

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A HIPÓTESE DA LOTERIA DE MARMOR\*

### CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW AND MARMOR'S LOTTERY HYPOTHESIS

Henrique Napoleão Alves<sup>1</sup>

Universidade Federal de Minas Gerais

#### Resumo:

O presente artigo discute o cenário proposto por Marmor em que um sistema de loteria computadorizado exerce o controle de constitucionalidade. O autor usa esse cenário para criticar a legitimidade do sistema existente. O artigo tem dois objetivos principais: descrever os argumentos de Marmor e entendê-los de maneira crítica. A etapa descritiva é realizada por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, com a descrição precisa dos argumentos de Marmor e sua contextualização na literatura existente. A etapa de compreensão e crítica também é realizada por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, além de interpretação e argumentação racional. O artigo se justifica pela importância social dos tribunais constitucionais e suas bases de legitimidade, e pela ausência de outros trabalhos com a mesma abordagem, e pode ser relevante para estudos de Filosofia do Direito, da teoria constitucional e do controle de constitucionalidade. Os principais resultados incluem uma reflexão sobre como a loteria não escancara a ilegitimidade do sistema existente, que pode ser defendido por sua capacidade de produzir soluções juridicamente fundamentadas; fazer frente às necessidades de competência jurídica impostas pelos casos difíceis; permitir algum grau de segurança, previsibilidade e confiança; entre outras razões.

#### Palavras-chave:

Filosofia do Direito. Teoria da constituição. Controle de constitucionalidade. Loteria constitucional.

#### Abstract:

This article discusses the scenario proposed by Marmor in which a computerized lottery system exercises judicial review. The author uses this scenario to criticize the legitimacy of the existing system. The article has two main objectives: to describe Marmor's arguments and to understand them critically. The descriptive stage is carried out through theoretical and bibliographic research, with a precise description of Marmor's arguments and their contextualization in the existing literature. The understanding and critique stage is also conducted through theoretical and bibliographic research, as well as interpretation and rational argumentation. The article is justified by the social importance of judicial review and constitutional courts, and their bases of legitimacy, and the absence of other works with the same approach. It may be relevant for studies in the philosophy of law, constitutional theory, judicial review. The main findings include a reflection on how the lottery alternative does not starkly expose the illegitimacy of the existing system, which can be defended for its ability to produce legally grounded solutions; meet the needs for legal expertise imposed by difficult cases; allow some degree of security, predictability, and trust; among other reasons.

#### Keywords:

Legal philosophy. Constitutional theory. Judicial review. Constitutional lottery.

## 1. INTRODUÇÃO

Enquanto conceito jurídico, o controle de constitucionalidade (*judicial review*) se refere ao poder dos tribunais para examinar os atos dos demais poderes, determinar se esses atos são

\* O presente artigo reflete as visões de seu autor em caráter individual.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra. Professor universitário. Advogado e Consultor Jurídico da Organização dos Estados Americanos (OEA) na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

compatíveis com a constituição, e declarar a nulidade ou a invalidade desses atos se forem considerados incompatíveis. O controle de constitucionalidade é justificado formalmente pelo princípio da supremacia da constituição (*lex superior*) e pressupõe um judiciário desvinculado e independente (RYTTER, 2001, p. 139; BARCELLOS, 2018 [capítulo 14]; MENDES; BRANCO, 2017 [capítulos 1, 2, 10]). O conceito remonta ao caso emblemático de *Marbury v. Madison*, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou ter autoridade para declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso. Desde então, o controle de constitucionalidade se tornou um princípio fundamental do direito constitucional em muitos países ao redor do mundo.<sup>2</sup>

O controle de constitucionalidade assume várias formas. Em países como o Quênia, é limitado a disputas específicas entre litigantes e só pode ser invocado retrospectivamente, ou seja, aplica-se apenas a ações já realizadas ou leis já em vigor. Na França, ocorre de forma abstrata, fora do contexto de um caso contencioso e até mesmo antes da aplicação de uma lei contestada (com a particularidade de que é exercido pelo *Conseil constitutionnel*, um órgão que pode incluir membros que não são especialistas jurídicos, após triagem da *Cour de Cassation* e do *Conseil d'État*). A jurisdição para exercer o controle de constitucionalidade também varia. Diversos juízos e tribunais nos Estados Unidos e no Brasil têm autoridade para examinar alegações de inconstitucionalidade, enquanto em países como Alemanha e África do Sul, esse poder é exclusivo de cortes constitucionais especializadas (TATE, 2023; BARCELLOS, 2018, [capítulo 14]; LEVUSH, 2020).

As cortes constitucionais são cortes estabelecidas para interpretar e aplicar constituições e para controlar a constitucionalidade de leis e outros atos normativos, desempenhando assim um papel crucial no exercício do controle de constitucionalidade. Elas são normalmente compostas por juízes nomeados por seu conhecimento jurídico (*legal expertise*), o que faz com que sejam vistos como mais distantes a pressões e interferências políticas. Seu papel é garantir que os princípios e valores consagrados na constituição sejam respeitados e preservados pelo Estado e outros atores na sociedade. O presente artigo engaja filosoficamente com uma reflexão perspicaz sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade e das cortes constitucionais proposta pelo filósofo Andrei Marmor (MARMOR, 2014).

---

<sup>2</sup> Ver, v.g., CHEMERINSKY, 2019, p. 39-47 (um comentário sobre *Marbury v. Madison*); DELANEY; DIXON, 2018 (Um estudo coletivo editado por Delaney e Dixon com contribuições sobre as características e desafios do controle constitucional em diferentes países e sistemas jurídicos).

Qual seria a justificação moral e política do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais? Por que uma instituição não-democrática, composta por poucas pessoas e não responsabilizável (*accountable*) profissional e politicamente, deveria ter o dizer ou a palavra final? Em novembro de 2014, numa conferência ante a academia brasileira, o filósofo Andrei Marmor partiu desses questionamentos para tratar do tema da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade das leis (MARMOR, 2014).<sup>3</sup> Segundo Marmor, a resposta típica ou tradicional é que o Poder Judiciário deve ser “não democrático” para cumprir o seu papel de expediente contra a tirania da maioria. Para testar a legitimidade do controle de constitucionalidade, Marmor concebe um cenário hipotético no qual o controle e a declaração de inconstitucionalidade de leis se dá randomicamente: uma loteria constitucional feita por um computador e que produza os mesmos resultados médios de revisão constitucional alcançados pelo sistema empiricamente existente (MARMOR, 2014). Em seguida, o filósofo do Direito decide questionar até que ponto esse curioso sistema hipotético de loteria constitucional seria, de fato, pior do que o sistema existente, e fá-lo por meio da colocação de cinco argumentos a favor do último, e de seus correspondentes contrapontos. Marmor também critica a ideia de que a corte constitucional cumpre o papel de expediente contra a tirania da maioria (MARMOR, 2014).

