado tão somente por diferentes e razoáveis concepções ou convicções morais, ela nunca merecerá prevalecer. Afinal, *a raiz do problema não está na qualidade da argumentação ou na capacidade intelectual dos participantes da deliberação, mas no fato de que a própria discussão sempre estará acobertada pelas convicções pessoais legítimas de cada um dos sujeitos do diálogo.*

Quer dizer que, no caso de desacordos morais razoáveis e intensos, não há motivo para pretender substituir a votação majoritária dos representantes do povo pela votação majoritária da Corte. Ao se optar pela solução do Judiciário, a questão moral será decidida com base nas *convicções pessoais* dos Juízes, de modo que não será suficiente, ou mesmo

22 “Perhaps a utilitarian who is also a moral realist will maintain that the basic propositions of his theory are true and those of his deontological opponent false. He will claim that the development of utilitarian ethics beginning in the late eighteenth century is progress towards the truth, and that it represents an improvement in our moral sensibility. He will say, too that the Nietzschean is making some sort of appalling mistake. But there is nothing he can say to support these claims – indeed, nothing he can say about how a statement of this kind could be found to be true, how people might be mistakenly convinced that it was false, and so on” (Jeremy Waldron, **Law and disagreement**, p. 179).

necessária, qualquer argumentação adequada ou resposta correta²³.

Note-se que, nesta situação, o problema realmente não está em poder convencer que os pressupostos da democracia constitucional foram negados ou desconsiderados pelo Parlamento – quando se poderia declarar a inconstitucionalidade da lei –, mas na clara desnecessidade de a Corte decidir sobre uma disputa cuja essência está na divergência entre “posições morais razoáveis”, vistas como posições que podem ser sustentadas com convicção e honestidade pelas pessoas, sem qualquer intenção de ferir direitos.

5. AINDA SOBRE A OBJETIVIDADE MORAL: HÁ COMO RECONHECER JUDICIALMENTE UM CONSENSO SOBRE UMA QUESTÃO MORAL ?

Se a objetividade moral, nos moldes reclamados pelos realistas morais, não consegue legitimar uma opção moral verdadeira, o desafio passa a ser o de investigar se outra forma de objetividade moral pode ser condescendente com o controle de constitucionalidade.

Deseja-se saber se é possível reconhecer judicialmente uma concepção moral aceita pela sociedade. Waldron, não obstante admita que boa parte dos desacordos envolvem posições antagônicas sustentadas racionalmente, daí retira a conclusão de que, exatamente por conta disso, não se pode esperar que possa haver consenso sobre questões morais. Waldron chega a confessar que assume algo parecido com o “*burdens of judgment*” de Rawls, porém em face das questões morais²⁴. Em poucas palavras, a ideia de “*burdens of judgment*” supõe que, quando pessoas discutem de modo racional sobre determinado problema, dificilmente chegarão à mesma conclusão, ainda que a discussão seja livre e corretamente pautada²⁵. Tal ideia, assim, busca explicar a persistência dos

23 Essa obviedade é traduzida de modo muito claro por Jonathan Haidt, **The Righteous Mind: why good people are divided by politics**, New York: Pantheon Books, 2012, esp. p. 30 e ss; p. 55 e ss; p. 135 e ss.

24 “The issues involved are serious issues on which it is not reasonable to expect that there would be consensus. In other words, I assume something like John Rawls’s “burdens of judgment,” but applied (where Rawls hesitated to apply the doctrine) to issues of the right as well as issues of the good. It is not reasonable to expect that people’s views on complex and fraught issues of rights will always converge to consensus. And as Rawls emphasizes, ‘it is unrealistic to suppose ... that all our differences [on these matters] are rooted solely in ignorance and perversity, or else in the rivalries for power, status, or economic gain’” (Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, Yale Law Journal, v. 115, 2006, p. 1368).

25 Não se ignora os desafios da inserção da racionalidade nos debates que envolvem desacordos morais razoáveis, um campo bastante permeável à emotividade. Para uma abordagem desses aspectos, confira-se Alasdair MacIntyre, **Depois da Virtude. Um Estudo sobre Teoria Moral**, Campinas: Vide Editorial, 2021.

desacordos razoáveis cuja solução estaria no encontro de uma razão capaz de ser aceita por pessoas que possuem diferentes concepções políticas e morais²⁶.

Porém, a admissão de que os desacordos *razoáveis* não podem ser solucionados a partir da afirmação de um consenso moral que se imponha sobre todos não exclui a possibilidade de que o desacordo seja eliminado quando é indiscutível que determinada posição nega o consenso moral que *predomina* na sociedade – o qual, ao não agredir um direito fundamental, pode ser visto como legítimo.

Isso significa que o argumento de que não pode haver consenso sobre questão moral, quando considerado de passagem, pode dizer mais do que efetivamente pretende. Se é verdade que determinadas questões morais devem ser resolvidas por uma decisão autoritativa pautada no resultado da votação dos representantes do povo, em outra coisa se pensa quando uma decisão parlamentar nega o consenso moral predominante na sociedade sem uma razão justificável.

Frise-se que não se está dando ao Juiz, a partir da sua *concepção íntima e pessoal*, poder para decidir sobre questão moral *controvertida*²⁷. O motivo para impedir a substituição da vontade do Parlamento pela do Judiciário, em caso de desacordos morais, está na circunstância da divergência estar em convicções pessoais *razoáveis*, ou seja, numa discórdia que resulta de uma forma *razoável* de se ver a questão moral em um determinado momento histórico.

Quando a razoabilidade do desacordo pode ser desacreditada a partir do que a sociedade entende sobre a questão moral, além de não se poder afirmar que existe um desacordo *razoável*, não existe, concreta e praticamente, um desacordo moral *intenso*. Não vale dizer que o Judiciário não pode decidir sobre a razoabilidade do desacordo – já que desta forma estaria decidindo sobre a própria questão moral. *Ora, reconhecer a falta de razoabilidade de um desacordo é diferente de decidir sobre a essência moral de um desacordo.*

Mas alguém poderia dizer que a Corte, ainda assim, estaria colocando a democracia em risco, já que investida do poder de afirmar a posição moral dominante na sociedade. Ocorre que justificar a prevalência de uma posição moral obviamente não é o mesmo

26 John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, p. 35 e ss; John Rawls, **A theory of justice**, Cambridge: Harvard University Press, 1999; John Rawls, The idea of public reason revisited, **The University of Chicago Law Review**, v. 64, 1997, p. 765-807. Ver ainda Jeremy Waldron, **Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991**, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

27 Sofia Amaral-Garcia, Nuno Garoupa e Veronica Grembi, Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal, **Journal of Empirical Legal Studies**, n. 6, 2009, p. 381 e ss.

que tomar partido de uma posição em favor de outra posição moral que é *honest* e *razoavelmente sustentada em determinado momento histórico*.

Mais claramente, embora a Corte possa controlar a constitucionalidade ainda que o consenso moral não seja absoluto – até porque algo assim é impossível –, ela deve demonstrar que aquilo que em princípio poderia ser visto como desacordo razoável é, *na realidade, resistência desrazoável, ou seja, destituída de justificativa legítima e, assim, identificável como violadora de direito fundamental*.

6. QUANDO O DESACORDO CONSTITUI RESISTÊNCIA MORALMENTE DESRAZOÁVEL

Lembre-se que a questão racial, nos Estados Unidos, foi objeto de duas decisões de grande repercussão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1856, a Suprema Corte declarou, em *Dred Scott v. Sandford*²⁸, a inconstitucionalidade de determinadas leis que objetivavam restringir a escravidão²⁹. Essa decisão, muitas vezes lembrada pelos que são contrários à supremacia judicial, é um exemplo de resposta que, na atualidade, envergonharia a qualquer um³⁰. Em sentido moral exatamente oposto, decidiu a Suprema Corte no célebre caso *Brown v. Board of Education*³¹ em 1954. Esse caso, como sabem todos, é festejado pelos defensores da supremacia judicial como exemplo de uma Corte comprometida com o uso das cláusulas abertas da Constituição para a tutela dos direitos.

