

# Uma defesa do princípio da maioria no contexto dos debates sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis

*Martônio Mont'Alverne Barreto Lima*<sup>1</sup>

*Paulo de Tarso Fernandes de Souza*<sup>2</sup>

**Resumo:** O principal objetivo deste artigo é realizar uma crítica ao argumento segundo o qual o princípio majoritário apresenta riscos à democracia, usualmente empregado pelos defensores da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Em uma sociedade democrática, onde os princípios da liberdade e da igualdade são adotados, o princípio majoritário fornece um critério justo para identificar os pontos de vista que devem prevalecer ao final de processos coletivos de tomada de decisão. As regras da unanimidade e da maioria qualificada são insuficientes para corrigir as alegadas injustiças produzidas pelo princípio da maioria, em virtude das dificuldades de efetivação que possuem, da ausência de real proteção às minorias e das contradições internas que apresentam. Embora seja possível imaginar um sistema jurídico no qual o princípio majoritário viabilize a existência de uma tirania ou ditadura da maioria, presumir que, nesse contexto, os juízes necessariamente formarão o grupo de defensores dos direitos das minorias é realizar uma aplicação seletiva do princípio da igualdade.

**Palavra-chave:** Democracia – Princípio majoritário – Jurisdição constitucional

## A defense of the majority principle in the context of debates on democratic legitimacy of judicial review of legislation

**Abstract:** The main objective of this article is to promote a critique to the argument according to which the majority principle presents risks to democracy, usually employed by the advocates of the democratic legitimacy of the judicial review of legislation. In a democratic society, where the principles of freedom and equality are adopted, the majority principle provides a fair criterion to identify the points of view that ought to prevail at the end of collective processes of decision-making. The rules that require unanimity and qualified majority are insufficient to right the alleged injustices produced by the majority principle, by virtue of the difficulties they face to be enforced, the absence of real protection for the minorities and the internal contradictions they show. Although it is possible to imagine a legal system in which the majority principle makes the existence of a tyranny or dictatorship of the majority possible, to assume that, in this context, judges will necessarily form the group of defenders of minorities' rights is to promote a selective application of the equality principle.

**Keywords:** Democracy – Majority principle – Judicial review

---

<sup>1</sup> Professor titular de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: barreto@unifor.br.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor de Teoria e Filosofia do Direito. E-mail: paulodetarso.ce@hotmail.com.

## Introdução

A legitimidade democrática do judiciário para exercer a guarda da constituição pela invalidação de leis elaboradas pelo legislativo é um tema que desperta várias controvérsias no âmbito do direito constitucional e da filosofia política. De um modo geral, aqueles que questionam essa legitimidade afirmam que o parlamento é o poder constituído responsável pela realização do ideal de governo do povo, tendo em vista que os legisladores são eleitos diretamente pela população e estão sujeitos à responsabilização política periódica pelo voto popular. Desse modo, a lógica democrática é contrariada quando juízes não eleitos pelo povo invalidam atos jurídicos praticados por parlamentares. Em sentido contrário, os defensores do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis normalmente empregam diversos argumentos para sustentar a legitimidade democrática desse tipo de ação por parte do judiciário, como, por exemplo, aquele que sustenta a necessidade de garantir a supremacia hierárquico-normativa da constituição e do exercício técnico e racional da jurisdição.

O principal objetivo deste artigo é realizar uma crítica a somente a uma das ideias que estão presentes na argumentação dos defensores da jurisdição constitucional: a ideia de que o princípio da maioria possui uma injustiça inerente por permitir a violação de direitos fundamentais e a instauração de uma tirania ou ditadura da maioria. Por essa razão, o trabalho não pretende rejeitar todos os argumentos favoráveis à legitimação do judiciário ou propor soluções aos problemas do sistema representativo tradicional. Para atingir o objetivo principal, o artigo possui cinco objetivos secundários: (1) a identificação do receio da maioria no discurso de alguns defensores da jurisdição constitucional; (2) a elaboração de uma justificativa provisória da justiça do princípio da maioria; (3) o destaque das fragilidades lógicas dos argumentos favoráveis à regra da unanimidade e à regra da maioria qualificada; (4) a indicação da ambiguidade da alegação de tirania ou ditadura da maioria; e (5) a demonstração de aplicação seletiva do princípio da igualdade pelos defensores da democracia constitucional. Além dessa delimitação epistemológica, o trabalho adota o método analítico e bibliográfico, pois almeja realizar uma avaliação crítica do material previamente selecionado.

