

DEMOCRACIA E CONTROLE JURÍDICO DA CONSTITUCIONALIDADE*

SAMUEL FREEMAN

A autoridade dos tribunais norte-americanos de revisar e declarar inconstitucional a legislação criada por decisão majoritária é vista por muitos como inconsistente com a idéia de democracia. Como afirmou H.L.A. Hart, os teóricos políticos e legais ingleses pensam que esse "extraordinário fenômeno judicial" é "especialmente difícil de justificar em uma democracia".¹ Sidney Hook disse algo similar: "Não é fácil para os que defendem a teoria da supremacia judicial tornar sua posição compatível com uma interpretação razoável da teoria da democracia."² E Jefferson considerava a revisão judicial "uma doutrina realmente muito perigosa, que nos colocaria sob o despotismo de uma oligarquia."³ Para ele, "as próprias pessoas são as únicas depositárias seguras do poder político", e isso implica "a aquiescência absoluta às decisões da maioria — o princípio supremo da república, que não admite recurso a não ser a força."⁴

*"Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review". Uma versão ampliada deste artigo foi publicada em *Law and Philosophy* 9, 1990 - 1991, pp. 327 - 370. Tradução de Álvaro de Vita.

¹ Hart, H.L.A. "American Jurisprudence Through English Eyes". In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York, Oxford University Press, 1983, p.125. (N.T.: "Revisão Judicial", nos Estados Unidos, designa o controle judicial da constitucionalidade das leis aprovadas pelo poder legislativo. Cabe à Suprema Corte a autoridade última para realizar esse controle, já que seus julgamentos de constitucionalidade são considerados vinculatórios para as instâncias judiciais inferiores.)

² Hook, Sidney. *The Paradoxes of Freedom*. Berkeley, University of California Press, 1962, p.95.

³ Cartas a William Jarvis. In Ford, P.L. (org.). *The Writings of Thomas Jefferson*, vol.10, pp. 160-61.

⁴ Koch e Pender (orgs.). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. New York, Random House, 1944, p.324.

Ao longo de boa parte da história norte-americana, a revisão judicial *foi* exercida de formas que são incompatíveis com qualquer interpretação razoável da democracia. Ainda assim, há uma forma de conceber o papel da revisão judicial que é consistente com as instituições democráticas. Minha tese básica é a de que os princípios que melhor justificam os processos democráticos de tomada de decisão autorizam a instituição da revisão judicial em certas circunstâncias. Para mostrar isso, primeiro investigo as razões pelas quais consideramos a igualdade de direitos políticos e a regra da maioria centrais ao governo democrático. Neste artigo, localizo a base de nosso compromisso com a democracia nas idéias centrais da tradição democrática do contrato social. Desse ponto de vista, avalio a proposição filosófica de que a revisão judicial é inerentemente antidemocrática. Argumento que essa proposição *a priori* não tem fundamento e que sob certas condições a revisão judicial presta-se aos mesmos fins que justificam os direitos políticos iguais e a regra da maioria. O ponto central de meu argumento é o de que se concebemos a democracia como uma forma de soberania e não somente como uma forma de governo, então a revisão judicial pode ser pensada como um ato de auto-controle soberano, como um tipo de compromisso público prévio de cidadãos livres e independentes de manter seu *status* igual e as condições de sua soberania. Até que ponto isso é adequado a uma constituição democrática em particular, é uma questão estratégica que depende de fatos históricos relativos a esse regime.

Reformulando a objeção familiar à revisão judicial nos termos de Alexander Bickel:

"A dificuldade essencial é a de que a revisão judicial é uma força contra-majoritária. [Esta] é a razão pela qual a crítica de que a revisão judicial é antidemocrática pode ser feita ... Ainda que a democracia não implique a contínua reconsideração de decisões já tomadas, ela realmente implica que uma maioria representativa tem o poder de efetuar uma reversão."⁵

Um argumento similar é desenvolvido por John Ely, para quem:

"O problema central da revisão judicial é este: um órgão que não é eleito, nem politicamente responsável de nenhuma outra forma importante, diz aos representantes eleitos do povo que eles não podem governar como gostariam."⁶

⁵ Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1966, pp.16-17.

⁶ Ely, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1980.

Criticar a revisão judicial por ser contrária ao majoritarismo e à responsabilização eleitoral focaliza os sintomas de algo que deve ser um problema mais profundo. Suponha que os juízes federais, como nos sistemas de vários dos estados norte-americanos, fossem eleitos; nossas reservas sobre a revisão judicial permaneceriam. O problema da revisão judicial não é o de que os juízes não prestam contas à vontade da maioria. O problema é o de que esse poder limita os direitos iguais de cidadãos democráticos de participar e influenciar os processos políticos de tomada de decisão que afetam significativamente suas vidas. Em uma democracia, os cidadãos devem ter um direito igual de participar dos processos constitucionais e legislativos que estabelecem as leis a que todos devem obedecer. Chame isso (segundo John Rawls) de participação política igual.⁷ A revisão judicial, uma vez que envolve a autoridade de revogar leis criadas por meio de procedimentos que estão de acordo com esse princípio, é uma limitação aos direitos iguais de participação dos cidadãos. Exercendo seus direitos políticos iguais por meio de procedimentos democráticos, os cidadãos já tornaram uma decisão tão democrática quanto possível. Mesmo que os juízes sejam eleitos e possam ser destituídos, o dano já foi feito. A revogação pela Suprema Corte de medidas votadas pelos representantes do povo somente pode ser anulada por emenda constitucional, o que requer muito mais do que uma maioria (simples).

Mais adiante, sustento que a conexão entre a igualdade política e a regra da maioria não é tão direta quanto muitas vezes se supõe. Mas por enquanto considere: como devemos conceber a democracia se essas objeções à revisão judicial forem bem-sucedidas? Primeiro, podemos entender a democracia procedimentalmente. Por uma concepção procedimental da democracia, entendo a identificação da democracia a uma forma de governo em que a cada um são garantidos direitos iguais de participação e de influência nos procedimentos que determinam as leis, e em que alcançam-se as decisões pela regra da maioria. Uma concepção procedimental não coloca restrições substantivas aos resultados alcançados pelas determinações legislativas, a não ser os direitos que são necessários à preservação dos próprios procedimentos legislativos.⁸

⁷ Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1971.