O presente artigo pretende compreender criticamente a posição adotada por Marmor. Para tanto, pretende alcançar dois objetivos principais: descrever a crítica de Marmor à jurisdição constitucional, a partir da comparação desta com o sistema de loteria; refletir sobre se, e em que medida, essa crítica é procedente. Metodologicamente, o trabalho concentrou-se em realizar, por meio de pesquisa teórica e bibliográfica (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22)<sup>4</sup>: i) um fichamento da conferência de Marmor; ii) uma pesquisa bibliográfica para averiguar se Marmor se referiu à ideia da loteria em alguma de suas publicações, e se outro/a pesquisador/a já havia tratado do tema; iii) a descrição e a compreensão críticas da posição de Marmor a partir dos insumos dos pontos anteriores e segundo princípios de racionalidade. Sobre esse último ponto, é importante destacar que a descrição dos argumentos de Marmor procurou ser a mais fiel possível, com o intuito de evitar distorções argumentativas (SINNOT-ARMSTRONG; NETA, 2015; FOGELIN; SINNOT-ARMSTRONG, 2010, p. 108)<sup>5</sup>, e que as fontes apuradas e consultadas foram não apenas reproduzidas ou sintetizadas, mas confrontadas entre si e

---

<sup>3</sup> A palestra está disponível, na íntegra, na Internet.

<sup>4</sup> (Sobre como a vertente jurídico-teórica de pesquisa se relaciona mais diretamente com a Filosofia do Direito e sobre como enfatiza, *inter alia*, aspectos conceituais ou ideológicos).

<sup>5</sup> O debate racional de ideias pressupõe a colocação dos argumentos do interlocutor segundo a sua melhor versão possível.

transcendidas por outras formas de raciocínio em busca da posição mais consistente. Daí o caráter filosófico e argumentativo do presente trabalho, uma reflexão inserida na Filosofia do Direito e nas suas aplicações ao debate sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22)<sup>6</sup>.

Em conclusão, ainda no campo metodológico, o trabalho se justifica pela importância social dos tribunais constitucionais e, logo, da reflexão sobre suas bases de legitimidade, assim como por não terem sido encontrados outros trabalhos, na literatura existente, com a mesma abordagem ou com as mesmas fontes examinadas. Neste sentido, o trabalho deverá ser do interesse de todos os envolvidos no estudo da Filosofia do Direito, da teoria da constituição e áreas correlatas ao entendimento da jurisdição constitucional.

Num primeiro momento, os argumentos de Marmor são descritos e situados entre diferentes usos da ideia da “loteria”, tendo em vista os resultados da pesquisa bibliográfica sobre esse ponto. Em continuação, na etapa de compreensão crítica, às proposições de Marmor são apresentados contrapontos e itens de diálogo. Por fim, o artigo traz observações de síntese e conclusão com o intuito de atender, de forma fundamentada, aos objetivos gerais supramencionados.

## 2. A IDEIA DE UMA “LOTERIA” E A CRÍTICA DO SISTEMA EXISTENTE

Metáforas a partir da ideia da *loteria* não são de todo novas no âmbito da Filosofia do Direito. Um exemplo disso reside em reflexões sobre interpretação de normas legisladas. No livro *The nature of legislative intent*, Richard Ekins argumenta, em diálogo com outro texto de Marmor (intitulado *The Pragmatics of Legal Language* [MARMOR, 2008, p. 429]), que o debate entre os membros do Poder Legislativo é sempre estratégico, e frequentemente o resultado de um acordo entre eles consiste em uma decisão assumidamente incompleta: o texto é intencionalmente produzido de modo a permitir várias interpretações, na esperança de que a interpretação que interessa um determinado legislador ou conjunto de legisladores prevaleça nas disputas seguintes (2012, p. 237-238). Ao abordar o mesmo tema no artigo *A Comment on the Positive Canons Project*, Jorgensen e Shepsle comparam tal comportamento a uma “loteria”: os membros do legislativo “assumem o risco interpretativo” (*take their interpretive chances*) nas “loterias contenciosas subsequentes” (*subsequent litigation lotteries*) (JORGENSEN; SHEPSLE, 1994, p. 45).

---

<sup>6</sup> Sobre como a vertente jurídico-teórica de pesquisa se relaciona mais diretamente com a Filosofia do Direito e sobre como enfatiza, *inter alia*, aspectos conceituais ou ideológicos

Outro exemplo reside na avaliação que Carlos Maximiliano faz do que chamou de *jurisprudência sentimental*. Paul Magnaud (1848-1926), conhecido como *o bom juiz*, foi um magistrado e político francês. Seu trabalho como magistrado foi assim descrito por Maximiliano: “Imbuído de ideias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos.” Para Maximiliano, Magnaud foi exemplo da “jurisprudência sentimental” que ele via com reservas: “Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento”, escreveu Maximiliano, “a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses” (2011, p. 68).

É interessante que o texto de Maximiliano tenha sugerido a associação entre a imagem da loteria, do randômico, com a imagem do juiz sentimental. A rigor, e a despeito de continuar criticável por outras razões, a adoção de critérios pessoais ou emocionais para decidir pode se dar de maneira consistente ao longo do tempo. Se for este o caso, então não haveria o resultado imprevisível ou de pouca previsão. À parte disso, será exposto, em continuação, como a posição de Marmor caminha no sentido oposto ao da referida associação de imagens: a sugestão que se retira de suas considerações é a de que a jurisdição constitucional operada pelos homens pode ser tão arbitrária que se torna difícil defendê-la em comparação ao modelo de loteria, i.e., de decisões tomadas aleatoriamente por um computador.

Sem embargo, Marmor apropria-se da imagem da loteria para um propósito distinto dos citados. De imediato, vale esclarecer que ele não está verdadeiramente defendendo uma loteria constitucional como alternativa ao *judicial review*; quer apenas fazer uso de um cenário hipotético um tanto absurdo para reforçar a tese de que, em última análise, o sistema corrente não pode ser justificado. Como ele logra esclarecer (sobretudo, ao longo dos debates subsequentes à conferência principal [MARMOR, 2014]), o ponto central é mostrar que o sistema existente não é tão melhor assim ou tão menos arbitrário do que a loteria constitucional; e que, por isso, não possui uma fundamentação sólida em sua defesa.

A exposição de Marmor pauta-se pela formulação de argumentos em defesa do sistema existente, em comparação com a hipotética alternativa de uma loteria constitucional, e, em seguida, por sua refutação (MARMOR, 2014).

O primeiro argumento a favor do sistema existente é que a loteria seria pior por não guardar relação alguma com o conteúdo do texto constitucional. A este argumento, Marmor apresenta duas objeções:

(1) Os casos examinados pela Suprema Corte estadunidense e que dão azo ao controle de constitucionalidade são tipicamente aqueles em que o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é claro o suficiente.

(2) O sistema da loteria constitucional poderia ser modificado pontualmente para que nele adentrem apenas os casos em que não haja consenso interpretativo (em que haja espaço para discordâncias ou desacordos jurídicos, morais e políticos plausíveis).

O segundo argumento é que a ideia da loteria constitucional pode ser, de algum modo, interessante, mas o público jamais concordaria com ela. É o chamado argumento da percepção do público (*public perception objection*).

Marmor responde à objeção de que ninguém concordaria com uma loteria constitucional ao levantar dois contra-argumentos: (i) a loteria é uma situação hipotética concebida para fins filosóficos, i.e., Marmor não está realmente defendendo a loteria como uma alternativa real; (ii) a percepção do público não importa para fins do argumento (principal) que Marmor está a avançar.

