



PEDRO NOBUYUKI CARVALHO URASHIMA

**HÁ LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO JUDICIÁRIO?
UM DEBATE ENTRE RONALD DWORKIN E JEREMY
WALDRON**

LAVRAS-MG

2019

PEDRO NOBUYUKI CARVALHO URASHIMA

**HÁ LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO JUDICIÁRIO? UM DEBATE ENTRE
RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON**

Artigo apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa

Orientador

LAVRAS-MG

2019

PEDRO NOBUYUKI CARVALHO URASHIMA

**HÁ LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO JUDICIÁRIO? UM DEBATE ENTRE
RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON**

**IS THERE DEMOCRATIC LEGITIMACY IN JUDICIAL REVIEW OF
LEGISLATION? AN EXCHANGE BETWEEN RONALD DWORKIN AND JEREMY
WALDRON**

Artigo apresentado à Universidade Federal
de Lavras, como parte das exigências do
Curso de Direito para a obtenção do título
de Bacharel.

APROVADO em _ de _ 2019

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa UFLA

Profa. Ms. Raphaela Rocha Ribeiro UFLA

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa

Orientador

LAVRAS-MG

2019

Agradecimentos

Agradeço a meu orientador, Leonardo Gomes Penteado Rosa, por tornar o estudo do direito interessante ao me introduzir à teoria e filosofia do direito, pela sinceridade em me criticar e corrigir quando necessário e por ser um modelo intelectual para mim.

Agradeço à minha família pelo apoio material e motivacional. À minha mãe, Denise, por sempre me incentivar ao estudo e, acima de tudo, pelo carinho, o qual, por mais que me esforce, nunca conseguirei retribuir devidamente. A meu pai, Celso, por percorrer persistentemente vários quilômetros para estar perto de mim. À minha irmã, Beatriz, por ser diferente de mim e, assim, me ensinar a importância de estar e conviver com o outro.

Gostaria também de agradecer a todos que contribuíram à minha formação em direito na UFLA. Especialmente, aos docentes David Francisco Lopes Gomes, Rafael de Deus Garcia, Gustavo Seferian Scheffer Machado, Janaína Diniz Ferreira de Andrade, Raphaela Rocha Ribeiro, Pedro Ivo Ribeiro Diniz, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Aos servidores da UFLA e do departamento de direito.

Também sou muito grato aos membros do Núcleo de Estudos em Direito, Argumentação e Justiça (NEDAJ) pelas discussões em teoria e filosofia do direito e pela companhia. A Lunare Cardoso Amorim pelas conversas entusiasmadas e à Flávia Pereira pelas oportunidades de escutar seus inteligentes comentários. Também os agradeço por estarem junto comigo nos ciclos de leitura que antecederam a criação do NEDAJ. À Beatriz Heloiza pela amizade e pelas risadas nos congressos. A Rangel Mendes pela generosidade com que compartilha obras de filosofia e pela companhia em eventos acadêmicos.

À Danyelle Reis Carvalho pela companhia ao longo da graduação, pelos momentos belos e pelos brilhos que trouxe nos momentos não tão belos que a vida universitária nos trouxe.

Resumo

Este trabalho propõe apresentar e defender a concepção constitucional de democracia de Ronald Dworkin. Meu foco é, especificamente, as implicações de seu entendimento de democracia para se saber se o controle judicial de constitucionalidade das leis é ou não exigido pelos arranjos democráticos. Assim, os seguintes passos são dados: primeiro, recorro a suas proposições de que considerações de moralidade política são inevitáveis na interpretação constitucional; segundo, uma vez afirmado que as cláusulas abstratas da constituição devem ser lidas como invocando princípios de decência política e justiça, ainda falta responder qual órgão governamental deve ter autoridade para fazê-lo. Na busca dessa resposta, volto-me à teoria da democracia de Dworkin. Para os propósitos desse artigo, é particularmente relevante a distinção entre ação coletiva estatística e comunal. Essas categorias demonstram que uma concepção estatística de democracia atraente não está disponível. Portanto, uma concepção majoritária de democracia necessariamente deve pressupor uma ação coletiva comunal, mas, por essa mesma razão, não pode subsistir em seus próprios termos. Isso, pois o “povo” como uma unidade de responsabilidade ativa e distinta apenas existe quando observadas as condições nas quais cada cidadão é tratado com igual consideração e respeito. Terceiro, introduzo os argumentos de Jeremy Waldron sobre os fundamentos da autoridade legislativa e do direito de participar das decisões políticas em termos iguais. Ao fim desse passo, destaco as objeções de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade. E, finalmente, respondo às críticas dele à concepção constitucional de democracia.

Palavras-chave: Democracia. Controle de constitucionalidade. Direitos

Abstract

This paper aims to present and defend Ronald Dworkin's constitutional conception of democracy. My focus is specifically on the implications of his understanding of democracy to the question whether judicial review of legislation is required or not by democratic arrangements. Thus, the following steps are taken: first, I appeal to his contentions that considerations of political morality are inevitable in constitutional interpretation; second, once stated that the abstract clauses of a constitution ought to be read as invoking principles of political decency and justice, remains to be answered which governmental body must have the authority to do so. In search for such answer, I turn to Dworkin's theory of democracy. To the purposes of this paper is particularly relevant the distinction between statistical and communal collective action. These categories show that an attractive statistical conception of democracy is unavailable. Therefore, a majoritarian conception of democracy necessarily must assume a communal collective action, but, for this very reason, it cannot subsist on its own terms. For the "people" as an active and distinct unit of responsibility only exists when observed the conditions in which each citizen is treated with equal concern and respect. Thirdly, I introduce Jeremy Waldron's arguments about the foundations of legislative authority and of the right to participate on equal terms in political decisions. By the end of this step I highlight Waldron's objections to judicial review. And, finally, I reply to the latter's critiques to the constitutional conception of democracy.

Keywords: Democracy. Judicial review. Rights

Sumário

1. Introdução	8
2 Conceção comunal de democracia	11
2.1 A Constituição e a moral	11
2.2 Características da leitura moral	12
2.3 O povo no poder	15
2.3.1 Legitimidade da vontade da maioria	19
2.3.2 Igualdade de poder político	20
2.3.3 Liberdade positiva	22
2.3.4 Condições democráticas	25
2.3.5 Implicações institucionais	28
3. O direito em condições de desacordo	29
3.1 Por que respeitar a lei?	29
3.2 A right-based critique	33
4. Em rota de colisão	38
5. Conclusão	41
Referências:	43

1. Introdução

As sociedades contemporâneas caracteristicamente comportam uma pluralidade de indivíduos, grupos e associações. Nesse contexto, pode-se dizer: entre as pessoas que convivem em comunidade há percepções distintas sobre quais são os termos justos de cooperação social. A elaboração de modelos teóricos voltados a articular de forma coerente e racional as diversas intuições morais dos cidadãos sobre como é o arranjo ideal de sociedade e Estado voltou a ser de interesse de filósofos a partir da publicação de *A Theory of Justice* (1971) de John Rawls (WALDRON,1999, p. 1).

Por outro lado, há outra dimensão da vida política também essencialmente atrelada às divergências entre os cidadãos que merece a atenção dos filósofos. Vê-se que: não obstante haver intensas diferenças de opinião, decisões são tomadas, instituições e arcabouços são instituídos em nome da sociedade, e a eles se exige obediência mesmo em face de desacordos tão fundamentais (WALDRON,1999, p.2). Como isso é possível? Especificamente, no presente trabalho se quer investigar quais são as condições de legitimidade das decisões cujo objeto são direitos fundamentais. Problema filosófico íntimo ao anterior é: qual papel cabe aos cidadãos na tomada de decisão que resolve uma controvérsia moral em nome da comunidade (DWORKIN, 2011, p. 379)?

A resposta será buscada a partir do desenvolvimento do debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron acerca das credenciais democráticas do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Dessa forma, a partir desses referenciais quer-se avaliar a consistência da seguinte tese:

(NPD) A democracia não insiste que os juízes devam ter a última palavra em controvérsias constitucionais. Mas, por outro lado, não insiste que eles não devam ter (DWORKIN, 1996, p.7).

Ou seja, a instituição do controle de constitucionalidade por si só não prejudica a democracia ou os valores que a tornam atraente. A esta tese será dado o nome de *Tese do não prejuízo democrático* (NPD). A seu favor destacam-se os seguintes argumentos apresentados por Dworkin:

- 1) Democracia significa governo sujeito a condições de igual consideração a todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias respeitam estas condições, seu veredito, por essa razão, deve

ser aceito por todos. Mas, quando não é o caso, não há razões em nome da democracia que impeçam outros procedimentos decisórios (DWORKIN, 1996, p.18).

- 2) É equivocado dizer que as cortes estão usurpando a competência legislativa, pois se elas tentarem ser fiéis ao texto da Constituição, elas irão, por essa mesma razão, ser forçadas a decidir entre concepções competidoras de moralidade política (DWORKIN, 1977 p.136).
- 3) Não há razões a priori para crer que juízes são teóricos políticos menos competentes que legisladores ou procuradores gerais (DWORKIN, 1986, p.375-6).

O ponto (3), se entendido como uma defesa da justiça das decisões dos magistrados, deve ser de menor importância na sustentação de (NPD). Segundo Waldron, tal defesa é contestável quando pensada sob o ponto de vista das discussões sobre autoridade. Isto é,

[...] uma questão de justiça é uma questão na qual devemos agir conjuntamente com base em uma visão comum [isto é, em nome da comunidade]. Mas, a necessidade de uma visão comum não faz o fato do desacordo evaporar. Pelo contrário, quer dizer que nossa base comum de ação em questões de justiça tem de ser forjada no calor de nossos desacordos, não predicada da suposição de um consenso tranquilo que existe apenas como um ideal (WALDRON, 1999, p.106, tradução nossa).

Dworkin, entretanto, não sustenta que é exclusivamente o mérito das decisões tomadas em face do desacordo que sustenta a pertinência de um método decisório. Entender assim seu argumento é destacar uma de suas conclusões sem o devido cuidado com as premissas. Caso fosse esse o ponto, o argumento fica frágil perante a seguinte consideração apresentada por Waldron: “Devemos estabelecer um procedimento decisório cuja operação resolva (*settle*), não reestabeleça, as controvérsias cuja existência exige um procedimento decisório (WALDRON, 2006, p.1371)”. Dworkin em outros momentos deixa mais claro o que ele acredita ser relevante ao debate sobre *judicial review*. Como exemplo podemos citar:

Um bom governo é democrático, justo e eficiente, mas essas não são a mesma qualidade, e é às vezes importante perguntar, por exemplo, se um arranjo constitucional o qual é capaz de fazer a economia de uma comunidade ser mais eficiente deve, apesar disso, ser resistido, porque é antidemocrático. É então crucial considerar como uma questão independente o que devemos entender como sendo o *point* e o nervo da democracia (DWORKIN, 2011, p. 383, tradução nossa).

Deseja-se com esses esclarecimentos apenas destacar que os termos do debate estão claros para o autor, isto é, a discussão tem como principal preocupação: qual arranjo institucional de métodos decisórios melhor respeita o reclame por igual consideração dos cidadãos. A questão da justiça das decisões resultantes dos métodos decisórios, naturalmente, virá à tona, mas ela será tratada como discussão coloraria àquela sobre legitimidade. Inclusive,

para Dworkin ambas estão intimamente atreladas, diferentemente do que Waldron enfatiza por vezes. Essa diferença é importante, pois é reveladora das diferenças entre as compreensões de democracia sustentadas por cada um.

