

# **A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DE RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON**

**JUDICIAL REVIEW AND ITS DEMOCRATIC ISSUES ACCORDING TO RONALD  
DWORKIN AND JEREMY WALDRON**

Autor: Emanuel de Melo Ferreira. Advogado da União.  
Especialista (UNISUL/LFG). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC).

## **RESUMO**

O debate sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade é vivido intensamente em certos países, como os Estados Unidos. Lá existe uma clara divergência entre estudiosos que são favoráveis e os que são contra o modelo inaugurado em 1803, após o julgamento do clássico *Marbury versus Madison* e a solução engenhosa encontrada por Marshall. O presente texto propõe a análise do pensamento de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. O estudo de Dworkin perpassará, necessariamente, pela compreensão da concepção constitucional de democracia do autor, momento em que se estudarão diversos conceitos desenvolvidos por ele, como os referentes às condições democráticas. Waldron, por sua vez, inicia sua tese na busca pela dignidade da legislação, tentando trazê-la para o centro dos estudos da filosofia política. Em seguida, ao colocar o desacordo como característica central do direito, o autor sustentará que nas situações de desacordo moral entre os membros de dada sociedade, a legitimidade para decidir é mesmo do legislativo. O debate entre os autores mostra como é um erro pensar que a maioria, necessariamente, oprime a minoria, já que a lei também pode resguardar direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle judicial de constitucionalidade; legitimidade; democracia .

## **ABSTRACT**

The debate about judicial review and its democratic legitimacy is clearly polemic in certain countries such as United States. Since *Marbury versus Madison*, a debate has been developed between those who are against the judicial review and those who support it. In this article, the ideas of Ronald Dworkin and Jeremy Waldron will be studied, seeking to answer the question about who decides best. These philosophers were chosen because the first one supports the judicial review, whereas the second one disapproves it. The study of Dworkin's thought begins with his concepts about democracy and its requirements. According to the author, the democratic system is better when the last decision is taken by a Court. Waldron tries to put the legislation and the law in the center of the philosophic studies, showing that disagreement is a part of law. Hence, Waldron tries to prove that those disagreements are better decided inside the Parliament, not in the Court. In the end of the text, the debate will show the error when we thought the majority will, necessarily, destroy the rights of minorities.

**KEYWORDS:** Judicial review; legitimacy; democracy.

## **1. INTRODUÇÃO**

O debate sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade é vivido intensamente em certos países, como os Estados Unidos. Lá existe uma clara divergência entre estudiosos que são favoráveis e os que são contra o modelo

inaugurado em 1803, após o julgamento do clássico *Marbury versus Madison* e a solução engenhosa encontrada por Marshall.

Pensadores do quilate de Ronald Dworkin, Alexander Bickel, John Hart Ely e Jeremy Waldron, dentre outros, debatem sobre a conveniência democrática em torno da atuação do Poder Judiciário ao impugnar uma lei votada pelo Poder Legislativo, reconhecendo-se que este goza de legitimidade democrática e, através de uma decisão majoritária, garantiria o autogoverno popular. Como juízes não são eleitos, o controle jurisdicional de constitucionalidade atentaria fatalmente contra a democracia.

Será mesmo? Um dos objetivos deste estudo é analisar, segundo dois dos autores acima citados, se o controle jurisdicional de constitucionalidade, de fato, atenta contra a democracia. A escolha de Ronald Dworkin e de Jeremy Waldron para figurarem nesse debate justifica-se porque a posição de ambos é radicalmente oposta. Enquanto Alexander Bickel<sup>1</sup> e John Hart Ely<sup>2</sup> admitem o controle sob certas circunstâncias, Waldron posiciona-se francamente contra tal revisão judicial<sup>3</sup> e Dworkin, por outro lado, é abertamente favorável a tal prática.

A análise do pensamento de Dworkin perpassará, necessariamente, pela compreensão da concepção constitucional de democracia do autor, momento em que se estudarão diversos conceitos desenvolvidos por ele, tais como os referentes: aos argumentos de princípio e de política; à concepção estatística e comunal de ação coletiva; à democracia constitucional e à concepção separada e dependente de democracia; à igualdade de impacto e de influência e, finalmente, aos princípios que constituem as condições democráticas, consistentes na participação dos indivíduos na decisão coletiva, na igual consideração e respeito entre os membros da comunidade e na independência moral deles.

---

<sup>1</sup> O autor cunhou a expressão “dificuldade contra-majoritária”, que acabou por pautar boa parte da discussão em torno do controle de constitucionalidade e da democracia. Ele sustenta que a Corte deve atuar com extrema moderação ao impugnar uma lei, sendo lícita tal postura somente quando houver absoluta convicção sobre a inconstitucionalidade. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch – the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

<sup>2</sup> O autor, por sua vez, sustenta um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade procedimental, somente exercitável quando fosse necessário proteger o procedimento de formação da vontade popular. Assim, o conteúdo da decisão seria inatacável, se proferido livremente. ELY, John Hart. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press 1980.