### **O receio da maioria presente no discurso dos defensores da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.**

A análise do discurso de alguns defensores da legitimidade democrática da jurisdição constitucional permite constatar a existência de um raciocínio relativamente padronizado. Inicialmente, a democracia é relacionada tanto à vontade da maioria como à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias. Em seguida, ocorre a presunção de que as decisões tomadas pelo povo diretamente ou por legisladores eleitos diretamente pelo povo, com base no princípio da maioria, necessariamente violarão ou, pelo menos, possuem maiores chances de violarem os direitos fundamentais. Por fim, o judiciário é considerado o poder constituído adequado para o desempenho da função contramajoritária de garantir os

---

<sup>3</sup> “Todos os animais são iguais; mas alguns são mais iguais que os outros” (ORWELL, *Animal farm*, p. 80).

direitos fundamentais das minorias, tendo em vista que os juízes não estarão institucionalmente submetidos à aprovação da maioria. Desse modo, a ausência de participação popular direta na escolha dos integrantes do judiciário deixa de ser um fator comprometedor para se tornar um elemento assegurador da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

De acordo com Alexander Hamilton, os juízes possuem a função de proteger a constituição e os direitos individuais das “decisões do povo” que ocasionem “inovações perigosas” no governo ou “opressão” à “menor parte da comunidade”. O princípio fundamental do governo republicano assegura o direito de o povo alterar ou abolir a constituição sempre que a considerar incompatível com a própria felicidade. No entanto, continua Hamilton, esse princípio não permite que os “representantes do povo”, influenciados por uma “inclinação momentânea” que tome conta da “maioria dos representados”, violem a constituição, ou que tratem as violações à constituição provenientes dos atos legislativos praticados sob a influência da “maioria do povo” de forma diferente das violações à constituição decorrente das “intrigas” do corpo legislativo.<sup>4</sup>

Conforme Hans Kelsen, a democracia requer a paz social e o constante compromisso entre os grupos representados no parlamento pelas maiorias e pelas minorias, e não a “onipotência da maioria”. Dessa maneira, nas repúblicas democráticas, as instituições de controle são consideradas condições existenciais e as funções estatais devem ser exercidas com regularidade. Nesse contexto, a jurisdição constitucional assume papel central, na medida que representa um instrumento de proteção eficaz da “minorias contra a maioria”, quando garante a elaboração constitucional e a constitucionalidade material das leis. Para Kelsen, o controle de conformidade à constituição de atos estatais, especialmente aqueles praticados pelo legislativo e pelo executivo, não deve ser atribuído a um dos órgãos que será controlado, pois essa opção contraria o princípio técnico-jurídico “unanimente aceito” de que ninguém pode ser juiz em causa própria.<sup>5</sup>

De acordo com Lênio Luiz Streck, se a democracia for compreendida apenas como a prevalência do “princípio majoritário”, é possível sustentar que o constitucionalismo é antidemocrático, uma vez que determinadas matérias são subtraídas do poder decisório da maioria. Entretanto, essa contraposição entre constitucionalismo e democracia é um “perigoso reducionismo”, um “dos mitos centrais do pensamento político moderno”. Na verdade, se existe uma contradição é entre “democracia majoritária” e “democracia constitucional”, pois a democracia constitucional pressupõe uma “teoria dos direitos fundamentais” como limite às “maiorias eventuais”. Desse modo, na visão de Streck, a “regra contramajoritária” é a “materialidade do núcleo político essencial da constituição”, porque resgata as “promessas da modernidade” com a concretização de direitos prestacionais e a proibição de retrocesso social. A inexistência de limites às maiorias abriria espaço para uma “ditadura permanente da vontade majoritária”, ao “absolutismo do legislativo”. Nesse sentido, o “caráter contramajoritário” legitima democraticamente tanto o constitucionalismo como a jurisdição constitucional ao garantir o “legado da tradição” e impedir o “repúdio ao passado”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Cf. HAMILTON, *The federalist papers*, p. 356.