Foram esboçados acima os principais elementos da proposta dworkiniana apenas para fins de organização das premissas que dão suporte à **(NPD)**. Essas premissas precisarão ser fundamentadas, e, para tanto, busca-se o resgate das formulações do autor a partir da ordem interna de suas razões, isto é, a partir do desenrolar das regras que orientam a organização de seu pensamento (MACEDO, 2007, p.7-8). Antes disso, como a proposta é a sustentação de uma das teses de um debate, fazendo justiça ao interlocutor, devemos apresentar os principais pontos do argumento de Waldron.

Para entendermos a tese central do último, pensemos no seguinte cenário:

- I. há a necessidade de uma estrutura, decisão ou plano comum em determinadas questões e isso se mantém mesmo em face de desacordos sobre como essa estrutura, decisão ou plano comum devem ser. Essas são as circunstâncias da política (WALDRON, 1999, p.102).

Feita essa constatação, as seguintes teses se seguem no pensamento do autor:

II. Fundamentação da autoridade da legislação:

- a. Devemos respeitar a legislação, pois essa é produto forjado nas circunstâncias da política. Logo, sua autoridade decorre do fato dela ser uma realização (*achievement*) (WALDRON,1999, p.101).
- b. A legislação é uma realização respeitosa (*respectful achievement*), pois é resultado da decisão majoritária (WALDRON,1999, p.109). Essa técnica é respeitosa, pois dá a cada participante o máximo de poder decisório compatível com a igualdade (WALDRON, 1999, p.111-114).

III. Explicação normativa dos pressupostos do direito de participação característico às democracias:

- a. Diante da dificuldade envolvida na discussão de direitos, fica claro que os desacordos são genuínos (WALDRON 1999, p. 112).
- b. As razões pelas quais um indivíduo é identificado como sujeito de direitos são precisamente as mesmas razões pelas quais ele é identificado como sujeito de responsabilidades políticas (WALDRON, 1993, p. 28).
- c. Logo, suprimir a vontade da maioria para proteger direitos é postura desrespeitosa e contraditória (WALDRON, 1993, p. 28).

A partir das considerações de I, II e III, Waldron conclui: o controle de constitucionalidade da legislação pelos juízes é um método decisório final incompatível como uma sociedade livre e democrática (WALDRON, 2006, p. 1348).

2 Conceção comunal de democracia

2.1 A Constituição e a moral

Neste capítulo, explora-se a teoria da democracia de Ronald Dworkin e suas repercussões na avaliação dos arranjos institucionais voltados à solução de controvérsias constitucionais. Em sua obra *Freedom's law* (1996) temos uma elaboração interessante do que o autor entende por democracia, mas o caminho que antecede a argumentação acerca de qual é o valor que justifica e estrutura esse arranjo político merece ser destacado. Chama a atenção que o caminho inverso é adotado: inicia-se falando sobre um ramo específico do governo (o Judiciário), para, em resposta às críticas a sua atuação, formular o que é democracia. Lembremos que a principal tese a ser defendida é:

(NPD) A democracia não insiste que os juízes devam ter a última palavra em controvérsias constitucionais. Mas, por outro lado, não insiste que eles não devam ter (DWORKIN, 1996, p.7).

Nesse sentido, passo fundamental é discutir como os juízes atuam. A prática constitucional tem um elemento singular. A maioria das constituições contemporâneas declara direitos individuais contra o governo em linguagem consideravelmente abrangente e abstrata. Para ilustrar, na Constituição brasileira tem-se que: "[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Art. 5º, LIV, CR/88)". Vê-se que há a consagração do devido processo legal, porém, não se especifica o que esse significa. A proposta de Dworkin (1996, p. 2) é que compreendamos essa cláusula como a afirmação de um princípio de justiça e decência política. A essa forma de ler as cláusulas dá-se o nome de leitura moral. Assim, quer-se dizer que é *errado* a coerção estatal sem que se tenha respeitado as garantias compatíveis com a igual importância da vida do cidadão e com sua responsabilidade de identificar e criar valor para sua vida (DWORKIN, 2006, p. 32). Há proteções que claramente decorrem dessa disposição constitucional, e, portanto, honram o princípio citado. Mas, novos casos surgirão, o que faz com que seja necessário a reflexão sobre a extensão dos fundamentos morais do princípio em questão.

A leitura proposta, como seu nome indica, torna a moralidade política central no direito constitucional. A questão institucional, como destacado acima, é consequência da adoção deste método, pois: “[...] a moralidade política é inerentemente incerta e controversa, então qualquer sistema de governo que faça tais princípios parte de seu direito deve decidir de quem será o entendimento e interpretação vinculantes” (DWORKIN, 1996, p. 2, tradução nossa). Essa é a questão central trabalhada por mim neste texto. Contudo, seu aprofundamento apenas faz sentido quando a leitura moral é reconhecida como a melhor metodologia de análise dos direitos fundamentais. Logo, dúvidas sobre a adequação dessa proposta devem ser afastadas.

Critica-se fortemente a leitura moral. Pode-se resumir as críticas no seguinte raciocínio: erode-se com essa abordagem a distinção entre Direito e moral, o que faz com que o primeiro seja apenas uma função de quais princípios morais convencem os juízes de determinada época. O resultado disso, continua, é: uma restrição grotesca da soberania popular, pois retira-se das mãos do povo as grandiosas questões de moralidade política as quais esse tem o direito e responsabilidade de decidir (DWORKIN, 1996, p. 4).

Essa percepção é enfatizada quando as cortes constitucionais possuem um papel político suficientemente relevante para serem pautas de campanhas eleitorais. Candidatos que apresentam as cortes como parte de seu programa de governo tendem a sustentar que indicarão juízes que respeitarão a letra da lei. Em outras palavras, busca-se juízes que decidam casos controversos de forma moralmente neutra. Vê-se que o papel da leitura moral fica escondido quando as convicções morais dos juízes apoiam a legislação cuja constitucionalidade está sendo posta em dúvida. Entretanto, a suposta perversidade da leitura moral vem à tona quando a reflexão e deliberação concluem que o respeito aos princípios consagrados implica a frustração do que a maioria deseja (DWORKIN, 1996, p. 5-6). Não seria o desejo de ser moralmente neutro na solução de controvérsias jurídicas um projeto fadado ao fracasso? Não estaríamos, na verdade, discutindo qual o valor moral, isto é, qual o nível de respeito que o desejo da maioria merece?

2.2 Características da leitura moral

Como dito, as cláusulas constitucionais que protegem direitos individuais e minorias do governo devem ser entendidas como sua linguagem naturalmente sugere: “[...] elas se referem a princípios morais e os incorporam por referência, como limites ao poder do governo” (DWORKIN, 1996, p.7, tradução nossa). Evidentemente, não se pode dizer que todas as

previsões constitucionais são formuladas em linguagem abstrata ou mesmo que incorporam princípios morais. Não faz sentido, por exemplo, explicar que o artigo 13 da Constituição estabelece a língua portuguesa como o idioma oficial da República Federativa do Brasil em razão de um princípio moral.

Por outro lado, há casos em que princípios morais inspiram a redação da lei, mas não estão consagrados em linguagem abstrata. Exemplo disso é: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art.5º, L, CR/88). A diferença na redação dos direitos individuais é de menor importância comparada com a característica fundamental que lhes une: tratam-se de previsões constitucionais, as quais protegem indivíduos e grupos contra decisões que a maioria dos cidadãos pode querer tomar, mesmo quando tal maioria age de acordo com o que compreende como interesse comum ou geral (DWORKIN, 1977, p.133). Em outros termos, tais direitos impõem que:

Nós não devemos decidir onde reside proporcionalmente [*on balance*, no original] nosso interesse, mas responder à questão sensivelmente diferente do que a moralidade exige, mesmo a custo de nossos próprios interesses, e não podemos responder a essa questão perguntando se os benefícios de nossa política superam seus custos (DWORKIN, 2006, p. 27, tradução nossa).

Essa aparente intervenção no processo democrático deve ser justificada. As disposições mais vagas potencializam esta demanda, na medida em que o texto não apresenta maiores indicações de qual o conteúdo dos direitos assim promulgados.

Cunham-se rótulos aos juízes de acordo com a conformidade ou excentricidade de sua atuação em relação a padrões que negam a leitura moral. A figura do juiz ativista é resultado desse fenômeno. Nos Estados Unidos, uma das classificações adotada é aquela que contrasta os juízes liberais e os juízos estritos. Esses rótulos, contudo, obscurecem a diferença de duas questões postas pelas cláusulas vagas:

- a) qual decisão é exigida pela aderência estrita à Constituição ou às intenções daqueles que elaboraram tal texto?
- b) Qual decisão é exigida por uma filosofia política que possui uma visão estreita dos direitos morais que os indivíduos possuem contra a sociedade?

A confusão entre ambas se deve ao fato de que juristas, por vezes, partem da seguinte teoria de significado:

[...] se os constituintes utilizaram linguagem abstrata e vaga, então o que eles “disseram” ou “entendiam” ser violações do devido processo legal, por exemplo, limita-se às formas de ação oficial que tinham em mente como violadoras ou, pelo menos, limita-se às formas que eles compreenderiam ser violações se eles as tivessem cogitado (DWORKIN,1977, p. 134, tradução nossa).

O resultado dessa teoria é a assimilação entre uma adesão estrita do texto e uma filosofia política estreita dos direitos constitucionais. Os direitos e seu escopo, assim, limitam-se ao que foi reconhecido em um momento específico da história. Caso esteja correta, essa visão pressiona os liberais a concederem que suas interpretações amplas se afastam da estrita autoridade legal. Assim, a única razão para sua adoção seria a atração do resultado de suas propostas. Em outras palavras, sua visão prevaleceria apenas se fosse aquela que mais agrada quem detém o poder decisório, e não por ser o que o direito estipula.

Entretanto, essa ideia de significado é teoricamente frágil, pois é muito simples. A sua negação é possível a partir da importante distinção entre conceito e concepção. Essas categorias podem ser entendidas a partir da seguinte situação:

Suponha que eu diga aos meus filhos que eu simplesmente espero que eles não tratem os outros injustamente [*unfairly*]. Sem dúvida, eu tenho em mente exemplos da conduta que eu pretendo desestimular, mas eu não aceitaria que o que eu pretendo está limitado a esses exemplos, por duas razões. Primeiro, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações que eu não poderia pensar e não pensei sobre. Segundo, eu estou pronto a admitir que algum ato específico que eu pensava ser justo [*fair*] quando eu falei era de fato injusto, ou vice-versa, se um de meus filhos for capaz de me convencer posteriormente; neste caso eu devo querer dizer que minhas instruções cobriam o caso que ele citou, não que eu mudei minhas instruções. Eu talvez diga que eu pretendia que a família se guiasse pelo **conceito** de justiça [*fairness*], não por qualquer **concepção** específica de justiça que eu talvez tenha em mente (DWORKIN,1977, p. 134, tradução nossa).

Ainda nessa situação hipotética, vê-se que dois tipos de instruções ou definições de padrões podem ser feitos em nome da justiça. Um participante pode se referir ao conceito de justiça simplesmente dizendo para os outros agirem com justiça. Nesse caso, a eles é atribuída a responsabilidade de desenvolver e aplicar sua própria concepção de justiça conforme casos controversos surjam. Contudo, isso não equivale a lhes dar discricionariedade de agir como bem entendem. Há a definição de um padrão o qual eles devem tentar e podem falhar ao tentar cumprir. Ou seja, pressupõe-se que uma concepção é melhor que outra. Vê-se que aqui quem define esse padrão possui uma concepção de como satisfazê-lo, mas não o incorpora à instrução (DWORKIN,1977, p. 135). Situação diferente estaria configurada se a concepção fosse

explicitada na instrução, o que poderia se dar pela definição de como resolver alguns casos controversos ou pela explicitação de qual teoria se adota como guia para a resolução desses problemas. “Quando eu recorro à *fairness* eu apresento uma questão moral; quando eu introduzo minha concepção de *fairness* eu tento responde-la” (DWORKIN,1977, p. 135, tradução nossa).

