

ULISSES E O SUPEREGO: NOVAS CRÍTICAS À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

José Vicente Santos de Mendonça*

I – A terra dos cegos

Era uma vez a terra dos cegos. Nenhum de seus habitantes enxergava coisa alguma. Nem o sorriso das crianças, o brilho da lua ou a cara assustada dos professores ao lerem ensaios que começavam com metáforas: tudo lhes era alheio. Até que, por uma dessas circunstâncias da vida, nasceu nessa terra um homem com visão normal. Passou a narrar aos conterrâneos a beleza daquilo que via. O verde dos gramados. O amarelo do Sol. A cor da pele. Certo dia, cansados dos relatos, os cegos da terra dos cegos vazaram os olhos do herói, para que, de uma vez por todas, ele se curasse daquela loucura.

A *Terra dos Cegos*, de H. G. Wells, é uma boa descrição do ambiente por onde circulam certas idéias consagradas no meio jurídico.¹ O personalismo endêmico, a mesura excessiva, o peso dos clássicos e, numa palavra, o ‘bom-mocismo’ que ultrapassa a (necessária) gentileza e se transforma em imobilismo de adoração – fazem com que os textos acadêmicos jurídicos, para além da linguagem empolada e da extensão desnecessária, produzam pouca ciência. O Direito, como técnica e como objeto de estudo, é o espaço da *ousadia envergonhada*. Assim, se de ciência se tratar, haver-se-ia de considerar o Direito como a ciência menos científica. Suas bases institucionais e dogmáticas estão ‘dadas’ – desafiá-las é carrear para si o manto da excentricidade.²

Este texto não comete os erros consagrados pela tradição. (Errar de forma inovadora é uma alegria indescritível.) A linguagem é direta, a referência aos clássicos assopra o pó da reverência e busca o brilho da densidade, as notas de rodapé foram evitadas, sua extensão em páginas, pensada para evitar gorduras, e, mais importante: suas posições são confessadamente *contramajoritárias* – palavra, aliás, com que ainda vamos nos deparar algumas vezes. Quanto ao estilo, não há o que se possa fazer: o estilo é o homem. Sarcástico ou irônico, triste ou feliz, não se foge daquilo que se é.

A primeira parte trata rapidamente de alguns conceitos básicos sobre Constituição, constitucionalismo e controle de constitucionalidade: definições e primeiras impressões mesclam-se às críticas e às respostas tradicionais ao controle como sede de poder antidemocrático. Pretende-se repassar posições emblemáticas – o paradigma de jurista positivista para a tradição romano-germânica, Hans Kelsen, será fotografado na sua clássica polêmica com Carl Schmitt sobre quem deve ser o defensor da Constituição; Habermas, o badalado jusfilósofo, será simplificado até a inteligibilidade de sua teoria sobre a legitimidade democrática do controle; voltando nossos olhos ao campo norte-americano, e com consideráveis ganhos em

* Professor assistente de Direito Econômico do IBMEC-RJ. Professor substituto da UERJ. Mestre e doutorando em Direito Público pela UERJ.

¹ WELLS, H. G. *The Complete Short Stories of H. G. Wells*. Editado por John Hammond. Orion: 1999, 896p.

² Por outro lado, a excentricidade pode ser considerada uma estratégia de liberdade. A esse respeito, cf. ZELDIN, Theodore. *Uma História Íntima da Humanidade*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2000.

clareza, a famosa crítica de John Hart Ely e o apelo neo-jusnaturalista de Ronald Dworkin merecerão algumas páginas. Até aqui, antiga ou recente, a tradição.

Na segunda parte reside o interesse do ensaio. Duas críticas particularmente relevantes à legitimidade do *judicial review* serão apresentadas e debatidas. Em tempos de multidisciplinidade, nada melhor do que juntar Direito e teoria psicanalítica numa grande dúvida, levantada pela professora alemã Ingeborg Maus: será que o Judiciário (e o controle de constitucionalidade como sua *faculté maîtresse*) estará servindo de *superego* a uma sociedade pós-contemporânea órfã de meta-narrativas? Dizendo de outra forma, aplicada à realidade brasileira: será que o STF é o ‘pai’ a que o sebastianismo e a carência de heróis de nossa brasilidade tanto aspiraram? Se a resposta for positiva, surge outra dúvida: quem ou o que legitima onze seres humanos, presumivelmente normais, a esse angustiante papel de ‘censor das aspirações democráticas’? A segunda crítica parte de uma conhecida metáfora acerca do controle – Ulisses resistindo ao canto das sereias através de um comando prévio para que o amarrassem ao mastro de seu navio – e tenta mostrar o conteúdo arbitrário e antiautônomo do fato de se delegar poder de decisão sobre questões morais polêmicas a um grupo de juízes, que, provavelmente, têm as mesmas dúvidas e dissensões da sociedade em geral. Só que suas opiniões prevalecerão. Por quê? Jeremy Waldron, autor do ensaio analisado, chega a propor uma substituição de metáforas. Saem Ulisses e as sereias, entram Brigitte e os livros. Entenderemos o motivo em breve.

A parte final, além de expor, em tópicos, os temas tratados ao longo do texto, acrescenta cinco parágrafos de encerramento. Longe de apresentar alguma ‘conclusão’ – ‘a única conclusão é morrer’, disse Fernando Pessoa³ –, o encerramento quer motivar o surgimento de críticas e de estranhamentos. Criticar é viver.

II – Velhas idéias, antigos ideais: o controle de constitucionalidade entre amigos e inimigos

A história toda começa assim. A Constituição. Ah, a Constituição. Importante, necessária, magniloquente. Devemos amá-la e respeitá-la como um dia fizemos com nossos pais. Mas será que somos capazes disso? Quer dizer, será que nossa cupidez não vai nos levar a desfigurá-la, como já tantas vezes fizemos aquilo que amávamos? Melhor que a Constituição sirva, ao mesmo tempo, de guia de ação política e de limitação dos poderes políticos, inclusive e especialmente o poder político que consiste em modificá-la. Um objeto de amor cercado de cuidados. Amor de preservação.

Amor de preservação, mas dentro de certos limites. Além da Constituição, existem, num país, comunidades políticas heterogêneas, grupos de pressão, díspares visões de mundo, ortodoxias absurdas, heterodoxias apressadas, heterodoxias incrivelmente válidas, ortodoxias dignas de aplauso. Se a política legislativa pretende expressar o consentimento popular, é bom que exista espaço de mudança. Nada muda com mais rapidez do que os anseios de uma comunidade política do século XXI. Assim, a Constituição deve caminhar numa tênue linha estendida entre a preservação de seu conteúdo e a permissão de as pessoas se governarem segundo as leis que queiram se dar. Em todos os países que adotam Constituições rígidas, reedita-se o drama do velho e do novo: a Constituição é a lei maior, mas

³ PESSOA, Fernando. *Obras Poéticas Completas*. 3ª ed, 18ª reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2003.

isso não pode importar que seja a lei única; como obra do passado que aspira ao futuro, sua pretensão de vigência não pode implicar asfixia do presente.

A solução é algo como um consenso negociado. Todas as leis devem respeitar a Constituição, mas uma espécie normativa particularíssima – aquelas leis que modificam o próprio texto constitucional – só precisa respeitar um grupo especial de normas constitucionais. Portanto, *no varejo*, a modificação da vida social consegue se expressar normativamente de forma fidedigna, considerando que há suficiente espaço para alterações legislativas respeitantes à Constituição como um todo; e, em casos especiais, quando tenha surgido um tal consenso que justifique a aprovação de uma emenda à Constituição, só se precisa respeitar o grupo de dispositivos ‘superconstitucionais’.

Resolvido o primeiro grupo de problemas, que se poderia reconduzir a uma resposta à questão – como conciliar uma Constituição *rigida* com uma sociedade *flexível*? –, logo nos vemos frente a frente com o grupo seguinte. Estabelecidos os parâmetros (e estabelecido que *vai haver parâmetros*), resta saber como funcionarão na prática. Aqui surge, portanto, o clássico problema do controle de constitucionalidade.

Controlar é assegurar-se de que algo (o objeto controlado) está operando dentro de certos padrões. Logo, controle de constitucionalidade, em sua acepção mais simples, significa assegurar-se de que algo – leis, atos normativos em sentido amplo, emendas à Constituição – está em conformidade formal e material com o parâmetro: as normas constitucionais, seja como parâmetro *macro* (a Constituição como um todo em relação ao controle simples), seja como parâmetro *micro* (as ditas cláusulas ‘pétreas’ em relação às propostas de emenda à Constituição). Mas, citando Oscar Wilde, raramente a verdade é pura, e nunca é simples.⁴ O problema não está na definição de controle de constitucionalidade, tampouco no delineamento de suas estruturas. A controvérsia surge quando procuramos descobrir *quem vai controlar*. É daí que vem a famosa *dificuldade contramajoritária*, na expressão que se consagrou na doutrina e na jurisprudência norte-americana.⁵ Um grupo de juízes não-eleitos vai invalidar normas jurídicas formuladas, debatidas e votadas por representantes do povo. Essa invalidade não está sujeita a recurso, nem os controladores são controlados.⁶ Lembremos que a base da democracia é a soberania popular, e que constitucionalismo é limitação de poder – toda limitação pressupõe controle. Assim, temos um curto-circuito democrático: todos podemos nos dar as leis que quisermos, desde que assim o permitam os juízes; todos controlamos os governantes, desde que estes governantes, em sentido amplo, não sejam juízes, cujo único controle é sua consciência.⁷ A rigor, a dúvida contramajoritária não apenas levanta a questão de *quem vigia os vigias*, mas também a angustiante indagação de *o que fazer quando a vigilância é deficitária*. Curioso notar que esse tema, clássico na teoria política e no direito constitucional, com raras e honrosas exceções nunca tenha motivado corações e mentes na literatura jurídica brasileira.⁸ Vai ver lidar que com temas como ‘autoritarismo judicial’,

⁴ WILDE, Oscar. *The Importance of Being Earnest*. Cambridge University Press: 1999, 126p.

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983, pp. 157-196.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 51-52.

⁷ Frase atribuída a Rui Barbosa por Inocêncio Mártires Coelho no artigo *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, RDA 211, p. 131.

⁸ Memorável exceção é o trabalho do professor Gustavo Binbenojm, citado na nota nº 4. Confira-se, ainda, SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*,

‘auto-engano’ e ‘democracia’ seja tratar de assuntos de que preferimos (interessadamente) nos omitir, ou em relação aos quais tenhamos toda uma história de quarteladas a borrar as faculdades perceptivas.

Responde o conhecimento convencional: a jurisdição constitucional, ao defender certo conteúdo mínimo da Constituição – digamos: direitos fundamentais, processo legislativo e sistema de eleição –, está indo a favor da democracia, e não contra. Para falarmos kantianamente, estar-se-iam garantindo as *condições de possibilidade* da experiência constitucional.⁹ Democracia existe dentro da Constituição, e não fora; quem defende a Constituição defende, por inferência direta, a democracia, que é, por seus próprios méritos, uma democracia constitucional, e não um majoritarismo enlouquecido. Argumentar em sentido contrário importa ultrapassar o cala-boca definitivo: a *reductio ad Hitlerum*. A Constituição é a carta do povo, mas o povo, assim como as crianças que andam de gatinhas, não deve tocar em certos pontos de luz. Papai briga.

