

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

LA FONCTION CONTROVERSALE DE LA MAGISTRATURE: UNE ANALYSE DE LA THÉORIE DU DROIT COMME INTÉGRITÉ

Dr. José Emílio Medauar Ommati

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

RESUMO

O presente artigo pretende mostrar que o Poder Judiciário, em uma democracia constitucional, deve exercer apenas uma função contramajoritária, enquanto guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. O artigo parte da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, para mostrar o acerto da função contramajoritária do Poder Judiciário, e o erro em se atribuir outras funções, tais como as funções representativa e iluminista para os juízes e os tribunais em geral.

Palavras-chave: Judiciário. Teoria do Direito. Integridade.

RÉSUMÉ

L'article suivant veut montrer que le Pouvoir Judiciaire dans une démocratie constitutionnelle ne doit qu'exercer une fonction contremajoritaire, puis que les juges doivent protéger les droits fondamentaux des toutes les citoyens. Le texte présent la théorie du droit comme intégrité, de Ronald Dworkin, a fin de montrer que les juges seule peuvent exercer une fonction contremajoritaire. Ainsi, c'est n'est pas correcte parler d'autres fonctions aux Pouvoir Judiciaire, telles comme les fonctions de représentation du peuple ou fonction illuministe.

Mots-clés: Judiciaire. Théorie du droit. Intégrité.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto possui como objetivo discutir qual seria a função do Poder Judiciário em nosso sistema constitucional, estabelecido pela Constituição de 1988.

Em outras palavras, pleiteamos discutir e mostrar que o Judiciário tenciona realizar o projeto constitucional estabelecido há mais de 30 anos em nosso país; deve-se colocar como instância contramajoritária, sendo o guardião da democracia e do direito entre nós.

Para que seja possível compreender a importância dessa missão colocada ao Judiciário brasileiro, pretendemos, em um primeiro momento, contrapor essa visão, que pode parecer conservadora para muitos, com a perspectiva segundo a qual o Judiciário não teria apenas uma função contramajoritária, mas também funções representativa e majoritária. O principal expoente dessa perspectiva é o Professor da UERJ e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.¹

Posteriormente, a partir da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, pretendemos mostrar os erros dessa perspectiva e as razões pelas quais o Judiciário deve realizar apenas e tão somente sua função contramajoritária, já que as demais funções (representativa e majoritária) estariam nas mãos das instâncias legislativa e executiva, em razão do princípio da separação de funções.

I

Para defender essas novas funções do Poder Judiciário, o Ministro Luís Roberto Barroso começa tentando demonstrar que o fim da Segunda Guerra Mundial trouxe como consequência uma ascensão do Poder Judiciário, tornando-o protagonista político, em razão de uma série de fatores, tais como: a atenuação do formalismo jurídico, o desenvolvimento de uma visão filosófica pós-positivista, e a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.² Além de tudo isso, também contribuiu para a ascensão do Judiciário um certo desencanto com a política majoritária e a incapacidade dos parlamentos de produzirem consenso em relação a determinados temas controvertidos.³

Interessante perceber que a crítica que Barroso lança a uma suposta incapacidade dos parlamentos de produzirem consenso em relação a determinados temas controvertidos, e, com isso, defender uma supremacia do Judiciário, foi a mesma lançada por Carl Schmitt durante a Constituição de Weimar para defender a supremacia do Executivo.⁴

Assim, em virtude desse diagnóstico, o Ministro Barroso passa a discutir os diversos papéis do Judiciário para enfrentar essa nova realidade pós-Segunda Guerra.

De acordo com o autor, a primeira e mais destacada função do Judiciário é a clássica função contramajoritária, que se desenvolveu no alvorecer do constitucionalismo, e, principalmente, a partir da decisão *Marbury X Madison*, em 1803, nos Estados Unidos, que atribuiu poder aos juizes de declararem uma lei inconstitucional e, portanto, nula desde o seu nascimento.⁵

¹O Ministro Barroso tem defendido essa perspectiva em vários artigos doutrinários e, inclusive, em seus votos no STF. Por todos, vide: BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 159 a 175. No mesmo sentido: VILHENA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A Razão e o Voto**. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2016.

²BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 161.

³BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 161.

⁴Nesse sentido, vide: SCHMITT, C. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. Lisboa: Edições 70, 2015; SCHÜNEMAN, B. **Carl Schmitt en el Tercer Reich**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

⁵BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 163 a 166.

Já a segunda função, denominada por Barroso de representativa, decorre do fato de que na contemporaneidade há uma confluência entre a democracia representativa e a democracia deliberativa, fazendo com que o exercício do poder e da autoridade seja legitimado por votos e por argumentos.⁶

Nesse sentido, o Ministro Barroso tenta mostrar que, em muitas situações, o Judiciário se coloca como um melhor intérprete do sentimento majoritário do que as próprias instâncias eleitas que deveriam representar as maiorias.⁷ Contudo, o autor não consegue demonstrar como um Judiciário não eleito consegue captar melhor o sentimento majoritário do que as instâncias eleitas. A afirmação fica a dever uma melhor explicitação e elucidação.

Captando melhor esse sentimento majoritário, o Judiciário e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, passaria também a desenvolver uma função representativa, empurrando a história em muitos momentos e se colocando como uma vanguarda iluminista da nação.⁸

Contudo, e da mesma forma em que colocado o argumento anterior, o Ministro Barroso não se dá o trabalho de explicitar o que é isso de empurrar a história, e para que lado? E mais: o que é isso de vanguarda iluminista da nação?

O autor simplesmente apresenta algumas decisões recentes do STF, profundamente controvertidas que, segundo ele, teriam o caráter de demonstrar como o Tribunal estaria desempenhando bem suas funções contramajoritária, majoritária e representativa, empurrando a história e se colocando como a vanguarda iluminista do Brasil.⁹

Mais recentemente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF, em que se discute a possibilidade de se compreender a homotransfobia como crime de racismo, o Ministro Luís Roberto Barroso pareceu corrigir seu posicionamento, ao afirmar que, na verdade, não é o STF que é iluminista, mas, sim, a própria Constituição de 1988. Mais uma vez, o Ministro não explicitou o compreendido, uma exigência cara tanto à hermenêutica filosófica quanto ao dever de fundamentação das decisões jurisdicionais estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição de 1988.¹⁰

Apresentada a perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso, mesmo que resumidamente, mostraremos os erros de tal perspectiva e as razões pelas quais o Judiciário deveria se contentar com um papel mais modesto em uma democracia: o papel de garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

II

Pois bem, para mostrar as razões pelas quais o Judiciário não pode assumir uma função política partidária e eleitoral de vanguarda iluminista da nação, desenvolvendo funções representativa e majoritária, desenvolveremos a ideia de integridade e como uma democracia deve ser melhor percebida e desenvolvida.

⁶BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 166. O Professor Emílio Peluso Neder Meyer demonstra como essa ideia de instância representativa, que seria pretensamente exercida pelos Tribunais Constitucionais, decorre da defesa que Robert Alexy faz do papel do Tribunal Constitucional Alemão como uma instância de representação argumentativa da sociedade. Para maiores detalhes, vide: MEYER, E. P. N. **Decisão e Jurisdição Constitucional**: Crítica às Sentenças Intermediárias, Técnicas e Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Perspectiva Comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁷BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 167.

⁸BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 167 a 175.

⁹BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da et al. (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 167 a 175.

¹⁰Sobre a questão, vide: STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017; STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

Em vários trabalhos, mostramos como a teoria do direito como integridade pressupõe uma comunidade política democrática e a afirmação dos princípios de igualdade e liberdade.¹¹ E, obviamente, diz Dworkin, se entendermos de maneira adequada essas questões, veremos que o controle de constitucionalidade não é contrário à democracia, mas um instrumento democrático de defesa da própria democracia.¹²

Pois bem. De acordo com Dworkin, só podemos entender corretamente os princípios de igualdade e liberdade se compreendermos corretamente o que vem a ser uma democracia, pois para o autor há uma relação intrínseca entre igualdade, liberdade e regime democrático.