Uma vez traçada essa distinção crucial, pode-se dizer que as chamadas cláusulas vagas são apelos a conceitos como de devido processo legal, crueldade, igualdade, legalidade. Dessa forma, o que os constituintes pensavam desses conceitos não é relevante à atuação do tribunal. Isto é, não constroem a concepção a ser desenvolvida, ao menos que tal pensamento esteja consagrado de forma explícita. Pode-se, portanto, fazer uma conclusão interessante, qual seja: o próprio texto constitucional exige dos magistrados a elaboração do que eles entendem pelos princípios morais ali previstos. Caso não fosse o caso, a linguagem utilizada deixaria clara a concepção adotada. Portanto, a leitura moral não é um esforço de criação que busca atualizar a constituição à vida contemporânea. Em suma, “Se as cortes tentarem ser fiéis ao texto da Constituição, elas irão por essa mesma razão ser forçadas a decidir entre concepções competidoras de moralidade política” (DWORKIN,1977 p.136, tradução nossa).

No entanto, duas ressalvas merecem consideração. Primeiro, a distinção entre conceito e concepção não implica, necessariamente, a exclusão de filosofias políticas estreitas (conservadoras) dos direitos constitucionais. A diferenciação, entretanto, reconfigura o debate ao explicitar que o que se discute não é a escolha entre interpretação e criação do direito, mas qual é a melhor interpretação disponível. Ainda falta explorarmos com maiores detalhes a interpretação jurídica. Mas, acredito que este ponto pode ser explorado após enfrentarmos a outra ressalva. Essa é a seguinte: a inevitabilidade da leitura moral não define se o judiciário é o legítimo “leitor moral” da constituição. Isto é, o que é democracia? Qual papel cabe ao Judiciário nesta forma de organização? As características da interpretação judicial devem ser elaboradas como parte da resposta a esse questionamento, pois a capacidade das cortes e juízes em garantir direitos impacta em sua legitimidade. Todavia, o principal ponto a ser discutido é o sentido da democracia.

2.3 O povo no poder

Uma breve retomada será proveitosa. Deseja-se sustentar a seguinte tese:

(NPD) A democracia não insiste que os juízes devam ter a última palavra em controvérsias constitucionais. Mas, por outro lado, não insiste que eles não devam ter (DWORKIN, 1996, p.7).

O primeiro argumento apresentado em sua defesa estabelece que:

(2) É equivocado dizer que as cortes estão usurpando a competência legislativa, pois se elas tentarem ser fiéis ao texto da Constituição, elas irão, por essa mesma razão, ser forçadas a decidir entre concepções competidoras de moralidade política (DWORKIN,1977 p.136).

Afirma-se (2), porque

(C1) o próprio texto constitucional exige dos intérpretes a elaboração dos princípios morais ali previstos. Caso não fosse o caso, a linguagem utilizada deixaria clara a concepção adotada.

Isso é verdade, pois

(R1) Um participante pode se referir ao conceito de justiça simplesmente dizendo para os outros agirem com justiça. Ou, ele pode tentar responder o que esse significa.

(R2) No primeiro caso, é atribuída a terceiros a responsabilidade de desenvolver e aplicar sua própria concepção de justiça conforme casos controversos surjam.

(R3) Há direitos constitucionais consagrados em linguagem consideravelmente abstrata, os quais “[...] se referem a princípios morais e os incorporam por referência, como limites ao poder do governo” (DWORKIN,1996, p.7, tradução nossa).

Logo,

(C1)

Assim, (R1) + (R2) e (R3) → C1

C1 → (2).

Agora, enfrenta-se a seguinte objeção:

[...] em uma democracia representativa complexa a vontade da maioria não consegue sempre governar. Mas, na maioria das vezes, aceitamos que em qualquer democracia a maioria *deve* governar; pensamos que, apesar de estruturas institucionais que insulam autoridades da opinião popular serem necessárias na prática, elas são indesejáveis em princípio. Mas quando as

constituições declaram limites aos poderes da maioria, esse pressuposto democrático sai de cena: supõe-se que as decisões não reflitam a vontade da maioria (DWORKIN,1990, p. 325, tradução nossa).

Nesse cenário, todo funcionário público que jura lealdade à Constituição possui, conseqüentemente, a responsabilidade de desobedecer a vontade popular quando as garantias constitucionais devem ser aplicadas. Não se está repetindo o que já foi respondido acima, pois se reconhece que o texto constitucional define conceitos cujas concepções serão elaboradas pelo raciocínio moral de quem tiver de decidir os casos de sua aplicação. Critica-se, contudo, justamente isso. A Constituição ao prever *disabling provisions*, nesta visão, ameaça a democracia. O controle de constitucionalidade, assim, não é visto como excepcionalmente antidemocrático ou quando é mal executado, mas sempre, mesmo quando bem executado (DWORKIN,1990, p. 325).

Evidentemente, faz pouco sentido dizer que todas as partes de uma Constituição são necessariamente antidemocráticas. A maioria das constituições contemporâneas possuem direitos individuais abstratos e disposições estruturais. Estas últimas constroem e definem poderes, instrumentos e agências governamentais: elas definem quando as eleições ocorrem, quem pode votar e por quanto tempo as diversas autoridades eleitas servirão (DWORKIN,1990, p. 326). Claro, que estas disposições podem ser antidemocráticas. Pode-se restringir o sufrágio a uma minoria, por exemplo. Entretanto, elas não são antidemocráticas pelo simples fato de não serem alteráveis pela vontade da maioria. Se a estrutura que criam for democrática, promove-se a democracia ao se impedir que um grupo altere as disposições constitucionais para se perpetuar no poder. Os direitos individuais contra o governo, por sua vez, são vistos como necessariamente antagônicos à democracia, pois limitam o poder que uma maioria tem dentro dos arranjos definidos pelas disposições estruturais (DWORKIN,1990, p. 326).

A partir desse ponto de vista, tentou-se pensar como lidar com os danos que os direitos individuais contra o governo representam para a democracia. Certos liberais optaram por qualificar a importância da democracia, enfatizando que, por vezes, essa deve ceder para que direitos individuais sejam garantidos. Mas, há dois erros aqui: a democracia significa que o governo trata os indivíduos como iguais. Assim, é difícil sustentar uma alternativa legítima que negue tal pressuposto. Por outro lado, democracia e liberdade não estão no mesmo nível, pois a primeira significa a teoria de como uma comunidade deve decidir quais valores – dentre eles a liberdade- irá respeitar. Logo, o contraste verdadeiro é entre democracia e métodos elitistas de tomada de decisão (DWORKIN,1990, p. 326-7).

Outras estratégias são pautadas pela conciliação, na medida do possível, entre democracia e os direitos individuais previstos nas *disabling provisions*. O historicismo, por exemplo, propõe que o efeito inibitório dessas cláusulas sobre a maioria deve se limitar ao que era desejado pelos constituintes na época de sua aprovação. Já foi destacado na seção anterior os defeitos dessa defesa. A tentativa mais interessante, porém, é abordagem discriminatória de John Hart Ely. Para ele, há direitos individuais contra o governo que exercem também uma função estrutural. A previsão desses aprimora, e não prejudica, a democracia. Por exemplo, as eleições expressam a vontade do povo quando a escolha se dá de maneira informada. Logo, a liberdade de expressão, nesse raciocínio, exerce papel também funcional estrutural. Entretanto, esse resgate não consegue abranger todas as garantias individuais e pode-se dizer que aquelas que assim são pensadas têm seu valor reduzido para se ajustar ao modelo proposto (DWORKIN,1990, p. 328).

Como dito, as elaborações destacadas são produto de uma mesma motivação: lidar com os danos que os direitos individuais contra o governo representam para a democracia. Entretanto, toma-se como ponto de partida uma definição de democracia. Discute-se agora o que é a democracia; assim, pode-se avaliar se de fato a Constituição a contraria ao limitar os poderes da maioria.

A democracia implica, tal como quase todas as formas de governo, ação coletiva. Há, porém, dois tipos de ação coletiva: estatística e comunal. “A ação coletiva é estatística quando o que o grupo faz é apenas uma função aproximada ou precisa daquilo que os membros individuais do grupo fazem por conta própria, isto é, sem qualquer percepção de estar fazendo algo como um grupo (DWORKIN,1990, p. 329, tradução nossa)”. Pesquisas de opinião da população são um exemplo desse tipo de ação. Um indivíduo não é capaz de representar a opinião de seus concidadãos sozinho. Por outro lado, não se pode inferir que há um ente coletivo autônomo a partir do qual é possível extrair a informação desejada. Quando se diz “o povo brasileiro pensa x da política y”, o que se está fazendo é um julgamento estatístico do que a maioria dos brasileiros pensa ou o que aqueles que se preocupam com o tema dizem.

A ação coletiva é comunal quando não pode ser reduzida a uma função estatística das ações individuais, porque é coletiva no sentido mais profundo que exige dos indivíduos o reconhecimento da existência do grupo como um fenômeno ou entidade separada. Isto é, os indivíduos agem conjuntamente de forma a fundir suas ações separadas em um ato unificado, o qual é conjuntamente deles (DWORKIN, 1996, p.20).

Uma orquestra pode tocar uma sinfonia, mas nenhum músico sozinho pode, mas isso não é um caso de ação coletiva estatística porque é essencial para uma performance orquestral não apenas que cada músico em uma função toque no tempo adequado, mas que os músicos toquem *como* uma orquestra, cada um buscando fazer uma contribuição à performance do grupo, e não apenas como recitais individuais isolados. (DWORKIN,1990, p. 329, tradução nossa).

A distinção destacada aponta que dizer: “a democracia implica ação coletiva” tem sentidos distintos. Se adotamos a perspectiva estatística, a democracia se distingue das outras formas de governo, porque sua função estatística é majoritária ou plural. Assim, as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos ou desejos de cada um dos cidadãos. Se adotamos a perspectiva comunal, a democracia se distingue das outras formas de governo, porque as decisões políticas são tomadas por um ente distinto dos indivíduos: o povo (DWORKIN,1990, p. 330).

A partir do que entendemos por ação coletiva, temos entendimentos distintos de democracia. A partir do nosso entendimento de democracia, vemos se há conflito entre democracia e constituição. Isso, pois cada concepção de democracia situa a linha entre disposições estruturais e inibitórias (*disabling provisions*) de forma distinta.

2.3.1 Legitimidade da vontade da maioria

A concepção de democracia que a ação coletiva estatística implica é mais intuitiva. Chamaremos ela de concepção majoritária. As disposições estruturais nessa visão se limitam àquelas expressamente estruturais, isto é: às disposições que definem quem pode votar, como os membros do parlamento ou congresso são eleitos, qual quórum para aprovar legislação, etc (DWORKIN,1990, p. 330). Essa organização parece ser consequência da equidade inerente ao voto da maioria. Quando temos uma decisão a ser tomada em grupo e discordamos, votamos. Mas, não é sempre que esse método é de fato capaz de distribuir o poder decisório de forma justa entre os envolvidos. Se um grupo estivesse em um bote salva-vidas em alto mar e precisasse que um dos tripulantes deixasse o barco para que esse não afundasse, a escolha de quem se sacrificaria não poderia ser feita via voto. Seria errado votar, pois afetividade, inimizades, ciúmes fariam com que as chances de sobrevivência de cada um não fossem iguais. O mais justo aqui seria decidir via sorteio. Outra hipótese em que a divergência não pode ser resolvida pelo voto é quando se debate não qual ação tomar, mas quais assuntos cabe à

coletividade decidir. Votar quais decisões devem ser votadas seria uma clara petição de princípio (DWORKIN, 2006, p.139-140).

