

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS À LUZ DAS CONSIDERAÇÕES DE RICHARD POSNER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES DE RICHARD POSNER

ADRIANE GUASQUE*
BÁRBARA GUASQUE**

RESUMO

O controle de constitucionalidade das leis, a despeito de sua plena consolidação na ampla maioria dos Estados constitucionais, ainda suscita inúmeras divergências doutrinárias. As objeções possuem cariz democrático. O presente estudo objetiva trazer à calva as considerações pragmáticas exaradas por um dos principais mentores da análise econômica do Direito (*Law and economics*) acerca do instituto. *Richard Posner* extrapola a discussão eminentemente centrada nas objeções democráticas do controle judicial das leis, trazendo importantes contribuições para o estudo e análise dessa prerrogativa judicial.

Palavras-chave:

Controle de Constitucionalidade, Richard Posner, Análise Econômica do Direito, Pragmatismo, Democracia.

RESUMEN

El control de constitucionalidad de las leyes, a pesar de su plena consolidación en la amplia mayoría de los Estados constitucionales, todavía suscita innumerables

* Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Advogada. Florianópolis – SC – Brasil. E-mail: adriane@guasque.adv.br

** Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí com bolsa PROSUP da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003). E-mail: barbaraguasque@hotmail.com

divergências doutrinárias. As objeções possuem caráter democrático. O presente estudo tem como objetivo trazer à vista as considerações pragmáticas extraídas por um dos principais mentores do análise econômica do Direito (Law and economics) acerca do instituto. Richard Posner extrapola a discussão eminentemente centrada nas objeções democráticas do controle judicial das leis, trazendo importantes contribuições para o estudo e análise de essa prerrogativa judicial.

Palavras chave:

Controle de Constitucionalidade, Richard Posner, Análise Econômica do Direito, Pragmatismo, Democracia.

ABSTRACT

The judicial review of laws, despite their full consolidation in the vast majority of constitutional States, still raises many doctrinal differences. The objections have democratic nature. This study aims to bring forth pragmatic considerations entered by one of the main mentors of Economic Analysis of Law (Law and Economics) about the institute. Richard Posner goes beyond the eminently democratic discussion centered on the objectives of judicial review of laws, bringing important contribution to the study and analysis of this judicial prerogative.

Keyword:

Judicial Review, Richard Posner, Law and economics, Pragmatism, Democracy.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis, apesar de sua plena consolidação na ampla maioria dos Estados constitucionais, ainda suscita inúmeras divergências doutrinárias. As objeções possuem caráter democrático, permeando a interferência do Poder Judiciário no âmbito de competência do Legislativo, bem como a afronta à soberania popular e à democracia permitir que, as leis formuladas pelo órgão eleito democraticamente para ser o representante do povo, possam ser revistas e anuladas pelo único dos Poderes cujos cargos não são eletivos. É aceitável delegar ao Poder Judiciário a última palavra acerca do conteúdo da Constituição?

Debates filosóficos não faltam para dissecar a matéria.

O presente estudo objetiva trazer à calva as considerações pragmáticas extraídas por um dos principais mentores da análise econômica do Direito (*Law and economics*) acerca do instituto – *Richard Allen Posner*.

Para tanto se fará uma primeira abordagem acerca do pragmatismo e da proposta de *Richard Posner* para legitimar as decisões judiciais. Na sequência serão levantadas algumas das teses dos principais filósofos que defendem e rejeitam o controle de constitucionalidade. Prossegue-se, por fim, com as considerações pragmáticas arguidas por *Richard Posner* acerca dessa importante prerrogativa judicial.

A pesquisa se justifica dada a ampla utilização do critério proposto por *Posner* nas decisões judiciais, mormente nas de grande repercussão nacional. No que concerne ao controle de constitucionalidade, o autor extrapola a discussão eminentemente centrada nas objeções democráticas no instituto, trazendo importantes contribuições para o estudo e análise dessa prerrogativa judicial.

Utilizou-se, para tanto, quer na fase de investigação quanto na fase do relatório da pesquisa, o método indutivo. O método procedimental utilizado foi o monográfico e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1. JUÍZES, PRAGMATISMO E DECISÕES JUDICIAIS

Richard Allen Posner, jurista americano pertencente à Universidade de Chicago e juiz do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da Justiça Federal, é um dos principais mentores da análise econômica do Direito (*Law and economics*), segundo a qual, as decisões judiciais devem pautar-se pelo critério pragmático de custo/benefício voltado à eficiência econômica - a maximização da riqueza. Dessa maneira as decisões judiciais, mais do que garantir direitos, devem buscar a lógica da mais eficiente otimização das riquezas, de maneira que o aspecto econômico será o legitimador das decisões judiciais.

Posner é um ferrenho defensor do pragmatismo, no entanto, sob um viés cotidiano e não filosófico. Como um auxílio aos operadores do direito na tomada de decisões de maneira a ponderar as consequências futuras das decisões judiciais. Ele ataca o academicismo teórico do direito e da política, tidos como intelectuais alienados do cotidiano que pensam saber “o que é verdadeiro e o certo; consideram-se mais sábios e desinteressados que os políticos, empresários, trabalhadores e o público em geral e tendem a se agrupar uns com os outros, excluindo, praticamente, todo o resto da população”.¹ O autor prioriza a análise das consequências das decisões judiciais em detrimento do formalismo legal e da normatividade – um pragmatismo cotidiano. “O importante é que os juízes e outros tomadores de decisões pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos”.²

O pragmatismo legal que ele defende baseia-se na economia, na teoria dos jogos, na ciência política, na epistemologia, no empirismo e em outras disciplinas vez que o direito não pode ser autocentrado, necessita da análise de outros ramos sociocientíficos a fim de tornar-se menos formalista.

Num resumo brutalmente leve, o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas [...] ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do

¹ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 110.

² RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42.

desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece “dever” em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).³

Posner advoga a tese de que os juízes mais influentes da história constitucional americana tendem a ser pragmáticos. Era o caso de *John Marshall*, juiz presidente da Suprema Corte Americana, responsável por consolidar definitivamente o controle de constitucionalidade das leis mediante capciosa e engenhosa decisão judicial. O autor menciona que a despeito de referido magistrado ser culto e autor de extensa biografia de *George Washington*, era leigo em filosofia e não podia ser considerado um intelectual de verdade. No entanto foi o responsável por tornar o Poder Judiciário Federal um controle eficaz às iniciativas radicais do, recém-eleito, Partido Democrata Republicano de *Thomas Jefferson*.⁴ Embora fosse incontestável que a nomeação de juiz presidente cabia a *John Adams* em vez de *Jefferson*, o que daria a um federalista a oportunidade de trabalhar na elaboração da Constituição; *Marshall* aduziu que a retenção do título era ilegal e abusiva e feria o direito de *Marbury*, no entanto julgou improcedente o mandado de segurança com o fundamento de o pedido ser baseado em lei tida por inconstitucional, que invadiu a competência do constituinte, único capaz de dispor sobre a competência originária da Suprema Corte, já que fixada na Constituição.⁵ Assim sendo *Jefferson* resignou-se por não ter tido uma decisão sua afrontada pela Suprema Corte, o que apaziguou os ânimos entre os Poderes, e, ao mesmo tempo, assentou a premissa de que caberia aos juízes analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, instituindo dessa forma a supremacia judicial, vez que todos os Poderes devem obediência ao ditames constitucionais e cabe ao Poder Judiciário a posição de intérprete máximo da Constituição.

A despeito de não ser o marco inicial de utilização do *Judicial review*, *Marbury vs Madison* (1803) foi o precedente emblemático e definidor do instituto,

³ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 65.

⁴ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66-67.

⁵ *Marbury vs. Madison* foi um dos mais emblemáticos casos da Suprema Corte Norteamericana e o epílogo foi o seguinte: O presidente Federalista John Adams perde a eleição para Thomas Jefferson, no entanto, antes de Adams deixar a presidência para o democrata, o Congresso passa o “Judiciary Act” de 1801 que além de outras alterações aumenta o número de juízes, modificando o “Judiciary Act” de 1789. Adams, dias antes de deixar a presidência aponta diversos juízes para cortes federais, dentre eles William Marbury. Quando Jefferson assume a presidência ele ordena que Madison, o novo secretário de estado, não conclua o processo de nomeação de alguns juízes que Adams previamente teria apontado, Marbury sendo um desses. O Congresso, para apoiar Jefferson passa o “Judiciary Act” de 1802 que altera a composição do Judiciário novamente, desta vez voltando as alterações do “Judiciary Act” de 1789. Marbury então, entra com uma ação junto a Suprema Corte Americana contra Madison de modo a reaver a sua chamada comissão que concluirá o processo de nomeação dele como juiz. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 que concluiu, segundo interpretação própria, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

responsável por consagrar a supremacia judicial e influenciar todos os países que a adotaram. A destreza de *Marshall* não se encontra na criação do instituto do *Judicial Review*, mas na sua consolidação definitiva em um momento necessário e propício da nova nação americana. A consolidação do controle judicial das leis não somente aumentou o poder de *Marshall*, como deu aos federalistas, derrotados nas eleições executivas e legislativas, a prerrogativa de conter eventuais abusos dos representantes do Partido Republicano e de seu Presidente *Thomas Jefferson*.

Caso a decisão tomada fosse outra, efetivando a nomeação de *Marbury*, certamente teria se instaurado um conflito entre as instituições americanas, acarretando a derrocada da tese do *judicial review* e, por consequência, da supremacia do Poder Judiciário.

Por isso que *Posner* toma *Marshall* por um conservador pragmático. *Holmes* admite, ainda que com relutância, que “o trabalho de *Marshall* provou mais do que ser um grande intelecto, um bom estilo, e ascendência pessoal em seu tribunal, demonstrando coragem, justiça e as convicções de seu partido”.⁶

O autor traz à calva a crítica expressada por *David Currie* sobre *Marshall*, e implicitamente, sobre o pragmatismo legal, para o qual *Marbury* ilustra a tendência de *Marshall* de concluir que a Constituição quer dizer o que ele gostaria que ela significasse. No entanto *Currie* reconhece que referida decisão demonstra que *Marshall* era um mestre da tática. A crítica de *Currie* à *Marshall* aduz que, apesar de *Marshall* ter sido um juiz presidente extremamente bem sucedido, é difícil encontrar uma única decisão de *Marshall* que junte argumentos legais relevantes de forma convincente, não escrevendo nenhuma decisão judicial excelente e não sendo brilhante intelectualmente, apesar de inteligente.⁷

Como resposta, *Posner* explica que *Marshall*, antes de tornar-se juiz, era um advogado litigante que, assim como todos, visa resultados e que, para se chegar aos resultados pretendidos, se utilizam de toda a sorte de táticas e de retórica inerentes à profissão. Ele compara litigantes à sofistas e explica que *Marshall* tinha o intelecto astuto de um advogado incrível e que almejava atribuir à Suprema Corte, paridade de poderes para com o governo federal e o legislativo. Além disso, ele pretendia “que a Constituição fosse interpretada como tendo ordenado a um governo nacional poderoso que promovesse valores comerciais e controlasse o excesso democrático”⁸.

Esse excesso democrático o qual *Marshall* pretendia e, mais que isso, necessitava controlar, advinha do seguinte contexto histórico norte-americano: em virtude da derrota eleitoral que os Federalistas sofreram em 1800 para os Republicanos, e do forte apelo advindo de um constitucionalismo popular, os Federalistas se viram compelidos a se refugiarem no Poder Judiciário, nomeadamente na Suprema Corte, tendo em vista não se tratar de órgão eletivo e não dispor de

⁶ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

⁷ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 69.

⁸ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 69.

mecanismos democráticos como o *Accountability*. Não havia outra alternativa vez que os Federalistas haviam perdido a presidência, o congresso e todos os cargos de eleição popular E foi sob o escudo de proteção da Suprema Corte que a elite americana, encurralada pela onda de constitucionalismo popular que se generalizou nos Estados Unidos, pode disseminar suas ideias e “impor uma forma de governo apta a dominar idologicamente o mundo inteiro”. De maneira que, para *Restrepo, Marbury vs. Madison*, “em vez de ser a terra firme e pacífica onde nasce e cresce toda a história constitucional americana, se oferece como uma jogada estratégica de uma elite encurralada, que busca em seus últimos suspiros defender sua visão de mundo”.⁹

De fato, foi uma jogada estratégica para a elite se perpetuar no poder, controlando o excesso democrático de não proprietários de terra. Mas não se pode negar, nem olvidar, que a recém-constituída nação americana necessitava de um governo federal forte para prosperar e o Poder Judiciário também precisava reafirmar seu papel, por ora fragilizado, perante o esquema constitucional. Além disso, era necessário algum mecanismo capaz de conter as investidas radicais dos Republicanos no Legislativo contra os direitos de propriedade. Portanto o *judicial review* foi uma resposta pragmática de *Marshall* tendente a fortalecer uma república nacional, afirmar a supremacia dos tribunais na interpretação constitucional, contendo, dessa forma, os demais Poderes, nomeadamente o Poder Legislativo de iniciativas populistas atentatórias aos direitos de propriedade e contratuais. A visão pragmática Posneriana da postura adotada por *Marshall* diverge radicalmente da exposta anteriormente por *Restreppo*.

