

DIREITO, CONTROLE JUDICIAL E DEMOCRACIA: O Debate Entre as Teorias Democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin

Loiane Prado Verbicaro

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca (2014). Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (2006), com período de estudo na Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará (2011). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - *summa cum laude* (2004). Coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu. É líder do grupo de pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. loianeverbicaro@uol.com.br

Pietra Galutty Bezerra de Castro

Graduanda do Centro Universitário do Pará. Integrante do grupo de pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. É bolsista do Programa de Iniciação Científica – PIBICT/CESUPA. pietragalutty@hotmail.com

Recebido em: 16/4/2017

Aceito em: 4/5/2017

Resumo

O presente texto tem por escopo analisar dois modelos democráticos antagônicos apresentados pelo aparato conceitual das teorias de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Por intermédio de pesquisa bibliográfica e teórica, o artigo analisa o debate sobre as distintas concepções teóricas acerca do poder dos juízes de realizar a revisão judicial da legislação, em um cenário no qual o poder Judiciário assume uma visível liderança político-institucional. Partindo das análises de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, a pesquisa problematiza a relação entre Direito, controle judicial e democracia, à luz dos modelos de democracia substancial e procedimental.

Palavras-chave

Revisão judicial. Democracia. Controle de constitucionalidade.

LAW, JUDICIAL CONTROL AND DEMOCRACY: THE DISCUSSION BETWEEN THE DEMOCRATIC THEORIES OF JEREMY WALDRON AND RONALD DWORKIN

Abstract

This work aims to analyze two antagonistic democratic models presented by the conceptual apparatus of the theories of Jeremy Waldron and Ronald Dworkin. Through a bibliographical and theoretical research, the article analyzes the debate about the different theoretical conceptions about the power of the judges to carry out judicial review of the legislation, in a scenario in which the Judiciary takes on a visible political-institutional leadership. Based on the analyzes of Ronald Dworkin and Jeremy Waldron, the research problematizes the relationship between law, judicial control and democracy, in the light of the models of substantial and procedural democracy.

Keywords

Judicial review. Democracy. Control of constitutionality.

Sumário

1 Introdução. 2 As Controvérsias em Torno da Leitura Moral da Constituição. 3 Os Modelos de Democracia em Waldron e Dworkin. 3.1 Jeremy Waldron e seu Modelo Majoritário e Procedimental de Democracia. 3.2 Ronald Dworkin e seu Modelo de Democracia Constitucional e Substantiva. 4 Duas Concepções Distintas Sobre a Revisão Judicial da Legislação. 4.1 Jeremy Waldron e a Ilegitimidade do Judicial Review. 4.2 Ronald Dworkin e a Legitimidade do Judicial Review. 5 Majoritarismo vs. a Defesa dos Direitos das Minorias. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tratar do debate travado entre dois autores da teoria e Filosofia do Direito, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, em torno de um arranjo institucional cada vez mais presente nas sociedades democráticas contemporâneas: os mecanismos de revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*). O trabalho problematiza o protagonismo que os tribunais têm exercido no debate político institucional diante dos seus limites democráticos e da possibilidade de uma Corte constitucional oferecer a palavra final em matéria de moralidade política. Para analisar esse confronto, o texto centrar-se-á no modelo forte de revisão judicial (*strong judicial review*), considerado uma espécie de arranjo institucional que dá aos juízes a prerrogativa de se sobrepor às decisões legislativas, o que na prática oferece também aos tribunais a possibilidade de deixar de aplicar a legislação aprovada conforme os procedimentos democráticos ou mesmo invalidá-la mediante decisão de uma Corte Suprema.

Para tanto, parte-se da análise de duas concepções democráticas distintas que chegam a conclusões divergentes acerca da legitimidade presente no mecanismo de revisão judicial da legislação, a saber, se tal mecanismo é ou não compatível com uma sociedade verdadeiramente democrática que considera os profundos desacordos morais entre os agentes políticos. Este estudo tem o intuito de fortalecer as discussões democráticas com o debate entre teorias dissonantes: Jeremy Waldron, defensor de um modelo de democracia procedimental e majoritária e Ronald Dworkin, defensor de um modelo democrático constitucional substantivo.

A partir desse diálogo serão discutidas as controvérsias em torno da leitura moral da Constituição, método interpretativo proposto por Ronald Dworkin e questionado por Jeremy Waldron, que afirma ser este um método arbitrário ao conferir liberdades excessivas aos juízes. Partindo dessa análise, o artigo desenvolve-se como um estudo crítico dos diferentes modelos de democracia defendidos por estes autores, com as devidas considerações dos pontos mais relevantes para melhor compreender a estrutura teórica que sustenta as conclusões diferentes acerca da revisão judicial.

Estabelecida desta delimitação, o estudo segue para a análise dos argumentos em torno do debate sobre a revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*), a saber: Jeremy Waldron na condição de defensor da ilegitimidade democrática deste mecanismo e Ronald Dworkin, defensor da compatibilidade entre revisão judicial e democracia, na medida em que considera que tal mecanismo pode tornar a sociedade ainda mais democrática. A pesquisa enfrentará também o embate entre o modelo majoritário e a defesa dos direitos de grupos minoritários – com ênfase às respostas oferecidas por Jeremy Waldron em sua defesa aos procedimentos democráticos como a melhor resposta diante dos profundos desacordos em sociedade, e como eles não ensejam a derrocada dos direitos das minorias.

2 AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

A leitura moral da Constituição é um método, um parâmetro interpretativo de leitura e aplicação de textos normativos. Estabelece que juízes apliquem os dispositivos normativos tendo em vista que se referem a princípios morais. Este método centraliza, assim, a moralidade política nos debates que envolvem o Direito Constitucional. Trata-se do modelo defendido por Ronald Dworkin, que argumenta que mesmo a moralidade política sendo essencialmente controversa, o próprio sistema jurídico decide quem será dotado de autoridade para compreender e interpretar tais cargas valorativas. Nas principais democracias ocidentais, tal autoridade concentra-se nas mãos de juízes responsáveis por determinar a melhor solução moral ao caso concreto.

A controvérsia, entretanto, surge diante da ausência de neutralidade moral do intérprete – um juiz carrega consigo opiniões sobre moralidade política e não há como negar que isto exerce influência sobre suas decisões. Em vista disso, as críticas em torno da leitura moral da Constituição apontam para os perigos e para a insegurança jurídica que esta prática pode ensejar. A leitura moral excluiria a importante distinção entre Direito e moral, ao colocar o Direito sob a guarda de princípios morais que são determinados precipuamente pelos juízes. Ademais, este método atentaria contra a soberania popular e a perspectiva do autogoverno

democrático, à medida que retira do povo as decisões sobre questões morais, que são essencialmente controversas, e confere aos juízes a liberdade de impor seus juízos valorativos, ao passo que não reflete sobre os desacordos em sociedade.