⁸ Brian Barry define uma concepção procedimental: "Eu sigo ... aqueles que insistem no entendimento de democracia' em termos procedimentais. Isto é, rejeito a idéia de que se deveria inserir na "democracia" quaisquer controles sobre o conteúdo dos resultados produzidos, tais como a igualdade substantiva, o respeito pelos direitos humanos, a preocupação com o bem-estar geral, a liberdade pessoal, ou o império da lei ... As únicas exceções ... são as exigidas pela própria democracia enquanto um procedimento." Barry, Brian. "Is Democracy Special?" In Laslett, P. e Fishkin, J. (orgs.). *Philosophy, Politics, and Society*. Oxford, Blackwell, 1979, pp.1255-56.

Uma segunda visão sustenta que apesar de a democracia envolver restrições substantivas às leis, deve-se tornar as decisões sobre essas restrições consistentes com a participação igual e a regra da maioria. Essa concepção enfrenta com frequência a objeção de que o poder legislativo deve deter a autoridade exclusiva de interpretar a Constituição.⁹ A implicação disso é a de que as decisões sobre as restrições constitucionais às leis só podem ser decididas por meio dos próprios procedimentos que essas restrições têm por fim limitar. A força dessa objeção à revisão judicial só pode ser estabelecida por argumentos empíricos que mostrem que os requisitos substantivos da democracia são *sempre* melhor realizados, pensando-se tudo, se a interpretação final desses requisitos é deixada à autoridade legislativa. Apesar de duvidar de que isso possa ser confirmado, não discutirei este ponto. Minha preocupação central é com a objeção puramente filosófica que vem da concepção procedimental.

É claro que se a democracia é definida estipulando-a simplesmente como um tipo de procedimento político para a elaboração de leis que garante a participação igual (ou pelo menos a representação igual) e a regra da maioria, então é quase trivial dizer que a revisão judicial é antidemocrática. Mas a estipulação não é um argumento. O que vejo como problemático com respeito à concepção procedimental da democracia é que ela dirige nossa atenção a somente um aspecto das sociedades democráticas, excluindo outros traços igualmente importantes. Dessa forma, essa concepção nos leva a ignorar as condições de *background* dos regimes democráticos estáveis, assim como as exigências dos ideais que fundamentam nosso compromisso com formas democráticas. Democracia não é simplesmente majoritarismo. Os processos decisórios democráticos, não importa quão essenciais sejam, não são mais do que parte do que está envolvido em uma constituição e uma sociedade serem democráticas.

Considere uma concepção diversa de democracia. Tanto Rousseau como Kant distinguiram entre a democracia como uma forma de governo e a democracia como uma forma de soberania. Suponha que entendamos a democracia não simplesmente como um tipo entre vários outros de procedimentos estatais para a criação de leis ordinárias, e sim mais fundamentalmente como um tipo de constituição em que pessoas livres e independentes se associam como iguais e exercem uma igual jurisdição política para fazer uma constituição. As pessoas têm uma jurisdição política igual em virtude de todas terem as capacidades de ordenar racionalmente suas vidas e de perseguir seus interesses que sejam consistentes

⁹ Essa parece ser a concepção de democracia que fundamenta as objeções de Michael Walzer à revisão judicial em "Philosophy and Democracy" (*Political Theory* 9, 1981), p.379.

com a justiça. A soberania dos cidadãos democráticos consiste em parte em sua jurisdição política igual. Os cidadãos democráticos retêm este aspecto de sua soberania quando eles estabelecem na constituição direitos políticos iguais de participação nos procedimentos democráticos para a criação de leis ordinárias. O governo democrático é então uma extensão da jurisdição política igual dos cidadãos democráticos soberanos.

Há inúmeros argumentos em favor de um governo democrático a partir de uma visão contratualista. Aqui só mencionarei dois deles. Primeiro (um argumento que retorna a John Stuart Mill), direitos iguais de participação nas decisões políticas mais provavelmente promoverão o bem de cada cidadão. Supondo-se que os procedimentos legislativos democráticos sejam abertos, públicos e admitam a discussão livre e o arejamento de rancores, então, melhor do que as alternativas a ela, a participação igual garante que os interesses de todos serão representados, ouvidos e levados em conta nos processos legislativos. Segundo, desfrutar de direitos políticos iguais e do *status* de cidadão igual são condições do auto-respeito. Em uma sociedade moderna, seria especialmente debilitante ser publicamente reconhecido como um cidadão de segunda classe, ou considerado incapaz de participar dos assuntos públicos. E o auto-respeito é parte do bem de cada pessoa. Por essas e outras razões, pessoas livres e iguais, em vista de sua preocupação com o próprio bem e para garantir sua liberdade de decidir sobre seus interesses, e de perseguí-los em termos justos com outros, concordariam com direitos políticos iguais de participação.

Mas lembremos do que diz Montesquieu.¹⁰ A liberdade de cada cidadão constitui uma parte da liberdade pública e até mesmo, em um Estado democrático, uma parcela da soberania. Vender a própria liberdade é tão repugnante à razão toda que dificilmente se pode supor que um homem o faça. Aqui a sugestão é a de que os cidadãos partilham da soberania em parte devido a sua liberdade igual; mas se esse é o caso, então existem direitos e liberdades necessários para articular a soberania dos cidadãos democráticos que não somente os direitos políticos iguais. Preservar esses outros direitos *também* é uma condição à preservação da soberania e da independência. Ceder livremente quaisquer desses direitos seria vender parte ou tudo da própria independência e do *status* igual de cidadão soberano, um ato tão extravagante e contrário à razão que a ninguém poderia ser imputado. Certos direitos e liberdades são, então, *inalienáveis*; quaisquer atos

¹⁰ Montesquieu, *O Espírito das leis*, livro XV, cap. 2, par. 2. Essa passagem é discutida em John Rawls, "The Basic Liberties and Their Priority", *The Tanner Lectures on Human Values*, vol.3 (Salt Lake City, University of Utah Press, 1982), p.82.