Algumas pessoas mesmo hoje pensam que a Suprema Corte enveredou por um caminho errado na época de *Marshall*, que ele tornou a Corte poderosa demais em relação a outros ramos mais democráticos do governo federal, que ele tornou o governo federal poderoso demais em relação aos Estados e que ele teve êxito “em identificar a Corte com a Constituição”. Porém, o perigo de que a nova nação pudesse dissolver de volta numa confederação frouxa estabelecida pelos Artigos da Confederação, ou mesmo em nações independentes, era substancial no primeiro terço do século XIX e a Corte de *Marshall* não poupou esforços para controlar essa tendência. Por isso a maioria de nós é agradecida. Se não fosse pela agressividade de *Marshall* como juiz presidente, talvez os Estados Unidos não fossem uma nação hoje.¹⁰

A decisão de *Marshall* em *Marbury vs Madison* foi pragmática, assim como quando decidiu, também nos primórdios da história constitucional americana (1819), em *McCulloch vs. Maryland*, que a Constituição proibia os Estados de cobrarem impostos de bens ou valores federais.¹¹

⁹ RICARDO SANÍN RESTREPO. *Teoria Crítica Constitucional*. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 120.

¹⁰ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70.

¹¹ O caso teve início em 1816, quando o Congresso norteamericano criou o *Bank of the United States*. Em seguida, no ano de 1818, o estado de *Maryland* aprovou uma lei que obrigou o banco nacional ao pagamento de impostos. *McCulloch*, funcionário do banco de *Baltimore*, se recusou a pagar os impostos estaduais o que

Ao proferir, com sua habilidade retórica, que “o poder de cobrar impostos envolve o poder de destruir”, *Marshall* afirmou que os estados tinham o poder de instituir tributos, mas que a Constituição e as leis federais eram supremas e não podiam ser controladas ou submetidas à vontade do legislador estadual. No entanto o pano de fundo da celeuma era o grau de permissão que os Estados teriam para limitar o poder federal; a escolha entre direitos dos Estados e um governo nacional forte, sendo que os direitos invocados pelos Estados poderia enfraquecer o governo nacional – o que não era desejado.

Robert Justin Lipkin enaltece esse pragmatismo legal em contraposição ao formalismo legal, o qual julga conservador. Ele divide os casos constitucionais americanos em revolucionários e normais, sendo que os primeiros foram decididos de forma pragmática e desvinculada do formalismo legal característico dos casos “normais”. O autor afirma que, caso os formalistas tivessem dominado a Suprema Corte nos de 1950, o emblemático *Born vs Board of Education* provavelmente teria mantido a segregação racial nas escolas públicas com base no “separado mais igual” estabelecido em *Plessy vs. Ferguson* (1896).

A Corte teria percebido a imprecisão da cláusula de proteção igual da Décima Quarta Emenda e a incerteza quanto a se se pretendia conceder aos negros mais do que igualdade política com os brancos, teria citado *Plessy vs Ferguson* como decisão judicial para rejeitar desafios ao “separado mais igual”, se teria explicado que o Sul tinha criado suas instituições baseando-se nessa decisão, teria zombado da evidência sociocientífica conclusiva apresentada pelos autores da ação para mostrar os efeitos danosos da educação segregada sobre os alunos negros e se teria recusado, por estar além de sua competência, reconhecer o lugar da segregação na escola pública num mosaico de instituições públicas projetadas para manter os negros num status social subordinado, estigmatizado.¹²

Por fim, ao contrário da pletera de teses agitadas contrárias à atuação de *Marshall* no emblemático *Marbury vs Madison*, *Posner* defende sua atuação pragmática e afastada do formalismo legal, a qual, analisando as externalidades positivas e negativas e o contexto social em que estavam inseridos à época, foi capaz de tomar a melhor decisão para a nação. “O teste de uma grande decisão judicial não é sua continuidade com os princípios do formalismo legal. É o quanto se adequa a seu contexto social”.¹³

Por uma questão histórica, os juízes europeus são mais formalistas que os americanos. Todo sistema legal europeu, desde a separação dos poderes foram interpretados de maneira a limitar o arbítrio e discricionariedade judicial. No afã de se evitar abusos e arbitrariedades oriundos de um poder não eletivo, a tradição jurídica europeia relegou o papel do juiz a mero “boca da lei”, limitado a exprimir

gerou o questionamento acerca da possibilidade de uma lei estadual estabelecer o pagamento de tributos para um banco de propriedade da União.

¹² RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70-71.

¹³ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72.

a exatidão do conteúdo da lei de feitura do poder legislativo – tido como poder supremo com o advento da Revolução francesa.

Também corrobora a organização burocrática dos judiciários europeus. O judiciário é uma carreira que inicia-se obrigatoriamente por baixo à espera de promoções que se concretizam à conveniência dos superiores. “Tal carreira atrai o tipo de pessoa que se sente confortável com a burocracia e alimenta hábitos de obediência a diretrizes e a textos oficiais; a administração burocrática é governo por regras escritas”.¹⁴

Dadas essas circunstâncias é que, diferentemente dos Estados Unidos, a Europa não possui direito consuetudinário e foi extremamente resistente em incorporar o controle de constitucionalidade das leis.

2. DEMOCRACIA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis, a despeito de sua plena consolidação na ampla maioria dos Estados constitucionais, ainda suscita inúmeras divergências doutrinárias. As objeções possuem cariz democrático, permeando a interferência do Poder judiciário no âmbito de competência do poder legislativo bem como a afronta à soberania popular e à democracia, permitir que as leis formuladas pelo órgão eleito democraticamente para ser o representante do povo, possam ser revistas e anuladas pelo único dos Poderes cujos cargos não são eletivos. É aceitável delegar ao Poder Judiciário a última palavra acerca do conteúdo da Constituição?

Debates filosóficos não faltam para dissecar a matéria, a exemplo do protagonizado entre dois dos principais filósofos políticos da atualidade: *Ronald Dworkin* e *Jeremy Waldron*.