<sup>3</sup> A expressão “judicial review” é de origem americana, tendo ganhado notoriedade após *Marbury versus Madison*, quando a Suprema Corte Americana reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário fazer uma revisão do principal ato do Poder Legislativo, tendo como parâmetro a Constituição. Assim, a expressão, quando historicamente bem interpretada, corresponde à gênese do controle jurisdicional de constitucionalidade. Feitas essas observações e reconhecendo que a origem do “judicial review” desemboca no que hoje se concebe como o controle jurisdicional de constitucionalidade, ambas as expressões serão utilizadas como sinônimas no decorrer do texto.

Waldron, por sua vez, inicia sua tese na busca pela dignidade da legislação, tentando trazê-la para o centro dos estudos da filosofia política. Nessa empreitada, o autor buscará demonstrar as razões para o descrédito e a indignidade geral da legislação, sustentando que a mesma deve ser tratada de um modo mais sério e teorizado. Em seguida, ao colocar o desacordo como característica central do direito, o autor sustentará que nas situações de desacordo moral entre os membros de dada sociedade, a legitimidade para decidir é mesmo do legislativo.

As concepções de ambos os autores serão abordadas a partir da ideia geral, propagada pelos defensores da revisão judicial da lei, de que a maioria tende, ou pelo menos, pode, oprimir as minorias, fazendo com que certos direitos destas retem sempre oprimidos por aquela. Tal assertiva é mesmo defensável? O Poder Legislativo, através da regra majoritária, tende, necessariamente, a oprimir as minorias? O enfretamento deste segundo problema será levado a cabo a partir do debate em torno da descriminalização do aborto, seja quando o martelo é batido – como ocorreu nos Estados Unidos – ou quando a lei é votada – como ocorreu em países como a Nova Zelândia.

## **2. MARBURY VERSUS MADISON E A GÊNESE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Apresentar esse importante precedente histórico tem sua razão de ser na presente pesquisa a partir do momento em que, dependendo do ponto de vista seguido, a famosa decisão do juiz Marshall seria um erro histórico e teria inaugurado um modelo atentatório à democracia. Visto dessa maneira, Marbury versus Madison representaria não só a gênese do controle de constitucionalidade, mas também o alvorecer dos debates em torno da legitimidade democrática do mesmo. Sendo assim, uma breve síntese do caso se impõe, antes de se adentrar propriamente no pensamento dos autores estudados.

Pode-se dizer que o controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, em 1803, após uma decisão proferida pelo juiz John Marshall, Presidente da Suprema Corte americana.

No início da vida republicana dos Estados Unidos, a tensão política existente dividia os partidos Federalista e Republicano, sendo que o primeiro dominara o Parlamento e a Presidência até as eleições de 1800, quando os republicanos chegaram ao Poder Executivo

com a eleição do Presidente Thomas Jefferson.<sup>4</sup> O então Presidente Adams, federalista, manteve-se no poder até 1801, tendo, nesse ínterim, desenvolvido uma manobra que garantiria a influência política dos federalistas mesmo após a derrota nas eleições. Tratou o Presidente de fazer com que se aprovasse uma lei que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano, como medida para evitar os constantes deslocamentos de juízes da Suprema Corte, cuja competência incluía o julgamento de apelações em casos federais ocorridas nos Estados-membros. Nessas situações, o magistrado daquela Corte deveria se dirigir até o Estado para fazer o julgamento, o que gerava morosidade e cansaço desmedido para os juízes.

Ocorre que tais Cortes seriam preenchidas por juízes vitalícios nomeados pelo Presidente Adams, abrindo-se espaço para o preenchimento dos cargos somente pelos simpatizantes das idéias federalistas, o que poderia criar empecilhos para o futuro governo republicano. O Presidente Adams dizia temer pela moral americana após a vitória de Jefferson, sendo curioso, assim, o fato de não ter havido qualquer empecilho moral que o impedisse de criar cargos para serem ocupados por seus amigos partidários. A política federalista, portanto, não assimilara bem o sistema de dois partidos políticos, preconizador da alternância de poder.<sup>5</sup>

Além de criar tais cargos vitalícios, a referida lei criava diversos cargos de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, cujo mandato era de cinco anos.<sup>6</sup> Um dos indivíduos escolhidos para ocupar um desses cargos chamava-se William Marbury. Com o mandato presidencial prestes a encerrar, o ritmo de nomeações para tais cargos foi intensa, registrando-se nomeações na noite anterior a posse dos republicanos, surgindo daí a alcunha “juízes da meia noite”.<sup>7</sup> O encarregado dos procedimentos necessários à posse dos nomeados era John Marshall, Secretário de Estado, já nomeado para ocupar a presidência da Suprema Corte, mas desempenhado aquela função a pedido do Presidente Adams até a posse de Thomas Jefferson. A atividade levada a cabo por Marshall consistia na colocação de um selo no diploma de nomeação e o conseqüente envio para o nomeado. Ocorre que com a pressa em formalizar a nomeação do maior número de simpatizantes possíveis, o diploma de Marbury, devidamente selado por Marshall, não lhe fora enviado, tendo em vista, provavelmente, os tumultos do

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 192.