Como disse Tushnet, ao tratar da decisão da Suprema Corte proferida em *Cooper v. Aaron*³², que atribuiu efeitos de *stare decisis* ou efeitos obrigatórios ao precedente constitucional firmado em *Brown*, esse caso era “*unquestionably right*”, ou “*assim pensavam os Justices e grande parte do país*”, mas existem outros casos que não militam tão fortemente em favor da supremacia judicial e, entre eles, “*Dred Scott case makes the*

28 60 U.S. 393 (1856).

29 *Dred Scott* foi levado a trabalhar no território de Minnesota – um território livre – por vários anos. Ao retornar ao Missouri – estado que mantinha a escravidão –, Scott pediu a sua libertação, afirmando que tinha se tornado um homem livre por ter residido em Minnesota. Com a intenção de deixar a escravidão fora da agenda nacional política dos anos 50 do século XIX, a Suprema Corte declarou inconstitucionais os atos do Parlamento voltados a restringir a expansão da escravidão nos Estados Unidos. Ver Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 9.

30 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 8 e ss.

31 347 U.S. 483 (1954).

32 358 U.S. 1, 18 (1958).

*point*³³.

Na verdade, nenhum dos casos deveria ser invocado nem pelos que são contrários nem pelos que são favoráveis à supremacia judicial. É que o problema do monopólio da Constituição nada tem a ver com posições a favor ou contra isso ou aquilo. A questão da supremacia judicial é colocada em xeque quando se tem claro que o *locus* para a solução dos desacordos morais razoáveis não é o Judiciário e que, diante deles, o diálogo entre a Corte e o Parlamento é imprescindível para que os direitos possam ser tutelados de modo adequado e sem prejuízo aos valores da democracia.

A decisão tomada em Dred Scott não seria referendada por ninguém nos dias presentes, ainda que todos aplaudam o *conteúdo* da decisão proferida em Brown e muitos enxerguem em Roe v. Wade³⁴ um genuíno exemplo de decisão que deixou de responder às reais questões que importavam para a resolução do desacordo moral que pairava, e até hoje persiste, na sociedade americana a respeito do aborto.

É interessante que Tushnet, ao se contrapor ao domínio da Suprema Corte sobre as questões que devem ser discutidas pela população e resolvidas pelo Parlamento, acaba por minimizar a importância da decisão proferida em Brown³⁵. Ainda que a sua relevância possa ser exagerada quando se deixa de constatar que, apesar da decisão da Suprema Corte, não foi fácil a implementação das medidas destinadas a eliminar a segregação em alguns estados, a verdade é que esta dificuldade, ao revelar que a decisão proferida em Brown encontrou resistência de parte da população e, inclusive, de autoridades públicas – como, por exemplo, do próprio governador do estado do Arkansas e de legisladores estaduais –, *demonstra que a Corte deve poder intervir mesmo quando há “divergência” acerca de determinada questão moral.*

A divergência em torno da segregação racial, nos Estados Unidos, tem contornos próprios, uma vez que evidencia a discórdia nas sociedades de alguns estados americanos em detrimento da posição moral do restante da população do país. É realmente relevante ter em conta que a decisão proferida em Brown não revela uma reação da Corte diante do Parlamento, compreendido como a maioria que representa o povo dos Estados Unidos, mas uma clara contraposição entre o poder federal e os poderes de alguns estados da

33 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 8-9. Larry Kramer igualmente esclarece bem o ponto. Adverte que os interessados na sobrevivência da supremacia judicial gostam muito de Brown, mas costumam esquecer de Dred Scott, Korematsu, e vários outros casos importantes em que a Corte decidiu em contradição com os direitos e com o interesse popular. Afirmo textualmente que, por detrás da defesa incondicional da supremacia judicial, esconde-se a *hostilidade feroz* diante da *evidência* de que o significado prático das *poucas* contribuições *genuínas* da Suprema Corte (como Brown) poderiam ser *exageradas*. Ver Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, New York: Oxford University Press, 2004, p. 229.

34 410 U.S. 113 (1973).

35 Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the Courts**, p. 7 e ss. Para uma visão crítica sobre Brown e os seus avanços sociais – mais frequentemente presumidos que propriamente demonstrados –, veja-se Michael J. Klarman, How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis, **The Journal of American History**, v. 81, 1994, p. 81-118.

federação.

Isto é importante porque permite ver que, em Brown, a Corte tutelou uma posição que predominava nos Estados Unidos, clara e fortemente contrária a algumas vozes que ainda se faziam ouvir em alguns estados. Essas vozes não podiam mais ser vistas como razoáveis no contexto da sociedade estadunidense, merecendo outro qualificativo, por consequência. Qualquer que seja o ambiente, uma posição que diverge, *sem justificativa racional*, de uma posição que predomina, obviamente não se insere no quadro de um desacordo moral razoável, encontrando melhor lugar ao abrigo da expressão “resistência injustificada”, assim como das expressões “intolerância” e “reação moral despropositada”³⁶.

Brown é um caso em que, não obstante a divergência em alguns estados da federação, se fez valer uma posição presente em uma sociedade mais abrangente, para a qual a segregação racial era intolerável. Daí a possibilidade de se pensar, também à luz de Brown, na tutela judicial de um valor moral prevalecente. Aliás, se o repúdio à segregação racial não fosse predominante nos Estados Unidos na época de Brown, a força da decisão tomada pela Corte teria esvanecido ou sido provavelmente tragada pela resistência da população e das autoridades de alguns estados.

7. O QUE HÁ POR TRÁS DA EXPRESSÃO “TIRANIA DA MAIORIA”? A SUA INAPLICABILIDADE DIANTE DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Seria menos traumático aceitar que a ideia de “tirania da maioria” não é precisa e, apenas por isso, costuma ser usada de forma indevida ou para atribuir força retórica ao controle de constitucionalidade. O problema é que por detrás desta conhecida e costumeira mensagem há, em regra, um equívoco que, além de teoricamente nada dizer de válido sobre prejuízo a minorias desprotegidas, viola abertamente a democracia e inviabiliza a possibilidade de as pessoas se desenvolverem de modo autônomo e responsável, cientes de que estão a participar do processo de construção da vida e da sociedade que realmente desejam, contribuindo com seus acertos e arcando com os seus erros³⁷.

É importante perceber que há uma grande diferença entre maioria parlamentar, ou maioria que decide, e maioria que pode ser irregularmente beneficiada pela decisão tomada pela primeira forma de maioria. Maioria, no segundo sentido, é o grupo majoritário que, em vista da sua força, impõe sua vontade sobre aqueles que decidem. Quando

³⁶ Graham Gee e Gregoire Webber, **What is a Political Constitution?**, Oxford Journal of Legal Studies, v. 30, 2010, p. 273-299.

³⁷ Dimitrios Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, 2012, p. 297 e ss.

isso ocorre, a maioria simplesmente invalida a técnica majoritária, compreendida como importante forma de se resolver, democraticamente, uma questão de muitos.

Quando os desacordos são moralmente razoáveis, ou seja, quando as pessoas podem sustentar os seus direitos de modo honesto e despido de qualquer intenção de prejudicar interesses alheios, a decisão, qualquer que seja, será em regra legítima, sem que caiba qualquer possibilidade de acusação de inconstitucionalidade.