A ralha de papai ganha substrato filosófico a partir de algumas construções filosóficas, a mais singular delas o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o defensor da Constituição.¹⁰ Entendamos a disputa: do lado do mal, Schmitt, sob o pano de fundo da ascensão dos estados totalitários, sustentava que o defensor deveria ser o presidente do Reich; Kelsen, refutando os argumentos do nazi-jurista, apostava na jurisdição constitucional desempenhada pelo Tribunal Constitucional.¹¹ Claro que a sustentação de Schmitt possuía tinturas casuísticas e autoritárias – era interessado direto na concentração de poder nas mãos de Hitler¹² –, mas, nem por isso, Kelsen, historicamente louvável que tenha sido sua defesa da jurisdição constitucional, enfrentou diretamente a questão da dificuldade contramajoritária. O verdadeiro problema não está na tirania das maiorias legislativas ‘eventuais’ (no tema desse ensaio, as maiorias legislativas são sempre ‘eventuais’, assim como, em Direito, os casos quase sempre são ‘concretos’); o problema é a tirania da minoria ‘eventual’ do Judiciário. A disputa não é entre Hitler e o Tribunal Constitucional, mas entre dois Tribunais Constitucionais, um dos quais incorporando Hitler. Falando de forma ainda mais direta, a verdadeira dificuldade contramajoritária não está tanto em conseguir explicar como juízes possam derrubar leis havidas da vontade democrática e legítima do povo, mas em como estes juízes *possam não derrubar* leis discriminatórias e grotescas, havidas desta mesma vontade.

Ainda outro pensador alemão que tratou do tema foi Jürgen Habermas, assim em artigos esparsos como em parte de sua obra sobre teoria do direito, ‘Direito e Democracia: entre faticidade e validade’.^{13 14} Habermas, continuador e atualizador

2002, pp. 60-101 (‘Discursos de legitimidade da jurisdição constitucional.’).

⁹ O termo é kantiano, mas Foucault o empregou na sua aula inaugural no Collège de France. Cf. FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. 3ª ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 54.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

¹¹ KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

¹² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 71.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. 2 v. Trad. F. B. Siebenichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento, *Novos Estudos CEBRAP*. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo, nº 26, março, 1990. HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legítimi-*

da tradição crítica da Escola de Frankfurt¹⁵, vem atraindo mais e mais estudiosos da área jurídica com sua aposta na revitalização da razão iluminista, seu destaque para o caráter discursivo e procedimental da prática jurídico-democrática e sua linguagem abstrusa. Aliás, Habermas é tanto herdeiro da tradição iluminista quanto do amor da filosofia continental pela linguagem confusa, hermética e repleta de jargão, cujo paroxismo é Hegel (*'Se alguém consegue ler A Fenomenologia do Espírito sem se sentir dentro de um hospício deveria ir para um'*), disse Schopenhauer, um pós-kantiano de reduzida relevância filosófica, mas cuja simplicidade e estilo na escrita fizeram dele um 'preferido dos escritores', conforme comprovam Thomas Mann e Jorge Luís Borges.¹⁶) Fugiria ao foco do ensaio apresentar em detalhes a teoria habermasiana sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Dentro de um esforço de simplificação, resume-se aqui interessante artigo – *'O Estado Democrático de Direito: Uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?'* –, texto que é, ele próprio, resumo da elaboração mais complexa da teoria, tal como apresentada em *'Direito e Democracia'*.¹⁷ Confira-se.

O Direito moderno possui três características: é positivo, cogente e estruturado individualisticamente.¹⁸ A autodeterminação dos indivíduos se realiza por intermédio desse Direito, de tal forma que o poder político encontra na ordem jurídica uma segunda fonte de legitimação (a primeira fonte seria aquele fato social que o teria qualificado precisamente como 'poder político'). Ocorre que o Estado Democrático de Direito exhibe uma amarração contraditória, já que democracia importa poder popular em princípio ilimitado, e Direito significa, essencialmente, controle de poder. As duas visões, inclusive, concorreriam hoje no espaço público, representadas pelas opções do liberalismo – com a preeminência da 'liberdade dos modernos', vale dizer, das liberdades negativas, pendendo mais para a idéia de limitação do poder – e do republicanismo, cuja ênfase recai sobre a autodeterminação popular ('liberdade dos antigos', na expressão de Constant citada por Habermas).¹⁹ Poder-se-ia pensar que, deste combate, houvesse necessidade de uma hierarquia entre as idéias: ou a liberdade dos modernos é preferível sobre a dos antigos, ou vice-versa. Habermas discorda disso. *'(...) A idéia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins.'*²⁰ Assim, tanto a soberania popular quanto a sua limitação são princípios co-originais.

dad por via de la legalidad? In: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: PAIDOS, I.C.E. da Universidade Autònoma de Barcelona, s.d.

¹⁵ Sobre a escola de Frankfurt, com a ressalva de que se trata muito mais de uma biografia intelectual de Adorno do que de um histórico do posicionamento teórico do grupo até nossos dias, cf. o clássico WIGGERHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt: História, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: Difel, 2002, 680p.

¹⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *On the Basis of Morality*. Trad. E. F. J. Payne. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1965, pp.15-16.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 153-173.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 153.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 153-154.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 154-155.

Um não seria possível sem o outro.²¹ Habermas vai além: a conexão íntima entre o Estado 'democrático' e o Estado 'de Direito' pode ser transportada até as idéias de autonomia privada e autonomia pública.²² Os cidadãos só podem gozar de sua autonomia privada se, e somente se, houverem exercido razoavelmente a autodeterminação política. Os membros da comunidade política devem considerar-se autores e destinatários das normas jurídicas, consideração tradicional desde Rousseau e Kant; mas há que lembrar que o 'fazer ou omitir tudo o que se queira' é o núcleo da autonomia privada, não da pública.²³

Até agora, Habermas ainda não virou Habermas. Mas, vejamos: autonomia pública tem a ver com a formação racional da vontade política. Os indivíduos devem ligar suas vontades individuais a uma *vontade comum*, obtida através de um *discurso*, já que a idéia de autolegislação estabelece um nexo interno entre razão e vontade.²⁴ A liberdade de todos passa a depender da liberdade de cada um. Esse nexo interno desenvolve-se como um processo histórico que se corrige a si próprio.²⁵ O discurso só se realizará entre participantes aos quais se tenha garantido uma série de direitos – liberdades negativas, direitos políticos, direitos prestacionais sociais (Habermas fala em *'direitos fundamentais, de conteúdo variável, que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos'*).²⁶ Enfim: a prática deliberativa, o diálogo racional, só poderá operar uma vez que seja garantido esse platô de direitos. Retomando a idéia inicial, Habermas defende que a autonomia aparece, no campo do Direito, como uma figura dupla – pública e privada –, e, para que o Direito seja Direito legítimo, terá de ser constituir de acordo com procedimentos de formação democrática de opinião, os quais fundamentam a 'aceitabilidade racional dos resultados'.²⁷ *'Aquilo que dá direito à participação política liga-se com a expectativa de um uso público da razão: como colegisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação pelo bem comum.'*²⁸ E conclui: *'A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.'*²⁹

Na verdade, o que Habermas parece querer dizer é que a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade funda-se numa prática discursiva racional e aberta, na qual todos os participantes possuam uma série de direitos

²¹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 155.

²² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 155.

²³ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 155.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 155.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 156.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 169.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 172.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 172.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 173.

relacionados com a faculdade da razão. É essa prática discursiva que permitirá aflorar os melhores argumentos, os quais, por evidente, não importarão a violação de garantias existenciais. Observação incidental, mas curiosa, diz respeito a uma contradição entre a teoria habermasiana da legitimação democrática pelo procedimento discursivo e sua rejeição da incorporação judicial (e constitucional) da temática dos valores. O pensador é severo crítico das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão que mencionam uma pretensa ordem de valores incorporada à Constituição³⁰; suas opiniões são todas no sentido de identificar um procedimento democrático que permita a emersão dos melhores resultados, sem se decidir *a priori* por nenhum. No entanto, suas condições para a deliberação democrática já trazem embutidas uma série de opções valorativas. A teoria de Habermas, confessadamente procedimentalista, é pega no contrapé pelos requisitos exigidos ao procedimento – todos eles substanciais.³¹

Nos termos de nossa investigação crítica, Habermas pouco fez para sair da resposta clássica. Com novos termos e uma argumentação mais sofisticada, continuamos percebendo a jurisdição constitucional como a garantia das condições democráticas frente aos impulsos legislativos de momento. Ainda não temos resposta à pergunta que interessa: o que leva a crer que um tribunal seja imune aos ‘distúrbios da vontade’ que acometeram a decisão popular? Outra dúvida: é intelectualmente honesto afirmar que a maioria dos casos em que se expressa a dificuldade contramajoritária são casos de ‘distúrbios da vontade’, nos quais a ‘maioria ocasional’ pretende colocar por terra a Constituição, no que é repelida por fiéis guardiões? O ponto será retomado à frente.

Ronald Dworkin, sucessor de Herbert Hart na cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford, é, falando francamente, um neo-jusnaturalista de extremo sucesso. Ao menos em alguma medida, antecipando todas as críticas e ignorando todas as respostas que o professor americano já tenha dado a essa ‘acusação’ (que nem deveria ser tida como tal), fato é que é impossível deixar de pensar num apelo do jusnaturalismo do tipo ‘ético’ quando se compreende o cerne de suas teorias, nomeadamente assim como foram expostas no livro *‘Freedom’s Law’*³²:

³⁰ O *leading case*, como ninguém ignora, é Lüth, julgado em 1958. Cf. KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham e Londres: Duke University Press, 1997, pp. 361-369, especialmente pp. 363-364. A crítica a essa linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão, assim como a objeção a uma pretensa ‘dimensão objetiva’ dos direitos fundamentais – a par de sua tradicionalíssima feição subjetiva – é freqüente na literatura jurídica estrangeira. Por todos, vejamos Friedrich Müller (*Discours de la Méthode Juridique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris: PUF, 1996, pp. 88-89) – ‘*Cette tentative subjective et irrégulière de la valorisation et d’une mise en balance des valeurs (...)*’, ‘*Un tel procédé ne satisfait pas aux exigences imposées par le principe de l’Etat de droit et qui sont effectivement réalisables: l’élaboration de la décision et la présentation de sa motivation doivent être scientifiquement, objectivement contrôlables dans le cadre de la concrétisation de la Constitution et de l’ordre juridique infra-constitutionnel*’ e David Capitant (*Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris: LGDJ, 2001, pp. 189-193) – ‘*Le caractère rhétorique de la notion d’aspect objectif des droit fondamentaux*’. Para uma defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cf. SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, pp. 297-332. Na doutrina estrangeira, cf. a tentativa de Christophe Grzegorzczk no seu livro clássico de 1982, *La Théorie Générale des Valeurs et le Droit* (GRZEGORCZYK, Christophe. *La Théorie Générale des Valeurs et le Droit: Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: L.G.D.J., 1982, 282p.).

³¹ Observação feita em aula pelo professor Daniel Sarmento.

³² DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge:

a Constituição americana, em alguns de seus dispositivos normativos³³, haveria consagrado uma série de princípios abstratos, com base nos quais o Judiciário estaria convidado a realizar uma ‘leitura moral’ do texto constitucional. Como esse convite está diretamente ligado à sua maneira de explicar a legitimidade democrática do controle, é sobre esses dois assuntos que se passa a comentar.

Famoso no Brasil por três palavras – ‘*all or nothing*’ – e por um critério de distinção entre princípios e regras jurídicas (a distinção quanto ao modo de aplicação), Dworkin é muito mais do que o pouco que se costuma conhecer.³⁴ Surgindo de um projeto de contestação teórica em relação a seu antecessor em Oxford, o positivista moderado Herbert Hart, em especial em relação ao modelo de apreensão da normatividade jurídica – Dworkin acusou Hart de ignorar os princípios jurídicos –, Dworkin vem realizando um sério trabalho de renovação do Direito Constitucional americano.³⁵ De todas as críticas que tenha sofrido, uma acusação nunca se ousou: Dworkin é extremamente corajoso ao escancarar o conteúdo moral da aplicação jurídica. Entenda-se o porquê.