O terceiro argumento é o de que uma loteria constitucional violaria a legalidade ou primado do Direito (*Rule of Law*). Marmor se contrapõe a ele sustentando, inicialmente, que a loteria não é, *per se*, contrária à legalidade ou ao primado do Direito (*Rule of Law*), como ilustram os casos em que mecanismos de loteria são autorizados pelo Direito. O exemplo principal dado por ele diz respeito a uma possível loteria para a alocação de recursos escassos, como sói ocorrer com licenças para táxis. Marmor afirma, ademais, que todos poderiam concordar que ser governado por leis previamente cognoscíveis é algo positivo, e admite que a loteria constitucional não permite que se saiba de antemão, com grande segurança, o que de fato o Direito exige (claro: num funcionamento ótimo da loteria, é impossível saber qual norma será declarada inconstitucional). No entanto, defende que também o sistema existente gera incertezas, e que, mesmo se admitirmos que o grau de incerteza seja maior na loteria constitucional, ainda assim há no mecanismo um ganho de equidade [*fairness*], especialmente porque os casos controvertidos julgados pela Corte Constitucional caracterizam-se por contar com partes opostas que igualmente defendem pretensões plausíveis e razoáveis [*reasonable claims*].

O quarto argumento é que não há nada na loteria constitucional que encoraje a Corte a pautar-se por princípios constitucionais (*compliance with constitutional principles*); ao revés, no sistema existente isso ocorre, ainda que imperfeitamente. Levando-se em conta o longo prazo, o sistema existente induz conformidade com princípios constitucionais, especialmente porque legisladores e *policy-makers* podem ser influenciados pelas decisões da Corte.

Marmor contesta o argumento também por meio de dois contra-argumentos: (1) Argumentar pelo cumprimento de "princípios" (obscuros) subjacentes à Constituição pode não ser uma vantagem verdadeira. (2) É bastante controverso que o sistema existente de fato encoraje legisladores e *policy-makers* a agir segundo princípios constitucionais, havendo evidências de que a [declaração] de inconstitucionalidade não represente ameaça ou óbice algum para atos contrários posteriores.

Para melhor fundamentar o ponto (2), Marmor supõe uma situação em que os eleitores queiram uma lei X, apesar de ela ser bastante questionável do ponto de vista constitucional. O legislador deve votar a favor de sua aprovação? A resposta é: claro que sim. Trata-se de uma situação *ganha-ganha* (*win/win situation*) para o legislador: se vota a favor dela, vê sua popularidade aumentar. Se a Corte posteriormente declará-la inconstitucional, o legislador poderá culpar a Corte. Se a Corte não declará-la inconstitucional, o legislador poderá dizer aos eleitores: "Viram como eu estava certo ao aprová-la?". O argumento da conformidade com princípios constitucionais seria, portanto, empiricamente falso.

O quinto e último argumento descrito e contestado por Marmor é assim configurado: conquanto a loteria constitucional possa ser programada para limitar a regra da maioria com a mesma intensidade que o sistema existente desempenha esta função (v.g. com a declaração de inconstitucionalidade da mesma quantidade de normas legisladas), ainda assim ela é uma alternativa pior, porque *o sistema existente de controle de constitucionalidade limita a regra da maioria da maneira correta*. Isso se dá por duas características desse sistema: competência jurídica (*legal expertise*) e processo deliberativo de tomada de decisões.

Marmor centra seus contra-argumentos nessas duas características. Quanto à competência jurídica (*legal expertise*) dos magistrados que tomam as decisões no sistema existente, o filósofo do Direito alega que, na verdade, este não pode ser um bom fundamento, porque o que a maior parte dos casos constitucionais exige não é competência jurídica (*legal expertise*), mas competência moral (*moral expertise*).

O processo deliberativo de tomada de decisões, por sua vez, não torna o sistema existente superior porque funciona apenas para dar *munição argumentativa* (*argumentative ammunition*) aos juízes; não muda a forma como pensam os juízes, mas apenas os ajuda a encontrar mais facilmente razões para fundamentar as suas visões pessoais a respeito do caso.

Na mesma exposição Marmor (2014) cuida também de dois argumentos a favor do sistema existente (para além da comparação entre o sistema de revisão judicial e uma loteria constitucional).

O primeiro é o de que o sistema existente tende a ser legítimo, no sentido de ser socialmente aceitável, por refletir a moralidade pública a longo prazo. Marmor, então, se contrapõe ao argumento por considerar que ele gera uma inconsistência com a defesa comum de que o controle de constitucionalidade tem o condão de ir contra o consenso público. Além disso, se o que o justifica é sua capacidade de ser espelho da sociedade, há uma deficiência de justificação, pois nisso os legisladores seriam melhores do que os magistrados.

O segundo argumento é que as cortes constitucionais desempenham um papel crucial na proteção dos direitos das minorias vulneráveis. É um argumento tradicional a favor da legitimidade das cortes constitucionais e do controle de constitucionalidade. Esse ponto, por sua vez, levanta, segundo Marmor, uma questão empírica: cortes são, de fato, melhores do que outras instituições na tarefa de proteger minorias? Na forma como ele interpreta a história do controle de constitucionalidade [*judicial review*] nos Estados Unidos da América, a resposta tende a ser negativa pelas seguintes razões principais: (i) a maioria dos casos desta matéria lidam com leis infraconstitucionais, como, e.g., o *Civil Rights Act* (1964); (ii) os mecanismos de proteção de minorias como as *class action suits* têm sido restringidos pela Suprema Corte. Para Marmor, em suma, a proteção das minorias seria melhor alcançada por um remodelamento do sistema eleitoral.

### 3. UM COMENTÁRIO SOBRE OS ARGUMENTOS PRINCIPAIS DE MARMOR

A presente seção cuida dos argumentos principais de Marmor por meio de uma síntese de sua reflexão filosófica em cinco pontos, sendo cada um deles seguido de comentários.

*I. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional por guardar alguma relação com o conteúdo do texto constitucional, pois (i) nos casos difíceis enfrentados pela corte constitucional o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é claro o suficiente e (ii) é possível imaginar a aplicação da loteria apenas para tais casos difíceis.*

Nos casos difíceis enfrentados pela corte constitucional, argumenta Marmor, o conteúdo ou significado do texto constitucional não é suficientemente claro. Assim, não seria possível defender a superioridade do sistema existente por ele guardar relação com o texto constitucional.

O que Marmor ataca é, de fato, um desafio reconhecido para o direito constitucional. Os juízes frequentemente se deparam com casos difíceis em que o texto constitucional não

oferece uma solução clara. No entanto, em vez de sugerir uma falha do sistema, esses casos destacam a necessidade de interpretação judicial e da aplicação de raciocínio e precedentes jurídicos para navegar pelas ambiguidades constitucionais.

As complexidades e nuances são parte fundamental do direito e é exatamente por isso que competência jurídica (*legal expertise*) e treinamento jurídico são cruciais. Essa competência jurídica inclui compreender o contexto, os princípios e os objetivos do direito, bem como a melhor forma de interpretar e aplicar a norma para garantir justiça, equidade e respeito aos valores constitucionais. Isso não é algo que um sistema de loteria possa replicar.