Nestes casos, qualquer decisão descontentará algum dos grupos, sendo que qualquer deles poderá, caso se permita, afirmar a inconstitucionalidade ou, mais corretamente, a “injustiça” da decisão parlamentar perante a Corte. Quando uma questão moral é objeto de razoável e intenso desacordo, a decisão tomada obviamente não é do gosto de um dos grupos, mas, a princípio, não tem motivo para ser qualificada de violadora da Constituição.

É certo que a decisão proferida pelo Parlamento pode não ser adequada, mas isso é uma consequência ineliminável quando o que se tem a decidir é uma questão moral objeto de intensa e racional discussão. Em situações deste tipo, como é evidente, a decisão sempre poderá não ser a melhor para alguns, mas, considerando-se a natureza da questão debatida, jamais se poderá admitir que uma decisão do Judiciário possa substituí-la. A menos que se admita que a maioria absoluta dos integrantes da Corte tem a titularidade de uma meta-ética que se sobrepõe à população e a todas as instituições públicas, cabendo-lhe, portanto, dirigir sem qualquer constrangimento os destinos da população.

No caso de desacordo moral razoável, a maioria parlamentar constitui não apenas a melhor resposta democrática, mas, muitas vezes, a única resposta viável. Quando é assim, a decisão da Corte jamais poderá ser dita mais correta do que a do Parlamento. Ninguém, nem mesmo Hércules, pode proferir decisão baseada em qualquer razão substancial capaz de invalidá-la.

Numa situação como esta, o Juiz só pode decidir com base na sua própria convicção moral, ainda que se diga que ela pode ser objeto de discussão entre vários membros de um colegiado. Diante de determinados desacordos morais, a convicção pessoal é determinante da decisão.

Portanto, ao se usar a ideia de “tirania” no sentido equivocado, se estará não apenas dando a qualquer um que não simpatize com a lei o poder de argui-la inconstitucional, mas também admitindo que a Corte, ao se deparar com a mesma questão, poderá produzir uma decisão tão ou mais “tirânica” àquelas que ficaram satisfeitos com a lei. Tirania, neste sentido equivocado, acaba sendo um apelido fácil conferido a qualquer decisão que não seja “do gosto” de um dos grupos conflitantes. E o controle de constitucionalidade, nesta perspectiva, não pode deixar de ser visto como uma mera “nova partida”, unilateralmente proposta e estabelecida pelo perdedor, que deve ser jogada pelo vencedor exclusivamente

para manter um campeonato já ganho, ou para não tê-lo roubado em um local em que os Juízes, ao invés de representantes democraticamente eleitos, são escolhidos com base em critérios que, apesar de relevantes, não têm qualquer importância para que o desate da disputa seja justo³⁸.

Waldron lembra que Dworkin, ao tentar legitimar o controle de constitucionalidade, afirma que uma lei é tirânica se os direitos das pessoas não são respeitados³⁹. Para Dworkin, a lei sempre está submetida ao que ele chama de “concepção constitucional da democracia”, segundo a qual as decisões públicas devem ser tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade igual consideração e respeito. Assim, se uma decisão firmada pela maioria procede de outra forma, cabe à Corte atuar para invalidá-la, já que a concepção constitucional de democracia, que se sobrepõe à ideia de democracia majoritária, não faz restrição ao emprego de um procedimento não majoritário para a tutela dos pressupostos substanciais da democracia, especialmente da igualdade, que, conforme à sua concepção constitucional de democracia, constitui a sua própria essência⁴⁰.

Não há qualquer dúvida que os direitos devem ser levados a sério, que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito e que a maioria não pode negar os direitos fundamentais. Sublinhe-se, aliás, que aqui se defende o controle de constitucionalidade com intensidade, embora, ao contrário de Dworkin, negue-se ao Judiciário poder para resolver o que apenas pode ser decidido pelas pessoas, assim como o monopólio sobre a interpretação constitucional, preferindo-se compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia de outro modo, seguramente mais racional e adequado.

Ao tratar de desacordos morais que são “levados a sério pelas pessoas” – e exatamente por isso são ditos razoáveis –, o Parlamento, ao decidir contra ou a favor de um dos grupos, não tem motivo para não tratar as pessoas com igual respeito e consideração. Isto simplesmente porque a decisão parlamentar, nestas hipóteses, é o resultado de uma entre duas escolhas legítimas. Nestes casos, simplesmente não se pode supor que uma decisão incorreta pode ser corrigida por uma decisão correta, nem muito menos que a atuação da Corte está legitimada pela tentativa de alcançar uma decisão correta em substituição à tomada pela maioria parlamentar. Portanto, em uma situação de real e verdadeiro desacordo moral razoável, não há motivo para pensar que a atuação da Corte

38 Nuno Garoupa, Fernando Gomez-Pomar e Veronica Grembi, Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court, **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 29, 2013, p. 513-534.

39 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1399.

40 Ronald Dworkin, **Freedom's Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 24 e ss.

incrementa a democracia, conferindo maior legitimidade democrática à comunidade⁴¹.

Em caso de desacordo moral razoável, a decisão fará uma opção entre duas *posições que foram igualmente levadas a sério*. A decisão, *por simplesmente ser contrária a um grupo – que, eventualmente, pode ser minoritário –, certamente não pode, apenas por isso, ser reavaliada pela Corte sob o fundamento de inconstitucionalidade*. Ao fazê-lo, a decisão judicial indiscutivelmente viola os valores da democracia. E não é outra coisa que ocorre quando um Juiz, a partir de determinada concepção de valor, invalida uma decisão do Parlamento que resolveu desacordo moral razoável, presente de modo intenso e marcante entre as pessoas e por elas plenamente discutido.

Realmente, o grande problema que se esconde atrás do uso equivocado da ideia de “tirania da maioria” está no incentivo à (falsa) suposição de que *toda e qualquer* decisão parlamentar contra uma *posição social minoritária* é inconstitucional. Falta aí perceber que todo e qualquer desacordo moral *razoável* sempre implicará uma decisão que não é do gosto daqueles que foram representados pela minoria parlamentar⁴².

O problema, assim, *realmente não está apenas na confusão entre maioria-minoria parlamentar e maioria-minoria social, mas na falta de aprofundamento do conceito de minoria social*. Além de ser evidente a falta de identidade entre vencido em face de uma decisão majoritária e minoria social, é certo que nem todo grupo minoritário é um grupo que, pelo simples fato de ser minoritário, não tem relevância social e influência sobre o Parlamento. De forma que, *mesmo que considerada a natureza minoritária do grupo vencido, não há razão para supor que o grupo pode ter sido prejudicado*. Por exemplo, não é possível dizer que o grupo dos pecuaristas, apenas por ser um grupo minoritário na sociedade, constitui uma minoria que não tem condições de ser ouvida. Como é óbvio, *um grupo pode se impor e falar alto ainda que constituído por poucos*, motivo pelo qual, diante do real significado de “tirania da maioria”, o mais adequado é pensar em parcela social que pode ser dominante ou impotente, e, assim, *também admitir uma “minoria dominante” sem qualquer receio de contradição em termos*⁴³.

Mas, além disso, é preciso insistir para a circunstância de que uma lei que resolve

41 (...)ifwewereaditthisway,thenDworkin’spremiseissatisfiedforthesortofsocietyweareconsideringinthis Essay. Even if people disagree about rights, they may take one another’s rights seriously. Decisional majorities may prevail. Sometimes they will be right about rights and sometimes they will be wrong. But that is something they have in common with all systems of decisionmaking and that alone cannot undermine their legitimacy, so long as topical minorities have an assurance that most of their fellow citizens take the issue of their rights seriously” (Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1400)

42 Evan Caminker, Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past, **Indiana Law Journal**, v. 78, 2003, p. 73-122.