ou acordos pelos quais uma pessoa tente cedê-los em troca de outros benefícios são nulos e as leis não podem exigir que sejam cumpridos. Segue-se que quaisquer leis que tenham o propósito de infringir esses direitos básicos são inválidas, *mesmo* que sejam apoiadas por uma maioria. Entre os direitos e liberdades básicos que são parte da liberdade de cidadãos soberanos estão: a liberdade de consciência, as liberdades de pensamento, expressão e de informação; as liberdades de associação e de ocupação, os direitos e liberdades necessários à independência e à integridade da pessoa e os direitos e liberdades implícitos no império da lei (direito a um julgamento justo, direitos contra buscas e prisões abusivas, etc.).¹¹ Muitos desses direitos e exigências básicos envolvem condições e conceitos que associamos naturalmente à idéia de democracia. E eles não são adequadamente justificados pelas condições necessárias à preservação da participação igual. Além disso, dadas as imperfeições dos procedimentos políticos, esses direitos básicos não são garantidos por procedimentos democráticos que satisfaçam o princípio da participação igual. Assim, a única circunstância em que pessoas livres e iguais assentiriam a procedimentos políticos de qualquer tipo se verifica sob a condição de que os procedimentos sejam concebidos para preservar os interesses básicos dos cidadãos na livre busca do seu bem, o que requer que protejam os direitos básicos iguais que garantem essa liberdade. Isso tem implicações importantes para a feição das instituições democráticas.

A JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA

Estamos agora em posição de abordar a legitimidade democrática da revisão judicial. Para fazer isso, primeiro ampliarei a natureza da autoridade legislativa democrática e o lugar da regra da maioria. Um aspecto básico do constitucionalismo moderno é o de que a autoridade de fazer leis é um poder *ordinário*, delegado e limitado, da autoridade política.

Em uma *democracia constitucional*, entende-se que toda a autoridade política deriva dos cidadãos soberanos que, concebidos como

¹¹ Aqui apóio-me nas liberdades básicas implícitas no primeiro princípio de justiça de Rawls. Ver Rawls, "The Basic Liberties and Their Priority", *op. cit.*. Na visão de Rawls, há ainda certos direitos institucionais que devem fazer parte dessa lista, aqueles direitos necessários para garantir a igualdade equitativa de oportunidade e um mínimo social. Essas condições são necessárias à independência individual e ao exercício efetivo das liberdades básicas. Para as finalidades da discussão da legitimidade da revisão judicial, podemos passar por alto pela questão de uma lista precisa desses direitos básicos. Importa somente que existam direitos básicos iguais além dos direitos de participação.

iguais, exercem seu *poder constituinte* de criar e de definir a autoridade política ordinária. O poder constituinte é o poder do povo, constituído como um corpo político, de determinar a forma da constituição política. Exercendo seu poder constituinte, o povo cria certas instituições e nelas investe os poderes ordinários do Estado. Essas instituições operam como agentes do povo, e a elas se atribui o dever de fazer, aplicar e administrar leis para o bem comum. A autoridade legislativa é assim um dos poderes ordinários de governo que têm por fonte os poderes constituintes do povo. Enquanto tal, está sujeita a quaisquer restrições que a ela tenha sido determinada pelo povo soberano.¹² Como qualquer outro poder de governo, a autoridade de fazer leis é fiduciária e somente deve ser exercida para o bem comum.

Isso distingue uma democracia constitucional de outras formas constitucionais: naquela, toda a autoridade política legítima deriva do poder constituinte dos cidadãos soberanos, concebidos como iguais e com direitos iguais a determinar a constituição, e essa autoridade é por eles criada sob o entendimento de que ela deve ser exercida para o bem de cada um.¹³ O objetivo de uma constituição democrática é definir os procedimentos políticos que determinam as leis que são necessárias ao exercício efetivo dos direitos básicos iguais, direitos que distinguem uma soberania democrática e que protegem as pessoas na busca livre de seu bem. Os procedimentos melhor concebidos para realizar esse fim satisfazem as exigências democráticas de justiça. Definirei o papel dos procedimentos legislativos majoritários nesse contexto, e abordarei a seguir a legitimidade da revisão judicial.

Uma constituição democrática justa especifica direitos e procedimentos que definem o princípio de participação igual. Ela inclui o voto universal, procedimentos legislativos que levem em conta a representação igual, cargos eletivos abertos a todos e os direitos que propiciam uma deliberação política e uma discussão pública informadas (liberdade de ex-

¹² O poder constituinte é o poder do povo, constituído como um corpo político, de criar a autoridade política e de determinar a forma da constituição política. Pelo exercício do poder constituinte, o povo cria formas institucionais investidas dos poderes ordinários de governo. Esses agentes governantes do povo fazem, aplicam e administram leis para o bem comum. A distinção entre o poder constituinte do povo e o poder ordinário de governo é comum nas teorias do direito natural da tradição do contrato social. Ver Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge, Cambridge University Press, 1960), Segundo Tratado, cap. 11-13.

¹³ Kant define a democracia dessa forma: "A forma democrática do Estado é a mais complexa [pois ela contém as seguintes relações]: primeiro, a Vontade de todos de se unirem para constituir-se como um povo; então, a Vontade dos cidadãos de formarem uma comunidade política; e, finalmente, [sua Vontade] de colocarem à frente dessa comunidade um soberano, que nada mais é do que essa própria Vontade unificada." *The Metaphysical Elements of Justice* (Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1965).