Em relação à sugestão de Marmor de que a loteria poderia ser aplicada apenas aos casos difíceis, embora isso possa equalizar os resultados desde um ponto de vista estatístico, a alternativa da loteria deixaria de levar em consideração as nuances de casos individuais. As decisões jurídicas não são puramente estatísticas. Elas envolvem princípios de justiça, equidade e aplicação da norma a contextos específicos. Além disso, a própria divisão de casos em difíceis e não-difíceis é subjetiva e depende de interpretação judicial. Portanto, o sistema de loteria ainda exigiria uma autoridade jurídica apta a determinar quais casos são difíceis, adicionando mais uma camada de complexidade e potencial inconsistência ao processo.

No livro intitulado *Law in the Age of Pluralism*, publicado em 2007, Marmor fez uma reflexão interessante sobre o caráter arbitrário de um sistema de loteria que vem a calhar. Naquela ocasião, Marmor estava preocupado em refletir sobre o que significa igualdade no âmbito do poder político. Se igualdade for sinônimo de dar a cada um dos participantes da sociedade uma parcela igual de poder para determinar o resultado de decisões políticas, então um sistema de loteria justo poderia ser uma forma adequada de implementar esse princípio igualitário, e uma forma mais eficaz do que aquela do sistema de votação majoritária. Entretanto, diz Marmor, existem boas razões para rejeitar o sistema de loteria. “Um procedimento de decisão da loteria minaria a racionalidade do estágio de deliberação da democracia.” “[A]s pessoas deveriam ter uma oportunidade igual de influenciar a decisão política. Não faz sentido sustentar que as pessoas devem ter uma oportunidade significativa de influenciar um resultado político quando o resultado é inteiramente determinado pelo acaso.” A contribuição das pessoas no processo de deliberação precisa ter “uma influência potencial sobre o resultado. Isso só pode ser alcançado se houver alguma conexão causal entre a deliberação e a decisão. Qualquer tipo de sistema de loteria rompe essa conexão causal e, portanto, torna o processo de deliberação inteiramente supérfluo.” “[A] teoria democrática pressupõe que a deliberação é, pelo menos potencialmente, um processo racional que pode levar

a mudanças nas opiniões das pessoas que culminarão na votação final.” (MARMOR, 2007, p.76).

Esse raciocínio pode ser estendido ao contexto de decisões judiciais decorrentes do controle de constitucionalidade. De modo comparável, no contexto de decisões judiciais, a loteria rompe a conexão causal entre argumentos e resultado, mina a racionalidade da decisão, impede que as pessoas possam influenciar o resultado. Esse impedimento contraria as normas jurídicas que visam, em cada ordenamento, a garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório na solução de controvérsias. A loteria inviabiliza que as partes influenciem, através de fatos e argumentos, a decisão final. Da mesma forma, a loteria impede que a autoridade judicial cumpra com o seu dever de fundamentação, i.e., com a sua obrigação de demonstrar, por meio de razões públicas, que analisou os fatos e argumentos trazidos pelas partes e que decidiu racionalmente por uma das formas possíveis de solucionar a lide.<sup>7</sup>

Além de prejudicar os direitos das partes e os deveres das autoridades judiciais em face das partes, o rompimento da conexão entre os argumentos e o resultado implica em prejuízos também para todas as demais pessoas e instituições que participam do debate jurídico de forma direta ou indireta, o que inclui aqueles que tomam parte das lides como terceiros de toda sorte ou amigos do tribunal (*amici curiae*) e os que participam a qualquer título do debate público, que influencia a determinação do sentido e do alcance das normas jurídicas em face das constantes transformações sociais. Sobre esse último ponto, vale lembrar o texto clássico de Peter Häberle, originalmente publicado em 1975, no qual o jurista defendeu a ideia de que a interpretação constitucional não deve ser fechada, confiada somente aos juízes e aos “participantes formais do processo”; ao contrário, o processo de interpretação vincula-se potencialmente a “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”, devendo, assim, ser “mais um elemento da sociedade aberta.” (2014 [1975], p. 26-27).

O fato do sentido de o texto constitucional ser por vezes duvidoso não implique a tomada de decisões no controle de constitucionalidade tradicional seja tão arbitrária quanto um rolar de dados. Mesmo num modelo de loteria constitucional modulada, i.e., em que a constitucionalidade seja decidida randomicamente apenas nos casos de grande discordância jurídica, moral e política, emergem os riscos – ou as certezas – de a decisão randômica ser mais arbitrária do que os parâmetros decisórios comumente adotados em casos difíceis e de a decisão randômica bloquear um momento importante de debate público e processual sobre os temas de

---

<sup>7</sup> Sobre o conteúdo desse dever, ver: BECK, 2017, p. 923-951; HO, 2000, p. 42-65. Sobre o conteúdo desse dever no contexto do direito brasileiro e também tendo em vista a teoria comparada do direito, ver: ALVES, 2018, p. 275-305.

grande discordância – um desserviço à possibilidade de amadurecimento coletivo pela via da deliberação.

*II. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional pela objeção das pessoas quanto a última, pois (i) a loteria é uma situação hipotética para fins exclusivamente filosóficos e (ii) a percepção do público não importa para o argumento principal.*

Em relação ao argumento II, é preciso reconhecer que, de fato, o sistema de loteria descrito por Marmor é uma situação hipotética usada para fins filosóficos. Esse tipo de hipótese pode ser legitimamente usado filosoficamente para testar nossas intuições sobre como os sistemas devem operar. No entanto, embora essa abordagem possa oferecer insights teóricos, ela não necessariamente se traduz em vantagens práticas ou resultados superiores quando aplicada em situações do mundo real, especialmente em questões de justiça.

Em relação à alegação de Marmor de que a percepção pública não importa para o argumento principal, embora isso possa ser defendido em termos de validade formal do argumento, nos sistemas jurídicos do mundo real, a percepção pública da legitimidade do sistema judicial é fundamental. A confiança no sistema judicial é um pilar da estabilidade social. Se um sistema jurídico for percebido como aleatório, mesmo que estatisticamente projetado para replicar resultados passados, isso pode corroer a confiança pública. As pessoas geralmente esperam que as decisões judiciais sejam resultado de uma deliberação fundamentada em princípios jurídicos, e não de resultados aleatórios.

A percepção do público e o seu apoio importa para a legitimidade de qualquer modelo institucional de tomada de decisões e de solução de controvérsias que se apresente como passível de implementação. A fala inicial de Marmor, aliás, reforça isso, pois ele começa a sua reflexão questionando o caráter não-democrático de tribunais constitucionais como a Suprema Corte estadunidense, ou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, possivelmente no sentido de que seus membros não são eleitos pela população. Aqui, é preciso lembrar que a soberania popular não é a única fonte de legitimidade para o poder político num Estado Constitucional. Dentro dos parâmetros de um conceito mais amplo de democracia, entendendo-a não apenas como governo fundado na soberania popular, mas também como fundado no compromisso com os direitos fundamentais (inclusive e especialmente quando a soberania popular for contrária a eles), uma corte constitucional pode ser democrática mesmo que os seus membros não tenham sido eleitos por voto popular, a sua legitimidade decorrendo das razões que adota e do papel

que desempenha contra eventuais tiranias de maiorias. O sistema da loteria mina a possibilidade dessa legitimidade por meio da deliberação pública e do raciocínio.