Ao contrário do que possa parecer, democracia não se resolve com a regra da maioria. Em outras palavras, democracia não significa necessariamente regra da maioria. Resumindo bastante o pensamento do autor americano, democracia significa que as pessoas se veem como parceiras de um empreendimento político comum. É por isso que Dworkin, várias vezes, utiliza a figura de uma orquestra como analogia para explicar o que vem a ser uma comunidade democrática.¹³ Assim como uma orquestra é formada por pessoas diferentes, de localidades diferentes, com línguas, tradições, culturas diferentes, mas que, no entanto, estão unidas por um projeto comum (tocar determinada peça musical, fazer uma apresentação, etc.), também uma comunidade democrática apresenta as mesmas características. Dessa forma, o que caracteriza uma democracia não é apenas a regra da maioria, mas o respeito pela diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos, tendo em vista um projeto comum. Aqui, há a ideia de parceria para a realização de um projeto comum.

A proposta de Dworkin pretende compatibilizar constitucionalismo, compreendido como uma corrente de pensamento que busca a consecução de finalidades políticas concretas que consistem, fundamentalmente, na limitação dos poderes públicos e na consolidação de esferas de autonomia garantidas por meio de normas¹⁴; e a democracia compreendida como a ideia de autogoverno do povo.

Essa compatibilização, que pode parecer paradoxal e impossível, nada tem de problemática, se compreendermos que o próprio constitucionalismo moderno, que se inicia com as revoluções burguesas, pretende também assegurar não apenas o exercício do poder do povo que se autogoverna, mas a igualdade de todos.¹⁵

Portanto, nessa perspectiva, para que a democracia funcione, é essencial que os princípios de igualdade e liberdade tenham livre curso e que sejam entendidos adequadamente.

Como já mostramos em trabalhos anteriores¹⁶, o princípio da igualdade não pode mais ser entendido como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, pois sempre fica o problema de se saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Igualdade, seguindo as trilhas de Ronald Dworkin, só pode ser entendido como tratar a todos com a mesma consideração e respeito, não tendo, assim, um conteúdo fixo, mas levando a sério a sua própria natureza de princípio jurídico.

Essa ideia de igualdade pressupõe, de acordo com Dworkin, um modelo de repartição de bens, termo aqui entendido não apenas em sentido econômico, mas englobando, também, as capacidades físicas, os gostos, etc.¹⁷ Em linhas gerais, esse modelo de repartição de recursos está baseado na ideia de inveja. Ao contrário do modelo de Rawls, em que as pessoas não têm conhecimento de sua situação na vida real, já que estão cobertas pelo véu da ignorância, o modelo dworkiniano pressupõe que as pessoas têm todas as

¹¹Nesse sentido, vide: OMMATI, J. E. M. **Teoria da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; OMMATI, J. E. M. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; OMMATI, J. E. M. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹²DWORKIN, R. La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista. In: KOH, H. H.; SLYE, R. C. (comps.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Barcelona, Gedisa, 2004; DWORKIN, R.. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³DWORKIN, R. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003, p. 62.

¹⁴FIORAVANTI, M. **Constitucionalismo: Experiencias Históricas y Tendencias Actuales**, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵FIORAVANTI, M. **Constitucionalismo: Experiencias Históricas y Tendencias Actuales**, *op. cit.*, p. 19 a 20.

¹⁶OMMATI, J. E. M. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004; OMMATI, J. E. M. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI, M. (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151 a 168.

¹⁷DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

informações disponíveis para melhor decidir a repartição dos bens.¹⁸ Contudo, isso não mostra que alguns consigam uma melhor repartição do que os outros, pois aquele responsável pela repartição, o leiloeiro, deverá repartir o pacote de bens, tendo em vista o princípio da inveja. Esse princípio significa que a repartição dos bens deve ser tal que cada um se sinta satisfeito com o quinhão recebido, a partir de seus dotes físicos, suas habilidades, limitações, etc.¹⁹