pressão e de imprensa, o direito de formar e de filiar-se a partidos políticos, etc.). A questão que se apresenta neste momento refere-se ao lugar da regra de maioria simples nos procedimentos legislativos ordinários que especificam os direitos de participação igual. Sustento que não há nada com respeito a esses direitos que *exija* que decisões legislativas sobre todas as questões sejam tomadas por maioria simples. Se fosse assim, a igualdade política não poderia, a não ser pela regra de maioria simples, ser satisfeita no nível decisório relativo à constituição; e também não poderia ser satisfeita por um contrato social unânime. Por isso rejeito o argumento (desenvolvido por Amartya Sen e outros, e que recua a Kenneth May), em favor da regra de maioria simples, que sustenta que a democracia requer a neutralidade com respeito às questões em pauta (i.e., os procedimentos de votação não devem favorecer uma alternativa mais do que outra).¹⁴ A democracia não requer a *neutralidade* com relação aos diferentes resultados que poderiam corroer as condições nas quais a soberania democrática se assenta. Pode-se muito bem apelar a regras da maioria especiais para preservar pelo menos a integridade dos procedimentos democráticos. Isso significa que, dependendo das questões envolvidas, uma variedade de regras de votação (uma maioria de três quintos, de dois terços ou a mesmo a unanimidade) pode ser consistente com a igualdade política, desde que as pessoas estejam simetricamente situadas nos procedimentos decisórios.¹⁵

Mas se esse é o caso, então qual é o argumento em favor da regra de maioria simples? O argumento contratualista terá que ser, é claro, o de que no nível da escolha *constitucional*, pessoas livres e iguais devem considerar racional acordar que decisões legislativas ordinárias sejam tomadas por maioria simples. Há várias formas de mostrar isso. Para começar, como Rousseau enfatizou, a regra de maioria simples oferece a

¹⁴ May, Kenneth. "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision". *Econometrica* 10, pp.680-84.

¹⁵ Rousseau entendia que a decisão por maioria simples só era apropriada a certos tipos de decisões: "Quanto mais importantes e sérias as decisões, mais a opinião prevalecente deve aproximar-se da unanimidade; ... quanto mais celeridade exigir o assunto em questão, tanto menor deve ser a maioria requerida; nas deliberações em que se precisa decidir imediatamente, deve bastar a diferença de um único voto." *Do contrato social*, livro IV, cap.2, "Das eleições". Isso se segue de sua concepção dos procedimentos de votação como um meio para determinar com precisão as exigências da Vontade Geral. Para explicações semelhantes, ver Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, seção 54; e Cohen, Joshua. "An Epistemic Conception of Democracy". *Ethics* 97, 1986, pp.26-38. Essas explicações são parte da teoria ideal, pressupondo o que Rawls chama de uma "sociedade bem-ordenada". Uma vez que o argumento em favor da revisão judicial é parte da teoria não-ideal, pressupondo que os legisladores nem sempre votarão imparcialmente segundo as exigências da justiça, adaptei um argumento em favor da regra da maioria mais consoante essa suposição de adesão parcial.

forma mais eficiente, consistente com os direitos políticos iguais, de responder a questões que requerem solução imediata. Regras de maioria qualificada são mais problemáticas. Em segundo lugar, a primeira é muito mais efetiva do que qualquer regra de maioria qualificada para realizar os interesses *particulares* de cada pessoa. Com base na suposição de que sabem muito pouco sobre o futuro indefinido, os indivíduos reduzem as possibilidades de que seus interesses se afastem das decisões legislativas escolhendo a regra de maioria simples. Essa regra decisória é a que tem mais probabilidade do que qualquer outra de resultar em legislação que não prejudique indevidamente os interesses de ninguém. A regra de maioria simples deve, então, produzir resultados que estão com mais frequência de acordo com o bem particular de cada pessoa do que qualquer regra de maioria qualificada.¹⁶

Mas para que essas considerações sejam convincentes para pessoas livres, certas condições de *background* precisam ser asseguradas. Na escolha constitucional, os representantes democráticos procurarão assegurar que os procedimentos ordinários para a elaboração de leis não comprometam a soberania de ninguém. Isso oferece uma razão para a imposição de limitações constitucionais a procedimentos de maioria simples — limitações para garantir que os direitos básicos e as exigências da justiça sejam levados em conta e respeitados. É fundamental entre essas limitações uma carta constitucional de direitos, que ademais especifica os direitos básicos que os cidadãos têm à luz do conhecimento que dispõem de suas próprias circunstâncias. Uma carta de direitos é uma forma de os cidadãos salvaguardarem não somente seus direitos políticos iguais, mas também os outros direitos necessários para a busca livre do próprio bem

¹⁶ Uma forma intuitiva de perceber isso é a de que uma maioria simples é o único número em que os perdedores nunca podem exceder os vencedores. Assim, com essa regra a possibilidade de que alguém se encontre entre os perdedores é reduzida ao mínimo. Para uma discussão, ver Barry, Brian e Hardin, Russell (orgs.). *Rational Man and Irrational Society* (Beverly Hills, Sage Pub. Co., 1982), pp. 305-6 e 313-15. Esse argumento foi inicialmente desenvolvido por Douglas Rae em "Decision Rules and Individual Values in Constitutional Choice" (*The American Political Science Review* 63, 1969), pp.40-53. Rae sustenta que em um procedimento de escolha constitucional, a regra de escolha coletiva que seria escolhida por votantes racionais querendo maximizar o acordo entre a escolha coletiva e suas próprias preferências individuais é a regra de maioria simples. Esta é a melhor supondo-se que os votantes não conheçam a probabilidade de fazer parte da maioria nas questões que surgirão. Uma prova formal do argumento foi desenvolvida por Michael Taylor em "Proof of a Theorem on Majority Rule" (*Behavioral Science* 14, 1969), pp.228-231 e por Philip D. Straffin Jr., "Majority Rule and General Decision Rules" (*Theory and Decision* 8, 1977), pp.351-60. O argumento não funciona, entretanto, se as preferências são padronizadas ou assimétricas (por exemplo, divididas segundo linhas étnicas ou de classe). Nesse caso, a escolha racional pode ser uma regra de maioria qualificada, ou, o que dá no mesmo, garantias constitucionais especiais, conforme defendo neste artigo.

por parte de cada um. Por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa. Fazendo isso, eles reconhecem publicamente que a preservação da soberania e da independência de cada um é uma condição de sua associação.