Além disso, um sistema puramente estatístico ou algorítmico pode ter dificuldade em se adaptar às mudanças sociais, aos novos desafios jurídicos e à evolução das concepções de justiça. Os juízes, em suas deliberações e interpretações, podem incorporar essas mudanças, estabelecendo novos precedentes e ajudando a evolução do Direito. Esse dinamismo pode ser difícil de ser capturado no modelo da loteria.

*III. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional quanto à legalidade ou primado do Direito (Rule of Law), pois (i) mecanismos semelhantes à loteria são juridicamente admitidos em certas situações (e.g., para alocação de recursos escassos); e (ii) o sistema existente também gera incertezas; (iii) mesmo que o nível de incerteza seja maior na loteria, há um ganho em termos de equidade (fairness).*

Em relação ao argumento III, Marmor defende que as loterias são legalmente admitidas em determinadas situações, como a alocação de recursos escassos. No entanto, as circunstâncias em que as loterias são geralmente aplicadas são significativamente diferentes do processo de tomada de decisão judicial. Na alocação de recursos escassos, uma loteria pode ser vista como uma forma justa de distribuir os recursos igualmente entre as partes quando não há uma maneira clara ou justa de decidir quem deve recebê-los. No entanto, na tomada de decisões jurídicas, especialmente nas decisões envolvidas no controle constitucional, os interesses geralmente são maiores e frequentemente envolvem questões de justiça, direitos fundamentais, ética e interpretação jurídica.

Em relação à alegação de que o sistema existente gera incertezas: isso é correto. A complexidade das normas, a interpretação de princípios jurídicos e a aplicação desses princípios a casos individuais inevitavelmente envolvem algum grau de incerteza. No entanto, essa incerteza geralmente é abordada por meio do uso de precedentes, competência jurídica e argumentação fundamentada, de modo a fornecer algum nível de consistência e previsibilidade. Se um caso é complexo, a competência jurídica da juíza ou do juiz, sua experiência e compreensão do Direito e sua aplicação podem oferecer orientação para a interpretação e aplicação das normas jurídicas ao caso em questão. Em contraste, um sistema de loteria introduz um elemento de aleatoriedade que não resolve as incertezas e, neste sentido, acaba por adicionar mais imprevisibilidade. Esse sistema alternativo carece da possibilidade de tomada de decisão fundamentada, um componente fundamental do processo judicial. Ademais, não permite a

interpretação e aplicação das normas jurídicas de maneira sutil e específica ao contexto de cada caso, e essa é uma função essencial do Poder Judiciário. Embora o sistema atual tenha suas incertezas, essas são enfrentadas por meio de tomada de decisão fundamentada, competência jurídica e uso de precedentes, o que agrega valor e legitimidade ao processo judicial.

Em termos de equidade, a principal vantagem do sistema de loteria residiria em sua inerente imparcialidade. Como a decisão seria tomada de maneira aleatória, estaria livre de quaisquer vieses, preconceitos ou influências externas que possam afetar juízos humanos. Nesse sentido, o sistema de loteria poderia proporcionar uma forma de equidade processual, especialmente em casos em que existem argumentos fortes em ambos os lados ou em que as normas e princípios legais existentes não ditam claramente um resultado.

No entanto, é importante ressaltar que a equidade não é apenas uma questão de imparcialidade formal e matemática. A equidade substantiva ou material, que diz respeito à justiça do próprio resultado, também é crucial. A equidade substantiva diz respeito ao conteúdo da decisão ou resultado em si, além do simples procedimento utilizado para chegar a esse resultado. Envolve fornecer justiça de uma maneira que leve em consideração os detalhes do caso, os méritos dos argumentos, os direitos e deveres das partes envolvidas, a intenção por trás das regras ou princípios em questão, e as amplas implicações sociais da decisão. Quando um caso é decidido por meio de uma loteria, o resultado é completamente desconectado desses fatores. Isso pode levar a resultados que, embora sejam procedimentalmente justos no sentido de serem imparciais, podem não ser substantivamente justos.

Além disso, as decisões judiciais frequentemente têm funções além de apenas resolver disputas. Elas também esclarecem e desenvolvem o Direito, estabelecem precedentes e enviam mensagens sociais. Um sistema de loteria não poderia cumprir essas funções da mesma forma, pois seus resultados não seriam baseados em interpretações fundamentadas na norma e em valores sociais.

É preciso também considerar a percepção de equidade. Mesmo que um sistema de loteria possa ser teoricamente visto como justo em certos aspectos, pode não ser percebido assim pelo público. A confiança no sistema judicial depende em grande parte da crença de que as decisões são tomadas por meio de julgamentos fundamentados, e não por mera chance aleatória. O sistema jurídico, em sua essência, trata da aplicação de regras e princípios a situações e disputas específicas. Essas regras e princípios são formulados por meio de um processo democrático e pretendem ser justos, consistentes e previsíveis. Se os resultados dos casos concretos fossem determinados por uma loteria, isso poderia comprometer significativamente esses princípios. Decisões judiciais lidam com direitos, liberdades e com a

eventual punição de pessoas concretas. A decisão que tiver como base um resultado aleatório pode ser percebida como intrinsecamente injusta e arbitrária, minando a confiança do público no sistema jurídico. O sistema de loteria, assim, falha em garantir a justiça substantiva, cumprir as funções mais amplas das decisões judiciais e manter a confiança pública no sistema judicial. Embora seja uma proposta intrigante, pode não representar um ganho global em termos de equidade, entendida aqui, portanto, como formal e material.

As razões importam, e o resultado do sistema da loteria não reflete nem mesmo as razões da parte vencedora, quanto mais da parte perdedora da disputa. Ao extremo da decisão que é tomada de maneira viciada e desrespeitosa com o ponto de vista razoável de alguma das partes, a melhor resposta não está no extremo randômico em que a decisão é tomada em prol de uma das partes, mas sem a influência de qualquer razão de quaisquer das partes.

Em uma controvérsia, o fato de que o argumento de uma das partes é escolhido em detrimento do outro não significa que o argumento da parte perdedora não tinha nenhum mérito. O argumento escolhido pode simplesmente ter sido mais forte ou melhor alinhado com as regras ou princípios estabelecidos que estão sendo utilizados para julgar o caso. No entanto, um sistema de loteria aleatória não levaria em consideração nenhum desses fatores. Isso significa que a decisão resultante estaria desconectada dos argumentos apresentados, em prejuízo do próprio conceito de um processo de tomada de decisão racional.

Embora o ato de tomar decisões no campo do direito possa ser complexo e, às vezes, parecer arbitrário, ele não é desprovido de racionalidade. Em sua forma tradicional, ele se baseia em análise, deliberação e um certo grau de adesão aos princípios estabelecidos. Adotar um sistema de aleatoriedade não apenas interrompe esse processo, mas também corre o risco de minar os princípios de justiça e equidade que são fundamentais para um sistema jurídico funcional.

No texto *Interpretation and Comparative Analysis*, Robert Summers e Michele Taruffo diferenciam as decisões judiciais segundo três tipos de padrão de justificação: (i) o padrão básico, entendido como o mais simples e que se caracteriza pela utilização de um único argumento na justificação da decisão; (ii) o padrão cumulativo, em que há vários argumentos diferentes que concorrem para uma mesma conclusão interpretativa; (iii) o padrão mais complexo, no qual a decisão trata de vários argumentos cumulados em cada um dos sentidos conflitantes, resolvendo o conflito entre os argumentos motivadamente (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479-481).