Existe uma forma especial de se interpretar a Constituição. É a leitura moral. Ela introduz a moralidade política no coração do Direito Constitucional.³⁶ Mas, como a moralidade é acusada de incerteza e de fluidez, também a prática judiciária surgida a partir daí é tachada de antidemocrática.³⁷ Estar-se-ia conferindo poder absoluto aos juízes para impor sua convicção pessoal ao público. Acontece que não há nada de novo na leitura moral da Constituição; de fato, ela é a única opção metodologicamente viável na interpretação constitucional.³⁸ Contudo, a leitura moral é pouco assumida publicamente – um filho feio da prática jurídica –, ainda que, de diversas formas, seja mesmo *pressuposta* à atuação dos juízes. O fato de os jornalistas poderem indicar que aquele membro da Suprema Corte é conservador, enquanto que o outro é liberal; a arguição dos nomeados ao Supremo Tribunal no Senado – arguição que nem de longe lembra uma aferição técnica, uma prova oral de concurso público, mas sim uma tomada de posição política (e

Harvard University Press, 1997, 416p.

³³ Está-se optando por uma utilização indistinta dos termos ‘norma’ e ‘dispositivo normativo’, com a ressalva de que a distinção entre os conceitos – o dispositivo normativo é o texto legal, a norma jurídica é o produto da interpretação sobre o texto –, se não é nova, seguramente só ganhou importância a partir de quando o professor Humberto Ávila, citando Guastini, reavivou a memória do público leitor. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 127p. Para Guastini, consultamos a tradução espanhola do livro citado às páginas iniciais do trabalho do metodólogo gaúcho (GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de Teoría y Meta-teoría del Derecho*. Trad. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999.).

³⁴ Quase que é desnecessário fazer a referência bibliográfica. A essa altura, já se terá memorizado em qualquer leitor da produção jurídica carioca e sulista dos últimos cinco anos. Mas vamos à rendição. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

³⁵ Interessantíssima apresentação crítica de Dworkin é feita pelo saudoso Alberto Casalmiglia. CASALMIGLIA, Alberto. *Ensaio sobre Dworkin*. Trad. Patrícia Sampaio. Texto obtido do site do Programa Especial de Treinamento da PUC-Rio, disponível em www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html (Acesso: 15 de março de 2004).

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 2.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 2.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 3.

moral) em relação a assuntos polêmicos -, tudo isso contribui para dar apoio à tese.³⁹ *There is therefore a striking mismatch between the role the moral reading actually plays in American constitutional life and its reputation.*⁴⁰ Como a leitura moral não pode ser sinceramente abandonada pelos juízes, e, ao mesmo tempo, há essa má-fé em relação à sua adoção, os resultados argumentativos são forçados. Ora é esse juiz que menciona uma 'intenção' da lei, ora é aquele que fundamenta sua decisão num 'sistema' jurídico bizarramente indefinido, mas, pelo menos, 'não-moral'.⁴¹ E como fica o papel da jurisdição constitucional quando somado à leitura moral da Constituição?

Pior, impossível. Soa doentio retirar a soberania moral do povo e depositá-la nas mãos de uma elite professoral, *'exatamente quanto aos grandes e exemplares temas de moralidade política a que o povo tem o direito e a responsabilidade de decidir por si mesmo'*.⁴² Dworkin refuta essa suposição. Quando entendemos melhor o que é a democracia, vemos que a leitura moral da Constituição não é antidemocrática, mas, ao contrário, é praticamente indispensável à democracia. A leitura moral da Constituição – relembremos: a assunção de que certos dispositivos constitucionais referem-se a princípios morais abstratos, que devem guiar e pautar toda a atividade jurisdicional – permite entrever, dentre esses princípios, algumas idéias básicas: o Governo deve tratar todos seus súditos com o mesmo *status* político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual respeito e consideração, devendo, ainda, respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis à obtenção desses fins.⁴³ Mas a leitura moral ainda conta com outros requisitos.

Em primeiro lugar, esta leitura *parte* do texto constitucional, buscando, em seu contexto histórico de formação, a intenção dos autores originais. O que eles quiseram dizer, mas não *o que eles teriam dito se*. Somos governados pelo que os legisladores disseram, não por quaisquer outras intenções que possam haver tido.⁴⁴ Em segundo lugar, a leitura moral da Constituição é disciplinada pelo que Dworkin chama de *integridade*. Os juízes não podem ler suas convicções na Constituição, a não ser que elas sejam compatíveis com a estrutura da Constituição como um todo, bem assim com as linhas dominantes da interpretação constitucional realizada por outros juízes.⁴⁵ Faz-se necessária uma autopercepção do juiz como autor de uma novela, cujos diversos capítulos devem guardar coerência sucessiva, de forma a que a história final faça sentido.⁴⁶ Portanto – o exemplo é de Dworkin –, mesmo um juiz que considere que, em termos abstratos, o ideal de justiça implique o fim da propriedade privada ou justifique a exigência

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 5.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 5.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 4.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 4.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 7-8.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 10.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 10.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 10.

ao Estado de todo tipo de tratamento de saúde para todo tipo de doença, não poderá decidir de acordo com essas opiniões, porque elas simplesmente não fazem sentido na perspectiva da Constituição americana.⁴⁷ O professor de Oxford, destacando a exigência destes dois requisitos à sua 'leitura moral' da Constituição, procura rebater as críticas de que o método traria poderes absolutos aos juízes. As críticas são exageradas. Aqui também, como em tudo na vida, liberdade exige responsabilidade.

Tanto melhor é a leitura moral da Constituição quanto as opções ao método são pífias. A primeira delas propõe que, sim, a leitura moral da Constituição deve ser realizada – mas a autoridade interpretativa está reservada ao povo, não ao Judiciário. Desse modo, o Judiciário só deve intervir em último caso, quer dizer, naquelas situações em que, ou se decide entre duas ou mais opções interpretativas, ou advem o caos social.⁴⁸ A segunda opção (que, a rigor, nunca chegou a ser seriamente articulada na experiência constitucional brasileira) é o originalismo – a *'patologia da interpretação histórica'*, como afirma o professor Luís Roberto Barroso.⁴⁹ Nenhuma dessas opções teria gerado as históricas decisões da Suprema Corte americana.⁵⁰ Com o originalismo, ou com o *judicial self-restraint*, não haveria *Brown vs. Board of Education* nem *Roe vs. Wade*. E *tertium non datur*. Traduzindo o juridiquês: não existe uma terceira opção ao originalismo ou ao *judicial self-restraint*. Mesmo que inúmeros juízes e professores procurem uma alternativa intermediária entre originalismo, autocontenção e leitura moral, a busca é infrutífera.⁵¹ Ou caímos no exagero do originalismo, ou procuramos desesperada e inutilmente um meio-termo, ainda que, na prática, não deixemos de realizar a leitura moral, ou aceitamos de uma vez por todas a leitura moral da Constituição. Que, como se viu, não é nenhum bicho-papão.

Também não assusta ninguém a relação entre democracia e controle de constitucionalidade. *'A única objeção séria à leitura moral é que ela ofende a democracia'*, afirma Dworkin.⁵² Objeção séria, mas imprecidente. Uma vez que se compreenda o que a democracia realmente é, as críticas caem no vazio. Aqui, o autor traça uma distinção entre *democracia majoritária* e *democracia constitucional*. A premissa majoritária: os processos políticos devem ser desenhados de modo que, ao menos quanto aos assuntos importantes, a decisão a que se chega é a decisão com que uma maioria de cidadãos concorda ou concordaria, se tivesse informação adequada e suficiente tempo para reflexão.⁵³ A premissa majoritária admite que, em certos casos, a decisão popular seja contrariada. Mas sua lógica natural aceita essa restrição como uma *quebra do sistema*. Nas palavras de Dworkin (destaque no original),

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 11.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 12.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 133.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 12-13.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 14.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 15.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 15-16.

*'The majoritarian premise does not rule out exceptions of that kind, but it does insist that in such cases, even if some derogation from majoritarian government is overall justified, something morally regrettable has happened, a moral cost has been paid. The premise supposes, in other words, that is always unfair when a political majority is not allowed to have its way, so that even when there are strong enough countervailing reasons to justify this, the unfairness remains.'*⁵⁴

Ou seja: apesar de a premissa majoritária admitir que as leis possam ser declaradas inconstitucionais por juízes não-eleitos, trata-se de uma situação incômoda. Incômodo esse que não existe quando se analisa a *democracia constitucional*. Uma democracia que rejeita a premissa majoritária, aceitando outra – a de que as decisões coletivas devam ser feitas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade com igual respeito e consideração.⁵⁵ Assim, não há razão para quebra de sistema ou incômodo no fato de algumas leis – leis que não tratam os indivíduos com igual respeito e consideração – serem declaradas inconstitucionais. Dworkin, também de modo sofisticado e estruturando a resposta à dificuldade contramajoritária nos termos de seu léxico pessoal, vai ao encontro de Habermas na defesa da legitimidade democrática do controle. *'Democracia significa governo sujeito a condição – podemos chamá-las de condições 'democráticas' – de status igual para todos os indivíduos.'*⁵⁶ O raciocínio continua.

*'Quando as instituições majoritárias respeitam as condições democráticas, então os vereditos dessas instituições devem ser aceitos por todos por esta razão.'*⁵⁷ *É a enunciação da defesa tradicional na sua melhor forma. 'Mas quando estas instituições não as respeitam, ou quando seu respeito é deficiente, não pode haver objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que as protejam e respeitem melhor.'*⁵⁸

Finalmente, há uma diferença, insuficientemente delineada pela democracia majoritária, entre um *grupo de indivíduos* e uma *comunidade política*.⁵⁹ Pensemos na diferença entre cinquenta pessoas dentro de uma sala e uma orquestra. O grupo é uma estatística, um agregado numérico; a orquestra, ainda que composta

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 16-17.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 17.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 17.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 17.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 17.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 19-20.

por 'n' indivíduos, é uma comunidade: possui uma coerência interna, um senso comum de propósito. Da mesma forma, um time de futebol. Mesmo que um jogador de futebol não tenha feito nada de útil em campo, ainda assim a vitória do time também é dele. A comunidade é mais do que a soma dos indivíduos. Aplicando a metáfora de oposição entre democracia constitucional e democracia majoritária, haver-se-ia que pensar no seguinte. A democracia majoritária incorpora a idéia de grupo numérico. Um indivíduo expulso do elevador é uma tragédia em si mesma. O grupo *perdeu*. Ao contrário, um jogador colocado no banco provavelmente está contribuindo para a vitória do time. A democracia constitucional conhece a distinção entre grupo e comunidade, de sorte que uma lei *apoiada numericamente* pode não ser a melhor opção à comunidade. Sem choro nem traumas, a lei expulsa de campo pode ir para o chuveiro com a certeza de que sua derrota foi pela vitória do time.⁶⁰

Comentemos brevemente a contribuição de Dworkin. Suas observações sobre a necessidade de uma leitura moral da Constituição são bastante válidas, e, mesmo, a consciência de que essa leitura se pauta no texto constitucional reduzem um pouco a propensão jusnaturalista (ainda que, comparado a Alexy, por exemplo, Dworkin seja muito mais 'vago' e 'metafísico' – a esse respeito, confira-se a crítica de Figueroa⁶¹). Por outro lado, também é interessante sua crítica de que as opções à leitura moral e ao originalismo fiquem perdidas no terreno retórico. Juízes e professores afirmando que a interpretação jurídica adequada é um meio termo, partindo das palavras, incorporando valores sociais, mas sem descambar para o decisionismo, não parece novidade a ninguém. A dúvida está no *como*. Em tese, é perfeitamente possível, mesmo em casos nem tão difíceis, chegar a duas conclusões rigorosamente opostas, partindo-se do texto normativo, fazendo-se referência a argumentos legislativos, teóricos ('doutrinários') e jurisprudenciais, e, dependendo da habilidade de redação, ainda conquistar a adesão de uma audiência informada e de boa-fé. Fazer o quê? Escancarar a leitura moral da Constituição, como sugerem Dworkin e, junto à nossa realidade, o ministro Marco Aurélio?⁶² A dúvida persiste.