Esta perspectiva crítica à leitura moral de Dworkin é adotada por Jeremy Waldron, que contesta o fato de questões morais controversas serem discutidas no ambiente dos tribunais, ao invés de serem levadas à deliberação popular no âmbito do Parlamento. Waldron questiona este arranjo que permite que a moral judicial se sobreponha à moral coletiva. Esta consideração deriva da própria concepção de democracia que o autor acolhe, a qual vincula democracia e vontade da maioria, de modo que entende a leitura moral como um instrumento essencialmente antidemocrático.

Ronald Dworkin, claramente em defesa do que considera ser o melhor modelo de democracia, argumenta que o mecanismo de leitura moral da Constituição não é antidemocrático. Ao contrário, segundo o autor, pode inclusive promover a melhoria de uma sociedade que se quer afirmar como tendo igual consideração (*equal concern*) pelas pessoas. Em resposta às críticas que apontam para o ilimitado poder que este método daria aos juízes, consideradas por Dworkin insustentáveis, o autor determina duas restrições à leitura moral, que limitariam a liberdade de ação que esta confere aos intérpretes legais – é interessante observar que, segundo a teoria do autor, tal método interpretativo necessita da boa-fé de seu intérprete. Primeiramente, a interpretação do texto normativo deve partir do que os legisladores disseram, logo, o contexto histórico seria importante para basear a interpretação judicial, no entanto seria uma análise histórica a respeito do que os legisladores pretendiam dizer e não propriamente o que desejavam que acontecesse a partir da lei – isto é muito importante para distinguir o pensamento de Dworkin de outras modalidades interpretativas, a exemplo do originalismo. A segunda restrição seria a exigência acerca da integridade constitucional – o autor defende a perspectiva do Direito como integridade, ou seja, a perspectiva de que os juízes não podem determinar que um texto normativo expressa os seus próprios juízos. Os juízes são responsáveis por uma espécie de trabalho em equipe, na medida em que os intérpretes juntos constroem uma só moralidade constitucional – ideia de que são como escritores responsáveis por um romance em cadeia.

[Os juízes] Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado (DWORKIN, 2006a, p. 15).

Diante do exposto, teorias alternativas ao método interpretativo proposto por Ronald Dworkin surgiram, com o intuito de reforçar que, no âmbito prático, os seus argumentos ainda assim resultariam em uma demasiada liberdade judicial. A que terá mais relevância para o estudo proposto é a vertente teórica que admite a importância da leitura moral, mas não reconhece a sua legitimidade e nega a autoridade dos juízes para realizar este método interpretativo. Logo, esta corrente não reconhece legitimidade para que os juízes tenham a última palavra em matéria de moralidade política. A partir disso, transfere e eleva a autoridade do povo em realizar esta interpretação.

Jeremy Waldron é defensor desta corrente. O autor reconhece que princípios morais estão presentes nos ordenamentos jurídicos, no entanto defende que uma decisão final sobre uma questão essencialmente controversa não pode partir da perspectiva de um juiz que não considera os profundos desacordos em sociedade. Pelo contrário, esta decisão deve levar em consideração uma questão basilar: os indivíduos em sociedade discordam acerca do que é correto, do que é moral, discordam acerca da solução daquele caso concreto que afetará a todos em sociedade. Assim sendo, estas distintas vozes em desacordo precisam ser levadas em consideração no momento da deliberação, para que nenhuma mácula ao ambiente democrático seja perpetrada – o autor defende a característica da diversidade como importante para o próprio Direito, que deve ser capaz de refletir os desacordos em sociedade.

3 OS MODELOS DE DEMOCRACIA EM WALDRON E DWORKIN

As perspectivas divergentes que ambos os autores possuem acerca de como se deve interpretar um texto normativo quando dele resultam questões morais controversas: se por meio da leitura moral ou utilizando-se de procedimentos

essencialmente majoritários, está relacionada com a própria estrutura e conceitos fundamentais que suas teorias possuem. Para tanto, faz-se necessária a delimitação de suas dissonantes construções teóricas e abordagens sobre os distintos modelos de democracia acolhidos em suas teorias.

3.1 Jeremy Waldron e Seu Modelo Majoritário e Procedimental de Democracia

Jeremy Waldron desenvolve sua teoria com uma intenção basilar: incluir os profundos desacordos morais em sociedade no centro de suas concepções teóricas sobre o Direito. Os desacordos ganham destacada importância em sua teoria, pois são considerados os verdadeiros traços distintivos, o ponto de partida e condição necessária do fenômeno político – considera também os desacordos os traços mais importantes das democracias contemporâneas. Seu aparato teórico, portanto, abraça o desafio de reinterpretar algumas perspectivas tradicionais do Direito sob a ótica dos desacordos. Para tanto, o autor estrutura seu posicionamento em defesa dos valores democráticos e procedimentais como a melhor resposta diante das controvérsias suscitadas pelos profundos desacordos e pelo fator do pluralismo em sociedade – os indivíduos, em sociedades democráticas, são essencialmente diferentes em suas concepções sobre direitos e moralidade política, logo, as decisões sobre questões morais controversas devem levar em igual consideração tais opiniões distintas.

No una sola persona, sino un pueblo; que la mía no es la única mente trabajando en el problema al que nos enfrentamos; que son muchas las inteligencias diversas; y que pensar que la gente razonable discrepará no es algo imprevisto, innatural ni irracional (WALDRON, 2005, p. 135).¹

Dessa forma, Waldron argumenta que as grandes mudanças sociais e políticas na história democrática recente deram-se com base em desacordos, com o fato de que pessoas diferentes podem promover mudanças na ordem social no momento

¹ Não uma só pessoa, mas sim um povo; que a minha não é a única mente trabalhando no problema que enfrentamos; que são muitas as inteligências diversas; e que pensar que as pessoas razoáveis discordarão não é algo imprevisto, não natural nem irracional (tradução nossa).

em que discordam. Assim, a sua teoria eleva a importância do Parlamento, considerado órgão representativo das opiniões diversas da população, na medida em que é capaz de pôr em igual consideração tais perspectivas, tratando-as da forma mais razoável possível, mesmo com as profundas diferenças que as separam. O Parlamento, na teoria do citado autor, é considerado o órgão que de maneira mais latente é capaz de refletir os desacordos da sociedade marcada pela diversidade, pelo pluralismo cultural, social e econômico. Os Parlamentos são as instituições que refletem verdadeiramente estas realidades distintas. A autoridade de uma lei, elaborada sob a égide do Parlamento, não é particular, pois a deliberação trata dos pontos de vista distintos imersos em uma coletividade. Waldron, entretanto, afirma que a teoria contemporânea do Direito raras vezes atribui relevância à legislação em si mesma como base para o desenvolvimento e progresso jurídico, em um fenômeno intitulado “marginalização da legislação” – que ignora a legislação em si mesma em nome da interpretação judicial, transferindo os holofotes aos tribunais, tidos como o segmento mais importante da política democrática.