43 É interessante a crítica de Mangabeira Unger contra a tendência de se enxergar problemas apenas na regra da maioria, deixando-se intocada a questão da necessidade da limitação do poder das *minorias dominantes*. Ver Roberto Mangabeira Unger, **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996, esp. p. 65 e ss.

desacordo moral razoável só pode ser dita *substancialmente* inconstitucional *quando se consegue superar a presunção de constitucionalidade que lhe marca de modo característico e acentuado*. Isto significa que, em caso de desacordo moral *razoável*, uma decisão parlamentar pode ser declarada inconstitucional apenas *em casos extremos*.

Quando as questões morais são razoável e intensamente discutidas na sociedade, obviamente não se pode pensar em presunção de desrespeito a direito fundamental de participação nem, muito menos, numa simples rejeição da presunção da constitucionalidade da lei. Ao contrário, é necessário ter claro que, nestes casos, a presunção de constitucionalidade *goza de ainda maior força*. Não há motivo para pensar em tirania, ou em violação de um direito, quando a posição de alguém não é aceita pela maioria da comunidade de que participa. E nada muda quando estão em jogo os direitos de uma minoria social ou, como prefere Waldron, de uma *“topical minority”*. Como diz Waldron, pessoas, incluindo membros de uma minoria cujos direitos são desafiados, não têm necessariamente os direitos que pensam ter. Elas podem estar erradas sobre os seus direitos⁴⁴.

Waldron distingue *topical majority-minority* e *decisional majority-minority*, ou seja, o grupo majoritário-minoritário cuja posição está em jogo e a maioria-minoria que proferiu a decisão. Admite que, em muitos casos, os membros da *decisional majority* podem ser os mesmos da *topical majority* e os membros da *decisional minority* podem estar na *topical minority*, mas adverte que isso se torna preocupante somente quando efetivamente existe um *alinhamento ou um conchavo* entre *topical* e *decisional majorities*, como nos casos de injustiça racial. Waldron faz questão de acentuar que essa situação não pode ser comparada com os casos de desacordo moral razoável⁴⁵.

O que se quer dizer é que, a princípio, nem mesmo a velha máxima *nemo iudex in sua causa* pode deslegitimar a decisão parlamentar tomada em caso de desacordo moral *razoável*⁴⁶. É muito comum que pessoas e grupos discordem com honestidade, convicção e sem intenção de prejudicar uns aos outros, e, nestas situações, sempre haverá necessidade de uma decisão autoritativa que venha dos seus representantes no Parlamento. Uma tal decisão não pode ser considerada destituída de forte presunção de constitucionalidade, mesmo que apenas na perspectiva dos direitos fundamentais de *natureza democrática*, apenas por ser contrária aos direitos de uma minoria social. Não há como imaginar que uma decisão, ao negar algo para uma minoria, *só por isso tem um*

44 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1399.

45 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1401.

46 Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1400-1401.

problema ou deve carregar uma carga de desconfiança.

Um desacordo pode ser razoável, ou seja, não pautado em imposições negadoras de direitos, e ainda assim colocar em choque grupos majoritários e minoritários. Diante de desacordos morais razoáveis, não importa se a decisão majoritária negou as pretensões de uma minoria social ou de um grupo minoritário, uma vez que minorias também podem afirmar direitos que não possuem. Na verdade, as instituições frequentemente estão em condições de tutelar direitos fundamentais em prol da maioria, sem que isso signifique qualquer violação de direitos de grupos minoritários. Note-se que a Corte, ao referendar política pública que favorece a maioria da população, não apenas tutela direito fundamental, como ganha créditos que favorecem a sua estabilidade institucional⁴⁷.

Contudo, *é necessário considerar as minorias cujos membros são isolados ou discriminados na sociedade*, estando numa condição de alienação que não lhes permite pressionar os parlamentares⁴⁸. O delineamento de uma minoria deste tipo tem grande importância em caso de omissão do Parlamento. A falta de poder social de uma minoria é realmente preocupante quando o Parlamento deixa de decidir sobre as suas pretensões. No caso em que o Parlamento legisla, *o tema das minorias isoladas diante dos desacordos morais razoáveis pode ser considerado não apenas a partir do ângulo do déficit na participação, mas também da suspeita sobre a lei – atenuação da presunção de constitucionalidade – e ainda na perspectiva da própria lesão do princípio da antidiscriminação diante das circunstâncias do caso concreto.*

Diante de tudo isso, o que se pode extrair do uso da expressão “tirania da maioria”? O uso equivocado desta expressão pode constituir uma tentativa de atribuir ao Judiciário não só o monopólio da interpretação da Constituição, mas a titularidade de uma meta-ética que deve se sobrepor à população e, assim, ao Parlamento.

Isso se faz nítido quando se percebe que, em casos de desacordos morais razoáveis, ou seja, de desacordos em que pessoas discordam sobre posições morais sem agredir direitos, a decisão é legitimamente tomada pela maioria. Levar esses desacordos para

47 Pedro Felipe de Oliveira Santos, Pró-majoritariedade versus contra-majoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional, **Processo Constitucional** (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet), 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 342.

48 É célebre a nota de rodapé n. 4 da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *United States v. Carolene Products Co.* (304 U.S 144, 153 n. 4, 1938), em que, entre outras coisas, está escrito: “... whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. A partir desta nota de rodapé, a doutrina passou a falar em “*discrete and insular minorities*” para qualificar as minorias que, isoladas na sociedade, não têm como compartilhar interesses com outros, e, assim, formar coalisões para realizar os seus próprios interesses. Ver John Hart Ely, **Democracy and Distrust**, Cambridge: Harvard University Press, 1980, esp. p. 73 e ss.

a resolução do Judiciário constitui violação da única regra da democracia que aí pode imperar, precisamente a investida na técnica majoritária. Resolvidos estes desacordos no Legislativo, simplesmente não há como supor que se possa encontrar uma decisão melhor ou correta na Corte.

Deixe-se claro que não se está dizendo que o Judiciário não pode corrigir as leis que tratam indevidamente de desacordos morais ou mesmo de disputas travestidas de desacordos razoáveis. O que se quer evidenciar é que não há como utilizar, ao menos de forma válida, a expressão “tirania da maioria” para impugnar decisões que versam sobre questões morais discutidas de modo razoável, uma vez que, quando uma questão deste tipo é resolvida, a maioria formada em favor de um grupo ou de outro jamais poderá ser dita tirânica.

8. AS MINORIAS ISOLADAS E IMPOTENTES EM FACE DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Quando se diz que a solução de um desacordo razoável não pode ser questionada, pressupõe-se que a decisão é o resultado de um procedimento legítimo, em que as posições morais em confronto não apenas podem ser discutidas em igualdade de condições, mas também podem ser consideradas pelo poder decisório sem qualquer preconceito ou discriminação.

O mesmo problema que está por detrás da dificuldade de uma classe de pessoas falar está presente quando o poder não deseja escutá-la. Tanto o grupo que não consegue falar quanto aquele que não é escutado são desconsiderados, constituindo uma porção de pessoas que não participa da discussão sobre a adequada solução para o desacordo moral. Trata-se, certamente, de uma coletividade discriminada.

Note-se que grupo dessa espécie não é um grupo que eventualmente perdeu⁴⁹.

49 When an identifiable social group has been consistently and significantly underrepresented or in other ways excluded from the legislative process, traditional political processes cannot be relied upon to protect that group. The courts must therefore step in to guard the group from unjustified selective treatment, that is, discrimination. The group must not be just a temporary political loser. It must have experienced a history of discrimination or must face a real danger of long-run exclusion. To constitute a violation of the antidiscrimination principle, which is obviously closely linked to John Hart Ely’s concept of representation-reinforcing judicial review, the selective treatment must also affect the underrepresented group in ways that courts deem fundamental” (Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), **Harvard Law Review**, v. 105, 1991, p. 91).