Quanto à contribuição do teórico americano para a solução da dificuldade contramajoritária, despertada, segundo ele, especialmente pela leitura moral da Constituição, diga-se que é tradicional. Como já se viu, o cerne da questão está em aprender novos conceitos teóricos – 'democracia constitucional', 'igual consideração e respeito', grupo *versus* comunidade – para dizer sempre a mesma coisa: a jurisdição constitucional garante as condições democráticas. Contudo, numa rápida passagem do texto, Dworkin descarta um tema essencial.

'Certainly it impairs democracy when an authoritative court makes the wrong decision about what the democratic conditions require – but no more than it does when a major-

⁶⁰ No grupo numérico, *menos um é menos um*. Na comunidade, *menos um* pode resultar em *mais dois*.

⁶¹ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico: El No Positivismo Principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 1998, 444p.

⁶² *'Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.'* Cf. RE 111.787, DJ 13.9.91, RTJ 136/1292. Na verdade, a posição de Marco Aurélio parece uma radicalização da postura de Dworkin, do tipo que seus críticos adorariam que o professor americano defendesse, mas que ele, certamente, não faz.

*ritarian legislature makes a wrong constitutional decision that is allowed to stand. The possibility of error is symmetrical.*⁶³

Falso. A possibilidade de erro não é simétrica. Um erro legislativo acerca do que seja uma condição democrática poderá e deverá ser corrigido pelo Supremo Tribunal. Um erro da Suprema Corte sobre o mesmo assunto, além de prejudicar uma série de leis (constitucionais) eventualmente invalidadas, não pode ser corrigido. Uma interpretação equivocada do que seja o conteúdo de uma cláusula pétrea – e o conceito de cláusula pétrea é, ao menos em certa medida, juridicamente indeterminado – vai parametrizar o controle de constitucionalidade de diversas expressões normativas. Um Supremo Tribunal conservador pode, sem dificuldade, barrar uma infinidade de leis progressistas desejadas por todos os brasileiros; e pode, mesmo, barrar todas as tentativas de emenda à Constituição que tentem ‘corrigir’ sua jurisprudência retrógrada.⁶⁴ Basta incluir o preceito que se busca modificar no conteúdo de ‘cláusula pétrea’. *Essa é a verdadeira dificuldade contramajoritária.* O resto é música de repetição.

Repetição não é o sentimento que se tem ao ler a excelente obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*.⁶⁵ Para dizer pouco, o livro foi a obra jurídica mais citada em todo o século XX nos EUA. A tese é simples. O *judicial review* deve se conter a questões relacionadas com participação política e, no limite, às restrições a direitos de minorias.⁶⁶ O problema todo é compatibilizar os méritos da discussão e da participação política com a possibilidade de um controle discreto, porém seguro. Democracia tem mais a ver com deixar os canais da participação política abertos do que exigir que o Judiciário se intrometa com a adoção ou a rejeição de quantos valores substantivos apelemo demandante da ocasião. *‘The general theory is one that bounds judicial review under the Constitution’s open-ended provisions by insisting that it can appropriately concern itself only with questions of participation, and not with the substantive merits of the political choice under attack.’*⁶⁷ De forma mais simples e direta do que Habermas, e até do que Dworkin, Ely procura o cálice sagrado. O ponto ótimo em que os juízes nem se omitam nem se intrometam. Se a dificuldade gira em torno da participação popular, por que não assegurá-la como ‘o’ objetivo da jurisdição constitucional? A partir daí, os cidadãos que se arrumem da melhor forma. É o Judiciário ‘lavando as mãos’? – Não, é o respeito pela democracia. E a *reductio ad Hitlerum*? As leis nazistas nunca passariam no teste de Ely. Violam direitos de minorias. Usurpam participação política.⁶⁸ Mas, e se fosse votada e aprovada uma lei que, sem afetar a participação política nem os direitos de minoria, contivesse um absurdo? Suponhamos, uma lei que criminalize a retirada das amídalas, exceto nos casos de perigo de vida.⁶⁹ E então?

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 32-33.

⁶⁴ Pensemos no *court-packing plan* para um exemplo extremo de dificuldade contramajoritária.

⁶⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, sem data, 268p.

⁶⁶ Cf. caps. 5 e 6 da obra.

⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, sem data, p. 181.

⁶⁸ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, sem data, p. 182.

⁶⁹ O professor americano não fala em amídalas, mas em vesícula da bile, ‘gall bladder’.

Ely prefere não raciocinar com hipóteses estapafúrdias; e, se esse fosse mesmo o caso, e se não houvesse nenhuma outra forma de repelir a lei – revogá-la através da participação política, por exemplo –, justificar-se-ia a desobediência civil da parte do juiz e do cidadão.⁷⁰ Ely sai pela tangente.

Pois bem. De todos os autores estudados até aqui, Ely é quem mais respeito mostrou pela democracia. Respeito até demais. Dworkin imagina haver encontrado uma falha na sua teoria, na forma de uma inconsistência performática.⁷¹ Ora, diz Dworkin, assumir que só se devem repelir judicialmente ataques relacionados ao procedimento democrático é assumir postura tão substancialista quanto qualquer outra. A diferença é que o conteúdo material desta teoria caminha no sentido de uma hiper-valorização da participação popular. Não se fugiria ao conteúdo.⁷² Uma possível resposta à crítica vem sob a forma de um sonoro ‘e daí?’. E daí que a teoria de Ely incorpora valores? Não é isso mesmo o que se requer de uma teoria que busque compatibilizar democracia e controle de constitucionalidade: incorporar o valor ‘democracia’ à resposta? É uma escolha substantiva, sim, mas não como qualquer outra. É substantiva até o ponto em que se pode sê-lo sem comprometer a emergência de tantos valores quanto possíveis. A porção insatisfatória da construção de Ely é outra, e está localizada em sua recusa a considerar seriamente que possam existir leis que, sem ferir minorias nem comprometer o processo democrático, sejam claramente inconstitucionais. Existir, existem. Ao menos, a criatividade legislativa pode se encarregar de criá-las, sem que, necessariamente, tenham de ser caricaturais. Rebatendo de modo satisfatório um dos extremos – as leis do Holocausto – e ignorando, por insignificante, outro – a retirada das amídalas –, Ely cria uma falsa dicotomia, agradece ao público e desaparece. Realiza um bom trabalho ao expressar a angústia e o sofrimento da democracia nas mãos de alguns bem-intencionados filósofos-juizes, mas sai de cena deixando mais dúvidas do que soluções.

Sem problemas. Novas dúvidas já estavam a caminho.

III – Ulisses e o Superego: Freud explica, Brigitte complica

A história toda começa assim. O superego. Ah, o superego. Importante, necessário. Fonte de neurose e de felicidade. Vamos à fonte original.

*‘A repressão, como dissemos, vem do ego; podemos dizer com mais precisão: do auto-respeito do ego. As impressões, experiências, impulsos e desejos aos quais um homem se permite ou ao menos conscientemente elabora na sua mente serão rejeitadas com a mais profunda indignação por outro (ego), ou bloqueadas antes mesmo de entrar na consciência.’*⁷³

⁷⁰ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, sem data, pp. 182-183.

⁷¹ Exemplo clássico de inconsistência performática é a tese do relativismo cultural ‘forte’. Se tudo é relativo, isso incluiu a tese de que ‘tudo é relativo’, sendo, portanto, bastante razoável supor que ‘tudo’ seja ‘absoluto’. Cf. JAPIASSU, Hilton. *Nem Tudo é Relativo: A Questão da Verdade*. São Paulo: editora Letras e Letras, 2001, 272p.

⁷² DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 80-100.

⁷³ FREUD, Sigmund. *On Narcissism in The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 407.

Freud continua.

*'A diferença entre os dois egos, entretanto – e aqui temos o fator condicionante da repressão – pode ser facilmente expressada nos termos da teoria da libido. Podemos dizer que o homem colocou um ideal nele próprio a partir do qual mede seu ego (...). Pelo ponto de vista do ego, essa formação de um ideal seria a condição da repressão.'*⁷⁴

O superego. O ego-ideal. Para além dos impulsos primitivos de nossa atuação como seres humanos – bem além dos instintos de sobrevivência alojados nas zonas antigas do cérebro, denominadas, em conjunto, 'cérebro-réptil': comida, abrigo, reprodução –, e, ainda, acima da nossa visão específica de 'eu', existe um terceiro instituto. O mediador entre a pulsão de matar/morrer e a de criar/gerar coisas belas'. O superego, a instância da repressão, internalizada através de infinitas agências, que torna possível o desenvolvimento da civilização sem que tenhamos de fugir dos tapetes. Dir-se-ia: o superego criou a comunidade política. Claro que temos de procurar um meio-termo de ouro. Um superego excessivamente ativo gera indivíduos débeis, incapazes de ousar. Escravos e operários de uma prisão de circunstâncias. Em boa hora, a pergunta: como se forma o superego?

*'O que possibilitou à pessoa formar o superego (...) foi a influência da crítica paterna (viabilizada pela da voz), reforçada, conforme o tempo seguia, por todos aqueles que treinaram e ensinaram a criança e por todas as outras pessoas do ambiente – um grupo indefinido, muito grande para ser enumerado (amigos, opinião pública).'*⁷⁵

A operação superegógica é uma via de mão dupla, (i) observar, (ii) censurar. Freud nota que há um certo grupo de pacientes que reclama de se sentir vigiado. O curioso é que estão certos. *'Essa reclamação é justificada – ela descreve a verdade; uma força desse tipo, descobrindo e criticando todas as nossas intenções realmente existe; de fato, ela existe com cada um de nós na vida normal.'*⁷⁶ Um outro extremo na atuação do superego diz respeito à psicologia das massas. Além do indivíduo que se sente escravizado pelo superego (a sociedade lhe consome as entranhas), pode ocorrer, no estudo do comportamento das multidões, um desaparecimento completo, ainda que temporário, do superego próprio, transferido ao 'ego ideal do grupo', tal como personificado no líder.⁷⁷ (Esta é uma das conclusões do texto 'Psicologia de grupos e análise do ego', de Freud, mas mesmo o pai da psicanálise reconhece o caráter derivativo de suas elaborações teóricas

⁷⁴ FREUD, Sigmund. *On Narcissism* in *The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 407.

⁷⁵ FREUD, Sigmund. *On Narcissism* in *The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 408.

⁷⁶ FREUD, Sigmund. *On Narcissism* in *The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 407.