Pode-se dizer, então, que é preferível o governo da maioria porque a governança nestes termos é mais sábia e eficiente. Os políticos devem buscar o bem-comum e esse é identificável, para essa visão, de acordo com o número de pessoas que as políticas propostas beneficiam. O bem-comum, portanto, é aquilo que a maioria das pessoas desejam (DWORKIN, 2006, p.141). Mas, essa defesa epistêmica apenas se sustenta quando o tópico de discussão é sensível a preferências. Isto é, quando o caráter e distribuição das preferências das pessoas determina em parte qual decisão é a correta. Saber se os indivíduos possuem direitos morais que a maioria deve respeitar é questão insensível a preferências. Pelo contrário, normalmente a maioria das pessoas não consegue responder a essa difícil questão de forma sequer satisfatória ou sequer tem interesse em respondê-la. Logo, a defesa epistêmica da democracia majoritária não é consistente (DWORKIN, 1990, p. 331).

A justificação geral da democracia majoritária deve ser feita a partir de valores políticos, como a igualdade, liberdade. Deve-se, portanto, dar sentido ao argumento de que algo de importância moral é perdido ou comprometido sempre quando uma decisão política contradiz o que a maioria dos cidadãos preferiria ou julgaria correto se refletissem com base nas informações adequadas (DWORKIN, 1996, p. 21). O que está sendo perdido?

2.3.2 Igualdade de poder político

Pode-se dizer que a decisão da maioria via voto é singularmente equânime (*fair*), pois permite a cada pessoa igualdade de poder político na hora de decidir sobre assuntos que lhe afetam (DWORKIN, 2006, p.141). Se esse argumento for consistente, contudo, o ideal político de que o governo deve tratar os cidadãos como iguais leva a um dilema: uma parte da igualdade-sua expressão procedimental- recomenda um sistema político em que a maioria pode privar minorias de outras exigências da igualdade: a igual consideração e a igual participação no governo (DWORKIN, 1990, p. 331).

Se a igualdade política for compreendida como igualdade no poder político, a análise deve não apenas ser entre cidadãos, mas deve comparar também o poder deles com as autoridades. Ou seja, o poder político deve ser pensado horizontal e verticalmente. Vê-se, contudo, que em arranjos tiranos há igualdade horizontal no poder político, pois o poder que os

cidadãos possuem é igualmente nulo. Por sua vez, a igualdade vertical é incompatível com o governo representativo.

Dito isso, uma outra distinção deve ser introduzida para que a igualdade de poder político ainda seja plausível: igualdade de impacto e igualdade de influência (DWORKIN, 1990, p. 332).

- a. Impacto: é a diferença que um indivíduo pode fazer na política apenas por desejar ou votar em determinado sentido. Trata-se, em outros termos, do quanto a opção de um indivíduo aumenta a probabilidade de que a decisão por ele escolhida será tomada (DWORKIN, 2006, p. 142).
- b. Influência: é a diferença que alguém pode fazer não apenas por conta própria, mas também convencendo e orientando outros a acreditar ou votar tal como ele.

Uma estrutura representativa é uma em que necessariamente o impacto é verticalmente desigual. Mas, faz sentido pensar na igualdade de influência vertical como um ideal. Por outro lado, a igualdade de impacto justifica que cada pessoa possua direito ao voto, mas não consegue explicar o vínculo entre democracia e liberdade de expressão, associação e outras liberdades políticas. A igualdade de influência dá conta de explicar esses direitos (DWORKIN, 1990, p. 333).

A atração da igualdade de influência, principalmente em sua versão horizontal, é, entretanto, enganosa. Intuitivamente, a igualdade assim pensada parece explicar o porquê nos incomodamos com o fato de que indivíduos muito ricos têm mais influência política. É possível objetar essa situação, todavia, de outra forma, sem que se pense na igualdade de influência. Pode-se dizer: é injusto que determinadas pessoas tenham tanto dinheiro, porque isso viola os princípios distributivos de igualdade, sendo a desproporcional influência política que a riqueza lhes garante um agravante, pois permite a perpetuação de suas vantagens indevidas (DWORKIN, 1990, p. 333).

A primeira objeção é insensível quanto à fonte da desproporção de influência; supõe que toda influência agregada deve ser igual. A segunda é sensível quanto à fonte, pois critica a diferença de influência *apenas* em razão de sua fonte. O contraste fica claro se imaginamos um mundo em que os objetivos da igualdade econômica foram satisfeitos de forma razoável, mas no qual algumas pessoas ainda têm mais influência que outras. Elas podem ter decidido gastar seus recursos da situação inicial de igualdade com campanhas políticas ou com estudo e treinamento, o que faz com que outros as escutem, ou podem simplesmente ser pessoas cuja

virtude é amplamente reconhecida. A primeira objeção veria no fato de que há pessoas cuja influência é maior por serem mais motivadas, carismáticas ou experientes um defeito. Já a segunda não teria razões para ser feita. Vê-se, então, que não há por que adotar a igualdade de influência como um ideal autônomo. Além disso, uma comunidade política atraente deseja que seus cidadãos se engajem na política inspirados por uma preocupação com a justiça dos resultados. Eles devem ver o sucesso ou fracasso daquela como seus também. A igual influência inviabiliza isso, pois, quando as pessoas são ansiosas em não ter muita influência ou cobiçam possuir mais, o poder político é visto como um recurso particular e não como responsabilidade coletiva. Outro ideal é inviabilizado: a política ideal é uma extensão da vida e experiência moral dos cidadãos. Nesse cenário, só a verdade importa. O empenho em convencer o outro e fazer prevalecer a opinião correta em nome da comunidade são sintomas da imperatividade das questões discutidas. Assim, é evidente que a limitação da campanha política imposta pela igualdade de influência é antitética à política republicana.

2.3.3 Liberdade positiva

Como dito, a justificação geral da democracia majoritária deve ser feita a partir das virtudes revolucionárias da igualdade, liberdade e comunidade (fraternidade). O argumento da igualdade não se sustenta, pois não há interpretação plausível de igualdade de poder político que confira valor moral à democracia majoritária. Agora, analisaremos se a liberdade consegue dar sentido a essa concepção. A sugestão aqui é que os direitos individuais contra o governo (liberdade negativa) acabariam por limitar o direito de autogoverno do povo (liberdade positiva). Chama a atenção que antes falávamos de um possível conflito entre igualdade procedimental e substantiva ao tentarmos sustentar a democracia majoritária pela igualdade; agora, o conflito é entre duas noções de liberdade.

Entretanto, a liberdade positiva é conceito que só faz sentido quando a ação coletiva da democracia é pensada em termos comunais. Vê-se que na leitura estatística o controle de um indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder, por conta própria, de influenciar o resultado. Em uma democracia moderna, contudo, esse poder é tão pequeno que restrições constitucionais não podem ser questionáveis por torna-lo menor. Inclusive, restrições no poder da maioria podem aprimorar o controle que um indivíduo possui sobre seu destino (DWORKIN, 1996, p. 21).

Na leitura comunal, porém, liberdade não é uma questão de relação entre o governo e cada um dos cidadãos, mas sim da relação entre o governo e a

cidadania como um todo coletivamente entendido. Liberdade positiva, assim entendida, é o estado de coisas em que o “povo” governa suas autoridades, ao menos em última análise, ao invés do contrário, e é essa liberdade que se diz comprometida quando a maioria é impedida de garantir sua vontade (DWORKIN, 1996, p. 21, tradução nossa).

Explicar no que consiste esse tipo de liberdade permite entender certas intuições de que o povo é livre quando se autogoverna, mesmo havendo alguns que em termos estatísticos não são livres porque têm de se submeter à vontade da maioria. Achamos que somos livres quando aceitamos a vontade da maioria no lugar da nossa, mas não quando nos reverenciamos diante de um monarca ou à vontade de uma aristocracia de sangue, ofício ou fé (DWORKIN, 1996, p. 22). Faz sentido dizer que um indivíduo que se submete à vontade dos outros, mesmo ela sendo injusta ou não sábia, está se autogovernando?

A resposta passa pelo esclarecimento da ideia de ação coletiva comunal. Foi dito que a ação estatística e a concepção de democracia que ela implica são mais intuitivas. Agora é o momento de afastar impressões de que a ação comunal implica compromissos metafísicos duvidosos e/ou a adoção de arranjos totalitários.

A ação comunal não depende da prioridade ontológica da comunidade sobre o indivíduo, mas de certas atitudes compartilhadas entre os indivíduos. Sempre quando agimos de forma consciente, com a percepção de que o que fazemos é importante e que pode ser feito de forma habilidosa ou desastrosa, fazemos duas pressuposições sobre a unidade de ação que se desdobra (DWORKIN, 1990, p. 335):

- a) Pressupomos uma **unidade de responsabilidade**: isto é, a pessoa ou grupo a quem atribuímos mérito ou demérito, realização ou falha;
- b) Pressupomos uma **unidade de julgamento**: isto é, a pessoa ou grupo cujas convicções sobre certo e errado são as apropriadas para se fazer a avaliação do mérito ou demérito, realização ou falha.

É comum que a unidade de responsabilidade seja individual. A ação coletiva estatística é caracterizada por isso. Por sua vez, há circunstâncias em que a unidade de responsabilidade é coletiva, tal como no caso da orquestra. Nestas circunstâncias, os atos não são de cada membro, pois eles acreditam que compartilham entre si de uma forma complexa a responsabilidade pelos atos. Quando isso ocorre, os atos dos indivíduos criam e pressupõem uma nova unidade de responsabilidade: o grupo. O grupo é a unidade que atua bem ou mal, e seus membros compartilham com ele responsabilidade derivada, uma vez que a ele pertencem. A ação

comunal, portanto, não significa prioridade metafísica, mas sim prioridade ética da comunidade ou grupo (DWORKIN, 1990, p. 336).

Novamente, a unidade de julgamento é normalmente individual. É necessário à dignidade que o indivíduo faça os próprios julgamentos de como conduzirá sua vida e como tratará os outros e o que para ele é um bom ou mal desempenho em seu trabalho. Isso não implica um isolamento do indivíduo. Ele pode chegar a essas conclusões a partir de influências, discussões, conversas, confissões; mas, fundamentalmente, ao fim, ele age conforme as convicções que formou para si e não reverenciando as expectativas de outros. Entretanto, há quem se compreenda como parte de um grupo cuja razão de ser é fazer julgamentos éticos e morais em nome de seus membros ((DWORKIN, 1990, p. 336).

Feitas tais considerações, vê-se que há dois tipos de ação coletiva comunal:

- a. **Ação coletiva comunal integrada:** as atitudes compartilhadas dos indivíduos formam uma unidade de responsabilidade coletiva, mas a unidade de julgamento permanece individual;
- b. **Ação coletiva comunal monolítica:** unidade de responsabilidade e de julgamento são coletivas.

Em uma democracia genuína, o governo do povo é estatístico e não comunal. A ideia de autodeterminação ou autogoverno apenas faz sentido quando os cidadãos vêm sua nação como uma unidade de responsabilidade coletiva. Apesar disso, em uma democracia comunal cada cidadão entende que a unidade de julgamento continua individual. Isto é, cabe à convicção de cada um decidir o que a nação precisa fazer para atuar bem e em que medida seus atos satisfazem tal padrão (DWORKIN, 1990, p. 337).