<sup>5</sup> ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005. p, 128-130. Nesse sentido é a lição de Ackerman: “It is curious, then, to see Adams and his fellow Federalists prate on about “the increasing dissolution of morals” while rushing to create splendid new jobs for their friends. This juxtaposition only helps prove my point – which is not that the Federalists were immoral, but that their political morality had not embraced the ethic of a two-party system”.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p, 193.

<sup>7</sup> Idem. p, 193.

último dia de governo. Ressalte-se que Marbury havia sido regularmente indicado pelo Presidente e confirmado pelo Congresso, não contando, somente, com o diploma necessário para a posse.

Assumindo a presidência claramente descontente com tais manobras, o Presidente Jefferson ordena a seu Secretário de Estado, James Madison, a recusar peremptoriamente o envio do diploma solicitado por Marbury.<sup>8</sup> Este, então, impetra um *writ of mandamus*, com base numa lei de 1789 que ampliara a competência originária da Suprema Corte, almejando à concessão de uma ordem para que Madison enviasse o diploma.

Convicto da impossibilidade de a Suprema Corte conceder tal ordem, Madison não apresentou qualquer defesa. O clima era tenso nos Estados Unidos, com o governo aprovando uma série de medidas que desconstruía os estratagemas federalistas, como a aprovação de uma lei que previa a demissão de todos aqueles ocupantes de altos cargos nomeados pelo Presidente Adams.<sup>9</sup> O clima de beligerância aumentava à medida que o julgamento do *writ* se aproximava, sendo que a engenhosa decisão de Marshall foi fundamental para a manutenção do equilíbrio institucional daquele País.

Aquele juiz da Suprema Corte, julgando o caso, assentou que a retenção do título era ilegal, consistindo um abuso e ferindo o direito de Marbury. No entanto, ele denegou a ordem, pois a ação era baseada numa lei inconstitucional, que invadira a competência do constituinte originário, único capaz de dispor sobre a competência originária da Suprema Corte, já que fixada na Constituição. Com isso, o governo resignou-se por não ter sido obrigado a enviar o diploma, mas recebeu, juntamente com o Poder Legislativo, um importante recado, no sentido de que, a partir daquele caso, caberia aos juízes analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, recusando a aplicação daquela sempre que conflitasse com esta. Se todos os Poderes devem obediência ao Texto Magno e cabe ao Poder Judiciário interpretá-lo, “os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição”.<sup>10</sup>

As lições constantes no *Federalista* devem ter servido de inspiração para a decisão de Marshall, já que “os pais fundadores” viam com bons olhos o controle jurisdicional das leis.<sup>11</sup> A Corte Suprema, no entanto, só viria a reconhecer novamente a inconstitucionalidade de uma Lei em 1857, no também célebre caso *Dread Scott*, quando entendeu ser inconstitucional o art. 8º do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibia a escravidão nos territórios. Essa

---

<sup>8</sup> Ib. idem. p, 194.

<sup>9</sup> Ib. idem. p, 194.

<sup>10</sup> Ib. idem. p, 195.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p, 306.

impopular decisão mostrou-se extremamente infeliz, pois entendeu que os escravos deveriam ser considerados propriedade de seus senhores e, nessa condição, não poderiam ser libertados (alienados), pois isso malferiria, o devido processo legal previsto na 5ª emenda.<sup>12</sup>

Feita essa breve incursão histórica, chega o momento de analisar se tal decisão depôs a favor ou contra a democracia.

### **3. RONALD DWORKIN E A LEITURA MORAL NUMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Dworkin sustenta que o controle de constitucionalidade, além de não violar a democracia, acaba por aprimorá-la, mesmo quando levado a cabo por juízes. Boa parte das considerações seguintes foram extraídas da obra “Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana”<sup>13</sup>, texto que sintetiza diversas ideias do autor apresentadas em outras obras, mas agora utilizadas especificamente para promover a defesa do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Para Dworkin, o fato de a Constituição americana e da maioria das constituições contemporâneas apresentarem disposições marcadamente abertas, com alta carga de abstração, demanda uma atividade interpretativa que deve, necessariamente, levar em conta as concepções morais de cada um. No entanto, como a moralidade política é incerta e controversa, cabe a uma autoridade determinada o papel de dar a última palavra em torno da melhor interpretação. Para Dworkin, reconhecer que tal autoridade é mesmo proveniente do Poder Judiciário, como ele sustenta, demanda a necessária defesa da leitura moral contra o ataque dos críticos que vêem nela a possibilidade de os juízes, simplesmente, imporem suas convicções morais à sociedade.<sup>14</sup>

Tal crítica só pode ser fruto da não compreensão correta do que prega a leitura moral e quais os limites desta. Dworkin é claro ao afirmar que a história e a integridade são os limites marcantes para a leitura moral da Constituição, impedindo uma discricionariedade que seria imposta à sociedade pelos juízes.