⁷⁷ FREUD, Sigmund. *Group Psychology and Analysis of the Ego* in *The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 689.

frente ao seminal livro *Psychologie des Foules*, de Gustave Le Bon, consultado, para esta referência, na sua tradução para o inglês.⁷⁸)

Freud, criticado que tenha sido ao longo do século, trouxe novas luzes à auto-compreensão humana. Suas teorias são francamente questionáveis, quando não cientificamente contrafatuais – há uma larga bibliografia de 'Freud-debunking'; até mesmo o nosso José Guilherme Merquior afinetou suas agulhas ao bonequinho do vienense⁷⁹; é o responsável pelo primeiro caso documentado de vício experimental por cocaína (sugeriu a um paciente, viciado em morfina, que se tratasse com cocaína, substância, aliás, da qual era usuário – numa de suas cartas à então noiva, informava-lhe que a reencontraria 'como um garanhão com cocaína nas ventas'⁸⁰) –; e conhecido *bon mot* sugere que a psicanálise freudiana seja 'o mal cuja cura pretende ser'. Pouco importa. Errado nos detalhes, equivocado na cientificidade, Freud acertou no atacado. Ao senso comum esclarecido – ao senso comum dos autores e leitores de ensaios jurídicos, por exemplo –, Freud possui razão ao chamar atenção para um submundo de sensações recônditas, impressões fragmentárias, desejos insuspeitos, amores que não ousam dizer o nome, mesquinhas inconfessáveis, vícios que antegozam a satisfação de se terem por virtudes. Despertando o homem de seu sono dogmático, Freud elaborou uma resposta teórica ao mecanismo da repressão através da figura do superego. É possível que não tenha razão alguma na metáfora de uma 'instância repressora possibilitada por uma imagem ideal do ego'; mas, como não somos especialistas, vamos apostar na teoria, que, além da satisfação pela imagem, ainda possui a virtude de ser convincente. Então existe um superego que nos civiliza pela repressão.

Tudo isso faz um estranho sentido quando pensamos no papel do Judiciário junto às sociedades modernas do Ocidente. Será que o Judiciário estaria funcionando como uma espécie de superego da comunidade política, e, no desenrolar da função, acabaria, pelo exagero que acompanha o exercício de todo poder, suprimindo o espaço próprio de decisão da autonomia popular? Raciocinando ainda por hipótese, seria lícito imaginar que o controle de constitucionalidade, em especial aquele realizado por via de ação junto às cortes supremas, substituiria a capacidade de decisão pretensamente séria, dialetizada e racional dos indivíduos como um todo, pela de outro grupo, composto por um número infinitamente menor? – Até que ponto os juízes constitucionais são defesa da Constituição, e a partir de qual momento se tornam repressão de uma democracia madura? Também com o superego, excesso de funcionamento gera timidez, fraqueza, opressão; o indivíduo não conduz, mas é conduzido; a sociedade são as muralhas de seu emparedamento na história.

A professora Ingeborg Maus acredita que o Judiciário foi longe demais. O ensaio *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã* está, desde logo, condenado ao sucesso no meio jurídico, o que significa cunhar uma expressão e ser citado indiretamente um sem número de vezes.⁸¹ Antes de isso acontecer, tratemos de situar o tema nos seus

⁷⁸ LE BON, Gustave. *The Crowd: A Study of the Popular Mind*. Dover: 2002, 160p.

⁷⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *As Idéias e as Formas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, 346p. A referência direta é ao ensaio 'A Superstitão Psicanalítica', pp. 180-191.

⁸⁰ THORNTON, E. M. *Freud and the Cocaine: The Freudian Fallacy*. Century Hutchinson, 1982, 340p.

⁸¹ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'* Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, pp. 183-202.

devidos contornos. O Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir do final da Segunda Guerra, passou a ter preponderância na elaboração jurisprudencial do tema 'direitos fundamentais' – os motivos são óbvios. Nos melhores momentos, terá servido de estímulo a gerações de juristas preocupados com a dignidade da pessoa humana; nos piores – pergunta o sentido do texto de Ingeborg –, terá se prestado a *racionalizações autoritárias*?

Partindo do outrora famoso Herbert Marcuse – um frankfurtiano que juntou Freud a Marx e fez sucesso no ambiente libertário dos anos 60 – e de sua afirmação de que o objeto da psicanálise envelheceu, Ingeborg contrasta-a com a percepção social do Judiciário, 'que ganha contornos de veneração religiosa', sem contar a ampliação objetiva de suas funções, a crescente disposição para litigar e a consolidação do controle judicial sobre o legislador. Exemplo dessa veneração encontra-se na prática, comum nos EUA, do lançamento de biografias de grandes juízes constitucionais, tidos como 'profetas' ou 'deuses do Olimpo do Direito'.⁸² Retorno nítido da figura do 'pai' – não agora o 'pai' freudiano, repressor da sexualidade, mas o 'pai' constitucionalmente correto, repressor da vontade popular. Numa sociedade complexa em que se coloca o 'fato do pluralismo' (Rawls), o Tribunal Constitucional alemão propõe o tema filosoficamente impalpável da 'ordem material de valores' (como vimos, Habermas é crítico dessa série de decisões), do qual o juiz é o 'receptáculo puro'. Sua 'formação ética', sua 'excepcional personalidade', seu 'prudente arbítrio' colocam-no numa posição privilegiada em relação, digamos, ao povo, cujo arbítrio provavelmente não é tão prudente assim, para a apreensão desse grupo altissonante de substantivos abstratos – os valores.^{83,84} Com sábios desse naipe, a vida se torna (artificialmente) simples. Claro que o preço de se permitir a instauração de uma tal prática judiciária é alto. A comunidade política torna-se infantil.

'Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é

⁸² MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 184-185.

⁸³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 186.

⁸⁴ Em termos que lembram uma prece, um dos clássicos do constitucionalismo americano – Alexander Bickel – situa a questão (destaques acrescentados): 'Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislativo e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e da isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor.' Acredite quem quiser. Cf. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2a ed. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 25-26. Não é demais lembrar que a forma pela qual a linguagem jurídica portuguesa se refere à sua teoria – 'doutrina' – é tomada de empréstimo à linguagem religiosa. Faz-se história, antropologia e sociologia através de teorias; só o Direito e a religião têm 'doutrina'.

*alcançada por meio da centralização da 'consciência' social na Justiça.*⁸⁵

É o modelo freudiano de delegação do superego a um líder grupal, que o incorporará como o regulador de práticas da sociedade, funcionando a pleno vapor.

A incorporação de argumentos morais escancara o paternalismo judiciário, e, de quebra, imuniza a decisão judicial contra qualquer crítica. Além disso, libera o Judiciário de qualquer vinculação legal que viesse a garantir sua sintonia com a vontade popular.⁸⁶ Pode acontecer que uma decisão judicial fundamentada em valores recorra a 'princípios implícitos' que 'decorram do sistema' para decidir o caso em contrariedade com alguma regra escrita. Acontece que as leis não são um obstáculo à ascensão de uma prática judicial transformadora; as leis não são um óbice chato e ultrapassado ao triunfo da dogmática pós-positivista. Na expressão de Waldron, há dignidade na legislação.⁸⁷ Leis são tão dignas quanto o povo e o processo democrático que as tornou possíveis. Descontando-se as distorções inerentes ao processo eleitoral (mas não se raciocina pela exceção), as leis são a expressão mais freqüente e direta do autogoverno democrático. Certamente uma lei pode ser, e freqüentemente é, mal redigida, atécnica (como gostam de dizer os juristas) e demagógica; mas incorpora a democracia em cada erro de português.

Uma particularidade alemã torna o Tribunal Constitucional Federal instância ainda mais superegógica do que se pensaria. A vitória da tese de Otto Bachoff – normas constitucionais originárias podem ser inconstitucionais – significa o último adeus a qualquer competência constitucional.⁸⁸ Chega-se, assim, a uma profunda alteração do conceito de Constituição:

*'Esta deixa de ser compreendida (...) como documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos.'*⁸⁹

Já tínhamos os sacerdotes-juízes. Não ficávamos atrás nas virtudes teológicas ('prudente arbítrio'). Experiências místicas? A 'interpretação teleológica', quem sabe a 'apreensão dos valores constitucionais'? Não faltam livros sagrados. Sequer comentários escolásticos. De um e outro, exemplos são a Constituição e as coletâneas de jurisprudência. Resultado: ao povo é negado o protagonismo de

⁸⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 186.

⁸⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 189.

⁸⁷ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 226p.

⁸⁸ BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

⁸⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 192.

sua história. Pior: à conta da institucionalização de certas práticas argumentativas – por exemplo: referências jurisprudenciais truncadas, pouco desenvolvidas –, ‘atua o TFC (Tribunal Constitucional Federal) menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial.’⁹⁰ Observação ácida: ‘Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.’⁹¹ Dúvidas sobre a fé cristã? Mateus 15:21-25. Dúvidas sobre o FGTS? RE 155.432-SP.

O Judiciário e a Corte Constitucional atuam como superego de uma sociedade infantilizada, que nega e que permite que lhe neguem autonomia política. Percebidos e autopercebidos como sacerdotes de uma religião civil, desfechando referências abstrusas a decisões arcanas, os juízes, e os juizes constitucionais em especial, parecem se sentir bem confortáveis com métodos interpretativos que sepultem, de uma vez por todas, qualquer pretensão de que um condicionamento normativo signifique algo mais que referência retórica. A conhecida denúncia de que os juizes não são a boca da lei, como afirmou Montesquieu, não apenas tornou-se clichê, mas também está a merecer atualização crítica. A denúncia a ser feita é a de que *a lei não é a boca dos juizes*. Em termos tão vivos que merecem transcrição na íntegra, a denúncia da professora alemã:

‘Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes, quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficientes e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do ‘método adequado’ entre outras concepções concorrentes.’⁹²

Como fica a legitimidade democrática da função jurisdicional quando, em grande parte do tempo, seu exercício consiste em negar *a priori* as opções legislativas? No ‘Estado de Ponderação’, como certa vez mencionou Ricardo Lobo Torres⁹³, o triunfo pela superação do positivismo legalista deveria vir acompanhado de uma advertência tão simples quanto necessária. As ponderações já foram feitas. Resultou delas a lei. Se há algum ator principal desse Estado, ele se chama ‘povo’, por intermédio de seus representantes eleitos. A ponderação judicial é exceção. Assim deve ser considerada, e, aplicada por exceção – a técnica da ponderação e, tanto quanto possível, todos os outros métodos não-normativos –, deve respeitar a dignidade da legislação, que não é outra coisa senão a dignidade da democracia.

⁹⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 192.

⁹¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 192.

⁹² MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 193.

⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Prefácio* in SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 14.

Já temos uma visão ‘de fora’, uma síntese da autopercepção judicial, uma tarefa e um método. Faltam alguns dados históricos e um detalhamento da forma como a legislação é percebida pelo Judiciário-superego. O Parlamento é visto como um representante, quase desclassificado, do antagonismo social; seu suposto déficit de conhecimento jurídico não ajuda em nada. As leis, percebidas como fruto pouco amadurecido do entrelaço de interesses sociais, em muitos casos especializadas e particulares às diversas matérias jurídicas, convidam ao esforço de harmonização – o juiz vira ‘juiz da lei’. Argumentos de unidade da Constituição e de sistema impulsionam o Judiciário a uma tarefa interpretativa que ignora qualquer limite textual e descamba para o puro sentimento de Justiça, o qual, desnecessário dizer, nunca equivale ao sentimento de Justiça presumido através da lei. No plano histórico, o período nacional-socialista soube sustentar o mesmo discurso a favor dos valores – nazistas, *per supuest*o – e desmerecedor da legislação. ‘O juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo.’⁹⁴ Essa ‘libertação do direito positivo’, em prol de argumentos axiológicos que não escondem sua pretensão de tutela paternalista das opções realizadas através das vias institucionais, às vezes é um acorrentamento à contingência administrativa. ‘Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos.’⁹⁵ Parece cruel afirmar isso, mas o fato é que, no que tange à intenção de represar anseios democráticos, às vezes um Judiciário à direita e outro à esquerda perfazem a mesma conta de soma zero.