Esse modelo liberal de sociedade, baseado no princípio da igualdade, leva Dworkin a afirmar que uma sociedade justa é aquela em que podemos escolher ser um jardineiro pelo simples fato de que nossas habilidades e vocação nos levem para essa escolha. Em outras palavras, uma sociedade justa, para Dworkin, é aquela que consegue realizar os mais diversos projetos de vida boa, sem que esses projetos sejam massacrados por questões políticas, econômicas ou morais. Nesse exemplo dado por Dworkin, poderemos ser jardineiro, pois teremos a certeza de que conseguiremos sobreviver com dignidade e respeito.²⁰ De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto:

Por outro lado, não é possível igualdade sem liberdade. Se, por exemplo, a liberdade de expressão é restrita, por um longo período de tempo, em favor da estabilização de uma ordem igualitária, não há verdadeira igualdade: uns estarão sendo tratados como mais livres que outros, já que uns podem decidir livremente o que falar e outros devem ser tutelados. As restrições não razoáveis à liberdade são incompatíveis com a igualdade já que implicam estabelecer uma diferença ilegítima entre os que decidem e os que obedecem. O mesmo pode ser dito também em relação à liberdade religiosa. Por que razão o grupo majoritário pode ter a prerrogativa de impor sua religião a um grupo minoritário? Esse tipo de prática viola não só a liberdade, mas também, e fundamentalmente, a igualdade, porque não trata a todos e a seus projetos pessoais de vida como dignos de igual respeito e consideração. Em tal contexto, não é possível a cooperação no processo deliberativo democrático. Uma sociedade plural que não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática.²¹

Mas, como se relacionam os princípios da igualdade e liberdade nesse modelo liberal da sociedade pensado por Dworkin?

Depende do que entendemos por igualdade e liberdade. Ora, para Dworkin, igualdade e liberdade são ideais normativos e não devem ser divididos no leilão hipotético. Devemos entender que liberdade não significa uma licença para se fazer o que se bem entende. Se assim for, obviamente a liberdade entrará em conflito com a igualdade e, assim, tenderá sempre a perder.²²

Por outro lado, devemos entender a igualdade como a sombra que cobre a liberdade, ou seja, que os dois princípios são complementares, se pressupõem mutuamente e proteger a liberdade leva necessariamente a proteger a igualdade.²³

E quais seriam as liberdades básicas?

Afirmando não haver um catálogo taxativo, Dworkin cita os direitos de liberdade de expressão, liberdade de consciência, de associação, liberdade religiosa e a liberdade de eleição em assuntos que afetam aspectos centrais ou importantes da vida pessoal, como emprego, questões familiares, escolha sexual e tratamentos médicos.²⁴ À semelhança de Rawls, tanto a igualdade quanto a liberdade não entrariam no pacote básico de distribuição de recursos no modelo imaginário proposto por Dworkin. Todos, então, teriam o mesmo direito à igualdade e à liberdade. Em outras palavras, os princípios da igualdade e liberdade são inegociáveis.

Esses direitos são essenciais, para Dworkin, exatamente para promover o ideal de democracia proposto pelo autor, enquanto associação de homens livres e iguais. Assim, para Dworkin, a democracia, que deve ser

¹⁸RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*

¹⁹DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*

²⁰DWORKIN, R. **Ética Privada e Igualitarismo Político**. Barcelona: Paidós, 1993.

²¹SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 167-168.

²²DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*; DWORKIN, Ronald. **La Justicia Con Toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

²³DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*

²⁴DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*

vista como associativa, apresenta três dimensões. A primeira dimensão é a da soberania popular, que implica uma relação entre a comunidade ou o povo no seu conjunto e os diferentes funcionários que formam o governo. A democracia exige que o povo governe e não os funcionários. Já a segunda dimensão é a igualdade dos cidadãos. Essa igualdade exige que os cidadãos participem como iguais. Isso se reflete na ideia de que todas as pessoas devem ter o mesmo impacto com o voto. Por fim, a terceira dimensão da democracia associativa é o discurso democrático. De acordo com Dworkin, se o discurso público está restringido pela censura, ou fracasso, é porque as pessoas gritam ou insultam-se mutuamente, então não temos um autogoverno coletivo.²⁵