Dworkin, filósofo norte-americano, enquanto *Waldron*, neozelandês, tendo estudado em sua terra natal e, também, na Inglaterra, protagonizam, fidedignamente, em seus posicionamentos, a maneira como o princípio da separação dos poderes foi recebido nos Estados Unidos, mediante a supremacia do Poder Judiciário e da Constituição; contrastando com o outro lado do Atlântico que primava pela supremacia do Legislativo. A divergência entre a forma dada a referido princípio, nos Estados Unidos e Europa (nomeadamente Inglaterra e França) resta flagrante quando da consagração e críticas acerca da carga democrática do *judicial review*. Foi a grande resistência a se impor limites ao poder legislativo, tido como poder soberano, por ser a expressão da soberania popular, que tardou a adoção do controle de constitucionalidade no velho continente. Isto porque, enquanto na Europa, o perigo de arbitrariedades historicamente advinha da Coroa; nos Estados Unidos, ele apareceu em uma maioria legislativa não proprietária de terras.

Tecidas essas considerações acerca das causas das divergências e interpretações entre os dois continentes, passa-se a compreender, ainda que de forma

¹⁴ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 75.

perfunctória, algumas premissas arguidas pelos filósofos mencionados, no que concerne à democraticidade do controle de constitucionalidade.

Dworkin visualiza a questão do controle de constitucionalidade, não sob a ótica de sua compatibilidade com a democracia, mas sim designando o que é, para ele, a democracia. E a democracia, em *Dworkin*, tem por objetivo definidor o fato de que “as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito”.¹⁵

Com base nessa definição de democracia com fulcro na ideia de direitos, *Dworkin* defende que os juízes tem melhores condições de defender ditos direitos que as legislaturas, vez que raciocinam com base em princípios. *Dworkin* defende que os juízes apresentam uma condição estrutural que torna mais provável que raciocinem com fundamento nos princípios do que se movam por interesses egoístas, agindo, portanto, de maneira melhor que as legislaturas.

Aqui vale a assertiva Posneriana de que, quanto mais criterioso o teórico for na conceituação de uma democracia eficaz, menos democrático ele considerará nosso sistema político, tendendo, portanto, a legitimar maiores intervenções judiciais. “Isso é um exemplo de o melhor ser inimigo do bom. Quanto mais se exige da democracia, menos satisfatória a resposta e assim mais forte a tentação de tornar o sistema menos democrático, outorgando mais poder a uma elite de juízes vitalícios não eleitos”.¹⁶

Já para *Waldron*, as assertivas de *Dworkin* são infundadas. Para ele não é certo que os juízes sempre decidem conforme princípios morais, dando maior atenção, na maioria das vezes, para argumentos “colaterais e moralmente irrelevantes”. “Os magistrados, preocupados com sua legitimidade para resolver estas questões em nome da coletividade, se sujeitam obsessivamente ao texto legal e aos precedentes em vez de discutir as razões morais que são o centro das controvérsias políticas”.¹⁷

Waldron considera o ambiente do legislativo mais apropriado para considerações de casos individuais através do *lobby*, das audiências públicas e aduz que, assim como os juízes, os legisladores também se preocupam com princípios, raciocinam de acordo com critérios objetivos, oferecem suas razões de voto mediante o debate que ocorre nas comissões legislativas e dentro do plenário, e estas razões também são publicadas. O autor cita como exemplo de qualidade de debate legislativo, de decisões fundamentadas emergentes do processo de deliberação pública, os ocorrido na década de 1960 no Reino Unido, pelo Parlamento britânico, a respeito da liberalização do aborto, da abolição da pena de morte e sobre a legalização da conduta homossexual. *Waldron* resume que a diferença entre o

¹⁵ DWORKIN, 2004, p. 117 *apud* SEBASTIÁN LINARES. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 63.

¹⁶ RICHARD POSNER. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125.

¹⁷ SEBASTIÁN LINARES. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 72.

debate judicial do debate legislativo reside no fato de que, enquanto o judicial se abstrai em questões interpretativas, hermenêutica, competência, doutrina e precedentes; o legislativo tem o condão de focar sua atenção na questão crucial, no problema moral e suas implicações.¹⁸ O autor reconhece a possibilidade do debate legislativo se desvirtuar ou serem estéreis, mas considera que a probabilidade de os juízes e os legisladores caírem em suas respectivas patologias é simétrica, e, na qualidade de simétricas, a premissa de que o controle de constitucionalidade defende melhores os direitos individuais do que o legislador deve ser afastada.¹⁹

Por fim, segundo *Waldron*, uma vez que não se pode aferir que as razões de decidir do Poder Judiciário são superiores qualitativamente às deliberações das legislaturas, sendo que são ambos poderes imperfeitos, falíveis e sujeitos a agirem movidos por interesses e não com respeito a princípios; então é salutar que se dê primazia ao procedimento mais democrático, àquele poder que melhor “respeita o direito a participar em pé de igualdade” – O Poder Legislativo.

John Dewey, um dos principais filósofos pragmáticos, levanta um argumento interessante para rechaçar o controle de constitucionalidade. Para ele o mecanismo seria profundamente ademocrático, vez que extirpa a experimentação democrática nos laboratórios dos Estados e cidades. Ele retira a possibilidade de uma “experimentação social tendente a produzir melhores políticas por meio da seleção natural além de colocar a opinião especializada em posição de superioridade à inteligência distribuída da massa”.²⁰

Como exemplos são trazidos casos famosos como *Zelman vs Simmons-Harris*, que tratava do sistema de *vouchers* que seria distribuído para que os alunos de escola pública tivessem a possibilidade de receber dinheiro público, a fim de escolherem a escola de sua preferência, sem a obrigatoriedade de matriculá-los na escola pública do distrito aonde residem. A ideia da medida era aumentar a possibilidade de escolha da escola por parte dos pais e aumentar a concorrência entre as escolas públicas. Mas como a maioria das escolas particulares era religiosa, a medida foi questionada, por ferir a Primeira Emenda que estipula que o Congresso não pode aprovar uma lei que respeite o estabelecimento de uma religião oficial. As possíveis consequências acarretadas por dita política pública forneceriam informações valiosas que não seriam passíveis de serem obtidas de outra forma. Ao decidir pela inconstitucionalidade da medida, a Suprema Corte sufocou essa experimentação.

Não teremos como saber se as políticas públicas serão boas ou ruins se elas forem recusadas antes que se conheçam seus resultados.