O autor eleva a importância da deliberação para a decisão de questões morais controversas marcadas por profundos desacordos, considerando que uma deliberação só é satisfatória quando capaz de permitir que as vozes dissonantes sejam escutadas – como uma forma de representação equitativa da diversidade. Dessa forma, é responsabilidade do Parlamento promover procedimentos decisórios que permitam que os desacordos sejam considerados, por meio de regras e procedimentos que organizem o debate e promovam uma deliberação satisfatória entre pessoas com profundas diferenças ideológicas. É evidente que os resultados são importantes, mas eles devem respeito a regras e procedimentos que são aplicados a todos indistintamente, visando a promover um debate organizado no qual os indivíduos possam ter igual participação.

Em vista de promover uma teoria do Direito compatível com o ideal de auto-governo democrático, Jeremy Waldron eleva o direito de participação como “direito dos direitos” – o direito que o indivíduo possui de participar de forma igualitária no processo de criação das leis. Nesse sentido, seu modelo de democracia, denominado de majoritário e procedimental, seguirá a lógica da sua própria concepção de direitos. Para o autor, uma sociedade verdadeiramente democrática deve ordenar-se em respeito aos profundos desacordos entre os indivíduos, logo, o método de

tomadas de decisão, quando diante de questões morais controversas, deve respeito também a essa característica – para Waldron, o método majoritário apresenta-se como o mais razoável para se chegar a uma solução coletiva que respeite as distintas vozes em sociedade e eleve o direito de participação igualitária dos indivíduos. O mecanismo majoritário é considerado pelo autor um procedimento equitativo de tomadas de decisão políticas, na medida em que proporciona igual peso ao ponto de vista de cada pessoa e atribui a ele máxima importância – tal mecanismo seria razoável no contexto do que o autor denomina como “circunstâncias da política”. A saber, o debate político é diferente de qualquer outro, uma vez que resulta em uma decisão que afeta, direta ou indiretamente, a todos os indivíduos em sociedade.

Nesse sentido, a concepção majoritária da democracia considera ofensivas e desrespeitosas para com a igual dignidade das pessoas as intenções de defender um sistema de controle judicial – tal mecanismo contramajoritário violaria os próprios valores que os indivíduos buscam defender em sociedades democráticas. Qualquer mácula a este procedimento majoritário ensejaria um comprometimento do ideal de autogoverno. Segundo Waldron (2005, p. 131), a decisão majoritária respeita as pessoas de duas maneiras: resguarda a igual consideração pelas suas diferentes opiniões sobre a justiça e o bem comum e contempla um valor de respeito a todas as pessoas indistintamente, com base em um procedimento que leva em conta os desacordos. A regra da maioria se sustentaria no ideal de legitimidade democrática, a partir do reconhecimento de cada cidadão como sujeito de direito passível de contribuir, a partir de suas concepções morais responsáveis, em um debate no qual nada resulta autoevidente, em que o procedimento atribuiria o maior peso possível à opinião de cada pessoa.

Cuando nos encontramos con un ciudadano o un grupo de ciudadanos que sostiene una concepción de los derechos que difiere de la nuestra, deberíamos considerarla de la misma forma que si fuera la concepción contraria de un colega: algo con lo que discrepamos, pero que sigue siendo digno de respeto, como una contribución de buena fe a un debate en el que nada en absoluto resulta autoevidente (WALDRON, 2005, p. 273).²

² Quando nos deparamos com um cidadão, ou um grupo de cidadãos, que sustenta uma concepção de direitos que se diferencia da nossa, deveríamos considerá-la da mesma forma como se fosse a posição contrária de um colega: algo com o que não concordamos, mas que continua sendo digno de respeito, como uma contribuição de boa-fé para um debate em que nada em absoluto resulta autoevidente (tradução nossa).

Diante da impossibilidade do consenso, haja vista a realidade latente dos desacordos, Waldron defende uma concepção de autoridade baseada na igualdade democrática do procedimento. No sentido de que o governo democrático existe em função do povo, logo, os indivíduos não deveriam ser privados de terem as suas opiniões igualmente consideradas, quando da existência de um caso concreto sobre o qual pairam profundas divergências a respeito do que seria justo e correto. Um instrumento decisório que ignore a existência dos desacordos e que não permite que as opiniões divergentes sejam consideradas seria antidemocrático e prejudicial ao ideal de autogoverno, no momento em que restringe o direito de participação igualitária dos indivíduos no processo de criação nas leis. Jeremy Waldron, assim como outros autores que fazem parte da sua corrente teórica, não confere legitimidade e não reconhece nenhum conhecimento super-humano na figura do juiz, que minimamente justifique o arranjo institucional que permite que suas opiniões sobre o Direito e sobre o bem comum se sobreponham ao ideal coletivo da população.

3.2 Ronald Dworkin e seu Modelo de Democracia Constitucional e Substantiva

Ronald Dworkin desenvolve seu modelo de democracia com o intuito de oferecer uma alternativa ao modelo majoritário, considerado pelo autor, entre outros fatores, como prejudicial aos direitos das minorias, no momento em que oferece autoridade suprema às maiorias decisórias – o autor acredita não existir uma relação necessária entre a garantia de direitos e a vontade da maioria. Nesse sentido, ele defende a concepção constitucional de democracia. Essa concepção não importa no abandono dos procedimentos, mas na compreensão de que, em certos casos, tais procedimentos não se mostram satisfatórios para de fato promover a igualdade entre os indivíduos – por isso há a compreensão de que, para além de ideais puramente procedimentais, Dworkin defende a prevalência de ideais substantivos.

Para o autor, o melhor sistema é aquele que, de maneira mais provável, consegue promover decisões substantivas que expressem igual consideração (*equal concern*) pelos indivíduos. Conforme argumenta o autor, seu objetivo é oferecer uma concepção dependente de democracia: “presume que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem

todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito” (DWORKIN, 2005a, p. 255). Ademais, o autor não compreende a coletividade como um mero cômputo estatístico, conforme considera que a premissa majoritária o faz, mas sim como uma coletividade que possui pertencimento moral. O autor, portanto, critica o método majoritário por não considerá-lo suficiente para promover, em todos os casos, a igual dignidade das pessoas.

Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2006a, p. 26).

A falibilidade dos procedimentos majoritários, conforme apontada por Dworkin, seria o que justificaria a adoção de mecanismos de leitura moral, tal qual a revisão judicial da legislação. A conclusão a que se chega é que o autor parece colocar a adoção do mecanismo contramajoritário como uma alternativa em casos nos quais o procedimento majoritário não se mostre satisfatório, no entanto a aplicação de sua teoria ainda assim não trataria tal transferência como exceção, mas como regra – ocasionaria demasiada liberdade aos juízes e, conseqüentemente, abriria margem para arbitrariedades. Conforme Dworkin responde aos seus críticos, todavia, a democracia não pode ser reduzida ao querer da maioria que, de forma tirânica, impõe sua vontade e por este motivo seria plausível transferir a decisão sobre questões controversas para as mãos de juízes, que seguindo à risca os ensinamentos da leitura moral, não poderiam de forma alguma decidir com base em suas próprias convicções.