A história determina que os juízes, ao interpretarem um dispositivo constitucional marcadamente abstrato, voltem seus olhos para o passado e tenham como ponto de partida da interpretação o que os autores do dispositivo disseram.<sup>15</sup> Tal análise deve ser contextualizada

---

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p, 588.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. Ob. cit. p, 02-03.

<sup>15</sup> Idem. p, 14.

com o momento histórico em que proferida aquela disposição, não cabendo, por outro lado, qualquer consideração sobre como os autores daquele dispositivo interpretariam o mesmo ou quais as conseqüências que eles queriam que fossem efetivadas a partir dele. Tais considerações de ordem psicológica, que perquiririam a vontade do legislador, remetem a um interpretativismo que não caracteriza o pensamento de Dworkin.

Além da história, é a integridade que busca extirpar qualquer possibilidade de os juízes imporem suas convicções pessoais à sociedade. Através dela, os magistrados, ao proferirem suas decisões, devem ter em mente as decisões anteriormente tomadas por outros juízes, de modo que a decisão atual se harmonize com toda a linha de interpretação constitucional predominante. Nesse ponto, o direito como integridade preocupa-se com a coerência e a estabilidade como forma de superar quaisquer subjetivismos interpretativos.<sup>16</sup> Atento a tais limites, o aplicador da leitura moral da Constituição não se converteria, de modo algum, num tirano.

Dworkin sustenta que pensar na democracia somente a partir da regra da maioria, concepção denominada pelo autor de separada ou procedimental, não condiz com o entendimento do que a democracia realmente é. Contrapondo-se a essa concepção separada de democracia, o autor sustenta seu ponto de vista a partir de uma concepção dependente, sendo tal dependência relacionada com os resultados e não com o procedimento.<sup>17</sup> A concepção dependente de democracia, ou a democracia constitucional, não se contenta com a regra majoritária principalmente pela possibilidade que tal procedimento decisório tem de oprimir as minorias e as opções morais destas.

Atacar a regra majoritária como único fundamento da democracia demanda um amplo esforço argumentativo, e Dworkin desenvolve tal mister em diversas frentes. Uma delas diz respeito à distinção entre os argumentos de política e de princípio.<sup>18</sup> Os argumentos de política são aqueles voltados para o bem comum, buscando um benefício geral para a comunidade analisada em sua totalidade. Por outro lado, os argumentos de princípio seriam voltados para os direitos individuais, refletindo as íntimas opções morais feitas por cada ser humano.

---

<sup>16</sup> Dworkin aponta o seguinte exemplo clarificador da integridade: “Mesmo um juiz que acredita que a igualdade econômica é uma exigência da justiça abstrata, não pode, em seu trabalho de interpretação, concluir que o dispositivo de igualdade de proteção significa que a igualdade de riqueza ou a propriedade coletiva dos meios de produção são exigências da Constituição, pois essa interpretação simplesmente não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição.” Idem. p, 15-16.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p, 255-261.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p, 558-559.

A lei, fruto da adesão da maioria, pode se pautar tanto por argumentos de princípio como de política. Pode, assim, manifestar preocupação com a sociedade como um todo bem como com as minorias e as opções morais desta. Os juízes, por outro lado, somente decidem a partir de argumentos de princípios, pois estão, eminentemente, preocupados com os direitos das pessoas. Sendo assim, se a legislação se pauta por argumentos de política, desrespeitando a minoria, tais indivíduos oprimidos só poderiam mesmo recorrer ao Judiciário para, através da invalidação daquela lei, terem garantidos o seu status de igual consideração e respeito que toda a sociedade, incluindo a maioria, tem de ter sobre eles.

Essa primeira defesa da atuação judicial ao invalidar a lei, evidentemente, não se afigura suficiente. O aprofundamento do pensamento de Dworkin demandará a análise das espécies de ações coletivas, necessária para a correta compreensão do que consiste a democracia constitucional.

### **3.1 As ações coletivas na democracia – a ação estatística e a ação comunal**

Partindo do pressuposto que a democracia demanda decisões coletivas, já que se trata do governo do povo, para o povo e pelo povo, tais ações devem ser cuidadosamente estudadas, pois o conteúdo da democracia, efetivamente, é de incerta compreensão, tamanha a abstração de tais assertivas.<sup>19</sup> Assim, Dworkin desenvolve os conceitos de ação coletiva estatística e ação coletiva comunal ou comunitária.