Iniciamos a investigação sobre as formas de ação coletiva para pensarmos o conflito entre democracia e constituição. Vê-se que: a partir do que entendemos por ação coletiva, temos entendimentos distintos de democracia. A partir do nosso entendimento de democracia, vemos se há conflito entre democracia e constituição. Isso, pois cada concepção de democracia destacada situa a linha entre disposições estruturais e inibitórias (*disabling provisions*) de forma distinta. Em razão disso, é claro que as disposições estruturais de uma democracia comunal são mais complexas que as da democracia majoritária. Tais disposições agora terão que fomentar duas atitudes: responsabilidade coletiva e julgamento individual. Sem essas condições, portanto, não se pode falar de uma conexão entre o indivíduo e sua comunidade que torne justo tratá-lo como responsável pelos atos desta, e que seja possível exigir dele que assim se sinta. A

essa condição dá o nome de associação moral (*moral membership*) (DWORKIN, 1996, p.23). Estamos enfrentando o argumento de que a autodeterminação do povo é comprometida sempre quando uma decisão política contradiz o que a maioria dos cidadãos preferiria ou julgaria correto se refletisse com base nas informações adequadas. Contudo, a vontade da maioria implica autodeterminação apenas quando todos os membros da comunidade em questão são membros morais. Em outras palavras, a associação moral é condição fundamental para se pensar na existência do “povo” (DWORKIN, 1996, p.23). Logo, quando a vontade informada da maioria é rejeitada em favor das condições que ensejam associação moral, a democracia está sendo estimulada (DWORKIN, 1996, p.24).

2.3.4 Condições democráticas

Analisaremos em seguida quais condições fomentam a responsabilidade coletiva e julgamento individual essenciais à democracia comunal. A essas dá-se o nome de condições democráticas. Sua natureza estrutural decorre do fato de que sua observância implica a criação e manutenção de um agente comunal integrado, o povo, em que os indivíduos figuram como membros iguais. Assim, frisa-se: democracia implica ação comunal. Esta ação é democrática apenas quando significa governo sujeito a condições de igual consideração a todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias respeitam estas condições, seu veredito, *por essa razão*, deve ser aceito por todos. Mas, quando não é o caso, não há razões em nome da democracia que impeçam outros procedimentos decisórios a partir dos quais a igual consideração (associação moral) seja garantida (DWORKIN, 1996, p.18).

Vale destacar também que a análise dessas condições significa a busca de sentido a características que comumente se associa a uma boa democracia, tais como: amplo direito a voto sob a fórmula “uma pessoa um voto”; liberdades de expressão, religião, associação e protesto; nenhum grupo de cidadãos é excluído de participar da economia de uma comunidade, etc (DWORKIN, 1990,p. 337).

2.3.4.1 Princípio da participação

O governo democrático é o governo comunal de iguais. Pertencer a um grupo implica, necessariamente, ter a possibilidade de fazer uma diferença em relação ao que o grupo fará.

Logo, cada pessoa deve ter um papel que lhe permita fazer a diferença nas decisões políticas a serem tomadas. Esta exigência se torna democrática a partir do momento em que o nível da diferença possível a cada um não pode ser limitado estruturalmente com base em crenças sobre o valor, talento ou habilidade dos indivíduos (DWORKIN,1990, p. 338). É com base nesse princípio que se exige o sufrágio universal e que os cargos públicos estejam em tese abertos a todos. Sob a perspectiva aqui apontada, contudo, o status de membro igual não é dependente de um igual impacto matemático para cada voto. É possível que as circunstâncias exijam que ajustes e variações sejam feitos na fórmula “uma pessoa um voto” para que a igual consideração e respeito sejam garantidos (DWORKIN, 2006, p. 144). Ou seja, o problema com sufrágio só para homens ou votos com mais impacto àqueles que possuem formação universitária são ruins não porque distribuem o poder político de forma desigual, mas sim porque representam juízos de que alguns são melhores que outros para participar das decisões coletivas (DWORKIN, 1996, p. 28).

O princípio aqui destacado também explica a relação entre democracia e as liberdades políticas, como a de expressão e de protesto. Se se quer conferir a cada indivíduo a possibilidade real de fazer a diferença na política em uma democracia contemporânea complexa, deve-se permitir não só o voto, como também a voz aos cidadãos. A censura com base em conteúdo claramente contraria a segunda parte do princípio da participação, a qual estipula que o poder político dos indivíduos não pode ser reduzido com base em regulações que violem o igual respeito (DWORKIN,1990, p. 338).

2.3.4.2 Princípio da reciprocidade (The principle of stake)

Em uma democracia comunal as decisões políticas devem refletir igual consideração pelos interesses de todos os membros. Novamente, uma pessoa não é parte de uma unidade de ação coletiva com a qual compartilha o sucesso e o fracasso ao menos que seja tratada como membra pelos demais do grupo. Isso significa: o impacto da decisão coletiva em sua vida e interesses é tão importante para o sucesso da ação quanto o impacto na vida e interesse dos demais. Ou seja, como uma comunidade trata os cidadãos é, em parte, o que permite dizer se esses fazem parte da comunidade e, portanto, se a ação é feita por uma unidade de responsabilidade que os inclui. Isso explica a intuição de que uma comunidade que distribui seus recursos injustamente é não só injusta como também é não democrática. Há, portanto, na democracia comunal a fusão entre justiça procedimental e substantiva (DWORKIN,1990, p.

339). Mas, ainda há espaço para rigor na análise das virtudes políticas, pois o que se exige é apenas que as decisões políticas que distribuem riqueza, direitos e deveres sejam consistentes com a igual consideração por todos (DWORKIN,1996, p.25).

Suponhamos que entendemos que o utilitarismo é uma compreensão equivocada de igual consideração. Contudo, se uma comunidade entende que o utilitarismo é a melhor compreensão de igual consideração, e seus membros entendem o mesmo, apesar de acharmos as decisões injustas, o princípio da reciprocidade estará sendo respeitado.

2.3.4.3 Princípio da independência

As condições democráticas definem quando os membros de uma comunidade podem se ver como parceiros em um empreendimento conjunto, mesmo quando o último é conduzido de forma com a qual eles não concordam. Essa ideia não faz sentido ao menos que possa ser aceita por pessoas com auto-respeito, e isso depende de quais matérias o empreendimento coletivo é competente a decidir (DWORKIN,1996, p. 25).

Indivíduos que adotam responsabilidade pessoal para decidir qual tipo de vida é valiosa podem aceitar tranquilamente que questões de justiça podem ser decididas pela coletividade de forma vinculante a todos. Isto se mantém desde que a coletividade decida como acomodar os diferentes interesses dos cidadãos, e, uma vez tomadas as decisões, não interfira no que o indivíduo fará com os recursos e oportunidades a ele disponíveis. Nesse cenário, é possível se ver como participante no empreendimento de decidir quais recursos e oportunidades cabe a cada um, mesmo quando a opção desejada não recebe apoio majoritário. Situação diferente seria se a maioria decidisse o que o indivíduo deve pensar ou achar de suas decisões, ou quais valores devem guiar suas decisões e votos ou o que fazer com os recursos conferidos (DWORKIN,1996, p. 26). Logo,

Qualquer ambição coletiva de ditar convicção individual prejudicaria a democracia comunal em uma de duas formas. Se a ambição coletiva é geral e abrange toda a gama de crenças e opiniões individuais, tal como o faz em um despotismo teocrático, então, sua própria existência como uma ambição nega o caráter integrado da comunidade: ela almeja uma comunidade inteiramente monolítica. Se a ambição coletiva é seletiva e discriminatória- se almeja apenas eliminar algumas crenças tidas por erradas ou degradantes- então destrói a integração para os cidadãos que são objeto de reforma, porque os exclui completamente da comunidade. Independência de julgamento, portanto, é uma condição estrutural da associação em uma comunidade integrada. [...] é absurdo que eu pense em mim mesmo compartilhando responsabilidade coletiva integrada dentro de um grupo que negue minha

capacidade de julgar por mim mesmo (DWORKIN,1990, p. 341, tradução nossa).

O princípio da independência gera consequências importantes para a caracterização estrutural da democracia. Reafirma a importância das liberdades políticas e enfatiza a necessidade de se proteger outras liberdades, como a de religião, as quais são fundamentais para permitir e encorajar os indivíduos a tomarem responsabilidade por suas personalidades e convicções. Além disso, afirma que certa forma de tolerância liberal perante moralidades sexuais e pessoais impopulares é condição da democracia.

Alguém pode contestar que o princípio da independência não tem nada a ver com a tolerância liberal de comportamentos sexuais e de outra espécie, porque o princípio tem a ver com liberdade de julgamento e não liberdade de ação. É verdade que leis proibindo a homossexualidade, por exemplo, visam à conduta e não ao pensamento. Mas esta distinção é muito grosseira quando a participação individual do agente em seu próprio comportamento é bem maior que suas consequências para outros (DWORKIN, 1990, p.341, tradução nossa).

Vê-se que certas ações em uma comunidade integrada são proibidas por serem danosas, mas a crença de que a decisão foi equivocada deve ser tolerada, por mais excêntrica que seja. Há aqui, portanto, uma distinção entre crença e ação. Mas, quando os compromissos éticos do sujeito são vistos como danosos a distinção entre ação danosa e crença não é pertinente. Possuir tais compromissos implica viver à sua luz. Logo, uma comunidade viola o princípio da independência ao tornar as crenças de um indivíduo irrelevantes para sua vida tanto quanto quando o proíbe de ter estas convicções (DWORKIN, 1990, p.341).

2.3.5 Implicações institucionais

A democracia seria extinta se uma mudança estrutural na constituição permitisse a uma oligarquia de *experts* afastar e alterar a legislação que achasse inadequada. Situação diferente se dá quando se questiona se uma política, lei, ou regulação restringe ou afeta uma das condições da democracia, e a Constituição da comunidade atribui às cortes a responsabilidade de decidir se houve de fato a violação (DWORKIN, 1996, p. 32).

A concepção de democracia esboçada não implica um argumento positivo em prol do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. O que se segue dos argumentos expostos é a definição de um espaço onde Judiciário e Legislativo disputam em condições de igualdade, isto é, sem qualquer pressuposição, o posto de leitor moral da Constituição. A democracia é um

esquema de governo procedimentalmente incompleto. Ela não consegue indicar os procedimentos para averiguar o respeito às condições necessárias ao estabelecimento dos procedimentos que ela define (DWORKIN, 1996, p. 33). Dessa forma, vê-se que, se estamos discutindo qual arranjo institucional é o melhor, a única resposta possível é de caráter tentativo. Logo, a melhor estrutura institucional é aquela que provavelmente produzirá as melhores respostas à questão moral “quais são as condições democráticas?”, e aquela que provavelmente garantirá a observância destas condições (DWORKIN, 1996, p. 34).

A leitura moral é compatível com uma série de arranjos institucionais. Ela é apenas uma teoria sobre como certas cláusulas de algumas constituições devem ser lidas. O argumento da democracia apenas tem o condão de demonstrar que a leitura moral pelo Judiciário não é, necessariamente, antidemocrática. Se tal atuação é ou não antidemocrática dependerá se ela é a resposta correta ao desrespeito ou incerteza de quais são as condições democráticas (DWORKIN, 1996, p. 34).