Levantadas algumas das teses dos principais filósofos que defendem e rechaçam o controle de constitucionalidade, prossegue-se com as considerações pragmáticas arguidas por *Richard Posner* acerca do instituto.

¹⁸ O autor dá o exemplo da questão do aborto onde o *status* do feto, a escolha da gestante, os riscos, a sua privacidade e os conflitos morais são questões que encontram um debate mais focado e amplo no âmbito do poder legislativo que na argumentação judicial. (LINARES, 2008, p. 75).

¹⁹ SEBASTIÁN LINARES. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 75.

²⁰ RICHARD POSNER. *Direito, Pragmatismo e Democracia*; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94.

3. POSNER, O PRAGMATISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma vez que a ampla maioria das objeções ao controle de constitucionalidade tem cariz democrático, *Posner*, assim como *Dworkin*, considera fundamental o entendimento da democracia a fim de se decidir “quanto escopo se deve dar a juízes para invalidarem leis e de outra forma verificarem, subverterem ou adia-rem medidas tomadas em nome do povo por seus representantes eleitos”.²¹

Para a compreensão o autor traz à calva dois conceitos de democracia: um deles, a democracia política, denominada pelo autor de Conceito 1, constitui uma aproximação à teoria da democracia deliberativa formulada por *John Dewey*²² e parte da premissa que todo adulto que não seja incapaz, tem o direito moral de participar em pé de igualdade da governança da sociedade, atribuindo uma mente cívica orientada para o interesse público e não para interesses particulares egoístas, distanciando-se da mera agregação, por meio do voto majoritário, de preferências existentes, irrefletidas e presumivelmente egoístas. A democracia no conceito 1 pretende denotar as formas mais grandiosas de democracia deliberativa, conforme elaborado por *John Dewey*, e pode ser descrita como uma utopia.

“Com metade da população tendo um QI abaixo de 100 (no entanto, um ponto que o próprio Dewey, um liberal, um ‘wet’, não se sentiria confortável em tocar), com as questões confrontando o governo moderno altamente complexo, com pessoas comuns tendo tão pouco interesse em questões políticas complexas quanto apatidão para elas, e com os candidatos que as pessoas elegem fustigados por grupos de interesses e as pressões por eleições competitivas, seria irrealista esperar que boas ideias e políticas sensíveis emergjam da desordem intelectual que é a política democrática por um processo adequadamente expressado como sendo deliberativo”.²³

Já o Conceito 2 de democracia, aos moldes do conceito de democracia de elite, do economista austríaco Joseph Schumpeter, (que, a propósito, em nada se assemelham ao conceito dado por *Dworkin*), visualiza o processo democrático como “um método pelo qual os membros de uma elite política autocentrada (que não se confunde com uma elite moral ou intelectual), competem pelos votos de um eleitorado basicamente ignorante e apático, assim como determinadamente autocentrado”.²⁴ Esse formato que a democracia moderna assumiu, de democracia

²¹ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

²² “A democracia deliberativa é a democracia política concebida não como um choque de desejos e interesses ou como um agregado de preferências (a concepção benthamita de democracia) ou como uma mera supervisão de funcionários públicos, eleitos ou não, que são os verdadeiros governantes (concepção de democracia de Schumpeter) [...] A democracia deliberativa, em oposição, e democracia política concebida como a centralização de diferentes ideias e abordagens e a seleção do melhor por meio de debate e discussão”. In: Posner, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82.

²³ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82.

²⁴ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 12.

representativa, as pessoas não governam mas decidem quem irá governar, sendo que esses são escolhidos mediante uma disputa eleitoral entre “concorrentes pertencentes à uma elite de inteligência, sagacidade, conexões, carisma e outros atributos que os capacita para se apresentarem ao público de maneira plausível como sendo ‘os melhores’”.²⁵ Sendo que esses, após eleitos, afastam-se completamente do seu público votante bem como de seus interesses e necessidades.

Enquanto o conceito 1 pressupõe um eleitorado esclarecido, engajado, bem informado e intencionado, inspirado por ideais públicos —herdeiros da visão utópica de *Rousseau*, de que o povo soberano sempre faria leis baseadas na razão e com vistas ao interesse geral; o conceito 2 aceita as pessoas como elas realmente são— ignorantes e desinteressadas politicamente.

A democracia no conceito 2, na ótica de *Posner*, é indubitavelmente, o melhor entendimento pragmático do que a democracia é.

Por certo que, observadas a natureza humana, o padrão das nossas instituições e o contexto político e social que nos é presente, infere-se a inoperabilidade dessa democracia expressada no Conceito 1. Os que adotam o Conceito 2 desvencilham-se de idealizações pueris. Eles enxergam que a política

“é uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, constituindo uma classe dirigente, para o apoio do povo, que também se pressupõe buscar seus próprios interesses, não estando nem um pouco interessados na política ou bem informados a respeito dela. A democracia conforme retratada pelos democratas no Conceito 2 não é autogoverno. É o governo por representantes oficiais que são, no entanto, escolhidos pelo povo e que, se não atenderem às expectativas, são afastados pelo povo no final de um mandato curto fixo e limitado”.²⁶

Feitas essas diferenciações entre conceitos de democracia, retornemos ao controle de constitucionalidade. Convenhamos que, onze juízes (no caso da Suprema Corte brasileira), não se mostra uma fatia razoável do eleitorado a que se possa ter uma amostra estatisticamente significativa dele. Por maior que seja o esforço para torná-la plural e diversificada, demográfica e ideologicamente, não há como um número tão restrito de magistrados representarem todas as frações importantes (minorias, subculturas, interesses, pontos de vistas etc) da hodierna sociedade plural e heterogênea. Não sendo, por certo, seu representante mais adequado.²⁷

No entanto, à luz da visão pragmatista Posneriana, levando em conta o tipo de democracia a que estamos inseridos contextualmente, onde os cargos no Congresso Nacional são ocupados por uma elite política descompromissada com os anseios populares e com os ditames constitucionais, e comprometida com seus

²⁵ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84.

²⁶ RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

²⁷ Posner efetuou essa descrição referindo-se à Suprema Corte Americana e ao Estados Unidos. In: RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 99.

próprios interesses e a manutenção do *status quo*, ou seja, a democracia no conceito “1” – a democracia de elite, o melhor entendimento pragmático do que a democracia é;²⁸ chega-se então, a inevitável conclusão, de que o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é inafastável e que sua carga de democraticidade se justifica na medida em que a soberania do parlamento (poder constituído) não pode suplantiar a soberania do poder constituinte materializada na Constituição. Ou seja, justifica-se essa prerrogativa judicial com vistas à efetivação da Constituição Federal, mormente em sua atuação contramajoritária, de maneira que, anular os efeitos de leis inconstitucionais, consolida-se como uma condição de possibilidade da democracia, garantindo a integridade e efetividade do texto constitucional. Ainda que não funcione sempre, e exatamente dessa maneira.