<sup>5</sup> Cf. KELSEN, *Jurisdição constitucional*, p. 181.

<sup>6</sup> Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, p. 74.

Em consonância com Luís Roberto Barroso, atualmente, na “configuração moderna do Estado e da sociedade”, o sentido da palavra “democracia” abrange tanto o respeito ao princípio majoritário, presente na eleição de representantes e nas manifestações das instâncias formais, como a proteção de valores substanciais, a “garantia dos direitos fundamentais” e a observância de procedimentos aptos a assegurar a participação livre e igualitária de todos nos processos políticos. A “lógica do princípio majoritário” permite que os órgãos de representação popular conduzam os “negócios públicos” com base em determinada orientação ideológica; porém, não pode impedir a participação de grupos minoritários, discriminá-los ou negar-lhes “qualquer espaço de autodeterminação”, uma vez que o estabelecimento de “consensos mínimos” e a tutela da pluralidade são exigências da própria democracia.<sup>7</sup>

### Uma justificação inicial do princípio da maioria

O princípio da maioria, também denominado de princípio majoritário ou regra da maioria, demanda uma fundamentação teórica mais elaborada do que a normalmente desenvolvida no âmbito do direito constitucional e da filosofia política, tendo em vista a elevada importância da questão para as discussões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Desse modo, a justificação do princípio da maioria significa a justificação de três normas centrais para a democracia: (1) as leis elaboradas pelo povo diretamente ou por uma assembleia composta por representantes eleitos pelo voto popular, universal e periódico, devem ser respeitadas por todos os integrantes da coletividade; (2) a minoria deve permanecer vinculada ao corpo coletivo, ainda que o posicionamento por ela defendido seja rejeitado pela maioria; e (3) a vontade da maioria deve ser entendida como a vontade de toda a coletividade, e não apenas do grupo majoritário.<sup>8</sup>

Os princípios da liberdade e da igualdade, enquanto pilares da democracia e da justiça<sup>9</sup>, constituem o ponto de partida adequado para a fundamentação do princípio da maioria. Em uma democracia, o povo é livre porque detém a capacidade de elaborar as leis que regulam o comportamento dos próprios membros.<sup>10</sup> No mesmo sentido, a soberania é atribuída ao povo, enquanto corpo coletivo, e não a um indivíduo ou a um grupo particular de indivíduos, pois todos são iguais. Entretanto, essa ideia parece criar um problema prático para a democracia: se os integrantes de uma comunidade política se considerarem iguais, todos devem ser contemplados com o direito de estabelecer as normas e os valores que regerão o próprio agir prático; todavia, se cada indivíduo seguir os parâmetros morais que escolher sem levar em conta aqueles adotados pelas demais pessoas, a convivência em sociedade pode ser inviabilizada.<sup>11</sup>

A solução para essa aparente tensão entre os princípios da liberdade e da igualdade pode ser encontrada na constatação de que o ser humano é um animal comunitário ou

---

<sup>7</sup> Cf. BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 58.

<sup>8</sup> Cf. WALDRON, *The dignity of legislation*, p. 135.

<sup>9</sup> Cf. ARISTÓTELES, *A política*, p. 129; Cf. KELSEN, *A democracia*, p. 27; Cf. RAWLS, *Justice as fairness*, p. 02.

<sup>10</sup> Cf. GOYARD-FABRE, *O que é democracia?*, p. 52.