Este é um grupo que sofre uma longa história de desconsideração, um grupo que, por conta do que a maioria pensa, não apenas foi excluído da discussão e da participação no poder, mas se tornou um grupo isolado, ou seja, marginalizado e discriminado.

Mas o que seria um grupo efetivamente discriminado? É possível estabelecer diferentes graus de discriminação, capazes de justificar menor ou maior suspeita de constitucionalidade? É certo que um grupo discriminado é aquele que, historicamente, sofre desconsideração. Assim, deve ter ocorrido uma discriminação no passado, produzida por pressuposições justificadoras hoje vistas como inadmissíveis ou ilegítimas. Porém, isto não basta para se poder presumir que uma lei desconsiderou a minoria. O fato de ter existido discriminação não obriga a supor que esta tenha prosseguido e, portanto, que as leis sejam, apenas em virtude do que antes ocorreu, ainda produzidas em detrimento do grupo antes marginalizado. Embora possa não existir qualquer dúvida de que alguns grupos foram discriminados e prejudicados no passado, é necessário que o grupo configure uma minoria que ainda sofre os *efeitos* da discriminação. Em outras palavras, só há motivo para desacreditar na lei quando, na atualidade, persistem os *efeitos* da discriminação.

Pouco importa saber se há intenção atual de discriminar ou prejudicar quando a discriminação *ainda produz efeitos no cotidiano*. Quando se pensa na persistência dos efeitos da discriminação, toma-se em conta duas espécies de efeitos. A discriminação pode obstaculizar as pessoas pertencentes ao grupo de ascenderem a posições sociais e políticas em igualdade de condições com os membros das classes dominantes. Além disto, a discriminação, internalizada no "inconsciente coletivo", *pode produzir preconceitos, hostilidades ou mesmo estereótipos inaceitáveis, prejudiciais aos grupos que antes foram conscientemente discriminados*. Estes prejuízos não são fáceis de ser eliminados, já que para tanto exigem plena interação social da minoria com os demais grupos nas várias instâncias da vida em sociedade. Enquanto persiste a impossibilidade do acesso das pessoas a posições sociais e políticas em igualdade de condições, torna-se difícil a superação dos comportamentos prejudiciais⁵⁰.

Há razão para suspeitar da lei que prejudica minoria quando, ao lado da desigualdade de fato que dificulta a ascensão social, persistem na sociedade os efeitos da discriminação, concretizados em atos e atitudes de preconceito, em sentido amplo, contra os membros do grupo. Isto pode significar uma verdadeira falta de disposição ou incapacidade da sociedade e dos seus representantes para respeitarem os membros da minoria.

Um grupo marginalizado e discriminado não tem as suas razões consideradas e, assim, não integra o processo de tomada de decisões democráticas. É o que basta para legitimar a desconfiança numa decisão que resolve desacordo moral. Em situação como esta, o problema não apenas está na negação do direito democrático de participar, mas,

50 Víctor Ferreres Comella, **Justicia Constitucional y Democracia**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 228-229.

na verdade, revela a própria suspeita que inevitavelmente recai sobre a lei que prejudica a minoria isolada.

Isto quer dizer que a discriminação pode configurar violação de direito fundamental democrático, ou seja, do direito de adequadamente participar, mas também pode, numa perspectiva substancialista, preocupada com a questão objeto da decisão parlamentar, justificar a atenuação da presunção de inconstitucionalidade e, ainda, determinar a invalidação da lei por infringência ao princípio da antidiscriminação.

No caso de decisão parlamentar, a falta de poder social de uma minoria pode ser tomada em conta como fato capaz de demonstrar que houve supressão de participação e de adequada discussão, legitimando-se o acolhimento da inconstitucionalidade pela Corte. A princípio, a dificuldade de a minoria social se fazer ouvir é relacionada com a inadequada discussão da questão posta para solução. Isto porque, para se admitir supressão da discussão e da adequada análise da questão resolvida, deve-se admitir o desvirtuamento do caminho que levou à decisão parlamentar. Não obstante, uma lei, ao investir contra direitos de uma minoria precisamente individualizável, contraposta a uma clara maioria social escondida atrás da maioria parlamentar, pode ser caracterizada como violadora do direito de participar ainda que sem necessidade de se demonstrar, clara e objetivamente, falta ou inadequação de discussão. Isto porque determinadas minorias, a despeito de poderem ou não participar da discussão de uma específica questão, são desconsideradas na sociedade, ou melhor, discriminadas numa dimensão que as afasta de qualquer possibilidade de adequada consideração pela própria maioria parlamentar.

Diante da inconstitucionalidade por infringência do direito de participar, torna-se possível indagar se a Corte pode declarar a (in)constitucionalidade da lei. Ou melhor, a pergunta está em saber se, ao reconhecer a violação do direito fundamental de participação, a Corte pode substituir a decisão do Parlamento pela sua ou, ao contrário, tem que reenviar a questão para solução legislativa.

Nesta situação, bem vistas as coisas, nenhuma das soluções aventadas é ideal. Tendo em vista que, diante da ausência de participação popular, admite-se que o Parlamento não é local adequado à solução da questão que afeta à minoria, torna-se importante uma decisão que desde logo trate do desacordo moral. No entanto, não há como esquecer que a Corte não é a autoridade única sobre a interpretação constitucional. É apenas uma das instituições políticas que, a serviço do interesse e da vontade do povo, auxilia na discussão da Constituição e colabora para a definição do seu significado⁵¹. Portanto, a melhor alternativa é permitir que, ao lado da decisão da Corte sobre o

51 “In reclaiming the Constitution, we reclaim the Constitution’s legacy as, in Franklin D. Roosevelt words, ‘a layman’s instrument of government’ and not “a lawyer’s contract.” Above all, it means insisting that the Supreme Court is our servant and not our master: a servant whose seriousness and knowledge deserves much deference, but who is ultimately supposed to yield to our judgments about what the Constitution means *and not the reverse*. The Supreme Court *is not* the highest authority in the land on constitutional law. *We are*” (Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, p. 248).

desacordo, seja realizado o reenvio da questão ao Parlamento, *descrevendo-se formas para garantir a devida discussão do tema e a participação da minoria*. Desse modo, há o pronunciamento da Corte seguido da possibilidade de o Parlamento tratar da questão, em nova rodada que deve considerar a decisão judicial e as suas razões, *bem como o resultado de uma adequada participação popular, igualmente prescrita na decisão judicial*.

Lembre-se que a decisão da Corte *pode não atender a pretensão da minoria – ao menos integralmente*. Assim, se é necessário tutelar a participação popular, resguardando-se a sua imprescindível presença para a democratização da interpretação constitucional, não há por que não permitir que as razões da Corte sejam consideradas a partir da devida deliberação parlamentar, estabelecendo-se formas capazes de assegurar que a minoria seja ouvida.

É muito provável que, numa situação como esta, o Parlamento não tenha razão para negar a decisão da Corte. Contudo, dar oportunidade para nova discussão e análise também é importante para estimular a minoria a participar e *permitir-lhe sair da própria condição de “minoría discriminada”*. Ademais, a decisão da Corte, na hipótese em que favorece minoria isolada e destituída de poder social, ao ser questionada pelo Parlamento *exige a superação de um pesado ônus argumentativo, evidenciado em devida justificativa*⁵². E não é preciso dizer que, nesta situação, *a (nova) decisão do Parlamento sempre poderá ser impugnada perante a Corte*.

Diante dos desacordos morais razoáveis, há discriminação quando a maioria parlamentar está alinhada com a maioria social em detrimento do grupo minoritário, o que descaracteriza o próprio desacordo como razoável. A discriminação, neste sentido, deriva da incapacidade de aceitar o outro como sujeito que merece igual consideração e respeito, o que pode resultar em vontades mais ou menos conscientes de discriminar e, assim, em leis efetivamente violadoras do princípio da antidiscriminação⁵³.