A democracia assume aqui um sentido distinto e mais abrangente: o ideal de autogoverno deve abarcar o ideal da participação moral. Segundo Dworkin (2006a, p. 35), a democracia assume um sentido comunitário, no qual a verdadeira democracia, se de fato é o governo do povo, deve estar fundamentada na participação moral. O autor elenca algumas condições para que o seu modelo de democracia exista enquanto tal. A primeira delas determina condições do tipo estrutural, quais sejam: aquelas que implicam características que a comunidade deve ter para que possa ser considerada

como tal, como condições históricas; a segunda delas determina condições de relação, que são aquelas que qualificam como o indivíduo deve ser tratado pela comunidade política, para que possa verdadeiramente ser considerado seu membro moral – por exemplo, a participação em decisões coletivas confere ao indivíduo um sentimento de pertencimento àquela comunidade; a terceira delas, definida pelo autor como essencial, é a independência moral, ou seja, a perspectiva de que cada membro de uma determinada comunidade política pode considerar uns aos outros como “sócios num empreendimento conjunto” (DWORKIN, 2005a, p. 39), em que estes possuem as mesmas atribuições e o mesmo propósito, mesmo que nem todos concordem acerca das razões que o justificam. O autor explicita a questão da participação moral e ressalta uma característica da concepção comunitária de democracia:

A participação moral acarreta uma reciprocidade: um indivíduo não pode ser um membro a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as conseqüências de qualquer decisão coletiva para a sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as conseqüências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas. Assim, a concepção comunitária de democracia explica uma intuição que muitos têm: a ideia de que uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima (DWORKIN, 2005b, p. 38-39).

Dessa forma, uma verdadeira comunidade política é aquela formada por agentes morais independentes, que segundo Dworkin (2006b, p. 40), não podem conferir responsabilidade a um grupo sobre as decisões de questões que os envolvem diretamente, mesmo que tais agentes morais possuam votos iguais aos demais no processo de deliberação. Ademais, a perspectiva de que uma única decisão possa ser dotada de autoridade por todos os membros da comunidade é aceita pelo autor, que considera não haver, a partir dessa perspectiva, nada que ponha em perigo a possibilidade de escolha do indivíduo acerca do seu modo de vida, consideradas as opções que lhe restam após a tomada de decisão – mesmo se ocorrer de seus pontos de vistas serem derrotados, o indivíduo pode considerar que participou de um esforço coletivo para a resolução de tais questões. Saber se houve ou não burla à democracia, segundo o autor, depende inteiramente de uma análise sobre se o tribunal tomou ou não a decisão correta, ou seja, a democracia pode ser beneficiada pela decisão de um tribunal se uma lei antidemocrática for afastada – o prejuízo à

democracia ocorreria somente se um tribunal, investido de autoridade, promovesse uma decisão incorreta acerca do que é exigido pelos valores democráticos. Seria plausível, portanto, atribuir decisões controversas aos tribunais e não limitar as perspectivas ao fato de eles serem ou não órgãos com legitimidade democrática, tal qual o Parlamento – esse ponto se tornaria insignificante se comparado ao fato de que os tribunais podem tomar boas e justas decisões para o ambiente democrático.

Uma Constituição de princípios, colocada em prática por juízes independentes, não é antidemocrática. Ao contrário, uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade (DWORKIN, 2003b, p. 172).

Em oposição ao majoritarismo, surge a visão de parceria (*partnership*) da democracia, para a qual um governo verdadeiramente democrático é aquele no qual as pessoas governam a si mesmas como parceiras em uma política coletiva. Dessa forma, decisões majoritárias são democráticas somente quando algumas condições são observadas em respeito aos interesses de cada cidadão como parte em um empreendimento coletivo. Segundo essa visão, uma comunidade democrática não deve ignorar os interesses de um grupo minoritário, sob pena de ser antidemocrática, mesmo que para isso tenha se utilizado corretamente dos meios majoritários de tomadas de decisão.

The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as I indicated, that a decision is democratic even if it is very unjust. But the partnership conception does not make democracy independent of the rest of political morality; on that conception we need a theory of equal partnership to decide what is or is not a democratic decision, and we need to consult ideas about justice, equality, and liberty in order to construct such a theory. So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal (DWORKIN, 2006b, p. 134).³

³ A concepção majoritária pretende ser puramente procedimental e, sendo assim, independente de outras dimensões da moralidade política; isso nos permite dizer, como indiquei, que uma decisão é democrática mesmo que seja muito injusta. Mas a concepção de parceria não torna a democracia independente do resto da moralidade política; Nessa concepção precisamos de uma teoria de igual participação, para decidir o que é e o que não é uma decisão democrática, e nós precisamos consultar ideias sobre justiça, igualdade e liberdade para poder construir tal teoria. Então segundo a concepção de parceria, democracia é um ideal substantivo e não meramente procedimental (tradução nossa).

4 DUAS CONCEPÇÕES DISTINTAS SOBRE A REVISÃO JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO

A revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*) é uma prática adotada em muitos dos sistemas democráticos contemporâneos, que confere aos juízes, enquanto intérpretes da lei, o poder de afastar um texto legislativo, ou mesmo mudar a interpretação deste. Trata-se de um mecanismo que permite que questões morais controversas, sobre as quais os indivíduos em sociedade discordam, sejam discutidas em âmbito judicial, do qual partirá uma decisão que surtirá efeito vinculante ao Direito. Acerca deste mecanismo pairam questionamentos quanto a sua legitimidade em sociedades verdadeiramente democráticas, no momento em que se desconfia da transferência decisória do âmbito Legislativo ao âmbito Judiciário.

4.1 Jeremy Waldron e a Ilegitimidade do *Judicial Review*

Jeremy Waldron critica o mecanismo de revisão judicial (*judicial review*) com base em dois argumentos precípuos: em primeiro lugar, argumenta que não há razão para supor que os direitos serão mais bem protegidos por essa prática do que seriam, por exemplo, por legislações democráticas; em segundo lugar, mesmo considerando-se os resultados que essa prática pode ensejar, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. A questão circunda a realidade percebida de que, em alguns casos, a revisão judicial resulta em más decisões (decisões que não condizem com o ponto de vista coletivo), o que faz com que tal mecanismo sofra de um déficit democrático, uma vez que não reflete os desacordos em sociedade e não condiz com o posicionamento que seria adotado caso a população pudesse deliberar sobre a questão moral em contenda.