Imerso em sua visão pragmática, *Richard Posner* não detém sua atenção às objeções democráticas ao controle de constitucionalidade, sua análise permeia tanto os argumentos que rechaçam o instituto quando os que atribuem consequências benéficas à referida doutrina para então aferir que “depois de dois séculos de vigência dessa doutrina nos Estados Unidos, milhares de sentenças judiciais e inúmeras doutrinas, as reais consequências da aplicação da doutrina ainda são objeto de conjecturas”.²⁹

Posner aduz que os argumentos contrários ao controle de constitucionalidade são inconclusivos e os argumentos a favor de difícil comprovação vez que necessitariam, para tanto, de uma comprovação empírica. Por exemplo, um argumento crível a favor do controle de constitucionalidade, aduz que essa prerrogativa protege a liberdade, pois representa uma descentralização do poder (uma atuação à la *checks and balances*). No entanto é uma assertiva difícil de ser comprovada vez que não podemos retroceder na história e conjecturar quantas violações à liberdade teriam ocorrido não fosse a atuação do *judicial review*. Até porque, essas violações não deixaram de acontecer, mesmo com essa prerrogativa judicial. No entanto é possível que, sem este, ocorreriam em número ainda maior.³⁰

“Sabemos o que a Suprema Corte efetivamente fez. Ignoramos, no entanto, o que o poder legislativo teria feito se a Suprema Corte não tivesse reivindicado para si o poder de controle judicial de constitucionalidade.”³¹ Mas podemos aliviar as consequências jurídicas de algumas das decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade.

Por exemplo, *Brown vs Board Education* foi o início do fim do segregacionismo nos Estados Unidos, sendo considerado um dos casos mais importantes da história americana. A segregação racial oficial nas escolas públicas do sul do país

²⁸ O autor afirma que “a democracia de elite é o melhor entendimento do que a democracia americana devera ser e é”. In: POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13.

²⁹ RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XXIX,

³⁰ RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XXXVII.

³¹ RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XLII

não terminaria tão rapidamente se a Suprema Corte não tivesse decidido o caso *Brown vs. Board of Education*, embora certamente tivesse terminado muitos anos atrás. Também merece destaque o caso *Baker vs Carr*, que acabou com as distorções de proporcionalidade representativa das assembleias legislativas estaduais. *Roe vs Wade* que impediu que os estados perpetuassem com leis restritivas ao aborto e o caso *Poe vs. Ullman*, em 1961, que aboliu as leis que proibiam a venda de anticoncepcionais.³²

O interessante dos exemplos mostrados é a utilização de princípios constitucionais para invalidar antigas leis inconstitucionais, promulgadas antes da consolidação do controle de constitucionalidade, mas que não teriam deixado de ser em virtude do receio de serem inconstitucionais. E, por fim, ante a inércia do poder legislativo, continuariam a produzir resultados não fosse o poder judicial de derrubá-las.³³ Exatamente a atuação esperada de uma Corte Constitucional na proteção da Constituição e de direitos fundamentais.

Juridicamente temos decisões baseadas em princípios constitucionais que retiram do plano de validade leis que ferem o ordenamento constitucional. Mas e as demais consequências práticas? Os teóricos não se preocuparam, nem se preocupam até hoje, em estudar as consequências empíricas das decisões tomadas em controle de constitucionalidade. Seria um trabalho hercúleo e os resultados provavelmente seriam estéreis, ainda que salutares a fim de se aferir o quanto de escopo deveria ser dado aos juízes para invalidar as leis provenientes do legislativo.

Essa não é a opinião exposta por *Posner*, que considera essa análise das consequências práticas uma desorientadora mudança de foco com prováveis resultados irrelevantes. Por exemplo, *Brown vs Board of Education*, considera-se um marco jurídico e, no plano dos princípios, um triunfo da razão no que concerne ao bem público. Já nos aspectos práticos a decisão não teve o mesmo impacto. A segregação não foi extinta em várias escolas, foram ínfimos os casos que se recorreu à justiça para efetivação dos direitos adquiridos com a decisão, até a promulgação das leis antidiscriminação na década de 1960, que mais se deve ao movimento não legalista pelos direitos civis, liderado por Martin Luther King Jr, do que de qualquer coisa que a Suprema Corte tenha feito ou afirmado. *Posner* considera conjectura afirmar que o caso *Brown* deve ter encorajado os negros do Sul e seus partidários do Norte a dar o próximo passo em direção à igualdade.³⁴ No entanto parece uma hipótese perfeitamente plausível.

Um exemplo catastrófico em consequências jurídicas e práticas encontramos em *Plessy vs Ferguson*, no ano de 1896, ao declarar a constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana que estabelecia que o transporte ferroviário deveria ser realizado em acomodações “iguais, porém separadas” para brancos e negros, a

³² RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XLI - XLII.

³³ RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XLII.

³⁴ RICHARD POSNER. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XLIII.

Suprema Corte promoveu a discriminação dos negros, consolidando a doutrina do *separate but equal*.

Essa decisão gerou não somente uma segregação no transporte ferroviário entre brancos e negros, mas se estendeu às escolas públicas, autorizando que o governo criasse escolas específicas para negros, e vários outros locais, sobretudo nos estados do sul. Não se permitia, por exemplo, que os negros utilizassem os mesmos banheiros ou bebedores públicos que os brancos, nem que frequentassem os mesmos restaurantes, cinemas e clubes. A decisão acabou por generalizar leis segregacionistas – as *Jim Crow Laws*,³⁵ avalizando a segregação mediante a doutrina do “separado mas iguais” nos mais variados setores sociais, permitindo, também, que os proprietários de negócios privados estabelecessem exigências segregacionistas.³⁶

Inúmeras medidas segregacionistas foram adotadas pelos Estados e validadas pela Suprema Corte, a exemplo do caso *Berea College vs. Kentucky* (1908), onde foi avalizada uma lei do Estado de *Kentucky* que proibia que as escolas particulares admitissem brancos e pretos na mesma instituição; também o caso *Gong Lum vs. Rice* (1927), que equiparou as crianças de origem chinesas aos negros para fins de matrícula escolar. No caso *Corrigan vs. Buckley* (1926), decidiu-se que não violava o devido processo legal nem o princípio da isonomia, uma cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel que proibia o aluguel ou a transferência do imóvel para qualquer pessoa negra.³⁷