A ação estatística é aquela desempenhada individualmente pelos membros da sociedade, tomados, assim, um a um, sem a consciência de que tais atos, mesmo individuais, apresentam implicações coletivas. O exemplo citado pelo autor é o da queda do dólar causada pela ação conjunta de um grande número de banqueiros e especuladores. Mesmo agindo

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, o autor aponta que: “A democracia requer que as autoridades sejam eleitas pelo povo, e não escolhidas por meio de herança ou por um pequeno grupo de famílias ou eleitores proeminentes. Mas esse enunciado abstrato não decide quais autoridades devem ser escolhidas, não pela totalidade da comunidade, mas por setores ou grupos dentro dela, como se devem distribuir os poderes entre as autoridades escolhidas dessas diversas maneiras, até que ponto se deve permitir ou exigir que as autoridades eleitas indiquem outras autoridades para exercer alguns de seus poderes, quais responsabilidades devem estar nas mãos dos eleitos e quais devem estar nas mãos das autoridades nomeadas, quanto tempo devem permanecer no cargo ambos os tipos de autoridades, se a duração de seus mandatos deve ser fixa ou sujeita a decisão prévia de quem os elege, até que ponto as autoridades eleitas ou as outras autoridades devem ter liberdade para alterar os arranjos constitucionais por meio dos quais são eleitas as autoridades, se a Constituição deve impor limites aos poderes das autoridades para que elas mesmas não possam alterar esses limites, etc.” DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254.

sozinhos nas bolsas de valores, a ação estatística de tais indivíduos, quando conjugadas, geram um comportamento coletivo.<sup>20</sup>

Por outro lado, a ação comunal é aquela desempenhada pelos indivíduos com a consciência de que eles fazem parte de um grupo. Sendo assim, verdadeiramente, a ação não é primariamente desempenhada pelos indivíduos, mas pelo grupo ou comunidade o qual eles fazem parte. É como se existisse um agente maior praticando os atos, que também são atos dos indivíduos, pois estes compõem aquele. Os exemplos trazidos nesse momento referem-se: 1) à culpa coletiva que muitos alemães, mesmo os nascidos após 1945, têm em relação ao nazismo, mesmo sabendo que foram outros alemães que praticaram tais barbaridades. Essa culpa teria origem na nacionalidade, já que ambos pertencem ao País que cometeu tais crimes; 2) ao desempenho musical de uma orquestra, que só pode ser possível quando todos os músicos tocam suas partituras tendo consciência da orquestra como um todo, buscando melhorar o desempenho desta e assumindo parte da responsabilidade coletiva por tal função.<sup>21</sup>

A concepção separada de democracia, preocupada unicamente com a regra da maioria, contenta-se com a ação estatística. Por outro lado, a democracia dependente ou constitucional impõe uma leitura comunitária da ação coletiva. Na primeira, a democracia é garantida a partir das ações estatísticas, ou seja, dos votos da maioria. Na segunda, as decisões são tomadas por uma entidade distinta, ou seja, o povo enquanto tal, e não pelos indivíduos tomados isoladamente.<sup>22</sup>

Sustentar uma ação coletiva comunal, capaz de criar outro corpo chamado, simplesmente, de “povo”, poderia levar à conclusão de que a teoria de Dworkin tivesse algum viés autoritário, no sentido de a vontade desse corpo superior se sobrepusesse sobre a vontade individual. Para superar tal alarde, o autor desenvolve mais dois conceitos, os quais correspondem a espécies de ações coletivas comunais: a ação comunal integrada e a ação comunal monolítica.<sup>23</sup> Através da ação integrada, a responsabilidade dos membros do grupo, por uma ação praticada por este, é coletiva, sendo atribuível a cada participante não em razão de um ato individual seu. O julgamento moral, no entanto, caracterizado pela decisão em torno de que convicções cada indivíduo deve ter, permanece sendo de competência do indivíduo. Por outro lado, a ação monolítica defende que tanto a responsabilidade como o

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 30.

<sup>21</sup> Idem. p. 30-31.

<sup>22</sup> Idem. p. 31.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and constitution: we the people in court*. Alberta Law Review, vol. 28, nº 2, 1990. Apud MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 64-66.

juízo são coletivos, sendo possível à coletividade impor suas convicções morais aos membros do grupo, a partir do juízo coletivo.

Dworkin adere à ação integrada, pois, ao se admitir que o juízo moral possa ser feito de modo coletivo, tem-se uma flagrante violação a um dos princípios mais caros cunhados pelo autor, qual seja, o de independência moral, adiante analisado. Assim, autoritarismo é adotar uma ação coletiva monolítica, não uma concepção constitucional comunal por si só, a partir de uma ação integrada.

Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes mostra que o respeito à independência moral, na visão de Dworkin, é uma condição inafastável para o indivíduo sentir-se membro do grupo:

Rejeitada a tese majoritarista de que a democracia é ação coletiva somente no sentido estatístico, é necessário optar por um dos sentidos de ação comunal. Dworkin opta pelo sentido integrado. O indivíduo filia-se a uma comunidade somente se for respeitada sua independência. Assim, ela será integrada.

Numa democracia genuína, as pessoas governam não estatisticamente (majoritariamente), mas comunalmente. Elas tratam a nação como uma unidade coletiva de responsabilidade. Compartilham a responsabilidade por cada ato do governo. Mas o povo não forma uma unidade coletiva de juízo. Cada um tem independência pela sua convicção política. Cada um se insere individualmente na unidade coletiva de responsabilidade, mas mantém capacidade de julgar.<sup>24</sup>

Após apresentar tais ações, deve-se perquirir se a ação comunal e a democracia constitucional, ao investirem de forma tão pesada contra a regra da maioria, não acabariam por depor contra a liberdade, a igualdade ou a própria comunidade, partindo dos valores consagrados na Revolução Francesa e tidos como fundamentais pelas diversas Constituições contemporâneas. Se quaisquer desses valores forem violados pela concepção constitucional, esta deve ser abandonada.

## **3.2 Os valores revolucionários e o constitucionalismo**

### **3.2.1 A liberdade**

Dworkin começa sua análise pela liberdade e a possibilidade de o constitucionalismo violar o autogoverno. Tal violação seria caracterizada pela ofensa à regra da maioria perpetrada pela revisão judicial da lei. Assim, a perspectiva de Dworkin é a liberdade na acepção positiva, ou seja, naquela que determina uma ação positiva da coletividade, já que a liberdade negativa – não intervenção estatal na religião, liberdade de expressão ou direito de associação dos indivíduos – seria alcançada ao custo da liberdade positiva.

---

<sup>24</sup> MENDES, Conrado Hübner. Ob. cit. p, 66.

O autor, na exposição sobre a liberdade e a igualdade, começa analisando qual concepção desses valores é tida por violada pela leitura moral, na visão de seus críticos. Assim, a liberdade é inicialmente interpretada a partir de uma perspectiva estatística, naquele sentido antes mencionado, determinando que cada indivíduo, considerado um a um, tem sua liberdade violada quando um juiz invalida uma lei aprovada por seus representantes.

Dworkin sustenta que não é essa, em tese, a visão de liberdade que é violada pela leitura moral, pois “numa grande democracia, o poder de qualquer indivíduo sobre as decisões nacionais é tão pequeno que não se pode dizer que as restrições constitucionais chegam a diminuí-lo num grau objetável”.<sup>25</sup> Assim, a liberdade que se pensa violada com a leitura moral e a concepção constitucional de democracia só poder partir de uma leitura comunal da ação política.

Nesse sentido, seria o povo, coletivamente considerado, quem sofreria o custo moral, na sua liberdade, a partir do momento em que juízes invalidam uma lei. É nesse sentido de autogoverno que o autor vai apontar as fragilidades de tal objeção. Para tanto, Dworkin cria um novo conceito, o qual é abominado pela premissa majoritária: a participação moral.

Democracia não se confunde com a regra da maioria. Para um indivíduo se sentir membro da comunidade, ele deve ter uma participação moral na mesma, sendo que tal participação funcionaria como uma espécie de legitimação da regra da maioria, indo além desta. As condições para ocorrer tal participação moral são as condições para a democracia constitucional, e consistem no princípio da participação, da reciprocidade e da independência moral, adiante estudados em ponto específico.

Como a concepção comunitária determina que o povo é quem governa, e não os indivíduos isoladamente, tal governo só será legítimo quando respeitar as mencionadas condições de participação moral. Assim, quando uma lei, mesmo aprovada pela maioria, violasse tais condições e fosse invalidada pelo Judiciário, ter-se-ia, na verdade, uma manutenção do autogoverno, pois o povo, ao admitir fazer parte da comunidade, não se contentou com o respeito à regra da maioria, pouco importando se a correção de tal desvio foi feita por um juiz.

É nesse sentido que o autor, precisamente, assenta que os judeus alemães não eram membros morais da comunidade que tentou dizimá-los, muito embora tenham votado na eleição que levou Hitler ao poder. Arremata salientando que o holocausto, desse modo, não pode ser considerado um ato de autogoverno, mesmo tendo sido aprovado pela maioria dos

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

alemães.<sup>26</sup> Partindo do conceito de participação moral, portanto, adiante especificado, não se teria qualquer ofensa à liberdade numa concepção constitucional de democracia.