Em síntese, para o autor, a revisão judicial da legislação é inapropriada como modo de decisão final sobre questões morais controversas em sociedades livres e democráticas – questões sobre as quais as pessoas discordam de forma natural, tais como a permissão do aborto, ações afirmativas, casamento homossexual, entre outras. De modo que ensejaria em uma burla ao ideal de autogoverno democrático,

no momento em que se retira o direito de participação igualitária que as pessoas possuem para deliberar sobre a questão controversa, conferindo ao tribunal a prerrogativa de decidir sobre o que seria correto e aplicável ao caso concreto.

O autor argumenta que, em sistemas nos quais prevalece a prática da revisão judicial as pessoas ou os seus representantes políticos podem até tratar das questões morais controversas se assim desejarem, mas não possuem nenhuma segurança de que suas decisões irão prevalecer, pois mesmo que pessoas que discordam resolvam tratar de determinada matéria, a decisão que prevalecerá será a dos juízes. Jeremy Waldron expõe seu posicionamento acerca de tal prática e sua inconformidade com o modelo de democracia que acredita ser o mais razoável:

And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights (WALDRON, 2006, p. 1.353).⁴

Waldron concentra as suas críticas no que denomina de modelo forte de revisão judicial (*strong judicial review*), no entanto diferencia este do modelo fraco de revisão judicial (*weak judicial review*) que não será, de maneira predominante, alvo de seus questionamentos. A revisão judicial em sentido forte confere autoridade aos tribunais para não aplicarem uma lei ou mesmo para modificar os seus efeitos para supostamente deixá-la em conformidade com os direitos individuais em pauta. Por outro lado, a revisão judicial em sentido fraco pode até examinar a legislação acerca da sua conformidade com direitos individuais, mas isso não confere autoridade aos tribunais para deixar de aplicá-la ou reduzir os seus efeitos sob pena de violação de muitos outros direitos.

⁴ É politicamente ilegítimo, ao menos no que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a votação majoritária entre um pequeno número de juízes não eleitos e inexplicáveis, priva os cidadãos comuns e elimina princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos (tradução nossa).

Nesse sentido, segundo o autor, o espírito que anima a defesa da revisão judicial em nome de supostas leis que, aplicadas ao caso concreto, violariam direitos individuais, é o mesmo espírito que violaria valores como o federalismo e o princípio da separação dos poderes. Waldron (2006, p. 1.389) elabora uma série de argumentos contrários ao mecanismo de revisão judicial, no entanto alerta que toda a sua linha argumentativa não foi feita para ser aplicada em sistemas políticos que sofram de problemas estruturais patológicos ou incorrigíveis – pois estes, por si sós, estariam maculando a democracia.

Ao passo que Waldron (2006, p. 1.360) defende seus argumentos contra a revisão judicial da legislação, considerando que tais argumentos contrários estão sujeitos ao cumprimento de algumas condições – se alguma dessas condições falhar, o pilar argumentativo contra a revisão judicial não se sustentará. São estas quatro condições: 1) a primeira requer instituições democráticas que possuam um bom funcionamento, necessitando de um sistema representativo baseado no sufrágio universal – o sistema pode até não ser perfeito, mas deve contar com uma cultura democrática marcada pela deliberação responsável e pela igualdade política; 2) a segunda requer a existência de instituições judiciais independentes, que também possuam um razoável bom funcionamento, e que estejam pautadas em bases não representativas para escutar as arguições sobre direitos individuais, capazes de organizar as disputas e sustentar o império do Direito – assim como outros membros da sociedade, os juízes também discordam uns dos outros sobre os direitos individuais e de minorias; 3) a terceira requer um compromisso da parte da maioria dos membros da sociedade com a ideia dos direitos individuais e direitos das minorias – as pessoas devem aceitar que indivíduos possuem interesses e liberdades que não devem ser negados simplesmente por ser mais conveniente para a maioria das pessoas negá-los; a quarta requer a existência de desacordos persistentes e de boa-fé sobre os direitos – a existência de um dissenso substancial acerca do que os direitos são e o que representam. Por fim, argumenta o autor, nos casos em que essas condições se sustentarem, a transferência decisória de questões morais controversas para o âmbito dos tribunais é fraca e sem fundamento, e ao final não há a real necessidade de decisões sobre os direitos realizadas pela legislação serem revisadas pelos juízes – permitir que decisões judiciais, nesses casos específicos, se recusem a aplicar a legislação não satisfaz importantes critérios de legitimidade política. Há sempre algo que se perde, do ponto de vista democrático, quando decisões que

afetam a todos indistintamente, e que portando deveriam respeitar de forma igual as diferentes opiniões em sociedade, são proferidas por juízes que contemplam apenas sua concepção acerca do caso concreto.

This is partly because the legitimacy of judicial review is itself so problematic. Because judges (like the rest of us) are concerned about the legitimacy of a process that permits them to decide these issues, they cling to their authorizing texts and debate their interpretation rather than venturing out to discuss moral reasons directly (WALDRON, 2006, p. 1.381).⁵

Algumas vertentes críticas defendem a arbitrariedade do procedimento majoritário como argumento para fortalecer a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Para Waldron, esta é uma estratégia infundada, pois os tribunais podem se estruturar como órgãos colegiados, cujos membros também discordam mesmo após discutirem sobre determinada matéria – e diante dessa discordância, os juízes também decidem mediante uma votação por decisão majoritária. A diferença entre os dois órgãos, o Parlamento e os Tribunais, está em quem elege os seus membros, e não no procedimento decisório que utilizam. Visando a confirmar que o mecanismo de controle judicial é em si antidemocrático, Waldron afirma que este nega a perspectiva do autogoverno democrático ao retirar das mãos do povo importantes decisões sobre questões morais essencialmente controversas. Para o autor, as correntes que procuram promover tal mecanismo poderiam, de forma mais provável, ignorar os próprios valores democráticos e propiciar em uma espécie e aristocracia judicial.

Algunas personas, como si fueran fans de los integrantes de la Corte Suprema, podrían especular acerca de que hará la Corte Suprema sobre el aborto u otra cuestión similar; o incluso pueden entretenerse intercambiando historias o especulaciones, como hacemos los profesores de derecho, sobre qué haríamos nosotros si tuviéramos que decidir, en el improbable caso de que fuéramos llevados a formar parte de este eminente tribunal. Podemos esperar que el ejercicio

⁵ Em parte é por isso que a legitimidade da revisão judicial é por si só tão problemática. Porque juízes (assim como todos nós) estão preocupados com a legitimidade de um processo que lhes permite decidir essas questões, eles se apegam aos seus textos de autorização para debater a sua interpretação, em vez de se aventurarem a discutir diretamente razões morais (tradução nossa).

del poder por parte de unas pocas celebridades vestidas de negro ciertamente fascine a una población más o menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa. (WALDRON, 2005, p. 347-348).⁶

(...) nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes sólo se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean (WALDRON, 2005, p. 254).⁷