<sup>11</sup> Cf. KELSEN, *Democracia*, p. 27; ROUSSEAU, *O contrato social*, p. 21.

social.<sup>12</sup> Nesse sentido, o *Homo sapiens* simplesmente nunca existiu fora de grupos sociais.<sup>13</sup> Esse fato gera consequências importantes para o debate. Em primeiro lugar, é plausível imaginar que os membros de uma comunidade, em algum momento, precisarão seguir parâmetros morais com os quais não concordem, sem que essa situação caracterize necessariamente uma ausência de liberdade. Além desse aspecto, o direito somente existe porque a maioria dos integrantes da sociedade acredita que ele existe, na medida que as instituições jurídicas e políticas correspondem a uma “realidade institucional” criada pela mente humana através da linguagem.<sup>14</sup> Desse modo, o povo é titular do poder constituinte, inclusive em regimes autoritários, pois a autoridade jurídica não existe sem o reconhecimento da maioria. A peculiaridade da democracia está em (I) atribuir expressamente a qualidade de soberano e a titularidade do poder constituinte ao povo e (II) instituir mecanismos para o exercício da soberania popular.<sup>15</sup>

No interior de uma coletividade em que todos se considerem igualmente livres, a viabilização da vida em sociedade requer a aceitação de alguma forma de identificar os valores, as normas, os direitos e os deveres que devem ser observados. Uma opção adequada consiste na estruturação de um procedimento coletivo de tomada de decisão em que todos recebam a oportunidade de participar em igualdade de condições. A adoção de um procedimento coletivo de tomada de decisão, porém, requer a escolha de algum critério apto a identificar qual posição prevalecerá ao final das deliberações.<sup>16</sup> A igualdade limita o peso das opiniões dos membros da coletividade para que todas possam ser igualmente decisivas. Desse modo, o maior peso que pode ser concedido à opinião de uma pessoa corresponde ao mesmo peso dispensado à opinião de outra pessoa. Se todas as opiniões dos integrantes de uma coletividade possuem o mesmo peso, o critério numérico exerce uma função central para justificar a prevalência da vontade manifestada pela maioria.<sup>17</sup>

### **A insuficiência das alternativas propostas pela regra da unanimidade e pela regra da maioria qualificada**

A defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional parece pressupor que o princípio da maioria possui uma injustiça inerente, tendo em vista que estaria sempre acompanhado do risco de violação aos direitos individuais e aos direitos das minorias.<sup>18</sup> No âmbito da teoria da democracia, as tentativas de solucionar essa alegada injustiça inerente normalmente recorrem a duas outras normas para estabelecer qual posição deve prevalecer em caso de desacordos morais: (1) a regra da unanimidade e (2) a regra da maioria qualificada.

A regra da unanimidade evitaria a submissão injusta da vontade da minoria à vontade da maioria, pois um entendimento somente prevaleceria caso todos os integrantes da

---

<sup>12</sup> Cf. ARISTÓTELES, *A política*, p. 16; CHURCHLAND, *Braintrust*, p. 2.

<sup>13</sup> Robin Dunbar permite-nos concluir que a espécie *Homo sapiens* já surgiu como animal social. Cf. DUNBAR, *Human evolution*, p. 217.

<sup>14</sup> Cf. SEARLE, *Making the social world*, p. 08.

<sup>15</sup> Cf. BERCOVICI, *Gilberto, Soberania e constituição*, p. 29.

<sup>16</sup> Cf. DAHL, *Democracy and its critics*, p. 136.

<sup>17</sup> Cf. WALDRON, *The dignity of legislation*, p. 148.

<sup>18</sup> É verdade que a teoria constitucional pode elaborar critérios para limitar o exercício da jurisdição constitucional. Esse fato, todavia, não prejudica a crítica elaborada nesse artigo, na medida que é direcionada ao pressuposto segundo o qual o princípio da maioria detém uma injustiça inerente.

sociedade política concordassem. A dificuldade prática de aplicação dessa norma, contudo, inviabiliza essa alternativa.<sup>19</sup> Desse modo, é pouco provável que a unanimidade seja alcançada em sociedades caracterizadas pela existência de diversas visões de mundo sobre temas moralmente controversos (e.g. aborto, casamento gay e ações afirmativas). Além desse aspecto, existe o problema trazido pela necessidade de garantir a presença de todos os integrantes do corpo coletivo, pois bastaria a ausência de uma única pessoa para impedir uma deliberação.<sup>20</sup> Nesse sentido, a consequência prática da regra da unanimidade seria a contínua predominância da vontade de uma minoria sobre a vontade da maioria.<sup>21</sup>