Nada escapa ao superego. Nenhuma intenção lhe pode ser estranha. Nada escapa ao Judiciário como superego. Não há espaços que, ultrapassada a demarcação do ‘proibido’ pela lei, estejam à sombra de uma juridicização de circunstância. Por pior que fosse, o formalismo jurídico ainda dispunha de espaço jurídico livre.

‘Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de Direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente.’⁹⁶

Ao que parece, o princípio da subsidiariedade também convida ao respeito à democracia inscrita nas leis.

⁹⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 197.

⁹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 197.

⁹⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’ Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, p. 201.

Retomemos, numa conclusão crítica, o tema do ensaio e a contribuição de Ingeborg Maus. De fato, o exagero no posicionamento judicial que, no Brasil de hoje, leva, por falta de nome melhor, o apelido de pós-positivista, contraria em tudo e por tudo a democracia. A reintrodução do discurso moral na prática jurídica deve significar reforço à prática democrática, e não, como se vê, um novo léxico para coonestar o velho arbitrio. Ainda que, com Dworkin, conclua-se que não se possa fugir da leitura moral da Constituição e das leis, a verdade é que se está lendo a *Constituição e as leis*. Se isso é imperativo ao juiz ordinário, com muito mais razão estende-se ao juiz constitucional. A sinceridade de propósitos nos leva a afirmar que a Suprema Corte não deve ser o superego da sociedade. O controle é de constitucionalidade, não de moralidade.⁹⁷ O rigor técnico e a fundamentação normativa são absolutamente necessários; a proclamada sensibilidade social dos membros das altas cortes deve ser afinada até que se possa ouvir o último murmúrio da democracia e o primeiro grito da ofensa à Constituição. O superego do povo é o povo. Primeiro e maior ataque à Carta Magna é retirá-la de seus destinatários. O STF não deve ser o intérprete único da Constituição, ainda que seja o último; mas, o que é mais importante – *não deve ser o intérprete prioritário*. Arrogando-se ao papel de superego da sociedade, o Judiciário e a Suprema Corte correm o risco de merecer o desfecho simbólico de todo processo de transferência de responsabilidades. O pai é sempre assassinado pelo filho. É do destino do pai. É do destino do filho. Freud explica.

O que Ingeborg Maus fez com a teoria psicanalítica Jeremy Waldron fará com o poder das metáforas.⁹⁸ Sua tese busca expor o erro do principal argumento pró-controle de constitucionalidade. Waldron o chama de ‘argumento do compromisso prévio’. Considerando que as majorias legislativas possam ser, às vezes, injustas e cruéis, especialmente com as minorias, essas mesmas majorias escolhem previamente uma espécie de limitação controlada de seu poder: o *judicial review*.

‘Constitutional constraints and mechanisms of judicial review may be viewed, then, as precautions that responsible right bearers have taken against their own imperfections. It follows that such precautions do not involve any fundamental disrespect for the people, individually or collectively, of for their capacities of self-government; on the contrary, taking such precautions represents the epitome of the exercise of those capacities in a troubled and complicated world.’⁹⁹

⁹⁷ Não se está, aqui, ignorando a famosa *virada kantiana*, na expressão popularizada por Ottfried Höffe. Há muitos pontos de contato entre direito e moral – mas será que esta proximidade é tão metodologicamente insegura como se vem propondo? Não parece. Direito legítimo é direito moral, mas, nem por isso, direito e moral são conceitos idênticos. Aliás, muito da crítica ao ‘positivismo jurídico’ significa, simplesmente, o exercício da falácia do espantinho. Cria-se um adversário ridiculamente fraco e parte-se para cima. Recomenda-se a leitura do primeiro artigo presente no livro *Em Defesa Del Positivismo Jurídico*, do filósofo alemão Norbert Hoerster, que, anos e anos depois de sua publicação, ainda permanece atual (HOERSTER, Norbert. *Em Defesa Del Positivismo Jurídico*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1992). Na perspectiva americana, criticando Dworkin e acólitos – o capítulo 6 é particularmente didático na apresentação da polêmica Hart-Dworkin –, cf. KRAMMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law without trimmings*. Oxford University Press, 2003, 320p.

⁹⁸ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 271-299.

⁹⁹ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 274.

Como decorrência daquilo que Ortega y Gasset chama de ‘generosidade do liberalismo’¹⁰⁰ – a permissão, feita pela maioria, de que existam minorias, em detrimento de seu poder pleno –, a idéia de compromisso prévio é vista sob a forma de um exercício da *autonomia*. ‘A autonomia da vontade é a propriedade de a vontade ser a lei de si mesma.’¹⁰¹ Consciente, hoje, de que poderá ser determinada por forças várias no futuro, a vontade autônoma procura limitar tais determinações ao responder previamente a certas considerações de princípio. Aqui entra a história de Ulisses e as sereias.

Repetida por gerações de professores de Direito Constitucional, clássico absoluto das palestras jurídicas, o fragmento da Odisseia¹⁰², tal como aplicado ao controle de constitucionalidade pelo professor norueguês Jon Elster, é o seguinte.¹⁰³ Ulisses, desejoso de ouvir o canto das sereias – tão belo que destruíra quem o ouvisse – e, ao mesmo tempo, permanecer vivo, ordenou a seus marinheiros que o amarrassem ao mastro do navio. Enquanto seus homens usariam cera nos ouvidos, ele, Ulisses, estaria com a audição desimpedida; mas sua capacidade de ação física ficaria restrita. Recomendação expressa: caso suplicasse para que o desamarrassem, aí é que o deveriam apertar mais. Assim em Homero, assim nas democracias constitucionais. As majorias legislativas, ainda que sejam capazes de ouvir o ‘canto da sereia’ das decisões de momento, optam por amarrarem-se a um mastro, de maneira tal que um controlador, à margem do processo deliberativo, é capaz de, nas hipóteses em que o exercício do poder majoritário tenda a destruir-se e à democracia, apertá-las ainda mais ao mastro de segurança.

A metáfora é uma simplificação tremenda. Funciona nas palestras, mas, como diz o português estereotipado das petições, ‘não resiste a um sopro’ da boa reflexão teórica. Assopremos por dois lugares.

Tudo seria fácil se o controle de constitucionalidade operasse através de um mecanismo causal. Se todas as leis sobre as quais pairasse suspeita de violação à Constituição fossem coisas do tipo – ‘os presidentes podem ser eleitos com vinte e cinco anos de idade’ –, quando a Constituição estabelece um mínimo de trinta e cinco, *teríamos como saber que estamos claramente sob a ameaça das sereias*. Porém, e essa é a primeira grande angústia do controle, parte da sedução está na indumentária mistificadora. Não sabemos quem ou o quê é uma sereia. Talvez nunca tenhamos visto uma, talvez as sereias estejam travestidas de marinheiros. As leis inconstitucionais não se apresentam com uma etiqueta – ‘sou inconstitucional; invalide-me, por favor’. Nada disso. O controle de constitucionalidade opera através da delegação de poder de controle não a um mecanismo causal, mas àquilo que é, na essência, uma *instância externa de julgamento*. O autogoverno

¹⁰⁰ ‘Liberalism – it is well to recall to-day – is the supreme form of generosity; it is the right which the majorities concede to minorities and hence it is the noblest cry that has ever resounded in this planet.’ ORTEGA y GASSET, José. *The Revolt of the Masses*. Tradução anônima do espanhol. Nova Iorque: Mentor Books, 1950, p. 55.

¹⁰¹ ‘A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer.’ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

¹⁰² Trata-se do Livro XII da Odisseia.

¹⁰³ ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, 193p. O ensaio que desenvolveu a metáfora, incluído no livro, havia sido publicado anteriormente como ‘Ulysses and the Sirens: A theory of imperfect rationality’, *Social Science Information* 16 (5), pp. 469-526, 1977. Em 2000, Jon Elster revisitou sua antiga metáfora num interessante livro reunindo três artigos, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 320p.

democrático passa a ser tutelado, nos seus desvios, por uma instância capaz de definir o que são desvios. Uma nova metáfora tornará as coisas claras.

Eis o triste caso de Pedrinho e a mulher feia.

Pedrinho vai a uma festa, e, com intenção de se alcoolizar, mas buscando preservar a integridade de sua história como sedutor, faz um pedido a seu amigo Joãozinho. 'Joãozinho, caso eu dê em cima de mulher feia você me retira da festa.' Acontece o esperado. Pedrinho bebe demais. Aproxima-se de Carlinha, de Mariazinha, e – Joãozinho o puxa da sala. Mas como?, Mariazinha é linda, esbraveja Pedrinho. Não, não é. É sim. 'Quem decide aqui sou eu', afirma Joãozinho. Não importa que Pedrinho jamais tivesse imaginado delegar poder de veto amoroso em relação àquele tipo de garota – 'mulher feia', o parâmetro do controle, é conceito indeterminado cujo preenchimento cabe a Joãozinho.

(...) If constitutional constraints are regarded as forms of democratic precommitment, then they operate more on the model of the friend's judgement than on the model of a causal mechanism. (...) Constitutional constraints do not operate mechanically, but work instead by vesting power of decision in some person or body of persons (a court) whose job it is to determine as a matter of judgement whether conduct that is contemplated (say, by the legislature) at t2 violates a constraint written down at t1.¹⁰⁴

Não há como ser diferente. Mas há um preço a ser pago. Pode acontecer que o parâmetro de controle seja preenchido por um conteúdo impensável. 'Propostas de emenda à Constituição tendentes a abolir os direitos individuais.' O que são direitos individuais para o propósito de servir de controle às propostas de emenda? Colocando de forma simples, direitos individuais são aquilo que o STF diz que são. A anterioridade tributária nunca havia sido pensada consistentemente como direito individual – ainda hoje há quem diga que o que existe mesmo é a anualidade.¹⁰⁵ Mas o STF afirmou que, sim, a anterioridade na instituição dos tributos é um direito individual.¹⁰⁶ Direitos sociais são direitos individuais? Todos eles? Só alguns? A resposta a essas questões, cujo conteúdo pode resultar em óbvio desacordo com relação ao que delas pensa a maioria do povo brasileiro – ou, se isso fosse estatisticamente possível, ao que pensa *todo* o Brasil –, cabe à corte constitucional.

Ora bem: nada disso é autonomia. Claro que o ato do compromisso prévio é autônomo. O constituinte escolhe que as maiorias serão limitadas. Não podemos, no entanto, confundir a forma como se chega ao resultado com o resultado em si. Uma decisão, obtida de forma democrática, pode ser, em si mesma, antidemocrática. Digamos que, pelo voto de maioria, opte-se pela ditadura. A democracia na escolha não gerou um resultado democrático. Da mesma forma, a escolha da autolimitação popular é democrática, mas nunca um resultado que signifique delegação de poder de controle a um agente externo responsável pela delimitação dos conteúdos e dos limites desse controle poderá sê-lo. 'The act

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 278.

¹⁰⁵ NOVELLI, Flávio Bauer. 'Norma Constitucional Inconstitucional?' *Revista de Direito Administrativo* 199: p. 21-57, 1995.