A “legalização” da segregação racial nos EUA, confirmada pelo Caso *Plessy vs. Ferguson*, muito se assemelha ao regime de apartheid que vigorou na África do Sul até os anos 90. Era um sistema cruel para os negros, já que eles ficavam oficialmente excluídos das mesmas vantagens públicas e privadas concedidas aos cidadãos brancos [...] Eram cidadãos de segunda classe e até hoje isso se reflete na estrutura socioeconômica daqueles países, em que os negros, em sua maioria, costumam morar em “guetos” pouco desenvolvidos, possuem baixa escolaridade e exercem funções quase sempre braçais de pouca rentabilidade.³⁸

Denota-se as consequências deveras nefastas, em todos os âmbitos, que referida decisão em controle de constitucionalidade produziu na história norte-americana.

³⁵ O nome se deve à um comediante norte-americano chamado Thomas D. Ride que em suas apresentações se pintava de preto, em um personagem denominado “Jim Crow”, com o fito de ridicularizar os negros. In: GEROGE MARMELESTEIN LIMA. *As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>> acesso em jun. 2015.

³⁶ ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN. *Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 143.

³⁷ GEROGE MARMELESTEIN LIMA. *As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>> acesso em jun. 2015.

³⁸ GEROGE MARMELESTEIN LIMA. *As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>> acesso em jun. 2015.

Dos exemplos trazidos infere-se que a intervenção do judiciário em disputas sociais ou políticas complexas (com os limitados instrumentos de que dispõe para reformar a sociedade) está frequentemente fadada a trazer consequências imprevisíveis.³⁹

O caso *Roe vs Wade* certamente gerou um aumento no número de abortos realizados nos Estados Unidos, mas não de maneira relevante vez que essa taxa de abortos já vinha subindo à época da decisão. De todo modo, não se pode afirmar com certeza se esse aumento no número de abortos é uma coisa boa ou ruim.

A proteção às minorias, um dos cânones da atuação do Tribunal Constitucional, muito mais se devem aos esforços dos movimentos sociais do que da atuação desses tribunais. Nesse contexto se inserem as conquistas de direitos dos negros, mulheres e homossexuais.

A decisão em *Brown vs. Board of Education*, se deu somente em 1954. Cinquenta e oito anos mais tarde revogou-se a doutrina até então dominante, do *equal but separate* fixado em *Plessy vs Ferguson*. Mas especificamente, somente após “a segregação estar bem limitada aos antigos estados confederados e que o *slogan* “separados mas iguais” tivesse se mostrado um fracasso arrematado”.⁴⁰

Da mesma maneira atrasada que em *Brown vs Education*, foi a recentíssima decisão da Suprema Corte que invalidou a lei do casamento, aprovada pelo Congresso em 1996, que proibia o reconhecimento federal de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. A decisão só foi proferida depois que a maioria dos Estados americanos já possuía leis permissivas nesse sentido.

Até agora, a Lei de Defesa do Casamento impedia o governo federal de reconhecer casamentos de pessoas do mesmo sexo. Essas pessoas eram impedidas, por exemplo, de desfrutar de benefícios de programas federais, como pensões públicas e outros benefícios sociais, também não tinham direito à migração e/ou cidadania, nem à herança, em caso de morte de seus parceiros.

Quais as possíveis consequências dessa decisão? A primeira e óbvia é aumentar o número de casamento entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, taxas de casamentos também despertam interesse na área da saúde pública vez que pessoas casadas são, em geral, mais saudáveis do que aquelas que vivem sozinhas. Isso é extremamente problemático nos EUA, onde não existe sistema público de saúde, e convênios médicos impõem restrições de cobertura sempre que a lei os ampara. E quando uma população não tem boa saúde, isso afeta também a economia, diminuindo a capacidade de produção de um grupo social e provocando o desperdício de receita estatal e privada em males que poderiam ser prevenidos.⁴¹

³⁹ POSNER, RICHARD. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, p. XLIII.

⁴⁰ Posner efetuou essa descrição referindo-se à Suprema Corte Americana e ao Estados Unidos. *In*: RICHARD POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 97.

⁴¹ RAFAEL GARCIA. **O casamento gay e a saúde pública**. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/rafael-garcia/2015/06/1649028-o-casamento-gay-e-a-saude-publica.shtml>> acesso em 30. Jul. 2015.

Portanto a decisão provavelmente terá um impacto econômico positivo no aspecto da saúde pública.

Levando em conta as consequências econômicas da decisão, por um lado desonera o Estado em áreas de saúde pública, por outro aumenta a carga relativa ao pagamento de pensões, etc.

No Brasil, uma pesquisa medindo o impacto econômico que a inclusão de parceiros homossexuais traria nas áreas do INSS e da Previdência Social, não registrou um aumento significativo de custos. Esse impacto foi objeto de análise por Marcelo Caetano, especialista em previdência e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Desde 2000, o INSS reconhece o direito na relação homoafetiva e concede benefícios previdenciários aos casais. A pesquisa faz os cálculos cruzando as informações do instituidor da pensão com o do beneficiário companheiro do mesmo sexo. Segundo ele, a Instrução Normativa no 25 publicada pelo órgão, de junho daquele ano, chegou a alterar a tendência na concessão de pensões por morte do companheiro/a. “Mas seu efeito tem sido marginal”, ressalta. Pelas suas estimativas, a taxa de crescimento anual dos benefícios cresceu 0,003%, passando de 2,565% para 2,568%. Caetano ainda estima que, após quase 11 anos de vigência da instrução, haja hoje em torno de 1.700 beneficiários de pensão por morte de cônjuge do mesmo sexo a custo de aproximadamente R\$ 15 milhões ao ano. Para ter uma ideia do que esse volume significa, em 2010, a Previdência pagou em pensões por morte de uma forma geral em torno de R\$ 54 bilhões. Mas o pesquisador faz a ressalva de que as estimativas podem ser radicalmente modificadas, caso se saiba em algum momento os dados reais da DataPrev (banco de dados da Previdência). “Mas, com os dados que temos, elas são bem razoáveis”, afirma. O INSS ainda não classifica separadamente as pensões por orientação sexual de maneira que não se pode aferir o impacto nesse setor.⁴²

Com base nos dados expostos, arrisca-se afirmar que a decisão foi tomada com base em princípios constitucionais e que possui mais externalidades positivas que negativas, vez que o impacto econômico a ser suportado pelo Estado não é relevante e a decisão trará positivos impactos sociais, promovendo a isonomia.