A regra da maioria qualificada possuiria a virtude de (I) afastar uma alegada insegurança proveniente do princípio da maioria e (II) resolver a inaplicabilidade prática da regra da unanimidade. Apesar das aparentes vantagens, a regra da maioria qualificada é incapaz de garantir a justiça dos resultados em virtude de quatro razões. Primeiro, essa norma aumenta as chances de a vontade de uma minoria preponderar indevidamente sobre a vontade da maioria, pois o número de votos necessários para barrar pretensões majoritárias justas diminui. Segundo, a lógica da maioria qualificada traz paradoxalmente o risco de prejudicar as minorias, uma vez que a exigência de mais votos dificulta que as minorias se tornem majorias.<sup>22</sup> Terceiro, se o intuito principal dessa regra for solucionar a injustiça da submissão da vontade da minoria à vontade da maioria, o objetivo pode simplesmente não ser alcançado, porque continua a existir uma minoria, embora numericamente inferior, “submetida” a uma maioria, apesar de quantitativamente superior; e nada indica que a violação aos direitos fundamentais por uma maioria qualificada é menos grave que o desrespeito promovido por uma maioria simples.<sup>23</sup>

Por fim, a quarta razão para rejeitar a regra da maioria qualificada também atinge a jurisdição constitucional, tendo em vista que ambas são instrumentos jurídicos para garantir a supremacia hierárquico-normativa da constituição. Tanto a regra da maioria qualificada como a jurisdição constitucional estão fundadas no pressuposto histórico determinista de que os juízos morais sobre direitos realizados no passado pela maioria dos membros de uma assembleia constituinte são inevitavelmente superiores ou possuem maiores chances de serem superiores aos juízos morais sobre direitos realizados no presente pela maioria dos representantes eleitos ou pelo povo diretamente. Nesse contexto, o recurso ao caráter pretensamente democrático de uma assembleia constituinte específica é insuficiente para relativizar essa crítica, pois, mais uma vez, nada impede que os processos coletivos de tomada de decisão no presente sejam tão ou mais democráticos do que o processo de elaboração da constituição no passado.

## **A ambiguidade da alegação de tirania ou ditadura da maioria**

Embora seja possível imaginar um cenário em que a maioria da população fundamente um regime ditatorial e tirânico em prejuízo das minorias, o problema do tratamento dispensado ao tema na teoria constitucional está na ausência de precisão

---

<sup>19</sup> Cf. DAHL, *Democracy and its Critics*, p. 153.

<sup>20</sup> Cf. LOCKE, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, p. 141.

<sup>21</sup> Cf. DAHL, *Democracy and its critics*, p. 153.

<sup>22</sup> Cf. DAHL, *Democracy and its critics*, p. 153.

<sup>23</sup> Cf. DAHL, *Democracy and its critics*, p. 153.

conceitual, tendo em vista que o argumento da tirania da maioria é utilizado sem maiores esclarecimentos sobre o lugar da fala. A consequência pode ser a aceitação de um instrumento retórico capaz de bloquear as discussões sobre a legitimidade democrática do judiciário, pois a defesa do princípio da maioria é automática e incorretamente associada à violação aos direitos fundamentais das minorias.<sup>24</sup> Por essa razão, abaixo seguem algumas observações que indicam que a caracterização de uma tirania ou ditadura da maioria pode ser uma atividade bem mais complexa do que parece.

A primeira observação sugere que a previsão de direitos fundamentais em uma constituição escrita é insuficiente para dispensar os procedimentos coletivos de tomada de decisão ou de substituí-los pela jurisdição constitucional. A razão dessa afirmativa está na constatação de que pessoas provenientes de contextos culturais diversos ou inseridas em uma mesma tradição cultural podem adotar parâmetros morais comuns em um elevado nível de abstração; todavia, elas comumente discordam como esses parâmetros devem ser interpretados e aplicados em situações concretas.<sup>25</sup> A título de exemplo, mesmo que o texto constitucional assegure o direito à liberdade a todos, os integrantes de uma dada sociedade política provavelmente discordarão quanto ao direito de as mulheres realizarem a interrupção da gravidez dentro dos três primeiros meses de geração. Novamente, se os membros dessa comunidade se considerarem livres e iguais, a solução dessa divergência deve envolver um debate público.