¹⁰⁶ Cf. Revista LEX - JSTF, n° 186, pp. 69-181.

of precommitment may be autonomous, but its operation may be something less than a consummation of the agent's autonomy inasmuch as it is subject to the judgment of another.¹⁰⁷ (Destaque no original.). Ainda se poderá dizer – 'ah, mas o povo-constituente, por seus representantes, escolheu ser limitado por um corpo jurídico responsável pelo preenchimento dos parâmetros da limitação.' Ainda aqui, repete-se a questão: e isso torna o *preenchimento dos parâmetros* um ato democrático? A resposta é opressivamente negativa. 'When the people vote for dictatorship, maybe dictatorship is what they need, and maybe dictatorship is what they should have, but let us not kid ourselves that dictatorship is therefore a form of democracy.¹⁰⁸ Não nos deixemos iludir para além dos discursos motivacionais em festas de formatura. O controle de constitucionalidade pode servir maravilhosamente bem à democracia, mas, na hora morta que precede ao sono, nenhum juiz constitucional poderá deixar de considerar o resíduo de aristocracia que existe no seu poder de dizer o que o povo pode querer. *Let us not kid ourselves.*

A segunda crítica à metáfora de Ulisses e ao *judicial review* vem na forma da análise de um pressuposto da narrativa. Ulisses está *enfeitiçado*. As maiorias ocasionais *se deixam levar*. Antes de pegar o carro e ir ao show, Carlos pede ao amigo – 'fique com as chaves para que, caso eu me embebede, você não me permita dirigir'. E então Carlos *fica bêbado*. Em todas essas situações, a suposição é a de uma 'doença da escolha'. Na terminologia grega, *akrasia*. 'Constitutional constraints may be seen as prophylactics against political akrasia – that is, against the pathology of anger, panic, or greed that is often thought to be endemic in democratic politics.¹⁰⁹ Será que, de boa-fé, podemos afirmar que a prática dos tribunais, em alguns dos casos de controle de constitucionalidade, está *sanitizando* a produção legislativa dos resultados equivocados de uma noite de bebedeira? Não parece. Aos exemplos.

Digamos que, durante a elaboração da Constituição, tenha ocorrido uma divisão entre aqueles que são favoráveis à eutanásia e os que são contra. A solução de consenso é inscrever, ao texto constitucional, uma afirmação genérica de respeito à vida. Alguns anos depois, forma-se uma pequena maioria pró-eutanásia, que consegue ver aprovada lei autorizadora da interrupção controlada da vida humana. Suscitada a questão junto à corte constitucional, esta decide, por maioria, pela inconstitucionalidade do ato. Podemos comparar esta situação à história de Ulisses? O herói grego quer resistir ao canto das sereias, mas se encontra enfeitiçado; o povo, longe de qualquer feitiço, discorda sobre assunto moralmente polêmico, em que duas posições defensáveis se entrecrocaram no espaço público, até que, por subtração à sua esfera de decisão, o tribunal constitucional decide *pelo povo* numa matéria na qual se encontra tão dividido quanto este.

Jeremy Waldron sintetiza brilhantemente a angústia democrática do controle de constitucionalidade. A transcrição é longa, mas vale a pena (destaque acrescentado):

'In other words, in the constitutional case we are almost always dealing with a society whose members disagree in principle and in detail, even in their 'calm' or 'lucid' mo-

¹⁰⁷ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 278.

¹⁰⁸ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 278.

¹⁰⁹ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement *in* *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 282..

ments, about what rights they have, how those rights are to be conceived of, and what weight they are to be given in relation to other values. (...) A constitutional precommitment in these circumstances is therefore not the triumph of pre-emptive rationality that appears to be in the cases of Ulysses and the smoker and the drinker. It is rather the artificially sustained ascendancy of one view in the polity order over other views while the complex moral issues between them remain unresolved.¹¹⁰

Como todo bom autor americano, Waldron propõe uma metáfora, nesse caso substitutiva à de Ulisses.¹¹¹ Brigitte, estudante de teologia, proprietária de vasta biblioteca repleta de livros das mais diversas tendências teóricas, certo dia vê-se tomada por uma crença e abjura de qualquer outra. Abdica mesmo de qualquer investigação teológica que lhe possa colocar a fé em dúvida. Fecha sua biblioteca e entrega as chaves a um amigo, com a ordem expressa de jamais retorná-las. Nem se ela pedisse. Algum tempo depois, Brigitte retoma as incertezas. 'Talvez não devesse me ter comprometido com essa fé.' A dúvida cresce a tal ponto que a personagem solicita a chave da coleção de livros. O que o amigo deve fazer? Considerando que Brigitte não estava bêbada nem fora de si no primeiro momento, assim como não está agora, não devolver as chaves significa defender a supremacia de um 'eu' de Brigitte em relação a outro, que é, vale lembrar, portador de igual respeito por suas decisões.

Em suma: há casos em que o controle de constitucionalidade significa tomar partido entre duas ou mais opções morais conflitantes na sociedade. Mas a verdade é que, para tomar partido entre posições morais, com o perdão do trocadilho, temos os partidos. Políticos. As agremiações democráticas se alternam junto ao poder e, conforme as opções democráticas, terão oportunidade de fazer valer essa ou aquela visão de mundo. É para isso que foram feitos; negar-lhes a condução de seu caminho é falsear-lhes objeto e destino. No mesmo quadro da metáfora de Ulisses, e antes de, concluindo a apresentação de Waldron, apresentarmos nossas considerações pessoais, lança-se o alerta. Não pode o controle de constitucionalidade tornar-se o cavalo de Tróia da democracia.

Waldron tem razão. Metáforas costumam vender facilidades. (i) O controle é realizado com base em conteúdos semânticos indeterminados, mas determináveis por obra e graça do Judiciário. (ii) Nem sempre o controle realiza a guarda da Constituição, senão que, muitas vezes, opta politicamente por uma visão existencial, sem que tenha sido legitimado para tanto. Respostas a essas dificuldades não são imediatas. Provavelmente nem existam. (Mais sobre isso na parte V.) Resta reconhecer o resíduo antidemocrático do controle de constitucionalidade, e, na medida do possível, evitar certa 'administração judicial da moral' ou da política. Em termos práticos, toda essa série de observações redundam num conselho a que os juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade, comportem-se com a reserva e a deferência de hóspedes numa visita à casa de estranhos. Estrangeiros numa terra desconhecida, os juízes têm toda liberdade de criticar os costumes dos *locais*, mas devem saber respeitar a autonomia e a diferença. A sociedade não é o que o STF acha que ela deve ser. As leis não são belas, precisas, seguras, mas os juízes não devem considerar que a legislação, porque cacofônica, multi-

¹¹⁰ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 283-284.

¹¹¹ WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 284.

forme, estranha, tantas vezes vil, tantas vezes infame, deva ser substituída pela famosa 'técnica' – esse apelo simbólico ao narcisismo de todos os que cursaram faculdades de Direito. Existe a técnica jurídica, mas existe, antes e depois, o amor à democracia. O argumento da 'dignidade da pessoa humana', ainda mais em confusos tempos pós-positivistas, deve necessariamente passar pelo argumento da 'dignidade da legislação'. Ultrapassados posicionamentos ingênuos e reducionistas, como os de Kelsen ou de Montesquieu, ainda é substancialmente correto afirmar que os juízes *judgam* e os legisladores *legislam*. Contra opositores de parte a parte, a verdade é que esse arranjo institucional tem sido um sucesso desde sempre. É hora de voltar ao óbvio.

IV – Proposições objetivas

(i) O conhecimento jurídico costuma festejar a repetição, a timidez e o mau português. A proposta deste ensaio foi, ao contrário, celebrar a originalidade surgida através da crítica e da ironia lançadas ao *coro dos contentes*. O resultado é uma obra-aberta que convida ao estranhamento, fonte de toda ciência e de toda filosofia.

(ii) A garantia da supremacia da Constituição através de um controle de constitucionalidade operado por um órgão judicial é resposta à angústia sobre como compatibilizar uma Carta Magna *rigida* a uma sociedade *flexível*. A criatividade legislativa encontra suficientes espaços de adaptação e de mudança, sem que a Constituição, ao menos no que diz respeito a seu núcleo básico, venha a ser desfigurada.

(iii) Mas a resposta do controle de constitucionalidade levanta novas dúvidas, a principal delas denominada, pela experiência constitucional norte-americana, de *dificuldade contra-majoritária*. Como pode um grupo de juízes não-eleitos, cujas decisões são formalmente insuscetíveis de controle posterior, invalidar leis e atos normativos, produtos da vontade democrática expressa através de representantes eleitos? Ainda outras perguntas secundárias são suscitadas. Quem vigia os vigias? O que fazer quando a vigilância é deficitária?

(iv) A tradição afirma que, ao invalidar normas inconstitucionais, os juízes e o tribunal constitucional agem *a favor*, e não contra a democracia. Para além dos clássicos debates da história constitucional, do qual é exemplo a disputa entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o defensor da Constituição – se o presidente do Reich ou a Corte Constitucional –, a elaboração teórica faz-se farta no direito estrangeiro, ainda que, por razões incógnitas, escasseie na literatura nacional. Exemplos não exaustivos dessa produção, escolhidos pela relevância das conclusões, são oferecidos pelos professores americanos Ronald Dworkin e John Hart Ely e pelo sociólogo alemão Jürgen Habermas.

(v) Dworkin, sucessor e crítico de Herbert Hart em Oxford, sustenta que a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade funda-se num modelo de *democracia constitucional*, em oposição a uma noção de democracia majoritária. Ainda que, em última análise, a democracia majoritária – que se reconduz, de forma simples, à idéia de regra da maioria – possa admitir a invalidação judicial das normas jurídicas, é num modelo democrático construído de forma a que os institutos políticos e os procedimentos decisórios tratem todos como indivíduos merecedores de *igual respeito e consideração* que se afirma a atuação do Judiciário em prol da Constituição. Vale indicar que essa democracia constitucional é o modelo teórico que permitirá aceitar, sem traumas, a idéia de *leitura moral da Constituição*, quer dizer, a introdução do discurso moral ao seio da interpretação jurídica, vista por Dworkin como única opção ao originalismo e ao *judicial self-restraint* excessivo. E isso pela simples razão de que 'tratar todos

com igual respeito e consideração', base da democracia constitucional, representa um conceito e uma exigência moral. Assim, democracia constitucional, leitura moral e autonomia popular são conceitos que, longe de se excluírem, implicam-se junto a um círculo teórico que fuja aos limites do positivismo e do utilitarismo.

(vi) Habermas, sociólogo de formação, herdeiro da Escola de Frankfurt, busca responder às tensões entre democracia e constitucionalismo dentro de sua base conceitual. O princípio majoritário e o controle do poder são princípios co-originais que se repercutem mutuamente. A democracia, longe de apontar resultados materiais, significa um procedimento discursivo aberto e racional, destinado a fazer emergir e prevalecer os melhores argumentos. Para que esse diálogo se torne possível, certos requisitos são necessários – requisitos que, *grosso modo*, correspondem aos parâmetros com base nos quais o Judiciário realiza o controle de constitucionalidade. Portanto, outra vez, o controle de constitucionalidade não apenas está em conformidade com a democracia, mas é, simultaneamente, o garante das próprias condições de possibilidade da experiência democrática.

(vii) John Hart Ely, autor da mais bem sucedida obra jurídica do século XX nos EUA – *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* – propõe uma solução de compromisso entre as ambições juridicizantes e os anseios democráticos. O controle de constitucionalidade, para não se tornar uma instância contra-majoritária liberticida, deve se resguardar às decisões sobre participação política e direitos de minorias. Ultrapassando positivamente a *reductio ad Hitlerum*, a tese de Ely falha ao ignorar a possibilidade de leis que, sem afetar participação política ou minorias, sejam inconstitucionais. Ely rejeita a possibilidade, por absurda ou irrelevante, mas absurdo mesmo é ignorar possibilidade tão óbvia. Ainda assim, de todos os autores apresentados até aqui, foi o que tratou de forma mais respeitosa a democracia.