### 3.2.2 A igualdade

Como dito anteriormente, deve-ser perquirir tal tipo de ação coletiva, estatística ou comunal, viola a igualdade quando a leitura moral é efetivada. Numa concepção estatística, a igualdade só pode ser concebida como igualdade política, ou seja, como a igualdade de cada indivíduo, isoladamente, ter impacto ou influência sobre as questões públicas, seja numa perspectiva vertical, entre os cidadãos e os governantes, seja numa perspectiva horizontal, entre os próprios cidadãos. Assim, Dworkin desenvolve mais dois conceitos: o de igualdade de impacto e de influência, que serão analisados na perspectiva vertical e horizontal.

A igualdade de impacto é aquela alcançada pelo voto igualitário, correspondendo à possibilidade, abstratamente considerada, de cada indivíduo participar da deliberação coletiva, tentando fazer com que a decisão tomada pela comunidade seja a por ele isoladamente defendida. Por outro lado, a igualdade de influência determina a possibilidade de cada indivíduo influenciar e convencer, concretamente, outras pessoas sobre o seu ponto de vista, fazendo com que ele seja seguido. A igualdade de influência seria alcançada, assim, quando todos detivessem essa mesma influência sobre os demais.<sup>27</sup>

A diferenciação ente igualdade de impacto e de influência é a tentativa de superar um dilema posto pela igualdade na democracia representativa. Analisada a igualdade sob o ponto de vista vertical, ou seja, levando em conta os cidadãos comuns e os detentores do poder, a igualdade é simplesmente irrealizável, ainda mais num regime representativo, que tem como pressuposto lógico a existência de representantes dotados de poder para decidir. Por outro lado, analisada sob o ponto de vista horizontal, ou seja, entre os cidadãos da comunidade, a igualdade é desejável, mas não se pode contentar com tal perspectiva, pois nos regimes autoritários a igualdade horizontal é plena. Se a igualdade vertical é inalcançável e a igualdade horizontal é insuficiente, como superar tal estado de coisas?

Assim, o autor promove o cotejo entre a igualdade de impacto no plano vertical e horizontal. No primeiro, não há impacto igual nas democracias representativas, com visto. No segundo, o impacto ou o peso do voto de cada cidadão, de fato, é igual, podendo aqui residir a ofensa à igualdade perpetrada pela revisão judicial e pela leitura moral. No entanto, o autor

---

<sup>26</sup> Idem. p, 36.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p, 263.

recorre ao mesmo argumento antes mencionado em relação a não ofensa à liberdade: é exagerado supor uma violação desse tipo à igualdade quando se tem em mente o diminuto poder político individual que um cidadão dispõe numa grande democracia.

A igualdade de influência pode ser analisada conjuntamente em sua perspectiva horizontal e vertical. A princípio, ela poderia mesmo ser um ideal desejável, pois faria com que todos os membros da sociedade tivessem a mesma possibilidade de influenciar e aliciar mais pessoas para sua causa. No entanto, analisando tal tese com a devida cautela, ter-se-ia com ela, na verdade, a negação da própria democracia.

Diz-se isso porque se um indivíduo tem mais conhecido agregado, expressa melhor suas ideias e detém argumentos convincentes sobre seu ponto de vista em maior medida que seus interlocutores, é justo que sua influência seja maior. Retirar dele tais virtudes, em prol de uma pretensa igualdade, violaria, dentre tantos outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão, um dos fundamentos do regime democrático. Essa argumentação vale tanto na perspectiva horizontal como na vertical.

Percebe-se, portanto, que a ideia de igualdade estatística, seja de impacto ou de influência, numa perspectiva vertical ou horizontal, é irrealizável (no caso da igualdade de impacto vertical), insuficiente (no caso da igualdade de impacto horizontal) e indesejável ou mesmo inconstitucional (no caso da igualdade de influência, horizontal ou vertical).

Sendo assim, o autor propõe agora uma abordagem da igualdade numa perspectiva comunal. Nesse aspecto, a igualdade é alcançada quando a comunidade trata seus membros, participantes morais, com igual consideração e respeito. Se tal tratamento é alcançado através de uma decisão judicial que invalida a lei, não há qualquer problema nisso. É nesse sentido de igual status entre os cidadãos que a igualdade deve ser considerada, não havendo qualquer prejuízo para tal princípio quando juízes, indivíduos da comunidade não eleitos, adotam tal postura. Para Dworkin, a mesma oposição feita por seus críticos em face da pretensa ofensa ao autogoverno, no caso da liberdade, pode ser feita para a igualdade, encontrando, consequentemente, as mesmas respostas dadas para sustentar a não ofensa à liberdade.<sup>28</sup>

### 3.2.3 Comunidade ou fraternidade

Finalmente, Dworkin aponta as possíveis ofensas ao princípio da comunidade ou da fraternidade perpetradas pela leitura moral. Com a leitura moral ter-se-ia uma ofensa à

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p, 44.

fraternidade porque uma decisão judicial invalidando a lei retiraria dos indivíduos aquela sensação de que todos estão juntos, através da lei, na empreitada de se autogovernarem.