Assim, essenciais são as liberdades básicas para a democracia, tais como liberdade de sufrágio, de consciência, de escolhas pessoais, de expressão e de reunião. Contudo, dizer que essas liberdades são essenciais, não significa dizer que tais direitos não possam ser regulamentados por meio das leis. Mais uma vez, com Cláudio Pereira de Souza Neto:

Essas afirmações relativas à liberdade religiosa e à liberdade de expressão não significam, no entanto, que tais liberdades, como as demais, não possam ser objeto de restrições em um sistema democrático. Isso pode ocorrer em favor de outros princípios políticos que igualmente ocupam a estrutura básica das democracias constitucionais. Pense-se, p. ex., em uma religião que providencie a erosão das instituições republicanas, em prol da fusão entre estado e igreja; em uma religião que, para atrair fiéis, pratique publicamente atos desrespeitosos contra uma outra religião; em um editor que publique obras que promovam o preconceito racial; em um órgão de imprensa que divulgue informações falsas sobre determinado grupo criminoso, aterrorizando levemente a população. Essas práticas, frequentes em nosso tempo, podem ser objeto de restrições.²⁶

Como diz Dworkin, temos de tentar organizar nossa política de maneira a que todos os cidadãos tenham motivos para se sentir parceiros. Teria sido absurdo que os judeus da Alemanha nazista ou que os negros da África do Sul do apartheid tivessem motivos para se considerarem parceiros de regimes que tentavam aniquilá-los ou submetê-los. Ora, é exatamente nesse momento que intervém o constitucionalismo. Assim, os cidadãos só podem se sentir parceiros em um empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Dentre eles, os direitos antidiscriminatórios, com certeza.

A parceria é uma questão de respeito mútuo: não posso ser parceiro de uma sociedade cujas leis me declaram cidadão de segunda classe. A liberdade de expressão é outro direito indispensável. Não sou um parceiro se a maioria considera minhas opiniões ou meus gostos tão perigosos, chocantes ou indignos, que ninguém esteja autorizado a ouvi-los. Isto é válido mesmo se eu for um neonazista que nega o holocausto ou um seguidor sectário e racista de Le Pen. É ilegítimo aplicar leis contra mim, qualquer que seja sua justeza ou sabedoria, se o papel de parceiro no debate político que as produziu não me é reconhecido.²⁷

E é exatamente aqui que entra o poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade das normas. Quando os juízes assim o fazem, diz Dworkin, não interferem no debate político de maneira indevida. Pelo contrário. Os juízes, ao declararem normas inconstitucionais, pretendem justamente afirmar o igual respeito e consideração por todos, afirmando justamente o princípio democrático de parceria.

Portanto, os juízes não só podem como devem decidir materialmente as questões. Não podem ficar adstritos apenas às questões procedimentais, porque tal separação entre procedimento e conteúdo é impossível de ser feito. Assim, o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma garantia das minorias contra a tentativa das majorias de oprimi-las, aprovando leis que firam o igual respeito e consideração por todos e o projeto democrático de uma comunidade formada por homens livres e iguais que se veem como parceiros desse empreendimento político comum.²⁸

Convém ressaltar, no entanto, que Dworkin não está dando um cheque em branco para que os juízes possam decidir ao seu bel prazer. Na verdade, o controle de constitucionalidade somente será democrático

²⁵DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**, *op. cit.*

²⁶SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática**, *op. cit.*, p. 165.

²⁷DWORKIN, R. A Democracia e os Direitos do Homem. In: DARNTON, R.; DUHAMEL, O. (orgs.). **Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001, p. 160-161.

²⁸DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**, *op. cit.*

caso o Judiciário demonstre argumentativamente que decidiu com base em princípios e não com base em políticas. Afinal, Dworkin é um crítico ferrenho da discricionariedade e do uso político do Direito pelos Tribunais.

E quais seriam as diferenças entre um princípio e uma política?