(viii) Novas críticas (novas formulações teóricas para velhas angústias) ao controle de constitucionalidade vêm sob a forma da tese do 'Judiciário como superego da sociedade', apresentada pela professora alemã Ingeborg Maus, e através da objeção à idéia de 'compromisso prévio' implicado pelo controle de constitucionalidade, tal como formulada por Jeremy Waldron.

(ix) Retomando o conceito freudiano de 'superego' – um ego ideal que, eternamente vigilante, responde pela repressão aos instintos humanos primitivos, em prol da civilização, não sem antes despertar efeitos colaterais pelo caminho –, Ingeborg Maus sustenta que a argumentação axiológica do Tribunal Constitucional Federal alemão desconectou-se de suas últimas bases normativas (até da própria Constituição, cf. Bachoff) e, incorporando de vez uma autopercepção judicial de tintas religiosas, aliada a uma certa expectativa popular, fez vir à tona o Judiciário e a Corte Suprema como as instâncias por excelência do controle do querer social. Desnecessário dizer, mas tudo isso pressupõe e acarreta uma sociedade infantil e incapaz de decidir. Sem contar a utilização politicamente incorreta das decisões 'axiológicas', como na época do nacional-socialismo, o exagero das novas metodologias jurídicas – ao mesmo tempo causa e efeito do Judiciário superegógico – acarreta insuportável redução das liberdades individuais. O superego tudo vê. O Judiciário tudo vê, e pior: sentencia – axiologicamente – por tudo e em tudo.

(x) Já o professor Jeremy Waldron cerra fileiras contra a idéia do 'compromisso prévio' suposto pelo controle de constitucionalidade, ou seja, contra a idéia de que a autonomia popular terá estabelecido limitações ao exercício de si mesma. (x-a) Em primeiro lugar, o controle de constitucionalidade não opera segundo um mecanismo causal, mas através da delegação da capacidade de julgamento a uma instância externa. Desse modo, o ente controlador, antes mesmo do controle, deve preencher o conteúdo semântico do parâmetro de controle. Tudo isso traz riscos

democráticos. Nem se argumente que, pelo simples fato de o *judicial review* estar previsto na Constituição – a Constituição possui legitimidade democrática acima de qualquer suspeita –, daí possa decorrer a legitimidade do controle de constitucionalidade considerado em si mesmo. Pelos mesmos motivos que uma ditadura eleita não deixa de ser ditadura, assim o controle de constitucionalidade, mesmo previsto na Constituição, ainda comporta um resíduo antidemocrático. Pode ser o melhor instrumento de controle; pode ser uma experiência constitucional bem-sucedida; mas é fabulação teórica imaginar que, no seu núcleo íntimo, o controle de constitucionalidade deixe de lembrar certos procedimentos *aristocráticos*. (x-b) Também a suposição, contida em metáforas com a de Ulisses e as sereias, de que o controle só se verifica em circunstâncias de *akrasia* da vontade majoritária – isto é, nos casos em que a decisão popular se encontra entorpecida, daí apontar para a criação de leis manifestamente inconstitucionais ou absurdas – é falsa. Na verdade, o que pode ocorrer é o controle esconder uma opção moral ou política, feita pelo Judiciário, em relação a temas polêmicos cuja autonomia popular deveria ser a única juíza de si própria.

(xi) Como apreciação crítica das teses de Ingeborg e de Waldron, diga-se que o Judiciário *não* deve ser o superego da sociedade. Entender uma comunidade política como formada por cidadãos autônomos significa, logo no início, entendê-los como os responsáveis imediatos e prioritários por suas escolhas de vida. Respeitar a maturidade do povo significa prestigiar a dignidade da legislação. As leis não são 'rebotinhos atécnicos dos conflitos de interesses sociais', sempre prontas a alguma mediação demiúrgica realizada pelo Judiciário; são o resultado e o instrumento da democracia. Longe de se terem ultrapassado por todas as técnicas do pós-positivismo, a verdade é que os juízes devem honrar e respeitar os argumentos normativos. As ponderações já estão feitas. Os valores já estão incorporados. Os juízes aplicam as leis. Por mais transformadora que seja a aplicação, por mais superado que esteja o modelo do silogismo aristotélico – *os juízes aplicam as leis*. E isso acontece, e deve continuar acontecendo, simplesmente porque a lei democrática subsiste como o modelo mais bem acabado do controle do homem pelo homem; da previsão racional de resultados; da igualdade; da sincera e dolorosa tentativa de amarrar o arbítrio, o acaso, a violência e a estupidez.

V – Encerramento: De volta à terra dos cégos

As propostas de controle da discricionariedade jurisdicional – a contra-força de tudo o se denunciou – ainda se mostram incipientes. Fala-se muito (i) num controle argumentativo e (ii) num controle social. Ora: controle social, por mais eficaz que possa ser, nunca vai ser antídoto. Quase que se poderia dizer – 'o choro é livre'.¹¹² A segunda opção é o controle argumentativo.¹¹³ A exigência de

¹¹² Costuma-se citar o livro de 1976 de Peter Häberle – *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – como inspiração para esse controle. Os juízes, especialmente os juízes constitucionais, devem se abrir aos anseios da sociedade. Intérpretes da Constituição somos todos. O argumento é substancialmente verdadeiro, senão que sua proposta é mais uma invectiva moral, apta a colher resultados simbólicos (e só), do que uma proposta institucional, que controle objetivamente juízes que não estão nem aí para a sociedade. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, 55p.

¹¹³ A essa conclusão chega a brilhante dissertação de Cláudio Pereira de Souza Neto. Embora este ensaio não possua, nem de longe, a profundidade de uma só página do livro do professor Cláudio, ousa discordar de algumas de suas conclusões, mas, em contrapartida, indica enfaticamente sua leitura. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 378p.

concatenação entre argumentos, de exposição clara dos pressupostos com base nos quais a decisão realmente foi tomada, de extirpação de falácias, de preocupação com a persuasão do auditório. Salvo o fato de que isso é assunto mais da filosofia da linguagem e da teoria da argumentação em sentido estrito do que do Direito Positivo, cabe a pergunta: algum dia deixou-se de exigir o controle argumentativo? A história das decisões constitucionais contramajoritárias é a história de decisões tomadas em ambientes nos quais se exigia coerência, clareza e pretensão de persuasão.

As respostas desse texto são duas. Contenção. Fé.

Quanto à parte da contenção, diga-se o seguinte. A jurisdição constitucional só se legitima democraticamente quando enfrenta questões francamente contrárias à Constituição. Só se legitima nos casos reais de doença da vontade da autonomia política. Nos casos de polêmicas morais, não há nada – repita-se: NADA – que justifique que o poder de decisão seja retirado à sua sede original e delegado aos juizes. Os juizes são experientes? Muita gente também é. São sábios? Inteligentes? Profundos? Por nenhum critério razoável pode-se afirmar que há mais bom-senso moral no plenário do STF do que numa assembléia de professores de Direito Constitucional ou numa roda de lixeiros. O resto é auto-engano institucional. Ora, auto-engano é com a bancada de Viena.

E, se o constitucionalismo é uma fé, o controle de constitucionalidade é seu triunfo e sua traição: é seu triunfo porque pressupõe a máxima crença de que tantos escolhidos ('sacerdotes') preservem Sua palavra e Seu espírito, sem que haja nenhum motivo demonstrável no mundo dos fatos para que isso seja assim, ou, se tem sido, para que continue a sê-lo; e é sua traição porque o cerne da fé constitucional é o controle, é a desconfiança do homem no homem. A fé na desconfiança não pode confiar sem reservas, e é precisamente isso o que acontece quando o STF declara que o direito "x" integra o conceito de 'direitos individuais' a fim de parametrizar o controle. Por que é assim? Porque Foi Dito. Ainda que o Brasil venha abaixo. Ainda que nenhum brasileiro concorde com aquilo. Pouco importa. Foi Dito. Os Sacerdotes. Eles Sabem.

Assim, na parte em que se pode fazer algo, resta exigir que o controle de constitucionalidade seja exercido dentro de limites democráticos. Exigir contenção. Exigir respeito à presunção de constitucionalidade das leis. Na parte da fé, os que crêem podem orar ao 'prudente arbítrio dos juizes'; aos céticos resta fazer o que o único não-cego na terra dos cegos negligenciou, e que lhe poderia ter salvado a vida. Fechar os olhos para sempre.

Referências

- BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 133.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2a ed. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 25-26.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 51-52.
- CAPITANT, David. *Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*,

Paris: LGDJ, 2001, pp. 189-193.

CASALMIGLIA, Alberto. *Ensaio sobre Dworkin*. Trad. Patrícia Sampaio. Texto obtido do site do Programa Especial de Treinamento da PUC-Rio, disponível em www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html (Acesso: 15 de março de 2004).

COELHO, Inocêncio Mártires. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, RDA 211, p. 131.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, 416p.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 80-100.

ELSTER, Jon. 'Ulysses and the Sirens': *A theory of imperfect rationality*, Social Science Information 16 (5), pp. 469-526, 1977.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, 193p.

ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 320p.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, sem data, 268p.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico: El No Positivismo Principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madri: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 1998, 444p.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. 3ª ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 54.

FREUD, Sigmund. *Group Psychology and Analysis of the Ego in The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 689.

FREUD, Sigmund. *On Narcissism in The Great Books of the Western World*, vol. 54. Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 407.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madri: Editorial Civitas S.A., 1983, pp. 157-196.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, 55p.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. Geoges Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 153-173.

HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? In: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: PAIDOS, I.C.E. da Universidade

Autônoma de Barcelona, s.d.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. 2 v.. Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento, *Novos Estudos CEBRAP*. Trad. Márcio Suzuki. São Paulo, nº 26, março, 1990.

HOERSTER, Norbert. *Em Defesa Del Positivismo Jurídico*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1992

JAPIASSU, Hilton. *Nem Tudo é Relativo: A Questão da Verdade*. São Paulo: editora Letras e Letras, 2001, 272p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto J. Brie. Madri: Tecnos, 1995.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham e Londres: Duke University Press, 1997, pp. 361-369, especialmente pp. 363-364.

KRAMMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law without trimmings*. Oxford University Press, 2003, 320p.

LE BON, Gustave. *The Crowd: A Study of the Popular Mind*. Dover: 2002, 160p.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã' Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro 2000, pp. 183-202.

MERQUIOR, José Guilherme. *As Idéias e as Formas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, 346p. A referência direta é ao ensaio 'A Superstição Psicanalítica', pp. 180-191.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris: PUF, 1996, pp. 88-89

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 378p.

NOVELLI, Flávio Bauer. 'Norma Constitucional Inconstitucional?' *Revista de Direito Administrativo* 199: p. 21-57, 1995.

ORTEGA y GASSET, José. *The Revolt of the Masses*. Tradução anônima do espanhol. Nova Iorque: Mentor Books, 1950, p. 55.

PESSOA, Fernando. *Obra Poética Completa*. 3ª ed, 18ª reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, pp. 60-101 ('Discursos de legitimidade da jurisdição constitucional.').

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, pp. 297-332.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. *On the Basis of Morality*. Trad. E. F. J. Payne. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1965, pp.15-16.

THORNTON, E. M. *Freud and the Cocaine: The Freudian Fallacy*. Century Hutchinson, 1982, 340p.

TORRES, Ricardo Lobo. Prefácio in SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 226p.

WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 271-299.

WELLS, H. G. *The Complete Short Stories of H. G. Wells*. Editado por John Hammond. Orion: 1999, 896p.

WIGGERHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt: História, desenvolvimento teórico, significação política*. Rio de Janeiro: Difel, 2002, 680p.

WILDE, Oscar. *The Importance of Being Earnest*. Cambridge University Press: 1999, 126p.

ZELDIN, Theodore. *Uma História Íntima da Humanidade*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2000.