3. O direito em condições de desacordo

Passa-se agora para os argumentos de Jeremy Waldron. Um dos objetivos em *Law and disagreement* (1999) é elaborar uma imagem caridosa da legislação e de seu processo de criação que se aproxime em seu idealismo, normatividade e até mesmo inocência à imagem dos tribunais na teoria constitucional contemporânea (WALDRON, 1999, p.90). Resgata-se aqui dois argumentos fundamentais neste sentido: 1) a fundamentação da autoridade da legislação; 2) a explicitação normativa dos pressupostos do direito de participação característico às democracias.

3.1 Por que respeitar a lei?

A pergunta acima feita pode ser ainda mais específica: como podemos apresentar a legislação como uma fonte de direito digna e respeitável quando nos lembramos que uma dada lei poderia não ter qualquer relevância jurídica se um dos votantes estivesse ausente ou por capricho tivesse votado de outra forma? (WALDRON, 1999, p. 91)

Essa preocupação quanto ao voto pode ser vista como espécie de uma preocupação mais geral que a positivação da lei traz. A ideia de lei positiva diz respeito a uma lei cujo status legal é decorrência de um ato ou fato que não tem qualquer conexão intrínseca com o conteúdo,

qualidade ou substância de suas proposições. Uma vez positivada, os juristas têm a responsabilidade de utilizá-la em seus raciocínios, ao invés de prestigiar aquilo que prefeririam que tivesse sido positivado (WALDRON, 1999, p. 93).

Assim, volta-se a análise ao positivismo jurídico, uma vez que se toma como marca definitiva dessa corrente a ênfase de que a positividade não oferece razões relevantes para a discussão dos méritos das questões substantivas abordadas pelas leis¹ (WALDRON, 1999, p. 94-5). Especialmente, resgata-se os argumentos de Joseph Raz, pois em sua obra, na leitura de Waldron², afirma-se uma virtude na arbitrariedade substantiva dos critérios que identificam proposições como fontes de direito (WALDRON, 1999, p. 95). Para Raz, o direito se propõe como algo dotado de autoridade (*authoritative*), e, mesmo que de fato não o seja, é capaz em suas formas de sê-lo. A ideia de autoridade aqui é a seguinte: o ponto de reconhecer A como autoridade acerca de um problema P é que, no que diz respeito às razões relativas a P, é melhor que sigamos A, ao invés de tentarmos descobrir por nós mesmos qual a melhor conduta em face de P. Isso não seria possível se, para identificarmos o que A disse, tivéssemos de refletir sobre o que deve ser feito a respeito de P. Essa situação é o que ocorre quando se define um critério substantivo de validade. É, portanto, importante para a aspiração do direito à autoridade que reconhecer e seguir algo como direito seja uma alternativa a tentar descobrir por si próprio o que deve ser feito a respeito da matéria que a lei discute. Ou seja, não é qualquer arbitrariedade que atenderá a essas condições, mas apenas a arbitrariedade em relação à substância das discussões. Entretanto, nesse cenário as diretivas de A devem se apresentar de forma que seja plausível ver nelas uma razão para deixarmos de recorrer às nossas próprias reflexões acerca de P. Essa credencial, logicamente, não será substantiva, mas procedimental ou institucional (WALDRON, 1999, p. 95-6).

Feitas essas considerações, volta-se ao objeto de preocupação: a autoridade que uma lei possui em virtude de sua promulgação. A busca de uma resposta, entretanto, leva a uma distinção em relação à formulação raziana, de forma que a última inspira, mas não fundamenta o argumento que se segue. O foco da tese de Raz é explicar a exigência de obediência que o

¹ Essa é a leitura de Waldron acerca do que é definitivo do positivismo jurídico. Não defendo ou contesto essa posição aqui. Apenas acredito importante enfatizar que tal afirmação está longe de ser consenso. Nesse sentido: GREEN, Leslie. Positivism and the Inseparability of Law and Morals, p.1-4 e GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. In: Law as a leap of Faith, Oxford University Press, 2012

² O pensamento de Raz não é objeto desse trabalho; assim, os leitores familiarizados com a obra do autor podem eventualmente discordar da leitura de Waldron. Caso seja o caso, ressalto que não pretendo aqui defender qual a melhor leitura da teoria do direito raziana.

direito impõe àqueles que a ele estão sujeitados. Quer-se contemplar uma demanda adicional que o direito apresenta:

Quando algo é promulgado [*enacted*] como lei ou fonte de direito, eu acredito que nos faz uma exigência para que não o desprezemos de imediato, ou pensemos em formas de anulá-lo ou contorná-lo, ou mobilizar o sistema imune do *corpus juris* de forma a resistir sua incorporação (WALDRON, 1999, p.100, tradução minha).

Não se nega as possibilidades que o sistema jurídico fornece para a revogação, emenda, modulação da lei. Chama-se a atenção para o que o direito exige no espaço lógico entre o desafio a uma lei e a mobilização para revogá-la de forma responsável. O fundamental aqui é:

[...] uma legislação deve ser tratada, não apenas como uma promulgação da maioria atual, mas algo que se estabelece no presente momento em nome de toda a comunidade. Uma vez votada na legislatura, é merecedora de qualquer respeito que esse status comunitário a garanta, sem que se considere- na verdade se afastando da consideração- os méritos substantivos de seu conteúdo (WALDRON, 1999, p.101, tradução minha).

A justificativa da autoridade que se expressa nestes termos se afasta das construções de Raz, pois se direciona ao cidadão que acredita ter boas razões para acreditar que o legislativo está errado em sua decisão.

Nosso respeito pela legislação é amostra de deferência à realização que é coordenar, cooperar, orientar a ação coletiva nas circunstâncias da vida moderna. Há coisas que apenas conseguimos fazer quando agimos em conjunto a partir de um arcabouço comum. Por outro lado, agir em conjunto não é algo fácil, principalmente quando os sujeitos se veem como indivíduos, e projetos coletivos se opõem a projetos individuais de menor escala. Isso posto, o recurso a John Rawls se faz necessário. Em sua *Uma teoria da justiça* há o conceito de circunstâncias da justiça. Essas são aspectos da condição humana, como altruísmo limitado e escassez moderada de recursos, que tornam a justiça como virtude tanto necessária quanto possível. A necessidade de uma ação comum sentida pelos membros de uma comunidade, mesmo em face de desacordos acerca de qual deve ser essa ação, são as circunstâncias da política. O desacordo não seria importante se não houvesse urgência em uma ação comum; e a necessidade de uma ação comum não daria forma à política se não houvesse desacordo (WALDRON, 1999, p.102).

Uma lei merece nosso respeito pela realização que é diante das circunstâncias da política: ação comum mesmo em face de desacordos. Também merece nosso respeito porque é

uma realização respeitosa, ou seja, é alcançada a partir de um procedimento respeitoso às pessoas cuja ação orchestra. Normalmente, pensa-se na decisão da maioria como um procedimento impessoal e puramente agregativo. Waldron quer superar essa percepção, e, para tanto, apresenta sustenta que tal métodos é respeitoso, pois:

a. Respeita as diferenças de opinião acerca das questões de justiça e do bem-comum:

Ao buscar nosso respeito enquanto procedimento decisório a decisão da maioria exige que não finjamos que há consenso onde não há apenas porque gostaríamos que houvesse. O procedimento em questão evita também a tentação de desconsiderar uma visão por acha-la ignorante, preconceituosa, aut centrada. Não precisamos invocar ignorância, má-fé, auto interesse como explicações do desacordo, porque a dificuldade das questões e a diversidade de perspectivas e multiplicidade de inteligências envolvidas são suficientes para explicar porque as pessoas discordam, não obstante estarem comprometidas com os direitos (WALDRON 1999, p. 112).

b. Respeita cada uma das pessoas na decisão de qual decisão será a da comunidade:

o procedimento da decisão da maioria está comprometido em dar peso igual a visão de cada um dos cidadãos no processo de decidir qual será a ação coletiva. Garante-se, na verdade, o máximo de peso à visão de cada um compatível com a igualdade. Ou seja, não só a visão de cada um é minimamente decisiva, mas o procedimento confere o máximo de decisão (*decisiveness*) a cada um, respeitado o constrangimento da igualdade. Nesse sentido, a decisão da maioria se apresenta como um método equitativo (*fair*) (WALDRON, p.114).

Não obstante a decisão da maioria ser respeitosa e equitativa, não se sustenta que o igual respeito e a equidade (*fairness*) exijam a decisão da maioria. Waldron entende que uma das implicações disso é a contestação de que igual respeito é conceito que se volta não apenas ao modo como decisões políticas são alcançadas, mas também ao impacto do resultado dessas decisões na vida dos indivíduos. Continuando tal objeção, pode-se dizer que o igual respeito não implica a decisão da maioria, pois esta pode levar a decisões que não garantem aos indivíduos o respeito do qual eles são merecedores. A réplica de Waldron é:

É porque nós discordamos sobre o que conta como um resultado substantivamente respeitoso que precisamos de um procedimento decisório; nesse contexto, reintroduzir a substância ao procedimento necessariamente privilegiará uma visão controversa sobre o que o respeito implica e, dessa forma, falha-se em respeitar as outras. Assim, nas circunstâncias da política

tudo o que resta ao indivíduo é o entendimento implausivelmente restrito de igual respeito; e eu suspeito (apesar de, novamente, achar difícil alguém provar) que a decisão da maioria é o único procedimento decisório consistente com o igual respeito nesse sentido necessariamente empobrecido (WALDRON, 1999, p.116, tradução minha).

Ou seja, o que o autor chama a atenção é: o indivíduo que, vislumbrando o uso da decisão da maioria para produzir resultados desrespeitosos às pessoas, nega que tal procedimento seja compatível com o igual respeito há de fornecer um argumento alternativo para justificar a autoridade da lei. Não basta um argumento de substância para negar a justificação da autoridade, pois não são razões da mesma espécie. Discute-se a equidade política (*political fairness*) apenas quando não há consenso sobre a justiça em uma sociedade. A referência à equidade não é a introdução de uma nova razão ao impasse sobre justiça, mas passo necessário à elaboração de procedimentos decisórios para a definição de qual é o entendimento da comunidade a despeito desse profundo desacordo entre cidadãos (WALDRON, 1999, p.196). Foi dito que o positivismo jurídico tem como marca definitiva a ênfase de que os critérios de posituação nos permitem identificar o que é o direito, mas não oferecem razões relevantes para a discussão dos méritos das questões substantivas abordadas pelas leis. Agora, o ponto é: o apoio da maioria não oferece uma razão para adotarmos a posição por ela defendida, mas sim uma razão para nós enquanto sociedade e aqueles que atuam em nome de nossa sociedade respeitarmos essa decisão alcançada em face do desacordo (WALDRON, 1999, p. 197).

A autoridade da legislação, portanto, decorre da urgência e importância moral dos problemas que a vida coletiva implica e que a comunidade tem de resolver. O apelo da decisão da maioria, por sua vez, reside não apenas em permitir a solução dessa dificuldade, mas a solução respeitosa. Assim, o constrangimento que a urgência dos problemas põe e o respeito próprio do procedimento decisório usado para resolvê-los apresenta ao cidadão uma demanda em particular: não insistir nas razões que ele acredita serem as melhores para um dado caso quando sua insistência tornar provável que não haja solução para os problemas que enfrentamos enquanto comunidade (WALDRON, 1999, p. 118).

3.2 A right-based critique

Como dito, nesse momento o objetivo é resgatar dois argumentos fundamentais de Waldron: 1) a fundamentação da autoridade da legislação; 2) a explicitação normativa dos

pressupostos do direito de participação característico às democracias. Reconstroí-se agora o segundo argumento e, com base nele, apresenta-se sinteticamente as críticas do autor ao *judicial review*.