A segunda observação ressalta que a configuração de uma tirania ou ditadura da maioria pressupõe uma distribuição iníqua de direitos em benefício da maioria. Se a própria maioria estiver sujeita à decisão tomada, a caracterização da tirania é, no mínimo, problemática, pois exige que aceitemos o pressuposto segundo o qual a maioria pode ser tirânica contra si mesma.<sup>26</sup> A título exemplificativo, haveria ditadura da maioria se a maioria branca dos integrantes de uma sociedade garantisse o acesso a universidades para si, mas o negasse à minoria negra. Em sentido contrário, se a maioria proíbe a interrupção da gravidez e ela própria, tanto quanto a minoria, está submetida à escolha, é difícil imaginar por que razão essa decisão poderia ser classificada como ditatorial.

A terceira observação diz respeito às hipóteses nas quais a alegação de tirania ou ditadura da maioria são direcionadas a um parlamento eleito diretamente pelo povo. Nesses casos, é preciso distinguir (I) a maioria e a minoria que constituem o legislativo e (II) a maioria e a minoria que formam a sociedade como um todo.<sup>27</sup> Se o entendimento adotado pela maioria dos parlamentares violar os direitos fundamentais da maioria das pessoas que compõem a sociedade política, existe, na verdade, a dominação da maioria por um pequeno grupo minoritário. Em situações dessa natureza, a realidade político-jurídica é melhor identificada pelo uso da palavra “oligarquia”, e não pela expressão “democracia representativa”. Seria o típico caso, por exemplo, de um parlamento submisso à burguesia que aprova uma reforma trabalhista prejudicial à maioria trabalhadora em um país de modernidade periférica.

---

<sup>24</sup> Cf. MAUS, “O judiciário como superego da sociedade”, p. 03.

<sup>25</sup> Cf. FLANAGAN, *The Geography of Morals*, p. 133; HAIDT, *The Righteous Mind*, p. 153; TOMASELLO, *A Natural History of Human Morality*, p. 08.

<sup>26</sup> Cf. WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 50.

<sup>27</sup> Cf. WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 50.

A quarta observação destaca que a caracterização de uma tirania ou ditadura da maioria pressupõe uma prática sistemática e institucionalizada de perseguição às minorias, ao invés de decisões pontuais.<sup>28</sup> A ideia segundo a qual existe tirania sempre que uma decisão da maioria violar os direitos fundamentais das minorias é frágil, tendo em vista que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, incluindo os juízes, está sujeito a realizar escolhas equivocadas que prejudiquem outros grupos de interesses; e nada indica que uma decisão injusta tomada pela maioria seja mais grave que uma decisão injusta proferida pelo judiciário. Dessa maneira, se aceitarmos o pressuposto de que qualquer decisão contrária aos direitos fundamentais caracteriza uma tirania ou ditadura, então, precisamos reconhecer que os tribunais são tão tirânicos quanto os parlamentos.

A quinta observação sugere que devemos evitar falar em tirania ou ditadura da maioria nos sistemas jurídicos em que as minorias possuem o direito de participar das discussões públicas com o intuito de sensibilizar outros grupos sociais a respeito dos posicionamentos que defendem.<sup>29</sup> A democracia cria o ambiente propício para a divisão da sociedade em grupos majoritários e minoritários, na medida que viabiliza e incentiva a pluralidade de pensamento. Dessa forma, a participação em processos políticos decisórios se torna um elemento democrático essencial, pois permite que os grupos sociais minoritários integrem o debate público com a possibilidade de convencer o número suficiente de pessoas e, conseqüentemente, construir uma nova maioria. Nessa linha de raciocínio, uma sociedade democrática deve possuir “uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha de projetos alternativos legítimos”<sup>30</sup>.