O problema que surge, então, é o de qual é a melhor forma de assegurar que essas restrições substantivas às mudanças legislativas sejam respeitadas. Considerando a natureza imperfeita mesmo de procedimentos legislativos justos, uma constituição democrática pode incorporar justificadamente certas restrições procedimentais aos processos legislativos, para garantir que os direitos básicos e os interesses de cada cidadão sejam levados em conta na deliberação legislativa. Entre essas restrições à regra da maioria encontram-se dispositivos constitucionais familiares tais como a separação de poderes; os controles e contrapesos tais como o bicameralismo e o federalismo; e o poder do executivo de invocar uma regra da maioria especial na forma do veto do executivo. O critério para determinar se quaisquer desses procedimentos são exigidos é: o que, dadas as condições vigentes, exige-se dos procedimentos políticos para assegurar as condições necessárias ao exercício equitativo e efetivo dos direitos básicos iguais pelos cidadãos?

É assim que devemos entender o papel da revisão judicial. Ela encontra-se entre os dispositivos procedimentais com os quais os cidadãos soberanos livres e iguais podem racionalmente concordar e, à luz do conhecimento que têm das condições históricas, impor aos processos legislativos majoritários, para proteger os direitos básicos iguais que articulam a soberania democrática. O objetivo é impor restrições substantivas à legislação que saiu fora do itinerário legislativo. Uma vez que a revisão judicial invoca um meio não-legislativo para fazer isso, ela pode se constituir em uma medida constitucional de recurso último. Mas isso não quer dizer que seja antidemocrática. Pois não é uma limitação à soberania igual e sim ao poder legislativo ordinário, em benefício da proteção dos direitos iguais de soberania democrática.

Entendida dessa forma, a revisão judicial é um tipo de *comprometimento prévio comum* de cidadãos soberanos livres e iguais no nível da escolha constitucional. Pelo exercício de seus direitos de participação igual, eles concordam com uma salvaguarda que os impeça, no exercício ulterior de seus direitos políticos iguais, de mudarem de atitude e de se desviarem de seu compromisso com uma constituição justa. Esta é uma condição que os cidadãos podem incluir em seu assentimento à regra de decisão pela qual as preferências de uma maioria simples serão decisivas na elaboração de leis ordinárias. Outorgando a um órgão não-legislativo, e que não presta contas de seus atos eleitoralmente, o poder de revisar a le-

gislação democraticamente criada, os cidadãos provêm a si próprios de um meio para proteger sua soberania e independência do exercício não-razoável de seus direitos políticos nos processos legislativos. Eles livremente limitam, dessa forma, o leque de opções a eles aberto no futuro. Concordando com a revisão judicial, eles se amarram ao seu acordo sobre os direitos básicos iguais que articulam sua soberania. A revisão judicial é, então, uma forma deles protegerem seu *status* de cidadãos iguais.

Conceber a revisão judicial como um tipo de comprometimento prévio implica uma divisão de trabalho entre as instituições estatais. A legislação de maioria simples promove o bem de cada pessoa mais efetivamente do que qualquer outra regra decisória; além disso, ela possibilita a resposta mais rápida às questões legislativas que é consistente com os direitos políticos iguais. Mas o que é mais efetivo a longo prazo nem sempre é justo em casos particulares. Decisões por maioria simples não são a melhor forma de assegurar que os direitos constitucionais *de ninguém* sejam violados. Para isso as regras decisórias especiais são melhores. Mas estas se tornam crescentemente ineficazes quanto maior for a maioria exigida, e usualmente não são operativas para a legislação ordinária. Assim, para garantir leis que promovam efetivamente o bem de cada pessoa e o bem público, sem que os direitos básicos dos cidadãos sejam violados no processo, cidadãos livres e iguais poderiam racionalmente assentir a decisões de maioria simples sob a condição de que sejam sujeitas à revisão por um órgão independente.

Resumindo o argumento até aqui: como qualquer outro poder estatal ordinário, os procedimentos legislativos majoritários ocupam uma posição subordinada e justificam-se pelos *fins* que promovem. Enquanto uma regra decisória para a satisfação das exigências de participação igual em contextos legislativos, a regra da maioria é a instituição primeira para a promoção dos fins que os direitos políticos iguais realizam. Um dos principais argumentos (desenvolvido por mim acima) em favor da participação igual no governo é o de que isso é instrumental para assegurar que os interesses de todos estejam representados e sejam levados em conta nos processos políticos. Entretanto, os procedimentos majoritários são meios imperfeitos para a realização desses fins. É isso que oferece a justificação dos dispositivos constitucionais que limitam os procedimentos legislativos. São dispositivos que, ou diminuem o passo da mudança legislativa para garantir a racionalidade da deliberação (bicameralismo, federalismo e outros controles e contrapesos), ou restringem diretamente o escopo da autoridade legislativa para garantir a justiça da deliberação (por meio de uma carta de direitos, com ou sem revisão judicial). A revisão judicial é, então, um mecanismo constitucional entre outros para limitar o exercício dos di-

reitos de participação política igual por meio de uma regra legislativa de maioria simples. Sua justificação geral é a de que sob certas circunstâncias pode ser necessário garantir que os direitos fundamentais iguais que articulam a soberania democrática sejam respeitados e preservados nos processos ordinários de governo. Trata-se de uma justificação que é fundamentalmente a mesma daquela invocada para a regra da maioria. O que fundamentalmente justifica os procedimentos legislativos majoritários, a liberdade igual de cidadãos soberanos, também justifica nossa aceitação de outros procedimentos constitucionais que definem e impõem limites aos tipos de decisões que são tomadas por maioria simples.

Entre as formas legislativas possíveis, a regra da maioria é a que melhor promove o interesse de *cada* cidadão democrático na busca livre de seu bem. Quando há um amplo reconhecimento público dos direitos iguais da soberania democrática, e quando aceita-se publicamente que o objetivo da legislação é promover o bem de cada um, então a legislação majoritária pode ser adequada à realização desses fins. Pois sob essas condições ideais há uma concepção comum de justiça e do bem comum para orientar o debate público e a deliberação legislativa. Nesse caso, as decisões majoritárias deveriam normalmente convergir para medidas justas que promovam os interesses básicos de todos e os capacitem a buscar seu bem. Mas na ausência de um acordo público amplo acerca desses requisitos da democracia, não há garantia de que a regra da maioria não será usada, como tantas vezes foi, para subverter o interesse público na justiça e para privar categorias de indivíduos das condições da igualdade democrática. É em circunstâncias como essas que há um lugar para a revisão judicial.