Em seu texto *A Right-Based Critique of Constitutional Rights* (1993) Waldron tem como um de seus objetivos sustentar que não se pode necessariamente inferir das premissas de uma teoria moral fundada em direitos (*right-based moral theory*) o desejo de adotar *disabling provisions*, como forma de organização política. O objetivo aqui, portanto, é aquele do seguinte trecho de *The core of the case against judicial review*:

O que eu quero enfatizar [...] é que há uma distinção tanto a nível cultural quanto institucional entre um compromisso com direitos (mesmo que seja um compromisso escrito com direitos) e qualquer forma institucional particular (e.g., *judicial review*) que esse compromisso pode adotar. Estou cansado de ouvir oponentes do *judicial review* sendo denegridos como céticos quanto aos direitos. A melhor resposta é edificar o argumento contra o *judicial review* sobre a fundação de um compromisso forte e profundo com direitos (WALDRON, 2006, p.1366, tradução minha).

Uma teoria moral fundada em direitos aqui é compreendida como aquela que tem como ponto de partida a afirmação de direitos morais dos indivíduos. A partir dessa afirmação se seguem conclusões derivadas. Waldron demonstra primeiro que da adoção de direitos como premissas fundamentais de uma teoria não se segue que suas recomendações normativas serão sob a forma de direitos (WALDRON,1993, p. 21-23). Em seguida, nega que a crença em direitos morais implica sua proteção sob a forma específica de direitos legais (WALDRON,1993, p. 21-23). O próximo passo é negar que exigir a proteção de um direito moral sob a forma de um direito legal implica demandar sua proteção a nível constitucional, isto é, sua inclusão em uma declaração de direitos como direito que não pode ser revogado, restringido e violado. Por fim, sustenta-se que a proteção em uma declaração de direitos não implica *judicial review*. Waldron entende que esses vários níveis argumentativos estão encadeados, mas, para reafirmar a força de suas conclusões, analisa-os separadamente. Os últimos dois passos dados pelo autor são os de maior interesse para os fins do presente trabalho; em razão disso, vou direto a eles.

Alguém que é a favor da garantia de um direito legal sempre tem razões para querer sua proteção a nível constitucional? Há razões pragmáticas para se dizer não. Uma delas é que a forma canônica pela qual um direito é consagrado na declaração de direitos pode se tornar uma

fórmula, de forma que as disputas sobre um direito se tornam litígios sobre a inclusão ou não de algo sob dado jargão constitucional (WALDRON, 1993, p.26). O fundamental, por sua vez, é uma razão de princípio liberal. Quando um direito é assim estipulado, limita-se (*disable*) a legislatura, na medida em que esta deixa de poder exercer suas funções normais de revisão, reforma e inovação da lei. Achar que uma disposição constitucional dessa natureza é necessária pressupõe que há uma boa razão para a limitação da atuação dos legisladores (e, conseqüentemente, de seus representantes). Essa razão depende de uma autoconfiança em si e de uma desconfiança em relação aos demais cidadãos (WALDRON, 1993, p.27). Por um lado, tem-se convicção de que aquilo que se propõe como direito fundamental de fato o é e que a formulação constitucionalmente consagrada é de fato a mais adequada. Por outro lado, entende-se que é tão provável que qualquer entendimento alternativo de legisladores futuros será equivocado ou interesseiro que há de se proteger a concepção de direitos defendida da legislatura ordinária.

Tal percepção pode ser mantida a depender da dificuldade envolvida na formulação de uma concepção adequada sobre direitos. Se a tarefa for fácil, e for feita de boa-fé, quem a faz acredita que o resultado alcançado está correto e que qualquer outra resposta é resultado de algum interesse oculto (WALDRON, 1993, p. 28). Waldron (1993, p. 29) chama a atenção para o fato de que a filosofia política é marcada por divergências, e ninguém supõe que a verdade sobre direitos é auto evidente, ou que, se duas pessoas divergem, uma delas deve estar em erro, ser corrupta ou moralmente “cega”.

Na verdade, essa atitude de desconfiança implica uma contradição, pois não é compatível com o reconhecimento e respeito da responsabilidade e autonomia individual que são expressos nos próprios direitos. Isso pode ser percebido ao se olhar para o conteúdo dos direitos:

A importância substantiva de um determinado direito pode muito bem ser baseada numa visão da pessoa individual como um agente essencialmente pensante, dotado de uma habilidade de deliberar moralmente e de transcender uma preocupação com seus interesses particulares ou seccionais (WALDRON, 1993, p. 27, tradução minha).

Além disso, vê-se que uma visão predatória dos seres humanos e o medo do que eles fariam uns com os outros se livres para decidir na arena política levam à negação da condição de sujeitos de direitos. Isso se estabelece, pois: para que uma teoria de direitos seja possível, é necessário distinguir os interesses que são característicos da dignidade humana daqueles que são relativamente desimportantes nas atividades e interesses de cada um. Assim, se nossa única

imagem do homem é de um animal exclusivamente auto interessado, falta a ideia de autonomia moral digna, necessária para distinguir aqueles interesses basilares (WALDRON, 1993, p. 28). Essas considerações autorizam uma afirmação mais contundente: as razões pelas quais um indivíduo é identificado como sujeito de direitos são precisamente as mesmas razões pelas quais ele é identificado como sujeito de responsabilidades políticas. “É precisamente porque eu vejo cada pessoa como um agente moral potencial, dotado de dignidade e autonomia, que eu estou disposto a confiar ao povo *em masse* o fardo do autogoverno [*burden of self-government*] (WALDRON, 1993, p. 28, tradução minha).” Os direitos de contribuir às deliberações públicas e de ter sua voz ouvida na tomada de decisões políticas conectam-se à autonomia e dignidade moral também porque entende-se que as obrigações mais compatíveis com a autonomia são aquelas que são auto impostas. Em uma comunidade, entende-se por isso a participação em termos iguais na elaboração de leis. Nesse sentido, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo, sobressai a visão dos indivíduos como seres que em sua autonomia e dignidade florescem em condições de autogoverno. Há uma conexão ainda mais profunda: os direitos de participação são fruto da percepção de que os indivíduos não apenas buscam a realização de seus interesses, mas também são capazes de se engajar em reflexões e diálogos sobre as condições para a satisfação dos interesses de todos da comunidade. A ideia de direitos, por sua vez, também implica a clareza da ideia de bem-comum pelo sujeito, porque ele possui direitos universalizáveis e seus princípios se aplicam a todos. Logo, uma vez que se garante também direitos aos outros sujeitos, o indivíduo vê a extensão de seus direitos e a afirmação de deveres a si como consequência dos direitos de terceiros, isto é, como exigência do bem-comum (WALDRON, 1993, p. 38). Conclui-se que:

A ideia de uma sociedade se auto vinculando contra certos atos legislativos futuros é particularmente problemática em casos em que os membros dessa sociedade discordam uns com os outros [...] Se, além disso, a melhor explicação desses desacordos persistentes é que as questões que a sociedade está enfrentando são questões bem difíceis, então, não temos qualquer justificativa para considerar a ascendência de uma ou outra parte do desacordo como exemplo de um compromisso prévio total e racional da sociedade inteira (WALDRON, 1993, p. 48-9, tradução minha).

O último passo a ser dado nessa seção é apontar as razões de Waldron para negar que o compromisso com direitos, inclusive quando sob a forma de uma declaração de direitos, implica *judicial review* como procedimento decisório. Em seu *The core of the case against judicial review* (2006, p. 1372-1395) o autor organiza seu argumento a partir de dois tipos de razões.

Apresentarei a classificação conjuntamente com as principais razões correspondentes a cada tipo:

1. **Razões relacionadas a resultados (*outcome-related reasons*):** são razões para desenhar procedimentos decisórios de forma que se garanta um resultado apropriado (bom, justo, correto) (WALDRON, 2006, p. 1373). Entretanto, devemos evitar razões que visam à produção de resultados controversos específicos (WALDRON, 2006, p. 1373).
 - 1.1. Os juízes, preocupados com sua legitimidade, acabam por dar menos atenção às questões morais postas pelos direitos, para buscarem autorização legal para seus atos na lei, constituição, precedentes, teorias da interpretação. Em outros termos, os tribunais tendem a se distrair das discussões sobre direitos para se voltarem a questões incidentais (WALDRON, 2006, p. 1381).
 - 1.1.1. E isso é perceptível na atuação regular do Judiciário, ou seja, não é algo próprio de uma justiça corrupta ou mal instruída (WALDRON, 2006, p. 1386).
2. **Razões relacionadas a processo (*process-related reasons*):** são razões para insistir que uma pessoa faça ou participe na tomada de uma dada decisão que se mantém independentemente de considerações sobre o resultado apropriado (WALDRON, 2006, p. 1374).
 - 2.1. Pergunta-se: por que devem esses juízes e só esses juízes decidirem as questões sobre direitos?
 - 2.1.1. Pode-se dizer que eles foram indicados e aprovados por órgãos dotados de credenciais eleitorais.
 - 2.1.1.1. Mas, a questão da legitimidade é comparativa. Logo, não basta apenas apontar para as credenciais democráticas dos juízes. Deve-se também demonstrar que elas lhes conferem mais legitimidade democrática que ao legislativo (WALDRON, 1993, p.44)
 - 2.1.2. Outro argumento é dizer que a legislação e o plebiscito são formas imperfeitas de democracia.
 - 2.1.2.1. Entretanto, ninguém pensava que a imperfeição das instituições representativas era uma razão para, por exemplo, não empoderar as mulheres politicamente (WALDRON, 1993, p. 45).
 - 2.1.2.1.1. Logo, tal imperfeição não é razão para retirar o voto dos cidadãos quando se trata de questões constitucionais.

2.1.2.2. Por fim, mesmo que nosso Parlamento não seja um exemplo de democracia, ainda deve ser respondido se a invalidação de suas decisões pelo judiciário é melhor ou pior à democracia (WALDRON, 1993, p. 45).

4. Em rota de colisão

Desenvolve-se agora a última parte do trabalho. Nela, apresenta-se e se rebate as críticas que Waldron faz à concepção constitucional de democracia no capítulo 13 de *Law and Disagreement*. O ponto principal a ser respondido é a contestação à (NPD) (WALDRON, 1999, p.287).

Antes, faço breves considerações preliminares: 1) Pelo o que foi exposto, não se pode dizer que Waldron defende a democracia como uma ação coletiva estatística. Ao falar das circunstâncias da política, por exemplo, sua preocupação é marcadamente comunal; 2) Sua teoria não está preocupada exclusivamente com procedimentos decisórios, mas também com os resultados neles adotados. As razões relativas aos resultados são amostra disso.

Waldron (1999, p. 282-284) entende que a democracia não existe sem direitos de participação. Ele prossegue dizendo que Dworkin está correto ao afirmar que esses direitos apenas têm significado, e as decisões coletivas fruto de seu exercício legitimidade, quando garantidas condições de igual consideração e respeito aos cidadãos (condições democráticas). Não observada tais condições, nega-se a agência moral que fundamenta o direito de participação e, conseqüentemente, a decisão resultante não deve ser obedecida (WALDRON, 1999, p. 282).

A divergência começa quando se considera o que chamei de implicações institucionais do argumento de Dworkin. De acordo com o último, ausente certeza quanto à observância das condições democráticas, deve decidir o órgão que provavelmente produzirá as melhores respostas à questão moral “quais são as condições democráticas?”, e aquele que provavelmente garantirá a observância destas condições (DWORKIN, 1996, p. 34). A objeção é: Dworkin sugere que, uma vez se tratando de decisão sobre as condições democráticas, não importa como a decisão seja tomada, desde que, ao fim, seja correta. Ou seja, negligencia-se que preocupações quanto ao caráter não democrático de um procedimento não somem quando a discussão é sobre a democracia (WALDRON, 1999, p. 292-3).