É possível comparar os três tipos de padrão de justificação a uma escala sobre arbitrariedade judicial em que, naturalmente, o padrão básico é entendido como o mais

arbitrário, e o padrão mais complexo como o menos arbitrário. Neste contexto, é também possível admitir que o padrão mais arbitrário possa ser quase tão indefensável quanto uma loteria decisional, mas o mesmo não pode ser dito em relação ao padrão mais complexo.

A questão torna-se, portanto, outra: não mais possivelmente abrir mão do sistema existente porquanto indefensável, mas refletir sobre formas de aprimorá-lo para que o terceiro padrão seja predominante.

## **PADRÕES DE JUSTIFICAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS**

### **PADRÃO BÁSICO**

É o padrão mais simples, e se caracteriza pela utilização de um único argumento na justificação da decisão – geralmente argumentos linguísticos de palavras ou termos comuns ou técnicos (jurídicos e não-jurídicos) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479).

### **PADRÃO CUMULATIVO**

É o padrão que apresenta vários argumentos diferentes que concorrem para uma mesma conclusão interpretativa. Geralmente é adotado em virtude de diferentes fatores, como: dúvidas sobre a força justificatória de um único argumento; a importância social da matéria decidida; receio de que a decisão do tribunal seja interpretada como uma extrapolação de função; necessidade de justificação mais detida diante do grave ônus que a decisão trará para a parte derrotada; necessidade de levar em consideração os argumentos suscitados pelo advogado; irrecorribilidade da decisão (foreclosure of appeals) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479-480). Este padrão adquire duas formas básicas: na primeira, há um sentido (linguístico) comum ou técnico que é corroborado por argumentos de outros tipos (de harmonização contextual, analogia, congruência com precedentes ou princípios gerais, intenção do legislador, finalidade da norma etc.); na segunda, inexistem argumentos linguísticos viáveis, daí a referência a outros tipos de argumento para esclarecer o sentido da linguagem vaga, ambígua ou indeterminada do texto normativo interpretado (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 480).

### **PADRÃO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

É o padrão mais complexo, e nele a decisão trata de vários argumentos cumulados em cada um dos sentidos conflitantes, resolvendo o conflito entre os argumentos por algum dos seguintes modos de solução: (1) um argumento prevalece sobre o outro que se revelou inaplicável, como, e.g., quando se demonstra que um sentido comum inicialmente arguido não tem nenhuma força em virtude da

inexistência da convenção linguística que o fundamentaria; (2) a força inicial de um argumento é anulada, como, e.g., quando um argumento linguístico perde sua força diante de um argumento contextual que demonstra que o legislador usou as palavras interpretadas num sentido especial, e não no sentido comum defendido; (3) o argumento está subordinado ao argumento contrário em virtude de uma norma que assim determina (contudo, por vezes tal norma é derrotável); (4) um argumento tem uma dimensão de peso maior do que o seu rival (as razões por trás dos argumentos ou as evidências são mais fortes do que as rivais – processo que pode ou não depender do emprego de algum outro tipo de argumento ou da menção a valores num segundo nível de discussão) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 480-481).

No mesmo sentido, vale retomar o argumento de Marmor de que a loteria constitucional gera um ganho de equidade (*fairness*) nos casos difíceis, em que ambas as partes defendam pretensões plausíveis e razoáveis. O que pode estar em jogo nessas situações é a ideia segundo a qual se o caso é difícil, o Direito não o resolve; se o Direito não o resolve, a decisão será bem mais subjetiva do que nos casos fáceis; se a decisão será bem mais subjetiva, e se ela declarará uma parte vencedora e uma parte perdedora, a parte perdedora poderá se opor de uma maneira especial ao resultado. Se, por outro lado, a parte perdedora na demanda decidida pela loteria acredita que a decisão foi efetivamente tomada de maneira randômica, essa parte não poderá se opor ao resultado sob as bases de ele ter sido fruto de um juízo subjetivo ou parcial que minava as suas chances iguais de vencer ou perder. Num processo judicial, porém, equidade não é uma probabilidade pré-determinada de vencer uma demanda, independente de fatos e de argumentos. A igualdade entre as partes se manifesta precisamente no respeito aos corolários do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do dever judicial de examinar os fatos e argumentos apresentados pelas partes e de justificar a decisão.

*IV. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional por encorajar a observância de princípios constitucionais, pois: (i) a própria noção de “princípios” é controversa; e (ii) há evidências de que a declaração de inconstitucionalidade não dificulta futuras inconstitucionalidades por parte de legisladores e policy-makers.*

Em relação ao argumento IV, embora seja verdade que o conceito de "princípios" possa ser controverso e sujeito a interpretação, isso não diminui seu papel fundamental no sistema jurídico. Os princípios funcionam como a base do direito, fornecendo um quadro normativo

que orienta a interpretação e tomada de decisões jurídicas. Eles atuam como pilares da justiça, equidade, igualdade e do primado do Direito (*Rule of Law*), entre outros. Os princípios podem ser interpretados de maneira diferente em diferentes contextos, é verdade; mas essa flexibilidade pode ser uma vantagem, e não uma desvantagem, permitindo que o Direito se adapte a uma variedade de situações, ao mesmo tempo em que se mantém fiel a um conjunto de valores fundamentais. Em contraste com o sistema de loteria, o sistema existente de controle constitucional permite o engajamento com esses princípios de maneira sutil e adaptável.

Além disso, embora seja verdade que a declaração de inconstitucionalidade nem sempre previne a ocorrência de futuras ações inconstitucionais, isso não necessariamente aponta para uma falha fundamental no sistema existente, mas talvez para as complexidades e desafios inerentes a um sistema democrático, onde múltiplos atores têm seus papéis a desempenhar. O controle de constitucionalidade atua como um mecanismo de peso e contrapeso, fornecendo um importante mecanismo retificativo que preserva os princípios constitucionais e os direitos. Ademais, o objetivo do controle de constitucionalidade não é apenas prevenir a ocorrência de futuras ações inconstitucionais, mas também abordar e corrigir as ações presentes. Ao declarar uma lei ou política inconstitucional, a corte protege os direitos e princípios constitucionais dos cidadãos, mesmo que não possa garantir que legisladores e formuladores de políticas sempre sigam essas determinações no futuro. As funções educativas e dissuasórias dessas decisões não são insignificantes e não devem ser subestimadas ou descartadas *in totum*.

*V. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional no controle da regra da maioria, porque: (i) como o que a maior parte dos casos constitucionais exige não é propriamente competência jurídica (legal expertise), mas competência moral (moral expertise), não se pode dizer que a competência jurídica existente no sistema de revisão e ausente na loteria conduza a um controle melhor da regra da maioria; (ii) como o processo deliberativo de tomada de decisões funciona apenas para que os magistrados encontrem mais facilmente razões para fundamentar suas visões pessoais a respeito do caso, tampouco se pode dizer que esse processo possa resultar num controle melhor da regra da maioria.*

O argumento de Marmor de que a maioria dos casos constitucionais exige mais competência moral (*moral expertise*) do que jurídica é uma afirmação que admite debate. O direito constitucional frequentemente envolve a avaliação de questões jurídicas de interpretações complexas que requerem um alto grau de compreensão e conhecimento jurídicos. Embora a competência moral desempenhe um papel, ela não é o único determinante da tomada

de decisão constitucional. A competência jurídica é crucial na interpretação de textos normativos, na compreensão de precedentes e na aplicação de doutrinas jurídicas a situações específicas, inclusive aquelas carregadas de dissenso moral.