O ARGUMENTO TRADICIONAL

Argumentei que é possível tornar a revisão judicial consistente com a democracia se a primeira é concebida como um comprometimento prévio com os direitos iguais da soberania democrática. Entender a revisão judicial como um comprometimento prévio com a igualdade está de acordo com a idéia básica que fundamenta a tradição do contrato social democrático de Locke, Rousseau, Kant e Rawls. O contrato social é muitas vezes descrito como um compromisso racional e egoísta entre interesses essencialmente conflitantes. Esta é a tradição que deriva de Hobbes. O acordo social nasce da competição por recursos escassos e constitui-se em uma negociação realizada como uma prevenção contra a conduta mutuamente destrutiva na busca de cada um de seus fins privados. Aqui o mo-

delo para o acordo são as negociações econômicas. Mas nem todos os acordos são desse tipo. Por exemplo, nos votos do casamento, nos pactos entre amigos ou nas convenções entre os membros da mesma fé religiosa, as partes fazem um acordo não porque exista um conflito de interesses e sim para se comprometerem por um futuro indefinido com um ideal compartilhado de associação. O acordo a que chegam não é um compromisso entre interesses e sim um comprometimento prévio. Essa é uma forma de entender o papel do contrato social na tradição democrática. O acordo social não nasce de um conflito fundamental de interesse; de fato, ele pressupõe que um conflito desse tipo inexistia. Esse acordo representa o interesse comum fundamental dos cidadãos na preservação das condições de sua soberania igual. Apesar de estar pressuposta a diversidade de interesses privados produzidos pela liberdade dos indivíduos, o acordo social captura a concordância e o compromisso comuns dos cidadãos com a conservação de sua soberania igual. Pelo contrato social, eles concordam com os direitos iguais e com as condições de justiça que mantêm sua soberania igual; e ao concordar com uma constituição, eles criam as instituições políticas que os amarram aos termos de seu acordo. A revisão judicial, como uma dentre várias outras características dessa constituição, é parte do comprometimento prévio dos cidadãos com formas sociais justas. Ela pode ser uma forma efetiva de pessoas livres e iguais se obrigarem aos termos básicos de sua associação social.¹⁷

Considere agora como o argumento democrático difere do argumento tradicional em defesa da revisão judicial. De acordo com a concepção de constituição democrática esboçada, os procedimentos legislativos com regra de maioria simples não são identificáveis à democracia; eles são somente uma parte da organização institucional de um regime democrático. Como qualquer outra instituição criada pelo povo soberano, a autoridade legislativa é um poder derivado de governo, a ser exercido pelos representantes de acordo com as condições constitucionais e para o bem de cada cidadão. Sendo delegado, é um poder ordinário de governo que não deve ser confundido com o poder constituinte que o origina.

Ao estabelecer uma constituição, o corpo de cidadãos *dispõe* os poderes ordinários de governo em um regime político. Cada um desses poderes tem o dever de interpretar a constituição ao desempenhar o papel que lhe foi atribuído. Em qualquer regime em que esses poderes são separados, haverá a necessidade de uma interpretação autorizada última da constituição, (1) para coordenar esses diferentes poderes e para solucionar

¹⁷ Para uma discussão da idéia de que o contrato social envolve um comprometimento prévio com a justiça, e para um contraste com visões hobbesianas, ver meu artigo "Reason and Agreement in Social Contract Views" (*Philosophy and Public Affairs* 19, no.2, 1990), pp.122-157.

conflitos persistentes, (2) para evitar que exigências conflitantes sejam feitas à conduta dos cidadãos, e (3) para assegurar que as formas constitucionais sejam respeitadas e obedecidas pelos poderes ordinários de governo. Uma vez que a constituição especifica os direitos básicos abstratos dos cidadãos, a delimitação clara dos direitos constitucionais e a consistência na aplicação deles garantida por uma interpretação última são essenciais à busca do próprio bem pelos cidadãos, assim como para a vigência de leis justas e efetivas.

A autoridade última de interpretar a constituição é um poder de governo necessário e distinto dos poderes ordinários das funções legislativa, judicial e executiva. É o poder de determinar se o exercício do poder constituinte do povo foi respeitado no desempenho dos poderes ordinários de cada uma das funções. Essa autoridade é também um poder delegado e não deve ser confundida, seja com os poderes ordinários de governo, seja com a autoridade constitucional *última*, que reside sempre no corpo político soberano. Minha tese central é a de que em uma democracia não há nada intrínseco ao poder legislativo ordinário exigindo que o poder separado e distinto de interpretação final seja nele localizado ou a ele atribuído. Eu *não* argumentei, entretanto, que a autoridade da interpretação final *deve* ser localizada no judiciário.

Compare isso com o argumento tradicional em favor da revisão judicial, de Alexander Hamilton em *O Federalista*, nº 78, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, presidida por John Marshall, depois se apoiaria em *Marbury vs. Madison* (1803) (quando a Suprema Corte pela primeira vez assumiu a autoridade de derrogar constitucionalmente atos do Congresso). O argumento baseia-se na doutrina da separação dos poderes, o que Hamilton sustenta ser uma exigência do império da lei. Comece pela suposição (1) "Nenhum ato legislativo ... contrário à Constituição pode ser válido." A questão que se apresenta é: nesse caso, quem tem a autoridade institucional de realizar determinações de validade constitucional? (2) A separação dos poderes é uma exigência do império da lei que é parte de uma democracia constitucional; sem poderes separados, não há proteção à "liberdade pública". (3) Sob a separação de poderes, interpretar e aplicar a lei é o papel institucional do judiciário. (4) A constituição é, e precisa ser entendida assim, como *lei fundamental*. (5) Portanto, deve pertencer aos tribunais a atribuição de "determinar o significado [da Constituição], assim como o significado de qualquer ato específico procedente do corpo legislativo." (6) Segue-se que quando os tribunais, no curso de aplicarem a lei, decidem que certa legislação (ou certos decretos do executivo) conflita com a Constituição, eles devem declará-la inconstitucional. (7) Os tribunais têm, então, devido a seu papel constitucional, a autoridade de inter-

pretar a constituição, e no interesse da estabilidade e da liberdade pública eles devem ter a autoridade *última* de fazer isso.