4.2 Ronald Dworkin e a Legitimidade do *Judicial Review*

Ronald Dworkin defende que um sistema de revisão judicial da legislação não é prejudicial ao ideal de democracia, ao contrário, permite um vínculo entre os direitos e a legalidade, consequentemente proporcionando liberdade. Logo, para o autor há uma compatibilidade entre democracia, direitos fundamentais e o mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis – aqui definido simplesmente como revisão judicial (*judicial review*). Não é incomum, tampouco acidental, que as democracias contemporâneas se inclinam quase que de forma instintiva a acolher mecanismos de controle judicial – as pessoas fariam isso não

⁶ Algumas pessoas, como se fossem fãs dos integrantes da Corte Suprema, poderiam especular acerca do que dirá a Corte Suprema sobre o aborto, ou outra questão similar; inclusive podem entreter-se relacionando histórias e especulações, como fazemos os professores de direito, sobre o que nós faríamos se tivéssemos que decidir, no caso improvável em que fôssemos convidados a fazer parte deste eminente Tribunal. Podemos esperar que o exercício do poder por parte de umas poucas celebridades vestidas de negro certamente fascine a uma população mais ou menos articulada. Mas isto difícilmente pode ser a essência de uma cidadania ativa (tradução nossa).

⁷ Nosso respeito por tais direitos democráticos é posto seriamente em perigo quando se realizam propostas de transferir as decisões acerca da concepção e revisão dos princípios básicos do poder Legislativo ao Judicial, do povo e de suas instituições representativas, que reconhecemos imperfeitas, a um punhado de homens e mulheres, supostamente sábios, instruídos, virtuosos e de altos princípios, os únicos nos quais se pode confiar, assim se pensa, para levar a sério as grandes questões que estas decisões ensejam (tradução nossa).

porque se sintam intranquilas ou inseguras acerca da democracia, mas porque mecanismos que combinem a legislação, os direitos fundamentais e o controle judicial de constitucionalidade oferecem maiores garantias de que os direitos continuarão a ser respeitados em um ambiente verdadeiramente democrático. Segundo o autor: “a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (DWORKIN, 2006a, p. 10).

Dessa forma, deixar que as decisões sobre questão moralmente controversas sejam tomadas por juízes responsáveis não significa um menosprezo à democracia, mas faz com que a sociedade seja mais justa do que seria se tais decisões fossem deixadas nas mãos de instituições majoritárias. Um sistema no qual as decisões finais sobre questões de princípios são deixadas a cargo dos juízes poderia inclusive fortalecer o caráter participativo da comunidade política. Para Dworkin (2006a, p. 49-50), saber se o mecanismo de revisão judicial melhora ou não a democracia, saber se é ou não antidemocrático, depende inteiramente de a análise sobre a decisão judicial ser correta ou não – uma vez que seja afastada uma lei que era realmente incompatível com os direitos necessários para a democracia, a própria democracia será beneficiada pela decisão do Tribunal. Se ficar comprovado, no entanto, que o Tribunal tomou uma decisão incorreta acerca das exigências que a própria democracia faz, então todo o seu argumento não se sustenta – por outro lado, o autor afirma que a possibilidade de proferir a decisão incorreta é simétrica se se relaciona o Tribunal e o Parlamento, portanto não há razões para a premissa majoritária ser defendida nesses casos.

Dworkin acredita que o direito deve orientar suas concepções baseando-se essencialmente nos resultados que podem ser alcançados pelas decisões – em qualquer sociedade contemporânea podem surgir questionamentos sobre se a legislação entra em conflito com princípios democráticos, logo, deve-se atribuir a decisão destas questões a qualquer instituição que as possa responder, com maior probabilidade, de forma correta. O autor afirma ainda que pode até ser que em alguns países essa instituição seja o Parlamento, mas existem razões para pensar que este não seja o órgão mais legítimo para proteger os direitos relacionados à democracia, uma vez que atua a partir da perspectiva majoritária.

Para decidi-las não vejo outra alternativa senão a de usar um cálculo de resultados em vez de um critério procedimental. A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições (DWORKIN, 2006a, p. 52).

O autor desenvolve uma teoria em favor da revisão judicial que condiz com a sua concepção acerca do melhor modelo de democracia, em defesa dos valores substantivos ao invés do que considera ser o mero tecnicismo dos valores procedimentais. Sendo assim, não acredita que o mecanismo de controle judicial viole sequer os ideais federalistas e democráticos, uma vez que produz um modelo muito melhor de democracia – no qual o igual respeito e consideração aos direitos das pessoas são de fato postos em prática pelo Direito. Dworkin, em defesa da revisão judicial, eleva a perspectiva da proteção aos direitos das minorias, que não seriam respeitados quando da adoção da concepção majoritária.

[A revisão judicial] Não obstrui a simetria no voto, porque é uma forma de negação do distrito, e não expressa, em si, qualquer desprezo ou desconsideração por nenhum grupo da comunidade. Nem prejudica as metas agências da democracia. Pelo contrário, protege essas metas, oferecendo uma proteção especial à liberdade de expressão e outras liberdades que incentivam a ação moral na política. E faz mais: proporciona um fórum político no qual os cidadãos possam discutir, se desejarem, e, por conseguinte, o faz de maneira mais diretamente ligada a sua vida moral do que o voto. Além disso, nesse fórum aumenta muito o incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum (DWORKIN, 2005b, p. 288).

5 MAJORITY VS. A DEFESA DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Uma das pautas de discussão mais importantes dentro do debate acerca da revisão judicial da legislação diz respeito ao embate que existe entre a corrente que nega a legitimidade deste mecanismo (baseando-se em argumentos próprios da premissa majoritária) e a corrente que defende a legitimidade do controle judicial como método contramajoritário, que por si só melhora a democracia no momento em

que toma a frente quanto ao respeito dos direitos das minorias – ou seja, a vontade da maioria, em alguns casos, pode oferecer uma solução que atenta contra os princípios democráticos no momento em que nega a concessão de direitos às minorias.

Ronald Dworkin, pertencente à segunda corrente apresentada, argumenta que a regra da maioria, enquanto método decisório, não possui significância moral se a comunidade que esta maioria integra não for a comunidade correta – nenhuma comunidade pode ser considerada correta se não abarcar as condições morais de pertencimento (que são três: princípio da participação, princípio da igual consideração e princípio da independência). Dessa forma, uma sociedade consegue produzir decisões morais mais justas quando outorga aos juízes as decisões finais sobre questões morais essencialmente controversas, uma vez que este juiz seguirá o método interpretativo da leitura moral da Constituição. Uma comunidade que esteja pautada exclusivamente no respeito aos procedimentos majoritários é em si injusta, como consequência formaria uma espécie de tirania da maioria. O autor defende que inclusive o debate público pode melhorar diante da adoção de tal mecanismo judicial, pois os cidadãos passariam a ser mais conscientes acerca das questões morais complexas em sociedade – fortalecendo assim o caráter participativo do ambiente público.