Além disso, um sistema baseado principalmente na competência moral (*moral expertise*) pode correr o risco de enfatizar demasiadamente perspectivas morais individuais subjetivas, o que pode levar a uma menor consistência e previsibilidade na tomada de decisões. O sistema de loteria proposto por Marmor certamente estaria desprovido dessas considerações, concentrando-se apenas nos resultados medianos sem o processo de raciocínio e interpretação jurídica.

O outro ponto de Marmor sugere que a tomada de decisão deliberativa serve principalmente para justificar a visão pessoal de um juiz ou juíza sobre um caso. É verdade que os juízes podem trazer suas perspectivas pessoais para suas deliberações; no entanto, o processo de raciocínio jurídico e julgamento também é projetado para garantir que eles se engajem criticamente com o Direito, os fatos e os argumentos das partes envolvidas. Não é apenas um processo para racionalizar vieses pessoais.

Além disso, o processo deliberativo, incluindo a redação de votos e decisões, facilita a transparência e a responsabilização, pois esses documentos escritos expõem, em algum nível, o processo de raciocínio ao escrutínio da cidadania. Esse processo deliberativo é vital para garantir a legitimidade do sistema jurídico, promover a confiança pública e estabelecer um precedente para casos futuros. Em contraste, um sistema de loteria carece desse aspecto deliberativo, pois determina os resultados com base em um algoritmo sem levar em conta as circunstâncias e argumentos específicos de cada caso. Tal sistema não oferece o mesmo nível de transparência, responsabilização e tomada de decisão detalhada que são aspectos cruciais do nosso sistema existente.

O argumento de que o processo deliberativo de tomada de decisões tipicamente presente nas cortes constitucionais não funciona para que os magistrados alcancem um entendimento mais profundo sobre o caso que estão a decidir tem, fundamentalmente, uma dimensão empírica que pode ser debatida. Mas, supondo que Marmor esteja correto, não seria o caso de advogar por uma reforma que aumente o potencial deliberativo da corte? E também não é possível imaginar algum grau de deliberação, em quantidade suficiente para permitir uma diferenciação clara entre o processo decisório no sistema de revisão e um processo totalmente randômico? Mesmo nas decisões individuais há a possibilidade de deliberação; há a possibilidade de o magistrado adotar uma posição prévia, buscar a fundamentação jurídica de sua posição e mudar de ideia (em relação à sua posição original) diante das razões jurídicas examinadas. Um

exemplo antigo foi reportado por Carlos Maximiliano, e consiste na reprodução, *ipsis litteris*, do relato de um magistrado austríaco, o vienense Unger: “Quando se me apresenta um caso forense para decidir, eu tiro a sentença, primeira e imediatamente, do próprio senso ou consciência jurídica; e procuro a princípio a base legal e a justificação teórica do meu prejudgamento; porém, se verifico, enfim, que um preceito positivo se contrapõe aquela decisão provisória, considero um dever profissional subordinar à lei a minha convicção espontânea de jurista.”(2011, p.68).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exposto nos tópicos anteriores permite atender de forma fundamentada aos objetivos gerais do presente artigo: descrever a crítica de Marmor à jurisdição constitucional pela via de sua comparação com um mecanismo de loteria e refletir sobre se, e em que medida, essa crítica é procedente. A partir do que foi examinado e debatido neste ensaio de Filosofia do Direito, apresento, nos parágrafos seguintes, pontos de síntese e conclusão:

5.1. Metáforas baseadas na ideia de uma "loteria" não são novas no campo teórico. Marmor apropria-se dessa ideia para imaginar um cenário hipotético em que o controle constitucional ocorre aleatoriamente, por meio de uma loteria constitucional computadorizada. Marmor então questiona em que medida o sistema da loteria seria realmente pior do que o sistema existente de controle constitucional.

5.2. Marmor argumenta contra o sistema existente apresentando suas objeções ao argumento de que o sistema da loteria seria pior por não guardar nenhuma relação com o texto constitucional. Marmor salienta que os casos que demandam controle constitucional são tipicamente aqueles em que o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é suficientemente claro. Marmor também sugere que o sistema de loteria constitucional poderia ser pontualmente modificado para que decida apenas os casos em que não há consenso interpretativo.

5.3. É verdade que juízes frequentemente se deparam com casos difíceis em que o texto constitucional não oferece uma solução clara. No entanto, em vez de sugerir uma falha do sistema, esses casos destacam a necessidade de interpretação judicial e aplicação de raciocínio e precedentes jurídicos para navegar pelas ambiguidades constitucionais. Essas complexidades e nuances são parte fundamental do direito e é exatamente por isso que competência jurídica (*legal expertise*) e treinamento jurídico são cruciais. A sugestão de Marmor de limitar a aplicação da loteria aos casos difíceis ainda é incapaz de levar em consideração as nuances de casos individuais. Ademais, a própria divisão de casos em difíceis e não-difíceis é subjetiva e

depende da interpretação judicial. O próprio Marmor reconheceu, num texto anterior, e no contexto do exercício do poder político, que decisões determinadas pela aleatoriedade rompem a conexão causal entre argumentos e resultado, e impedem que as pessoas influenciem o resultado. O mesmo se aplica a decisões tomadas aleatoriamente por cortes constitucionais.

5.4. Marmor contesta o argumento de que o sistema existente teria maior legitimidade devido ao fato de que as pessoas em geral provavelmente rejeitariam a ideia da loteria, e o faz por meio de duas objeções: primeiro, a loteria foi colocada apenas como uma situação hipotética que serve a fins filosóficos; segundo, a percepção pública não importaria para os propósitos do argumento (principal) que Marmor apresenta em sua reflexão sobre os limites do sistema existente.

5.5. É verdade que o sistema de loteria é uma situação hipotética usada para fins filosóficos. Isso é uma empreitada filosófica legítima. Embora essa abordagem possa oferecer insights teóricos, ela não se traduz necessariamente em vantagens práticas ou resultados superiores quando aplicada em situações do mundo real. Nos sistemas jurídicos do mundo real a percepção pública da legitimidade do sistema judicial é fundamental. As pessoas geralmente têm a expectativa de que as decisões judiciais sejam resultado de uma deliberação fundamentada em regras e princípios jurídicos, e não de resultados aleatórios. A confiança no sistema judicial é um pilar da estabilidade social. Além disso, um sistema puramente estatístico ou algorítmico pode ter dificuldade em se adaptar a mudanças sociais, novos desafios jurídicos ou entendimentos evolutivos sobre justiça. Os juízes, em suas deliberações e interpretações por meio do sistema existente, podem incorporar essas mudanças.