A suposição (2) (a de que a separação de poderes é necessária à liberdade pública) é discutível. O sistema parlamentarista inglês não é caracterizado pela separação de poderes, e lá os tribunais não têm a autoridade de revisão constitucional. A despeito disso a "liberdade pública" e um sistema democrático são bastante bem assegurados. Mas a suposição crucial é (4) (a de que a constituição é lei). A separação de poderes define a divisão dos poderes *ordinários* de governo que existem em qualquer regime político. De acordo com essa doutrina os tribunais têm a autoridade exclusiva de interpretar e aplicar as leis ordinárias, assim como o legislativo tem a autoridade de fazer todas as leis. O problema é que a constituição *não* é apenas uma outra lei ordinária para os tribunais interpretarem. Mais precisamente, ela é o sistema de normas de ordem suprema para a criação das normas que são reconhecidas como leis ordinárias. Enquanto tal, a constituição provê a base de todas as leis e da separação dos poderes ordinários de governo; nada é lei, e nenhuma instituição tem quaisquer poderes específicos, a não ser em conformidade com a constituição. E não há nada com respeito aos poderes ordinários dos tribunais, garantidos pela separação constitucional de poderes, que conferiria ao judiciário (ou a qualquer outro poder) a autoridade de interpretar as regras excepcionais que constituem os três poderes de governo e que a eles atribuem seus poderes ordinários. Para perceber isso, somente necessitamos positivar uma instituição separada que tenha os poderes de revisão constitucional sobre todos os três poderes ordinários. Isso é exatamente o que Rousseau sugere como uma solução para o problema de quem deve ter o poder da interpretação última da constituição (um tipo de conselho constitucional, que ele denomina "tribunato", que protege o povo soberano do governo que ele institui).¹⁸

Seria assim um erro interpretar a revisão judicial como implícita na separação de poderes e na autoridade ordinária dos tribunais. Entender a revisão judicial dessa forma obscurece o que se passa quando os tribunais exercem esse poder. Isso faz parecer que os tribunais estão desempenhando suas funções constitucionais normais. O que está realmente em

18 Ver nota 6 acima. Uma instituição como essa hoje existe em vários regimes constitucionais. As constituições da República Federal da Alemanha (1949) e da Áustria estabelecem uma corte constitucional separada dos tribunais comuns. Diversamente da revisão judicial norte-americana, essas cortes extraordinárias têm a autoridade de rever atos de legislação a partir do momento em que são promulgados pelos parlamentos, mesmo na ausência de aplicação pelo executivo e de um "caso ou controvérsia" judicial. Ver Friedrich, Carl J. *Constitutional Government and Democracy* (4a. ed.). Waltham, Mass., Blaisdell, 1968. pp.261-2.

questão na revisão judicial é que os tribunais extrapolam a lei ordinária e o seu papel sob a separação de poderes, para avaliar os atos de governo de qualquer um dos três poderes separados. Este não é um poder propriamente judicial; é mais exatamente o exercício de um poder de *preservação*. Quem quer que exerça essa autoridade última age como o preservador de uma constituição democrática.

AS CIRCUNSTÂNCIAS

O argumento democrático em prol da revisão judicial apóia-se na suposição de que os tribunais podem desempenhar um papel importante na preservação das condições de uma soberania democrática. Uma objeção óbvia é a de que não temos nenhuma garantia de que a revisão judicial venha a ser adequadamente exercida para corrigir as falhas legislativas. É igualmente possível que ela seja empregada para garantir o poder de elites contra medidas democráticas legítimas.¹⁹ Este é uma objeção empírica da qual meu argumento não tratou. Minha preocupação foi com a objeção categórica, colocada em termos puramente filosóficos, de que a revisão judicial é inconsistente com a democracia. É certamente verdadeiro que a revisão judicial está sujeita a abusos, assim como os procedimentos legislativos os quais ela foi concebida para corrigir. A probabilidade de que os tribunais não consigam, em uma determinada comunidade política, manter uma constituição democrática justa, é uma entre várias outras considerações empíricas que precisam ser levadas em conta antes que se conclua que as condições apropriadas à revisão judicial se verificam em dada uma sociedade.

Isso significa que avaliar se a revisão judicial é apropriada para uma determinada constituição democrática é uma questão *estratégica*. Diversamente do argumento em favor de procedimentos legislativos democráticos, meu argumento não tem por objetivo mostrar que a revisão judicial é essencial a uma constituição democrática. Em vez disso, a legislação democrática é vista como dada, e a necessidade da revisão judicial vista como contingente do grau em que o governo democrático deixa de servir aos fins que o justificam. Quando há uma probabilidade considerável de que os procedimentos legislativos não satisfaçam os requisitos democráticos da justiça, a revisão judicial *pode ser* uma instituição apro-

¹⁹ Peter Railton argumenta que a Suprema Corte é uma instituição de elite que mantém o poder das elites nas democracias liberais por meio da revisão judicial. "Judicial Review, Elites, and Liberal Democracy." *In Nomos XXV: Liberal Democracy* (New York, NYU Press, 1983) pp. 153-180.

priada para garantir o cumprimento desses requisitos. Isso não significa que a revisão judicial seja exigida sempre que os processos legislativos possam resultar em decisões injustas. Os procedimentos majoritários não são perfeitamente justos nem mesmo em condições ideais. Podemos supor, entretanto, que sob essas circunstâncias o senso público de justiça é forte e desenvolvido a um tal ponto que, uma vez que as conseqüências da legislação injusta se tornem de conhecimento público, os próprios procedimentos legislativos permitam os ajustes necessários à justiça democrática. Nesse caso não há necessidade de a revisão funcionar como um corretivo. A revisão judicial é apropriada quando os procedimentos legislativos são incapazes de se corrigirem. Isso acontece quando o senso público de justiça é (1) dividido internamente; ou (2) não é suficientemente desenvolvido ou não é suficientemente dirigido para influenciar os procedimentos legislativos de forma a realizar as correções necessárias à justiça democrática, ou ainda (3) quando o legislativo é tão controlado por interesses privados (devido, em geral, à influência indevida da riqueza) que ele não reflete corretamente os julgamentos públicos refletidos em questões de justiça.