Como é evidente, é possível solucionar um desacordo razoável em desfavor ou em favor de qualquer grupo vulnerável. Entretanto, quando o grupo está numa situação de vulnerabilidade marcada por preconceitos, hostilidades e arquétipos presentes e profundos, intensifica-se a desconfiança em relação à decisão parlamentar, exigindo-se demonstração de que a justificativa da solução do desacordo que afetou o grupo minoritário é dotada de legitimidade, não se configurando como ato que pretendeu prejudicar. De qualquer modo, não obstante a lei possa ser vista com desconfiança, atenuando-se a sua presunção de constitucionalidade, a afirmação de discriminação, necessária à declaração de inconstitucionalidade, *depende da consideração das circunstâncias fáticas*

52 A respeito de um direito à devida justificativa das decisões parlamentares, ver Ana Paula de Barcellos, **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido Procedimento na Elaboração Normativa**, Belo Horizonte: Forum, 2020, esp. p. 90 e ss.

53 Jonathan L. Entin, Judicial Supermajorities and the Validity of Statutes: How Mapp Became a Fourth Amendment Landmark Instead of a First Amendment Footnote, **Case Western Reserve Law Review**, v. 52, 2001, p. 441-470.

que envolvem o específico desacordo, bem como da relação de adequação legítima entre os fatos pressupostos pelo Legislador, a justificativa e o fim da lei.

No entanto, cabe prestar atenção à circunstância de que, se a Corte deve decidir quando reconhece que um grupo não teve condições de participar no Parlamento, não há como ignorar que a decisão judicial não resolve o problema da falta de adequada deliberação popular e, ademais disso, pode ser prejudicial à própria minoria. Além de a melhor decisão ser sempre a que resulta da devida deliberação, *a falta de tutela do direito fundamental à participação, ao permitir o desvio do poder de decidir à Corte, retira do povo a possibilidade de acreditar que a sua voz é importante para determinar o seu destino.* Daí porque, se é correto deixar a Corte decidir, não se pode isentá-la do dever de estimular e garantir a participação, enviando a sua decisão para apreciação do Parlamento *sob os olhos atentos da minoria*⁵⁴.

9. O CONTROLE DA DECISÃO PARLAMENTAR SOBRE DESACORDO MORAL RAZOÁVEL

Além do déficit de participação e da prática de discriminação, há outras situações que capturam a invalidade da decisão que resolve desacordo *que envolve* questão moral essencial. É preciso meditar sobre esta última frase: o que se costuma ter como desacordo moral razoável – ou o que Waldron supõe ser um desacordo moral razoável – diz muito mais do que pode realmente significar. Há decisões parlamentares, relativas a “desacordos morais razoáveis”, que embora digam respeito a uma questão moral essencial, podem ser impugnadas a partir da invocação de fundamentos estritamente jurídicos.

Lembre-se que os ditos desacordos razoáveis não só podem abrir oportunidade para balanceamentos que tomam em consideração mais de um direito fundamental em favor de cada uma das posições conflitantes, como ainda, mesmo quando se contentam com o balanceamento entre dois direitos, podem exigir a solução de questões que lhes são internas. Na estrutura de um desacordo moral razoável podem existir numerosas questões controvertidas ou formas diferenciadas de se discutir uma mesma questão.

A discussão sobre o aborto, na perspectiva de Waldron, constitui um desacordo

⁵⁴ Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, **California Law Review**, v. 100, 2012, p. 519 e ss.

moral razoável⁵⁵. Entretanto, ainda que a resolução deste desacordo possa importar na consideração de direitos dignos de tutela, há em seu interior uma única questão essencialmente moral, a do status moral do feto. Mas a questão do aborto pode, ainda que equivocadamente, ser resolvida com base no direito à privacidade, como ocorreu em *Roe v. Wade*⁵⁶, assim como pode ser discutida em dimensão científica ou como um fato a ser esclarecido.

Claramente, isto quer dizer que a discussão sobre o aborto não é restrita à questão do status moral do feto. O debate pode ser ampliado, considerando-se outros direitos fundamentais ou o próprio direito à vida. Entretanto, quando o desacordo é resolvido a partir do direito fundamental à vida, admitindo-se que este se sobrepõe em face de outros direitos fundamentais, a Corte obviamente não pode reverter a decisão parlamentar com base no direito à privacidade. Afinal, a opção da população, não apenas diante da generalidade dos direitos fundamentais, mas também especificamente em realização ao direito à vida, foi tomada mediante a deliberação parlamentar⁵⁷.

Sublinhe-se que, embora a Corte não possa redecidir uma questão moral essencial ou determinante, ou mesmo simplesmente rebalancear os direitos fundamentais, isto não quer dizer que a decisão que resolveu o desacordo não possa ser controlada. Assim, torna-se imprescindível tentar delimitar as hipóteses em que o controle de constitucionalidade é possível.

Note-se, em primeiro lugar, que embora não seja possível rebalancear direitos fundamentais para negar a solução conferida ao desacordo, nada impede utilizar a regra da proporcionalidade para moldar a decisão parlamentar⁵⁸. Considerando-se, novamente por exemplo, a decisão parlamentar que tutelou o feto com base no direito à vida, a aplicação da proporcionalidade jamais permitiria uma resposta que negasse o dever de o Estado tutelar o direito à vida intrauterina, mas certamente justificaria uma decisão que admitisse o aborto em situações excepcionais, como na hipótese do feto anencéfalo.

Como não é possível balancear o direito à vida e o direito com ele concorrente sem se predefinir se o feto tem direito à vida e a partir de que instante, a questão da vida não é meramente acidental ou não importante para a solução do caso. É, isto sim, uma questão determinante para o balanceamento. De modo que esta questão não pode deixar de ser analisada na deliberação parlamentar sob pena de se poder invocar

55 Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, p. 234-243; Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1.384.

56 410 U.S. 113 (1973).

57 Ver Víctor Ferreres Comella, **Justicia Constitucional y Democracia**, p. 45 e ss; Jorge Reis Novais, **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, p. 128 e ss.

58 Giorgio Pino fala em meta-balanceamento para aludir ao balanceamento judicial que se segue ao balanceamento legislativo. Porém, afirma que este balanceamento de segundo grau só se justifica para verificar se um direito fundamental foi submetido a um sacrifício excessivo. Ver Giorgio Pino, **Dritti e interpretazione**, Bologna: Il Mulino, 2010, p. 180 e ss.

inconstitucionalidade⁵⁹. A descriminalização do aborto, sem a devida cogitação – no ambiente parlamentar – sobre a questão essencial a respeito da vida do feto, obviamente pode ser impugnada como inconstitucional por falta de deliberação e justificativa sobre questão ou fato constitucional essencial para a elaboração da lei.

Embora a questão da vida do feto possa ser analisada numa perspectiva essencialmente moral, ela pode se tornar uma questão de fato ao se afirmar que o início da vida pode ser cientificamente determinado. Quando as coisas são postas deste modo, nada também impede que se busque a Corte sob o fundamento de que o fato científico, relativo ao status do feto, não foi discutido.

Tanto o Parlamento quanto a Corte têm dever de buscar a verdade para decidir desacordo razoável que envolve fato. Portanto, há de se demonstrar que a decisão parlamentar é viciada por não ter devidamente considerado fato imprescindível à interpretação constitucional. Afinal, a busca da verdade é pressuposto condicionante da legitimidade da interpretação constitucional, na medida em que esta, especialmente diante dos novos casos que exurgem na sociedade, depende da devida aferição dos fatos para ter legitimidade.