Não há razões para pensar que um processo eleitoral majoritário produza normalmente um resultado que seja considerado justo segundo qualquer modelo agregativo. Pelo contrário, um processo majoritário pode muito bem produzir – e produziu muitas vezes – leis que prejudicam o bem-estar médio ou total, seja qual for a sua concepção (DWORKIN, 2012, p. 391).

Jeremy Waldron é um forte crítico da posição adotada por Dworkin sobre a legitimidade de o mecanismo de revisão judicial estar pautada nos resultados mais justos que esta prática poderá causar. Para Waldron, isto ensejaria em insegurança jurídica, pois a linha tênue que separa a revisão judicial da legislação da mais vil arbitrariedade poderia ser a qualquer momento transposta, até mesmo sob o argumento de se estar agindo em favor dos direitos. Em qualquer hipótese, as pessoas deveriam participar das decisões sobre questões morais que as afetam diretamente, e para o autor o método majoritário continua sendo a melhor resposta diante dos

profundos desacordos em sociedade. O método de decisão majoritária seria melhor do que qualquer outro, pois é neutro e trata as pessoas com igualdade, ao dar o máximo peso a todas as opiniões em conflito.

Nesse sentido, a defesa do método majoritário não ensejaria a derrocada dos direitos das minorias, como apontam os seus críticos. A despeito das críticas que afirmam que o método majoritário possibilita uma tirania da maioria, Waldron (2006, p. 1.396) afirma que o aspecto majoritário na verdade mitiga a tirania, pois indica que há ao menos um aspecto não-tirânico na decisão: ela não foi tomada de uma forma que tiranicamente exclui certas pessoas da possibilidade de participar da decisão como iguais. Em uma importante decisão que possua desacordos sobre os direitos ambas as partes podem achar que a outra é possivelmente tirânica, mas isso não significa que haja fundamento nesta afirmação se, entre outras coisas, as partes podem participar como iguais no processo de deliberação.

Democratic institutions will sometimes reach and enforce incorrect decisions about rights. This means they will sometimes act tyrannically. But the same is true of any decision process. Courts will sometimes act tyrannically as well. Tyranny, on the definition we are using, is more or less inevitable. It is just a matter of how much tyranny there is likely to be (...) (WALDRON, 2006, p. 1.396).⁸

Para reforçar seu argumento, o autor elabora uma distinção entre maiorias e minorias tópicas e decisórias. Maiorias e minorias decisórias seriam aquelas que se formam a partir de procedimentos majoritários que analisam questões de direito. Já as maiorias e minorias tópicas são aquelas que possuem os direitos em discussão no caso concreto. Esta distinção é necessária para se entender que nem todas as pessoas que compõem as minorias tópicas e decisórias, e que portanto votaram do lado que perdeu a discussão acerca do direito, devem ser consideradas membros do grupo cujos direitos foram de fato afetados pela decisão. As pessoas, incluindo os membros das minorias tópicas, não possuem necessariamente os direitos que pensam ter, pois podem estar erradas sobre os direitos que possuem.

⁸ Instituições democráticas irão às vezes alcançar e reforçar decisões incorretas sobre direitos. Isso significa que às vezes agem de forma tirânica. Mas o mesmo é possível para qualquer processo de decisão. Os tribunais às vezes atuam tiranicamente também. A tirania, na definição que estamos usando, é mais ou menos inevitável. É apenas uma questão de quanta tirania é provável que seja (tradução nossa).

Para Waldron (2006, p. 1.398), só há tirania da maioria quando as minorias tópicas coincidem com as minorias decisórias – o que ocorre nos denominados “*non-core cases*”, nos quais as pessoas se importam menos com direitos individuais e direitos das minorias e elevam seus próprios interesses particulares em questões controversas. E quando esta situação se configurar, trata-se de uma distorção que não justificaria o deslocamento da decisão ao escrutínio judicial e tampouco o problema seria solucionado com a simples transferência do critério da decisão por maioria para os tribunais.

Even if people disagree about rights, they may take one another’s rights seriously. Decisional majorities may prevail. Sometimes they will be right about rights and sometimes they will be wrong. But that is something they have in common with all systems of decisionmaking and that alone cannot undermine their legitimacy, so long as topical minorities have an assurance that most of their fellow citizens take the issue of their rights seriously (WALDRON, 2006, p. 1400).⁹

Ainda nesse viés, um dos argumentos levantados por Dworkin, contrário ao método majoritário de tomadas de decisão, é que seria um grave erro pensar que esse método sempre será o mais apropriado para decidir em um caso concreto. O exemplo suscitado refere-se ao bote salva-vidas – digamos que passageiros estão presos em um bote salva-vidas prestes a afundar, a não ser que uma pessoa pule ou seja jogada para fora dele. Diante desse caso, como decidir quem deverá abandonar o bote? Segundo Dworkin, seria injusto e uma péssima ideia deixar o grupo votar entre si para chegar a uma decisão, pelo simples fato de que sentimentos e paixões subjetivas do indivíduo (como amizades, inimizades, preconceitos, etc.) poderiam influenciar seu voto mais do que a análise racional dos acontecimentos – tais sentimentos não devem ser relevantes para determinar a decisão final.

⁹ Mesmo que as pessoas discordem sobre os direitos, elas podem levar a sério os direitos uns dos outros. Maiorias decisórias podem prevalecer. Às vezes elas estarão certas sobre direitos e, às vezes, estarão erradas. Mas isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e que por si só não pode minar a sua legitimidade, enquanto as minorias tópicas têm a garantia de que a maioria dos seus concidadãos levam o problema dos direitos a sério (tradução nossa).

So we must abandon the familiar idea that majority rule is a uniquely fair decision-making procedure, even in politics. In some circumstances, as in the lifeboat and draft cases, it seems highly unfair, and in others, when the question is whether there should be a collective decision on some matter at all, it begs the question. Majority rule is not a particularly sound method of reaching the truth, moreover, and it does not come close to securing equality of political power in a large political community with representative political institutions (DWORKIN, 2006, p. 143).¹⁰

A questão, contudo, está de fato no procedimento? A decisão final sobre os desacordos deve se concentrar nas mãos de juízes? O argumento desenvolvido por Waldron, em resposta a esta crítica pauta-se na premissa de que não há fundamento nos ataques ao procedimento majoritário – quando, mesmo os seus críticos, defendem que os juízes devem ter a palavra final acerca de um caso concreto, sobre o qual pairam profundas controvérsias, e que esta decisão se dará por meio do voto entre estes juízes. Os juízes de uma Corte Suprema decidem entre si por meio do voto, e a decisão final é formada a partir da opinião da maioria. Sendo assim, como o método majoritário pode ser injusto, regra geral, para as tomadas de decisão se aqui é considerado perfeitamente aceitável, mesmo por seus críticos? Os críticos do método majoritário não conseguem explicar o uso do princípio majoritário por Cortes que exercem a revisão judicial “contramajoritária”.