Até que ponto a revisão judicial é necessária para garantir os padrões de uma constituição democrática, isso depende de circunstâncias históricas e sociais. Saber se o equilíbrio da justiça democrática como um todo, em um determinado Estado, pode ser melhor promovido com ou sem revisão judicial, é uma questão de julgamento prático. É assim que devemos julgar as suposições de que os procedimentos majoritários são a única forma de tomada de decisão consistente com a democracia; ou de que a legislatura deveria tomar decisões segundo sua própria visão da constituição; ou de que a legislatura deveria ter a autoridade exclusiva de interpretar a constituição. Essas proposições só podem ser sustentadas com respeito a regimes democráticos específicos, e justificadas em bases empíricas. Um ponto fundamental do meu argumento é o de que não podemos dogmaticamente selecionar uma característica das constituições democráticas (como a regra da maioria, ou a responsabilização política, ou mesmo a participação política igual) e concluir que a revisão judicial não é democrática por não satisfazer as exigências desse padrão. É preciso mais do que um princípio para caracterizar os ideais democráticos, e não podemos categoricamente dizer que a revisão judicial não é, em certas circunstâncias, uma instituição efetiva para preservar esses princípios. Se isso é certo, é desprovida de fundamento a suposição filosófica de que a revisão judicial é inerentemente não-democrática.

Isso significa que existem várias combinações de instituições que podem satisfazer as exigências da democracia. A democracia não é

exaurível em termos procedimentais. Como quer que a chamemos, uma sociedade que admitisse os direitos políticos iguais e a regra da maioria, mas que sistematicamente negasse a grupos religiosos, étnicos, raciais ou de gênero alguns ou a maioria dos direitos básicos que mencionei, não realizaria os ideais que associamos com a democracia e em consequência dificilmente mereceria a denominação. Uma sociedade é mais ou menos democrática na medida em que garante os direitos fundamentais de cidadãos democráticos livres e iguais, e na medida em que realiza as condições sociais para o exercício efetivo desses direitos e para cada pessoa buscar livremente seu próprio bem. Se, por razões históricas e sociais, a revisão judicial encontra-se entre as instituições necessárias à garantia desses direitos e condições, e não é empregada de forma imprópria, então uma constituição que a admita continua sendo democrática. De outra parte, se a revisão judicial, ou qualquer outra instituição política (incluindo a regra da maioria), é utilizada, como muitas vezes ocorre, para frustrar ou para impedir o exercício efetivo dos direitos básicos iguais de cidadãos soberanos, então nessa medida uma sociedade não realiza o ideal de democracia proposto. Não se pode avaliar se uma sociedade é mais ou menos democrática olhando-se para a presença ou ausência da revisão judicial em sua constituição; precisamos também verificar se esse poder é necessário e como ele é exercido.

CONCLUSÃO

Para concluir, não abordei especificamente a questão da justificação da revisão judicial no Estados Unidos ou em qualquer outra constituição existente. Mais precisamente, meu objetivo foi o de mostrar que a objeção filosófica usual à revisão judicial — a de que é inconsistente com a democracia e com a regra da maioria — envolve uma concepção equivocada do poder legislativo e uma concepção estreita de democracia. Não há nada de não-democrático na revisão judicial de leis que infringem a *igualdade* de direitos básicos tais como a liberdades de consciência, de pensamento e de associação, o direito à participação política e, de forma mais geral, a liberdade de ter por meta realizar a própria forma de vida, desde que consistente com a justiça. A revisão judicial é antidemocrática quando contraria decisões majoritárias com o fito de preservar o poder e os privilégios de elites sociais e econômicas de mudanças sociais e de reformas econômicas, que tenham por objetivo capacitar cada cidadão a alcançar a independência e a exercer efetivamente seus direitos básicos. A Suprema Corte dos Estados Unidos seguiu as duas direções. Durante grande parte

de sua existência, a Suprema Corte tendeu, contra as tentativas de reformas legislativas, a consagrar constitucionalmente as leis, as convenções e os privilégios vigentes relativos à propriedade privada que favoreciam especialmente aqueles que controlavam legalmente a massa maior de riqueza. Até que ponto as desautorizações mais recentes (desde 1938) dessas interpretações pela Corte, e seus esforços tardios para garantir os direitos básicos iguais dos cidadãos, são suficientes, pesando-se tudo, para compensar as distorções que antes causou a uma constituição democrática, esta é uma questão que não tentarei responder. Somente procurei estabelecer o *background* para o exame dessa questão.

DEMOCRACIA E REVISÃO JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE

SAMUEL FREEMAN

O artigo enfrenta a objeção à "revisão judicial" (isto é a autoridade judicial para julgar a constitucionalidade dos atos dos poderes da República) que a considera uma instituição antidemocrática. A revisão judicial pode ser democraticamente justificada. Para isso teremos que pensá-la como um compromisso coletivo prévio assumido pelos cidadãos na situação de escolha constitucional, no sentido de que não exercerão seus direitos políticos iguais de formas que coloquem em risco sua própria condição de portadores dos direitos da cidadania igual.

DEMOCRACY AND JUDICIAL REVIEW

Objections to the institution of judicial review as being incompatible with democracy are examined and refuted. Judicial review can be

democratically justified, it is argued. This is possible if we conceive it as a previous collective compromise assumed by the citizens in the constitutional choice situation, to the effect that they would not exercise their equal political rights in ways that could put in danger their own condition of bearers of equal citizenship rights.