Não é de maneira sistemática, portanto, que a Corte Constitucional impede a experimentação para problemas sociais. Em casos em que valores constitucionais extremamente caros estiveram a perigo, a Suprema Corte os relegou. Em outros casos se dependeu de intensa mobilização social até que a Corte se pronunciasse à respeito. E há casos tais, em que a experimentação é vedada antes mesmo ser colocada em prática e analisada as consequências da política pública a ser implantada. “Talvez os juízes devessem refletir sobre a advertência de Isabel a Ângelo em Medida por medida: É excelente ter a força de um gigante; mas é tirânico usá-la como um gigante!”⁴³

⁴² HUMBERTO FERNANDES MOURA. **União Homoafetiva: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a análise de algumas repercussões econômicas da decisão.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=184260348236f955>> acesso em 30. Jul. 2015.

⁴³ RICHARD POSNER. **Fronteiras da Teoria do Direito.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. XLIII.

Como o comportamento nas decisões não é uniforme e nem poderia ser, dada a pluralidade de opiniões e alternância da composição, não é possível aferir que o instituto seja uma coisa boa ou ruim. O que se vislumbra é que passados tantos anos de sua consolidação ainda se sabe muito pouco acerca das implicações, sobre o sistema como um todo. O que se sabe é que o controle de constitucionalidade é algo já consolidado, e que assim deve ser, dada à realidade de nossa democracia. Mas é um remédio que deve ser administrado com cautela, de modo que as externalidades positivas e negativas devem sempre ser analisadas para que se chegue ao melhor custo benefício da decisão judicial. Assim que deve ser. Ao menos à luz da visão de *Posner*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interessante notar que, diferentemente de *Dworkin*, que fundamenta a necessidade do controle de constitucionalidade com base em um conceito utópico e irreal da atuação do Poder Judiciário (Juiz Hércules; direito como integridade; decisão por princípios), e de *Waldron*, que parte de outra conceituação utópica e irreal da atuação do poder legislativo⁴⁴ para rechaçar o instituto; *Posner* parte de um conceito pragmático, de como realmente é e funciona a democracia e como são (e devem ser) tomadas, de fato, as mais importantes e notáveis decisões judiciais – de maneira pragmática e sem formalismos, analisando o contexto social e tendo por meta o melhor custo/benefício, a maximização da riqueza.

É certo que séculos se passaram desde a consolidação do controle de constitucionalidade e todas as argumentações ainda giram em torno de conjecturas de difícil comprovação e ainda retratam o enraizado tradicionalismo que divide os dois lados do Atlântico. De um lado os americanos, cuja historicidade não inclui um Estado absolutista e sociedade estamentarias, sendo que o perigo de arbitrariedade adveio de maiorias parlamentares; os quais se caracterizam, portanto, como ferrenhos defensores da supremacia e inteligibilidade do Poder Judiciário, nomeadamente em sua atuação contramajoritária. De outro lado os Europeus, cuja luta sempre teve por fito assegurar a primazia da lei e a supremacia do poder legislativo, garantindo, deste modo, as liberdades individuais das arbitrariedades do Estado.

A análise de algumas decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade, ainda que de maneira perfunctória, denotam que as mesmas não se apresentam de maneira sistemática. Nem poderiam, dada a pluralidade e alternância de seus componentes. Se por vezes determinadas decisões sufocam a experimentação social, outras aguardam demasiadamente os efeitos negativos dessa experimentação se perpetuarem, até se pronunciarem sobre o tema. Se algumas decisões agem conforme um de seus fundamentos, qual seja, o de defender os direitos das

⁴⁴ *Waldron* sustenta que o processo legislativo não se trata de uma competição indigna por benefícios pessoais, mas sim de um cenário tumultuado em que homens e mulheres de espírito elevado batem com paixão e veemência sobre que direitos possuímos, quais são as demandas da justiça e o que vem a ser o bem comum; sendo que, em suas divergências, não são movidos por interesses pessoais, mas pelo desejo de acertar⁷

minorias contra as maiorias eventuais, outras se abstém de toma-las até que a pressão dos movimentos sociais tornem uma decisão à respeito inadiável. Se algumas decisões trazem externalidades positivas, outras demonstram consequências nefastas aos direitos fundamentais os quais são de rigor a proteção.

O fato é que o controle de constitucionalidade está consolidado e, em que pese as alegadas e persistentes discussões acerca das objeções democráticas do instituto, e tendo em conta a democracia em que estamos inseridos hodiernamente, a democracia como ela realmente se apresenta para nós, a prerrogativa de invalidar leis pelo Poder Judiciário é inafastável. Dentre todos os argumentos arguidos, positivos e negativos, ainda é o mecanismo passível de proteger a essência do texto constitucional e dos direitos fundamentais.

Em uma concepção posneriana, essas decisões devem ser tomadas de maneira pragmática, com a análise das consequências para se chegar à melhor decisão, a qual deverá ter por cerne, mais que qualquer formalismo e normatividade, a eficiência econômica, o melhor custo benefício, a maximização da riqueza.

Em que pese esse seja o critério amplamente utilizado nas decisões judiciais, mormente nas de grande repercussão nacional, defender o critério da eficiência econômica como o único passível de legitimar as decisões judiciais, acima até mesmo da própria Constituição, é romper com os cânones do Estado Democrático de Direito, pautado pela rigidez constitucional, pelos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade das leis.

BIBLIOGRAFIA

- GARCIA, RAFAEL. **O casamento gay e a saúde pública**. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/rafael-garcia/2015/06/1649028-o-casamento-gay-e-a-saude-publica.shtml>> acesso em 30. Jul. 2015.
- KAUFMANN, ROBERTA FRAGOSO MENEZES. **Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LINARES, SEBASTIÁN. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madri: Marcial Pons, 2008.
- LIMA, GEROGÉ MARMELSTEIN. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>> acesso em jun. 2015.
- MOURA, HUMBERTO FERNANDES. **União Homoafetiva: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a análise de algumas repercussões econômicas da decisão**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=184260348236f955>> acesso em 30. Jul. 2015.
- POSNER, RICHARD. **Direito, Pragmatismo e Democracia**; tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- POSNER, RICHARD. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- RESTREPO, RICARDO SANÍN. **Teoria Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.