As observações formuladas acima conferem um pouco mais de clareza ao conceito de tirania ou ditadura da maioria. Nesse sentido, haveria uma tirania da maioria nas situações em que a maior parte dos membros de uma sociedade política apoiasse um sistema jurídico que viabilizasse reiteradamente uma distribuição iníqua de direitos em benefício da própria maioria e a exclusão sistemática das minorias do debate público. Em um contexto político como esse, é oportuno indagar por que razão os defensores da legitimidade democrática da jurisdição constitucional imaginam que os juízes seriam mais propensos a defender os direitos fundamentais das minorias ou teriam instrumentos suficientes para efetivar essa defesa. Trabalhamos com a hipótese de que a resposta a essa pergunta esteja relacionada à aplicação seletiva do princípio da igualdade.

## **A aplicação seletiva do princípio da igualdade**

Os defensores da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis promovem uma aplicação seletiva do princípio da igualdade quando, expressa ou implicitamente, presumem a menor capacidade da maioria para resolver controvérsias morais sobre direitos de maneira justa. Como destacado, se os membros de uma sociedade política se considerarem iguais, então, é um contrassenso imaginar que um grupo minoritário qualquer seja tão mais capaz que o restante da população a ponto de

---

<sup>28</sup> Cf. WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 50.

<sup>29</sup> Cf. WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 51.

<sup>30</sup> MOUFFE, *On the Political*, p. 11.

justificar a exclusão da maioria. Certamente, alguém poderia dizer que viabilizar a maior participação popular no lugar da jurisdição constitucional seria uma medida “perigosa”. Essa reação, contudo, é compreensível, embora equivocada, pois as reivindicações de igualdade podem ser entendidas como ameaças de opressão por quem está acostumado com o privilégio.

O preconceito contra a maioria e a conseqüente idealização dos juizes podem ser observados na argumentação dos partidários da jurisdição constitucional. A título de exemplo, Hamilton deixou claro a desconfiança quanto à capacidade da maioria quando afirmou que a população poderia violar direitos individuais por estar sujeita a “mau humor” e à influência de “homens ardilosos”. Em sentido contrário, aos magistrados foi associada uma “porção incomum de bravura” para defender a constituição.<sup>31</sup> De forma semelhante, Barroso associa o princípio da maioria à irracionalidade e o direito à racionalidade, quando sustenta que a política é o “domínio da vontade” e o direito é o “domínio da razão”.<sup>32</sup> Ao defender uma “concepção parceira de democracia”, Ronald Dworkin sustentou categoricamente que os agentes estatais deveriam concentrar maior parcela do poder político que a grande maioria da sociedade, pois era plausível supor que “são mais capazes de proteger direitos individuais de mudanças perigosas na opinião pública”.<sup>33</sup> Essa lógica de pensamento que pretende demonstrar a superioridade moral e cognitiva de uma minoria perante as classes populares é, de forma eloquente, denominada de “racismo cultural”<sup>34</sup>.

A ideia segundo a qual um grupo social específico, a exemplo dos juristas e dos juizes, detém maior capacidade cognitiva do que o restante da sociedade é contrariada por pesquisas empíricas no âmbito da psicologia e da neurociência. Dessa maneira, Jonathan Haidt alega que a maior parte dos nossos juízos morais ocorre no âmbito do inconsciente e as nossas justificações para as decisões que tomamos são usualmente argumentos criados *a posteriori* para fundamentar escolhas já realizadas. Curiosamente, o autor indica que o choque de opiniões no âmbito público é a melhor forma de elevar o nível de racionalidade das nossas decisões, já que tendemos a perceber melhor as incoerências dos outros.<sup>35</sup> Com base em premissa semelhante, Michael Gazzaniga faz referência expressa ao meio jurídico quando enfatiza que, embora os juristas gostem de atribuir os posicionamentos que adotam a longos anos de estudo nas faculdades de direito e a profundas reflexões filosóficas, a maior parte do que ocorre nos fóruns e tribunais provém de intuições morais com as quais nascemos e da experiência acumulada ao longo da vida.<sup>36</sup>

As considerações acima indicam que a ideia contemporânea de democracia constitucional se aproxima bastante da noção de “aristocracia” na teoria política, na medida que o governo é atribuído a um pequeno grupo de pessoas que supostamente detém maior virtude ou capacidade para governar. Nesse sentido, Aristóteles defendeu que a aristocracia era o governo exercido por várias pessoas com virtudes semelhantes em benefício do interesse geral.<sup>37</sup> Na visão de Rousseau, a aristocracia era caracterizada pela atribuição do poder a um pequeno número de membros do povo para que perseguissem a vontade geral.