Ao final, as críticas não conseguem sustentar-se, a partir de um olhar mais cuidadoso, e não ultrapassam o mais simples paradoxo. Ademais, sobre o exemplo do bote salva-vidas, Waldron sustenta que pode até ser que tal exemplo seja importante teoricamente, mas, por se tratar de uma situação extremamente incomum, não deveria embasar nenhum forte argumento contrário ao voto majoritário, pois não expressa de fato as questões relativas ao procedimento – é um exemplo sem relevância prática, pois não apresenta nenhuma profundidade argumentativa que

¹⁰ Portanto, devemos abandonar a ideia familiar de que a regra da maioria é um procedimento de tomada de decisão excepcionalmente justo, mesmo na política. Em algumas circunstâncias, como nos casos do bote salva-vidas, parece muito injusto, e em outros, quando a questão é se deveria haver uma decisão coletiva sobre alguma matéria, isso levanta a questão. Além disso, a regra da maioria não é um método particularmente sadio para alcançar a verdade e não se aproxima de garantir a igualdade de poder político em uma grande comunidade política com instituições políticas representativas (tradução nossa).

não seja uma tentativa de atacar a premissa majoritária. Por fim, o método defendido por Dworkin, na verdade, não consegue demonstrar como a igualdade e o direito de participação de cada indivíduo será assegurado, quando a palavra final de um juiz importará tanto mais na decisão final.

It seems also appropriate to say not only that each person's voice should be heard in the process of arriving at a common settlement, but also that the voice of each person should be given weight. It should count, and count in the direction of the judgment or opinion that that person has formed. This is a matter of elementary respect for persons. On the other hand, no one's voice should count for more than anyone else's: We want each voice to count, but count equally, in a common settlement. (WALDRON, 2010, p. 1.055).¹¹

6 CONCLUSÃO

O presente texto apresentou o debate sobre as distintas concepções teóricas acerca do poder dos juízes de realizar a revisão judicial da legislação, em um cenário no qual o poder Judiciário assume uma visível liderança político-institucional. Partindo das análises de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, a pesquisa problematizou a relação entre Direito, controle judicial e democracia, à luz dos modelos de democracia substancial e procedimental.

Considerando o contraponto teórico estabelecido, a pesquisa analisou a crítica de Waldron à leitura moral de Dworkin, que contesta o fato de questões morais controversas serem discutidas no ambiente dos Tribunais, ao invés de serem levadas à deliberação popular no âmbito do Parlamento. Esta perspectiva deriva da própria concepção de democracia que o autor acolhe, a qual vincula democracia e vontade da maioria, de modo que entende a leitura moral como um instrumento essencialmente antidemocrático.

¹¹ Parece igualmente apropriado dizer não só que a voz de cada pessoa deve ser ouvida no processo de chegar a um acordo comum, mas também que a voz de cada pessoa deve ser dotada de peso. Isto deve contar, e contar na direção do julgamento ou opinião que essa pessoa formou. Trata-se de um respeito elementar pelas pessoas. Por outro lado, a voz de ninguém deve contar mais do que qualquer outra pessoa: Queremos que cada voz conte, mas conte igualmente, em um acordo comum (tradução nossa).

Nota-se que as divergências entre os dois autores sustentam-se em distintas percepções sobre democracia. Ronald Dworkin parte de modelo de democracia com o intuito de oferecer uma alternativa à perspectiva majoritária, considerada prejudicial aos direitos das minorias. Isso porque não compreende a coletividade como um mero computo estatístico, conforme considera que a premissa majoritária o faz, mas sim como uma coletividade que possui pertencimento moral. Assim sendo, critica o método majoritário por não considerá-lo suficiente para promover, em todos os casos, a igual dignidade das pessoas.

Para a fundamentação do seu modelo substantivo de democracia, Dworkin nega que a premissa majoritária possa ser considerada um método justo para a solução dos desacordos em uma sociedade plural e complexa e, ademais, nega que a revisão judicial seja um método antidemocrático. Considera que os direitos individuais são trunfos diante das maiorias e devem ser protegidos contra políticas baseadas na vontade do maior número. Nesse sentido, a revisão judicial não afronta os ideais democráticos por atuar, em algumas ocasiões, até mesmo contra os processos majoritários de formação da vontade política, mas ao contrário, esse instituto garante a própria democracia ao assegurar um espaço protegido constitucionalmente.

Em contraponto, para Jeremy Waldron a regra da maioria é um único método verdadeiramente equitativo de governar uma comunidade política, considerando que o debate parlamentar leva em conta todos os pontos de vista, os profundos e persistentes desacordos. Sua teoria, ao enfatizar as instâncias majoritárias, desconfia fortemente do escrutínio judicial. Para a sua perspectiva de democracia, aos juízes compete garantir os procedimentos democráticos e não substituir a vontade da maioria, que é mais dialógica e discursiva. Ele prioriza os representantes do povo em detrimento a uma elite de homens sábios que, caso tenha uma atuação proativa, representaria um insulto à democracia, aos desacordos morais e ao pluralismo em sociedade.

Esse modelo o distancia, sobremaneira, do modelo proposto por Dworkin, para quem uma Constituição de princípios, defendida por juízes independentes, é essencialmente democrática. Para Waldron, transferir decisões finais sobre questões importantes do foro democrático aos tribunais não é compatível com a essência de uma cidadania ativa. Segundo o autor, a tradição contemporânea da Filosofia do Direito está contaminada por uma imagem pouco atrativa do Parlamento (imagem

realista deste), o que reforça o descrédito atual das instituições representativas e está, ademais, intoxicada por uma análise centrada nos Tribunais e cega aos encantos da justiça constitucional (imagem idealizada dos Tribunais).

7 REFERÊNCIAS

CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin y el enfoque de la integridad. In: *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 38, p. 45-68, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton University Press, 2006b.

_____. *A Justiça de toga*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

FLORES, Imer B. Ronald Dworkin's justice for hedgehogs and partnership conception of democracy (With a Comment to Jeremy Waldron's "A Majority in the Lifeboat"). *Georgetown Public Law Research Paper*, n. 4, p. 65-103, 2010.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

LONGO, Fernando José Filho. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 90-11, 2015.

RODRÍGUES PUERTO, Manuel J. Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho. Una reflexión breve. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 16, p. 121-141, 1999.

RUIZ, Santiago Virguez. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional: una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Rev. Derecho Publico*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 35, jul./dez. 2015.

VERBICARO, Loiane Prado; VAZ, Celso. O perigo da excessiva judicialização da política: o debate entre substancialistas e procedimentalistas. In: *Revista Política Hoje*, vol. 23, p. 223-244, 2015.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Tradução José Luís Martí e Áqueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *The Dignity of Legislation*. Nova York: Cambridge University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006.

_____. Judges as Moral Reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n. 1, 2009.

_____. A Majority in the Lifeboat. *Boston University Law Review*, vol. 90, n. 2, 2010.