Waldron erra nessa conclusão, pois esquece que, apesar de haver dúvida quanto ao que é democracia, há alguma certeza sobre o que ela não é. Isto é, as considerações de Dworkin não

permitem, como aquele sugere (WALDRON, 1999, p.293), excluir um cidadão da participação em termos iguais quando a decisão é sobre democracia. Isso evidentemente não é tolerável. Fica pendente, entretanto, em alguns casos o que é participar em termos iguais. Onde isso for claro, cabe a uma comunidade que se propõe democrática garantir tal condição. Em termos dworkinianos, a dúvida sobre qual a melhor concepção de um conceito não significa que o conceito perde toda sua clareza. Além disso, Waldron defende que o Judiciário não é democrático por não exercer *accountability* em termos eleitorais. Suponhamos que o Judiciário não exerça *accountability* de forma equivalente ao legislativo, esse fato por si já demonstra que ele não é democrático em sua atuação? Não, pois é necessário defender que o modelo institucional do legislativo exaure as possibilidades de legitimidade em uma democracia.

Outra contestação é: suponhamos uma sociedade em que X é pensado pelos cidadãos como direito estrutural da democracia. E, apesar disso, nesse cenário o direito X não é reconhecido legalmente e há decisão da maioria que reafirma que esse não será reconhecido como direito. Há um problema de legitimidade. Entretanto, temos que ver, diz Waldron, que isso implica também o seguinte: sendo X reconhecido pela decisão da maioria posteriormente, essa decisão também terá problemas de legitimidade, pois ainda ausente um direito essencial à legitimidade da decisão da maioria (WALDRON, 1999, p.298). Esse argumento traz perplexidade quando, tentando ver sua força, substituimos X por algum direito efetivamente existente e fruto de lutas sociais. Basta ler onde está X direitos como sufrágio universal, liberdade de expressão ou liberdade de religião. Waldron diz que aqueles que militaram para que X fosse reconhecido irão comemorar seu reconhecimento sem maiores preocupações com questões de legitimidade. Por que eles não podem comemorar justamente o ganho de legitimidade resultante de tal mudança legislativa?

Em seguida, há uma crítica que pretende ser mais fundamental, mas que ao fim parece reafirmar o ponto de Dworkin. O fato de que, na ausência de um direito que representa condição à legitimidade da democracia, a deliberação da maioria não é legítima não implica que consequentemente outro procedimento (decisão judicial, por exemplo) é preferível ou legítimo (WALDRON, 1999, p. 298). Para que um direito seja condição de legitimidade da democracia, prossegue o argumento, provavelmente ele terá de ser condição de legitimidade de qualquer sistema político. Assim, se afirmamos “[...] uma sociedade na qual a maioria demonstra desprezo às necessidades e ao futuro de uma minoria é ilegítima, tal como injusta (DWORKIN,1996, p.25, tradução minha)”, essa organização social não possui mais qualquer base para edificar uma comunidade política, impedindo que qualquer grupo fale em nome dela.

Dessa forma, não é só o legislativo que fica desprestigiado; haveria também desconfiança quanto à indicação dos juízes e quanto à cultura social e política que informa suas decisões (WALDRON, 1999, p.299). Nesse estado de coisas, a legitimidade de todas as decisões que tem por objeto direitos associados à democracia é duvidosa. Não obstante, é possível por uma opção prática escolher um método para determinar qual método adotar para decidir sobre direitos associados à democracia. Por exemplo: podemos usar o procedimento majoritário para decidir se em tais ocasiões usaremos o procedimento majoritário ou outro procedimento. Não haveria aqui petição de princípio, porque esse “meta-método” seria escolhido não por ser mais democrático, mas por razões pragmáticas. Essas razões poderiam fazer com que adotássemos um critério como: a melhor estrutura institucional é aquela que provavelmente produzirá as melhores respostas à questão moral, mas não necessariamente será o caso. Logo, Dworkin estaria equivocado (WALDRON, 1999, p. 300).

Começando pelo último ponto, de fato, é possível que não nos utilizemos de um critério com base em resultados. Mas, apesar disso, parece ainda inadequado utilizar da decisão da maioria para discutir se a decisão da maioria prevalecerá. Isso, pois segundo o próprio Waldron:

Invocar *nemo iudex* pode ser apropriado quando um indivíduo ou grupo propõe adjudicar uma questão relativa a seus interesses, em oposição a outro indivíduo ou grupo, ou em oposição ao resto da comunidade. [...] A objeção nestes casos a A ser juiz em sua própria causa é que B (a outra parte da disputa) é excluída do processo. Mas parece ser bem inapropriado invocar esse princípio em situação em que a comunidade como um todo está tentando resolver alguma questão relativa aos direitos de todos os seus membros e tentando resolvê-lo com base na igual participação (WALDRON, 1999, 297, tradução minha)

Diz-se: A não pode ser juiz em sua própria causa quando B (a outra parte da disputa) é excluída do processo. Por que poderia, então, A ser o juiz que resolve as dúvidas quanto à exclusão ou não de B? Foi dito antes: os direitos de participação são fruto da percepção de que os indivíduos não apenas buscam a realização de seus interesses, mas também são capazes de se engajar em reflexões e diálogos sobre as condições para a satisfação dos interesses de todos da comunidade (WALDRON, 1993, p. 28.) Consequentemente, negar tais direitos significa negar que o sujeito seja “um agente essencialmente pensante, dotado de uma habilidade de deliberar moralmente e de transcender uma preocupação com seus interesses particulares ou seccionais” (WALDRON, 1993, p. 27, tradução minha). O detalhe que Waldron dá ao direito de participação permite ver a gravidade em negá-lo. Mas, essa ofensa, por sua vez, é uma espécie das circunstâncias em que, por ser negado ao indivíduo certo tratamento, já não se pode

falar de uma conexão entre ele e sua comunidade (associação moral) que torne justo tratá-lo como responsável pelos atos desta, e que seja possível exigir dele que assim se sinta (DWORKIN,1996,p.23). Isto posto, se há suspeita que um grupo (maioria política em determinado assunto) ofendeu o indivíduo de forma tão grave, qual razão, mesmo que pragmática, resta para utilizar um método que potencialmente reproduzirá a oposição de interesses que levou a esse insulto? De qualquer forma, há aqui um ponto importante: se por razões pragmáticas posso escolher tanto o judiciário quanto o legislativo para decidir se a decisão da maioria se manterá ou não quando sobre direitos associados à democracia, Dworkin estava correto desde o início. Foi dito, a concepção constitucional de democracia não implica um argumento positivo em prol do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Estabelece-se, na verdade, um espaço onde Judiciário e Legislativo disputam em condições de igualdade, isto é, sem qualquer pressuposição, o posto de leitor moral da Constituição. A democracia é um esquema de governo proceduralmente incompleto, na medida em que não consegue indicar os procedimentos para averiguar o respeito às condições necessárias ao estabelecimento dos procedimentos que ela define (DWORKIN, 1996, p. 33).

5. Conclusão

O presente trabalho se voltou a discutir duas propostas de quais são as condições de legitimidade das decisões cujo objeto são direitos individuais fundamentais: a de Dworkin e a de Waldron. Uma vez compreendido que não há oposição entre tais direitos e a democracia (DWORKIN, 1990, p.325-330), discute-se como o compromisso com direitos se expressa em um arranjo democrático, especificamente, a partir da busca de uma resposta ao questionamento: qual papel cabe aos cidadãos na tomada de decisão que resolve uma controvérsia moral em nome da comunidade (DWORKIN, 2011, p. 379)? Ao definir como projeto elaborar uma imagem caridosa da legislação e de seu processo de criação, Waldron (1999, p.90) contribui à teoria do direito, que prioriza explicações da atividade dos juízes (WALDRON, 1999, 21-49). Entretanto, quando suas formulações acerca da fundamentação da autoridade da legislação e dos pressupostos normativos do direito de participação se voltam ao controle de constitucionalidade ou *judicial review*, o autor encontra dificuldades. A dificuldade é: manter um compromisso com direitos na concepção de democracia proposta e se afastar da concepção constitucional de democracia de Dworkin.

A concepção do último é particularmente indesejável para Waldron, uma vez que uma de suas implicações é: a democracia não insiste que os juízes devam ter a última palavra em controvérsias constitucionais. Mas, por outro lado, não insiste que eles não devam ter (DWORKIN, 1996, p.7). A atuação deles se torna politicamente possível em tais controvérsias, porque há dúvidas se as condições de associação moral, necessárias para se pensar na existência do “povo” estão sendo respeitadas (DWORKIN, 1996, p.23). Nesse cenário, não há razões para se obedecer à vontade majoritária e, além disso, quando a vontade informada da maioria é rejeitada em favor das condições que ensejam associação moral, a democracia é estimulada (DWORKIN, 1996, p.24). Todavia, como afirma Waldron, a não legitimidade do legislativo não implica legitimidade do Judiciário: “Pode não ser apropriado estabelecer revisão judicial da legislação se a tomada de decisão judicial em uma sociedade não é menos corrupta ou preconceituosa que a tomada de decisão legislativa” (WALDRON, 2006, p. 1402, tradução minha). Ele vai além e acredita que há razões pragmáticas para adotarmos o legislativo quando a legitimidade das instituições está indefinida, porque não sabemos se houve violação ou porque houve de fato violação das condições da democracia. Tentei sustentar que essa posição é um erro, quando a suspeita de violação ou violação é de autoria do legislativo. Além disso, dizer que tais considerações demonstram que para Dworkin “um procedimento para decidir sobre as condições da democracia pode ser não democrático” é outro erro que se tentou evidenciar.

Vê-se, então, que as críticas feitas no capítulo 13 de *Law and Disagreement* não se sustentam. Por outro lado, talvez Waldron tenha compreendido melhor as questões quando escreveu *The core of the case against judicial review*. Nesta ocasião ele disse:

Nós imaginaremos uma sociedade com (1) instituições democráticas com funcionamento razoavelmente bom, incluindo uma legislatura representativa e eleita a partir de sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente, com funcionamento razoavelmente bom, estabelecidas de forma não-representativa para ouvir litígios individuais, resolver disputas e manter o rule of law; (3) um compromisso da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus funcionários públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) desacordo persistente, substantivo e de boa-fé sobre direitos [...] entre os membros da sociedade que estão comprometidos com direitos.

Vou argumentar que, [...] Se presentes essas pressuposições, o argumento para transferir tais desacordos aos tribunais judiciais para resolução final é fraco e não convincente, e não há necessidade para que decisões sobre direitos feitas pelas legislaturas sejam reexaminadas pelas cortes (WALDRON, 2006, p. 1360, tradução minha)

Seu argumento contra o controle de constitucionalidade no texto acima citado é condicional, pois, uma vez ausentes qualquer das pressuposições elencadas, o argumento não se sustenta. E, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade pode ser tido como apropriado enquanto uma provisão anômala para lidar com patologias especiais (WALDRON, 2006, p. 1359-60). Esse argumento se mostra mais atraente, pois é mais sensível à concepção constitucional de democracia.

Referências:

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd, 2005 (terceira impressão), publicado inicialmente em 1977. Tradução brasileira: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We The People In Court. **Alberta Law Review**, Vol. XXVIII, No. 2, 1988-9.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1996. (Tradução para o português: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a new political Debate. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**, London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

MACEDO Jr, Ronaldo Porto. O Método de Leitura Estrutural. **Cadernos Direito GV**, v. 4, N. 2, março, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press Inc., 1999.

Waldron, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346, 2006.