<sup>31</sup> Cf. HAMILTON, *The federalist papers*, <http://www2.hn.psu.edu>

<sup>32</sup> Cf. BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 396.

<sup>33</sup> Cf. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, p. 392.

<sup>34</sup> SOUZA, *A tolice da inteligência brasileira*, p. 36.

<sup>35</sup> Cf. HAIDT, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, p. 53.

<sup>36</sup> Cf. GAZZANIGA, *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain*, p. 209.

<sup>37</sup> Cf. ARISTÓTELES, *A política*, p. 123.

<sup>38</sup> Para Montesquieu, a aristocracia era a espécie de república em que o poder soberano estava nas mãos de certo número de pessoas e o resto do povo estava “para elas, no máximo, como os súditos estão para o monarca”<sup>39</sup>. Desse modo, o elitismo inerente da jurisdição constitucional permite que retornemos à crítica de George Orwell aos rumos tomados pela revolução russa no livro *Animal Farm*: “todos os animais são iguais; mas uns são mais iguais que os outros”<sup>40</sup>.

## Conclusão

As considerações tecidas nesse trabalho indicam que precisamos ter mais cautela quanto à adoção da ideia segundo a qual a proteção dos direitos individuais e das minorias legitima democraticamente o judiciário e justifica o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A análise do discurso de alguns dos partidários da jurisdição constitucional sugere que a defesa da legitimidade do judiciário está fundamentada em um preconceito quanto à capacidade da maioria da população de respeitar os direitos individuais e das minorias. No entanto, se os membros de uma sociedade política se consideram iguais, a liberdade de todos demanda a estruturação de processos coletivos de tomada de decisão e a aceitação do princípio da maioria como critério justo para definir o posicionamento que prevalecerá ao final do debate. Nesse contexto, as objeções levantadas ao princípio da maioria com base no princípio da unanimidade e no princípio da maioria qualificada são incapazes de oferecer alternativas superiores.

Uma análise conceitual mais atenta indica que o argumento da tirania ou ditadura da maioria também contribui pouco para os debates acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A existência de uma tirania ou ditadura da maioria requer um contexto social de desprezo generalizado aos direitos individuais e das minorias, em que a maioria da sociedade tome as principais decisões diretamente ou por meio de representantes eleitos e viole reiteradamente os direitos fundamentais das minorias. Acreditar que, em um contexto como esse, os juízes seriam a última honrosa trincheira contra uma maioria tirânica e cruel parece bem mais uma idealização dos defensores da jurisdição constitucional do que uma avaliação plausível da realidade social. Essa idealização implica, portanto, uma aplicação seletiva do princípio da igualdade, na medida que, embora todos sejam iguais, um pequeno grupo social é considerado detentor de maior capacidade para tomar decisões justas sobre direitos.

## Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Política*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

---

<sup>38</sup> Cf. ROUSSEAU, *O contrato social*, p. 70.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, p. 24.

<sup>40</sup> ORWELL, *Animal Farm*, p. 80.

- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- CHURCHLAND, Patricia. *Braintrust: What Neuroscience Tells Us about Morality*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.
- DAHL, Robert. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DUNBAR, Robin. *Human Evolution: Our Brains and Behavior*. Oxford University Press, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- FLANAGAN, Owen. *The Geography of Morals: Varieties of Moral Possibility*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- GAZZANIGA, Michael S. *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain*. New York: HarperCollins Publishers, 2011.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HAI DT, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religions*. New York: Vintage Books, 2013.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers: An Electronic Classic Series Publication*. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu>>. Acesso em 30 nov. 2014.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Heaven: Yale University Press, 2003.
- MAUS, Ingeborg. “O judiciário como superego da sociedade”. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3 ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.
- MOUFFE, Chantal. *On the Political*. London: Routledge, 2005.
- ORWELL, George. *Animal Farm*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2003.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Bauru: Edipro, 2013.

SEARLE, John R. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMASELLO, Michael. *A Natural History of Human Morality*. London: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017