Porém, o Parlamento pode resolver a questão fática, antecedente lógico da sua decisão, de forma equivocada, inclusive em face da posição da comunidade científica acerca do ponto. Uma interpretação constitucional que se realiza a partir de fato desmentido pela realidade obviamente não pode sobreviver⁶⁰. Assim, não se pode imaginar que esta questão não possa novamente ser debatida e resolvida perante a Corte, redecidindo-se a questão essencial para a solução do desacordo. Nesta situação, há um desacordo que, não obstante razoável, foi resolvido com base em fatos não corretamente analisados.

Além disso tudo, não há problema em permitir ao Judiciário negar uma lei que, realizando uma determinada opção, afronta uma concepção moral que, prevalecente na sociedade em determinado momento histórico, não é contrariada por uma justificativa razoável ou racional. Nesta hipótese, não há motivo para temer interferir sobre uma decisão que, legitimamente, poderia ser tomada apenas e tão somente pelos representantes do povo no Parlamento.

Nem toda solução conferida a um desacordo instituído como moralmente razoável é admissível. Alguém poderia estranhar a possibilidade de se admitir uma resposta desarrazoada a um desacordo razoável. Ocorre que há desacordos que podem se instalar na sociedade como razoáveis, sendo, em uma análise rigorosa, destituídos de qualquer

59 Renate Jaeger, *Nach der Reform ist vor der Reform, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention – die Konvention als ‘Living Instrument* (Andreas Zimmermann ed.), Berlin: BWV-Verlag, 2014, p. 125 e ss.

60 Como já disse Michele Taruffo, é “evidente che la cura per la verità è una componente essenziale della democrazia; per uno Stato democratico è sempre sbagliato mentire ai cittadini” (Michele Taruffo, *La Semplice Verità*, Bari: Laterza, 2009, p. 95).

razoabilidade, ou assim se revelando com o passar do tempo e o aprofundamento da discussão popular.

Não obstante, é importante recordar da forte presunção de constitucionalidade inerente à decisão parlamentar que resolve desacordo moral razoável. Decisão deste porte obviamente não pode ser invalidada apenas porque se prefere outra solução moral. Decisão com tal conteúdo só pode ser declarada inconstitucional quando se vence o ônus argumentativo necessário para fazer acreditar que houve, sob a roupagem de solução de desacordo razoável, clara e visível negação de direito fundamental⁶¹.

Outro ponto relevante, quando se está diante do problema da possibilidade da impugnação do balanceamento legislativo, é aquele em que se invoca o direito de liberdade para não se prestar devida proteção a direito fundamental. A falta de proteção a direito, sob o fundamento de tutela da liberdade, não pode ser isenta do controle de constitucionalidade. De outro modo, o dever de proteção aos direitos fundamentais teria se transformado numa opção do Legislador, já que não questionável em todos os casos em que se pode alegar que a liberdade torna a interferência legislativa inapropriada. A afirmação de inconstitucionalidade, nesta situação, não atribui à Corte a reavaliação da ponderação entre a liberdade e outro direito fundamental. A decisão do Legislador pode ser impugnada por poder estar em descompasso com o seu dever de proteção a direito fundamental.

Portanto, mesmo os desacordos morais razoáveis não podem desconsiderar o controle de constitucionalidade, assim como a necessidade de tutela dos direitos fundamentais – processuais e materiais – e dos consensos morais. Se a Corte não deve redecidir uma questão cuja solução depende exclusivamente da vontade moral das pessoas e, igualmente, rebalancear os direitos fundamentais, há algo certamente diferente quando a decisão parlamentar i) nega o direito à participação; ii) comete discriminação, iii) viola a proporcionalidade, iii) deixa de resolver questão essencial ao balanceamento, iv) desconsidera ou mal analisa um fato constitucional; v) rejeita, sem justificativa racional, a posição moral absolutamente preponderante na sociedade e vi) descumpra dever de tutela de direito fundamental. Não perceber isso seria autorizar o Parlamento a violar à Constituição sob o pretexto de estar resolvendo o que se tem como desacordo moral razoável.

61 Richard Bellamy, *The Democratic Constitution: Why Europeans should Avoid American Style Constitutional Judicial Review*, **European Political Science**, v. 7, 2008, p. 9-20.

10. A IMPRESCINDIBILIDADE DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL DIANTE DAS DECISÕES QUE ENFRENTAM DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

A interpretação constitucional não constitui monopólio do Judiciário. Ao contrário, é da titularidade da população, portanto de todas as instituições públicas, especialmente das eleitas. O Judiciário tem importante e qualificada participação no processo de atribuição de sentido à Constituição, o que não significa que tenha a última palavra sobre a interpretação constitucional⁶².

Quando a Constituição é chamada a atender aos novos dilemas sociais, o seu significado é perseguido a partir dos fatos, ou melhor, daqueles fatos que reclamam uma resposta interpretativa que se assenta na zona de penumbra dos direitos fundamentais.

Como é até mesmo intuitivo, interpretar à luz de normas constitucionais extremamente indeterminadas, como as que falam em direito à igualdade, privacidade etc., confere ao Judiciário um inimaginável poder criativo, comparável a um poder de encontrar ou inventar direitos, como advertem Calabresi⁶³ e Larry Kramer⁶⁴.

Os desacordos morais razoáveis têm uma relação muito clara com os novos fatos sociais, o que obviamente não significa que todo e qualquer novo fato ou comportamento possa exigir a criação de um direito constitucional. De qualquer modo, em tal contexto os fatos são imprescindíveis para a devida solução do desacordo. Os fatos que iluminam o desacordo não podem deixar de ser individualizados e discutidos no Parlamento, também podendo, eventualmente, ser equivocadamente verificados, o que, como visto, oportuniza o controle de constitucionalidade. Também são os fatos que podem evidenciar discriminação, bem como razão para a correção da lei com base na regra da proporcionalidade. Enfim, como a doutrina alemã fez ver já faz algum tempo, a democratização da interpretação da Constituição depende da real possibilidade de

62 Ver Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao Povo*, Belo Horizonte: Fórum, 2017; Rodrigo Brandão, **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

63 Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 137.

64 Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, p. 229.

deliberação sobre os fatos⁶⁵.

Assiste-se hoje, no direito estadunidense, a uma revolta contra decisões da Suprema Corte que, sem levar os fatos a sério, os utilizam como artifícios retóricos às suas soluções normativas⁶⁶. Este obviamente não é o local para tratar do difícil tema dos fatos constitucionais, mas não se pode ignorar, aqui, que o conteúdo dos desacordos morais razoáveis é preenchido pelos fatos, de onde decorre a consequência de que a interpretação que se reclama à Constituição para a solução dos desacordos tem nos fatos o elemento que ilumina e racionaliza o diálogo entre a Corte e o Parlamento.

Se a decisão constitucional, no caso de violação de direito fundamental à participação, é provisória – como antes dito –, o mesmo ocorre quando a Corte decide ao reconhecer falta de consideração ou equivocada análise dos fatos, ou mesmo quando, com base nos fatos, decide com base na regra da proporcionalidade⁶⁷.

A “verdade” sobre os fatos, em que se ampara a interpretação constitucional que se opõe à lei, goza de objetividade quando racionalizada e adequadamente justificada. É a consistência da justificativa, ou seja, a força das razões sobre os fatos, que permite à Corte convencer a população e o Parlamento da sua interpretação. E é a eventual fragilidade das razões da Corte que dará margem não apenas a justas e severas críticas das pessoas, mas também à devida resposta do Legislativo⁶⁸, inclusive mediante a elaboração de lei em contradição à decisão ou ao precedente firmado em sede de controle de constitucionalidade⁶⁹.