5.6. Marmor sustenta que não é possível afirmar que o sistema existente é superior à loteria constitucional quanto à legalidade ou primado do Direito (*Rule of Law*). Nesse sentido, ele argumenta que existem exemplos de mecanismos semelhantes à loteria juridicamente admitidos ou estabelecidos legalmente no contexto de alocação de recursos escassos. Além disso, embora reconhecendo que a loteria constitucional não nos permite saber de antemão, com grande certeza, o que o Direito nos exige, salienta que o sistema existente também gera incertezas e, mesmo que o nível de incerteza seja maior na loteria, a loteria permitiria um ganho em termos de equidade (*fairness*).

5.7. De fato, a aleatoriedade é admitida pelo Direito em determinadas situações, tal como o exemplo da designação de licenças para táxis por meio de uma loteria. No entanto, as circunstâncias do exemplo são diferentes do processo de tomada de decisão judicial, onde os interesses geralmente são maiores e frequentemente envolvem questões de justiça, direitos, ética e interpretação jurídica. Além disso, apesar de o sistema existente gerar incertezas, elas

geralmente são abordadas por meio do uso de precedentes, competência jurídica e argumentação fundamentada, o que pode fornecer um certo nível de consistência. Em termos de equidade, a principal vantagem do sistema de loteria residiria em sua imparcialidade inerente e em uma forma de justiça processual. No entanto, a equidade não é apenas uma questão de imparcialidade matemática. O sistema existente pode ser defendido como um meio de alcançar equidade substantiva, que diz respeito à justiça do próprio resultado, bem como à percepção de equidade. A igualdade entre as partes pode se manifestar no acesso ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, e à decisão fundamentada que leva em conta os fatos e argumentos apresentados pelas partes. Além disso, as decisões têm função de resolver disputas e também de servir como instrumentos para esclarecer e desenvolver o Direito, estabelecer precedentes e enviar mensagens sociais, e nada disso pode ser cumprido da mesma forma pela alternativa da loteria.

5.8. Segundo Marmor, tampouco é possível defender a superioridade do sistema existente em virtude de sua capacidade de encorajar a observância de princípios constitucionais, uma vez que argumentar pela conformidade com "princípios" (obscuros) pode não ser uma verdadeira vantagem, além de ser controverso se o sistema existente realmente incentiva os legisladores e formuladores de políticas a agirem de acordo com princípios.

5.9. É verdade que a noção de "princípios" pode ser controversa e sujeita a interpretações. No entanto, os princípios continuam sendo o alicerce do direito. Sua flexibilidade pode ser vantajosa, pois permite que o Direito se adapte a uma variedade de situações, ao mesmo tempo em que se mantém fiel a um conjunto de valores fundamentais. É verdade que a declaração de inconstitucionalidade nem sempre previne atos inconstitucionais por parte dos outros poderes, mas isso apenas mostra as complexidades e desafios inerentes em um sistema democrático, onde múltiplos atores têm seus papéis a desempenhar. Ademais, o objetivo do controle de constitucionalidade não é apenas prevenir futuras ações inconstitucionais, mas também enfrentar e corrigir as inconstitucionalidades presentes. A função educativa e dissuasória dessas decisões não é insignificante e não deve ser subestimada.

5.10. Marmor concebe a loteria como programável para limitar a tirania da maioria com a mesma intensidade que o sistema existente desempenha essa função – por exemplo, fazendo com que a loteria declare a inconstitucionalidade do mesmo número de leis que o sistema existente, em média, invalida. Ao argumento de que o sistema existente seria superior porque limita a tirania da maioria pela competência de juízes humanos, num processo deliberativo, Marmor contra-argumenta que, em primeiro lugar, o que a maioria dos casos constitucionais requer não é exatamente competência jurídica (*legal expertise*) legal, mas sim competência

moral (*moral expertise*); e em segundo lugar, as deliberações servem apenas para fornecer munção argumentativa aos juízes para justificar suas visões pessoais.

5.11. O argumento de Marmor de que a maioria dos casos constitucionais exige maior competência moral do que jurídica é passível de debate. Embora a competência moral desempenhe um papel, ela não é o único determinante da tomada de decisão constitucional. É verdade que os juízes podem trazer perspectivas pessoais para suas deliberações; porém, o processo deliberativo não serve somente para justificar as visões pessoais do juiz sobre um caso. As preferências do juiz são limitadas pelas alegações factuais e jurídicas apresentadas pelas partes e pelas regras e princípios aplicáveis ao caso. O processo deliberativo não é apenas um meio de racionalizar vieses pessoais. Seus aspectos públicos expõem o raciocínio dos juízes ao escrutínio da cidadania. Embora seja um exercício interessante de Filosofia do Direito, a hipótese da loteria não parece cumprir o papel de escancarar a ilegitimidade do sistema existente.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. “NCPC e o dever de fundamentação das decisões”. In: BONITO, Rafael Frattari; GODOI, Marciano Seabra de; LOBATO, Valter de Souza (coords.). **Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário**, v. 3. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BECK, Luke. The constitutional duty to give reasons for judicial decisions. **University of New South Wales Law Journal**, Volume 40, Issue 3, p. 923-951, 2017.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. 6 ed. New York: Wolters Kluwer, 2019.

DELANEY; Erin F.; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative Judicial Review**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2018.

EKINS, Richard. **The nature of legislative intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FOGELIN, Robert; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. **Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic**. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição [*Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation*]. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Direito Público**, v. 11, n. 60 (Assunto Especial – Textos Clássicos), p. 25-50, 2014 [1975].

HO, H. L. The judicial duty to give reasons. **Legal Studies**, Volume 20, Issue 1, p. 42-65, 2000.

JORGENSEN, Miriam R.; SHEPSLE, Kenneth A. A Comment on the Positive Canons Project. **Law and Contemporary Problems**, v. 57, n.1, p.43-49, Winter 1994.

LEVUSH, Ruth. **The Constitutional Council and Judicial Review in France**. Library of Congress, 4 Nov. 2020. Disponível em: <https://blogs.loc.gov/law/2020/11/the-constitutional-council-and-judicial-review-in-france/>. Acesso em 29 mai. 2023.

MARMOR, Andrei. **Randomized Judicial Review**. F. Constitutionalism, Nov. 6, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aZOYFSTlmGo>. Acesso em: 2 set. 2015.

MARMOR, Andrei. The Pragmatics of Legal Language. **Ratio Juris**, v. 1, n. 4, p.423-452, dec. 2008.

MARMOR, Andrei. **Law in the Age of Pluralism**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 [1924-1925].

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS ROMEU, Francisco. The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions. **Review of Law & Economics**, Volume 2, Issue 1, p. 103-135, 2006.

RYTTER, Jens Elo. “Judicial Review of Legislation – a Sustainable Strategy on the Enforcement of Basic Rights.” In: SCHEININ, Martin et. al. **Welfare State and Constitutionalism** - Nordic Perspectives. Nordic Council of Ministers, 2001.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; NETA, Ram. **Think Again: How to Reason and Argue**. *Coursera.org*, August / December 2015. Disponível em: <https://class.coursera.org/thinkagain-006>. Acesso em: 9 dez. 2015.

SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. “Interpretation and Comparative Analysis”. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth, 1991.

TATE, Neal. Judicial review – Definition, Forms, & Facts. **Britannica**, 5 January 2023. Disponível em: [www.britannica.com/topic/judicial-review](http://www.britannica.com/topic/judicial-review). Acesso em 24 mai. 2023.

**Submissão: 08/09/2020. Aprovação: 11/09/2023.**