Para Dworkin, um princípio é um argumento relacionado à igualdade, à liberdade, ao devido processo ou a outra dimensão da moralidade. Em outras palavras, decidir com base em princípios significa decidir demonstrando que há um direito fundamental envolvido e que tal direito deve ser protegido, inclusive contra as maiorias.²⁹

Já uma política, ainda de acordo com o norte-americano, é um argumento que visa melhorar o bem-estar ou a felicidade de uma parte da população ou de toda ela. Aqui, o Judiciário não pode decidir com base em políticas, pois, de acordo com Dworkin, não recebeu o voto popular para tanto.³⁰

Além disso, as políticas somente são válidas se puderem ser relacionadas e ligadas a algum princípio, já que uma democracia constitucional genuína deve tentar realizar, da melhor forma possível, os direitos de todos os cidadãos.³¹ Se houver um conflito entre uma política e um princípio, a política deverá ser afastada.

Nesse sentido, juízes não podem tomar decisões em termos políticos, ou seja, baseados em suas convicções políticas específicas ou em convicções políticas de uma determinada maioria, já que não receberam votos para tanto e não concorreram a cargos políticos. Mas, isso não significa dizer que suas decisões não sejam políticas, já que pretendem estabelecer a melhor interpretação dos princípios que regem a vida de uma comunidade democrática.³² Como saber se um juiz tomou uma decisão ilegítima, baseada em argumentos de política e não uma decisão correta, porque baseada no respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos?

Então entra a centralidade da argumentação processual desenvolvida em contraditório e com ampla defesa, respeitando-se o devido processo legal, como já defendemos em outros trabalhos.³³

Dáí porque o Direito ser um conceito eminentemente interpretativo e estar aberto a divergências e desacordos, inclusive morais, como demonstra Ronald Dworkin ao longo de sua vasta e instigante obra.

Portanto, percebe-se que não é nenhum avanço democrático defender outras funções ao Judiciário, além da função contramajoritária, como faz o Professor e Ministro Luís Roberto Barroso.

É possível perceber que as funções representativa e majoritária, atribuídas ao Poder Judiciário pelo Ministro Barroso, apenas sobrecarregam ainda mais um Judiciário já profundamente sobrecarregado e desmoralizado.

Colocar o Judiciário como uma vanguarda iluminista, que empurraria a história em algumas situações, lança uma desconfiança terrível quanto à política democrática, esvaziando-a enquanto instância legítima de resolução de nossos problemas públicos e coletivos. Com isso, nos tornamos mais autoritários e infantilizados, pois passamos a confiar cegamente em uma instância que não foi eleita por nós mesmos e que passa a decidir questões de políticas públicas, inclusive desviando alocações de recursos públicos previamente decididas pela política democrática, violando os nossos direitos fundamentais.

Com essas funções representativa e majoritária, o Judiciário e, principalmente, o STF têm se tornado de fato um superego da sociedade órfã, como havia denunciado, há algumas décadas, a cientista política alemã Ingeborg Maus, ao tratar da realidade germânica, algo terrível para uma sociedade que se pretende democrática.³⁴

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: ROSA, A. M. da *et al.* (orgs.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

²⁹DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁰DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. *Op.cit.*

³¹DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. *Op.cit.*

³²Nesse sentido, vide: DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. *Op.cit.*; DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. *op. cit.*

³³Por todos, vide: OMMATI, J. E. M. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais. *Op. cit.*

³⁴MAUS, I. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. **Ética Privada e Igualitarismo Político**. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, R. La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista. *In*: KOH, H. H.; SLYE, R. C. (comps.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Barcelona, Gedisa, 2004.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

DWORKIN, R. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003b.

DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **La Justicia Con Toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FIORAVANTI, M. **Constitucionalismo: Experiencias Históricas y Tendencias Actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

MAUS, I. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEYER, E. P. N. **Decisão e Jurisdição Constitucional: Crítica às Sentenças Intermediárias, Técnicas e Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OMMATI, J. E. M. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, J. E. M. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. *In*: CATTONI, M. (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OMMATI, J. E. M. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, J. E. M. **Teoria da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, J. E. M. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHMITT, C. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. Lisboa: Edições 70, 2015.

SCHÜNEMAN, B. **Carl Schmitt en el Tercer Reich**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

VILHENA, O. V.; GLEZER, R. (orgs.). **A Razão e o Voto**. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2016.

SOBRE O AUTOR

José Emílio Medauar Ommati

Graduado em Direito. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Contato: emilioommati@gmail.com