Quando se tem claro que a interpretação constitucional deve ser compartilhada entre as instituições públicas e, especialmente, que os desacordos são determinados

65 Peter Häberle, ao buscar a legitimação da decisão constitucional na participação, afirma que “o postulado da busca da verdade deve preceder todos os desejos da maioria, o tão quanto isso possa ser realizado através de um procedimento – público – aberto” (Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, p. 114). Sobre a importância dos fatos para o controle de constitucionalidade no direito alemão, ver Klaus Jürgen Philippi, **Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen**, esp. p. 222 e ss. Ver também Ekkehart Stein, **Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps**, Heidelberg: Mohr Siebeck, 2000, p. 41 e ss; Johannes Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, p. 199 e ss.

66 “The Court’s empirical cowardice has substantial real-world consequences. Possibly the principal victim is the Court itself. Its power and legitimacy decrease in direct proportion to its self-imposed separation from reality. Moreover, by failing to take facts seriously, the Court provides little or no direction to lower courts or society more generally regarding acceptable constitutional practices” (David Laurence Faigman, **Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts**, New York: Oxford, 2008, p. 8

67 Anne Carter, **Proportionality and facts in constitutional adjudication**, Oxford: Hart Publishing, 2022, esp. p. 46 e ss.

68 Luiz Guilherme Marinoni, **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022, p. 301-344.

69 À decisão tomada no controle abstrato ou ao precedente vinculante estabelecido no controle difuso.

por fatos cujo esclarecimento é imprescindível a uma resolução racional, simplesmente não há como resistir, ao menos quando se deseja um democrático e adequado uso da Constituição, ao diálogo institucional a partir da melhor investigação e esclarecimento dos fatos constitucionais.

11. CONCLUSÃO

A preocupação com a incompatibilidade entre os desacordos morais razoáveis e o controle de constitucionalidade, revelada por importante setor da teoria do direito⁷⁰, embora muito importante para advertir para os males do excesso ou do ativismo judicial, não é suficiente para excluir o controle de constitucionalidade diante das decisões que lhes dizem respeito.

O controle de constitucionalidade, afinal, não responde exatamente a um tipo de conflito, mas a uma espécie de decisão parlamentar, ou seja, a uma decisão que, por algum motivo, é incompatível com a Constituição. Recorde-se, aliás, que embora alguns cultores do constitucionalismo popular sejam absolutamente contrários ao controle de constitucionalidade, Waldron, em “*the core of the case against judicial review*”⁷¹, preocupe-se em demonstrar que o controle de constitucionalidade não pode ser rejeitado *a priori*.

Como se procurou demonstrar mediante o presente texto, o controle de constitucionalidade, mesmo diante das decisões que enfrentam desacordos morais razoáveis, não pode ser dispensado quando a decisão parlamentar nega o direito à participação, comete discriminação, viola a proporcionalidade, deixa de resolver questão essencial ao balanceamento, desconsidera ou mal analisa um fato constitucional, descumpra dever de tutela de direito fundamental, ou rejeita, sem justificativa racional, a posição moral absolutamente preponderante na sociedade.

Porém, mesmo que a Corte possa analisar a questão moral em muitas destas hipóteses, não há motivo para temer o risco de entregar ao Judiciário a única ou última palavra, uma vez que a obviedade de a interpretação constitucional não constituir monopólio judicial se torna ainda mais evidente quando o que se reclama é solução a uma disputa formada a partir dos fatos sociais, cuja compreensão é indispensável a toda e qualquer decisão pública.

O diálogo mediante a devida aferição e justificativa dos fatos, não obstante afaste o controle de constitucionalidade da sua vetusta função meramente normativa, é inevitável quando se sabe que a Constituição deve orientar a vida em sociedade a partir

70 Jeremy Waldron, **Law and disagreement**.

71 Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1346-1407.

da *realidade*.

Tudo isto faz ver com nitidez que, não obstante as questões morais essenciais devam ser resolvidas pelas pessoas e, assim, pelo Legislativo, a circunstância de uma questão moral não se confundir com a decisão parlamentar que a enfrentou torna o controle de constitucionalidade necessário sem retirar do povo e do próprio Parlamento a possibilidade de reação contra a decisão judicial⁷².

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL GARCIA, Sofia; GAROUPA, Nuno; GREMBI, Veronica. Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 6, n. 2, p. 381-404, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus, o Judiciário como superego da sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”, Revista CEJ, v. 9, n. 30, p. 10-12, 2005.

BELLAMY, Richard. The democratic constitution: why Europeans should avoid American style constitutional judicial review. **European Political Science**, v. 7, p. 9-20, 2008.

BETHGE, Johannes. Der Sachverhalt der Normenkontrolle. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). **Harvard Law Review**, v. 105, 1991.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harv. L. Rev.*, v. 105, p. 80, 1991.

CAMINKER, Evan H. Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past. **Ind. LJ**, v. 78, p. 73, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. **Juristische Schulung**, v. 29, 1989

CARTER, Anne. **Proportionality and Facts in Constitutional Adjudication**. Bloomsbury Publishing, 2022

COMELLA, **Víctor Ferreres**. **Justicia constitucional y democracia**. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

⁷² Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 685 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, **Os Fatos no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

- DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?*. Yale University Press, 2003.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte: Forum, 2020
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 262).
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, esp.
- ENTIN, Jonathan L. *Judicial Supermajorities and the Validity of Statutes: How Mapp Became a Fourth Amendment Landmark Instead of a First Amendment Footnote*, **Case Western Reserve Law Review**, v. 52, 2001, p. 441-470.
- FAIGMAN, David L. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. Oxford University Press, 2008.
- FARÍAS SOTO, Javiera Constanza. *Vinx, Lars (Translator): The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, **Cambridge Studies in Constitutional Law**, 2015, 290 pp. 2016.
- FAVOREU, Louis. *American and European models of constitutional justice. Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday* (David S. Clark ed.), Berlin: Duncker u. Humblot, 1990
- FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: Juspodivm, 4. ed., Salvador: Juspodium, 2021.
- GAROUPA, Nuno; GOMEZ-POMAR, Fernando; GREMBI, Veronica. *Judging under political pressure: An empirical analysis of constitutional review voting in the Spanish Constitutional Court*. *The journal of Law, economics, and organization*, v. 29, n. 3, p. 513-534, 2013.
- GEE, Graham; WEBBER, Grégoire CN. *What is a political constitution?*. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 30, n. 2, p. 273-299, 2010.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017
- HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- HAIDT, Jonathan. **The righteous mind: Why good people are divided by politics and religion**. New York: Pantheon Books, 2012, esp.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: WW Norton & Company, 1999.

IMMANUEL, Kant. Resposta à pergunta: o que é Iluminismo. Tradução de Artur Morão, 1784

JAEGER, Renate. Nach der Reform ist vor der Reform. **60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention—die Konvention als 'living instrument** (Andreas Zimmermann ed.), Ber-lin: BWV-Verlag, 2014.

KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. **The journal of american history**, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, USA, 2004.

KYRITSIS, Dimitrios. **Constitutional review in representative democracy**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 32, n. 2, p. 297-324, 2012.

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Campinas: Vide Editorial, 2021

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os Fatos no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022.

MENDES, Conrado Hübner; VITA, Álvaro de. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. AAFDL Editora, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

PINO, Giorgio et al. **Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale**. il Mulino, 2010.

POSNER, Richard. **A. The rise and fall of judicial self-restraint**. California Law Review, v. 100, 2012.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. **The idea of public reason revisited**. The University of Chicago Law Review, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Pró-majoritariedade versus contra-majoritariedade: a

construção do capital político da jurisdição constitucional, **Processo Constitucional** (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet), 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 342.

STEIN, Ekkehart. **Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps**. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2000.

TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**, Bari: Laterza, 2009

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. New York: Verso, 1996

WALDRON, Jeremy et al. **Liberal Rights: collected papers 1981-1991**. Cambridge University Press, 1993.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. OUP Oxford, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, v. 115, 2006, p. 1368



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.