Assim, esse laço que ligaria os membros da comunidade, que os torna solidários uns com os outros a ponto de, com a edição da lei, eles poderem prestar uma ajuda recíproca, seria quebrado com a intervenção judicial sobre tal lei. Será mesmo que a deliberação política num parlamento representa a melhor forma de respeito à fraternidade e aos anseios da comunidade? Essa é a questão analisada no ponto por Dworkin. Como o tema é relacionado à qualidade da deliberação parlamentar, o ponto será analisado com mais calma adiante, quando será estudado o segundo problema proposto nesta pesquisa, que se refere à hipótese de o Poder Legislativo, necessariamente, tender a oprimir as minorias.

### **3.3 A participação moral – condições para a democracia constitucional**

Como dito anteriormente, Dworkin aponta três princípios que correspondem a verdadeiras condições para a participação moral de um indivíduo na comunidade. Com eles, o autor afasta qualquer ligação exclusiva entre a democracia e o princípio majoritário. Além da regra da maioria, a comunidade deve se pautar pelos seguintes princípios: da participação, da reciprocidade e da independência moral.

Essas são as condições democráticas de relação. O autor ainda aponta condições estruturais para a participação moral, que consistem em situações de fato necessárias para caracterizar a comunidade, tais como uma formação e desenvolvimento histórico estáveis ou uma base territorial bem definida.<sup>29</sup> O foco da exposição do autor, no entanto, são mesmo as condições de relação.

#### **3.3.1 O princípio da participação**

O princípio da participação apregoa que um indivíduo só pode ser considerado membro moral de uma comunidade se ele detiver a prerrogativa de participar das decisões coletivas, sendo capaz de influenciá-las a partir de seus argumentos. É essa condição ou princípio que insiste no sufrágio universal, nas eleições periódicas, na liberdade de expressão ou na liberdade de associação. Se tais direitos são negados por uma lei, repita-se, não há qualquer ofensa à democracia no fato de um juiz invalidá-la, pois o indivíduo só admitiu fazer parte da comunidade se tivesse seu direito de participação garantido.

---

<sup>29</sup> Idem. p, 37.

### 3.3.2 Princípio da reciprocidade

Através da reciprocidade, tem-se que todos os membros da comunidade devem ter igual preocupação com cada membro individual, levando em conta que uma decisão coletiva para sua vida seja considerada tão importante quanto a consequência dessa mesma decisão na vida de todas as outras pessoas.<sup>30</sup> O princípio da reciprocidade, desse modo, afasta e condena a opressão que as majorias podem fazer sobre as minorias. Novamente, se uma lei assim dispõe, sua invalidação judicial não atenta contra a democracia, pois é condição para a participação moral que os membros do grupo sejam tratados com a mesma consideração e respeito por parte da maioria.

### 3.3.3 Princípio da independência moral

De todos os princípios apontados, este é o que se apresenta de modo mais inovador na teoria constitucional de Dworkin. A independência moral relaciona-se com a liberdade de julgamento antes apontada, no sentido que o membro de um grupo não admite que certas decisões sejam tomadas, simplesmente, pela maioria. O julgamento entre escolhas éticas não está no domínio coletivo, cabendo ao princípio da independência moral criar uma espécie de reserva contra a regra majoritária. A ideia seria a seguinte: certas questões são decididas individualmente, estando imunizadas contra os clamores majoritários. Assim, o papel da lei seria unicamente propiciar circunstâncias para os indivíduos alcançarem livremente suas crenças em matéria de ética e política, através de sua própria reflexão, não da maioria. É essa a lição do autor:

As pessoas que assumem a responsabilidade pessoal por decidir qual o tipo de vida que mais prezam podem mesmo assim aceitar que as questões de justiça – acerca de como equilibrar os interesses de todos os cidadãos, que são diferentes e às vezes conflituosos – sejam decididas coletivamente, de modo que uma única decisão possa ser encarada por todos como dotada de autoridade. Não há nada nessa ideia que ponha em xeque a responsabilidade do indivíduo de decidir por si mesmo que vida viver, dados os recursos e oportunidades que lhe restam depois de tomadas as decisões coletivas. Assim, mesmo quando seus pontos de vista são derrotados, ele pode considerar-se unido aos outros num esforço conjunto para resolver essas questões. Seria diferente, porém, se a maioria se arrogasse o direito de decidir o que ele deveria pensar ou dizer acerca dessas decisões, ou quais deveriam ser os ideais ou valores a orientá-lo na hora de votar ou de decidir o que fazer com os recursos que lhe foram atribuídos. A pessoa que acredita deter a responsabilidade pelos valores centrais de sua vida não pode entregar essa responsabilidade a um grupo, mesmo que disponha de um voto igual aos outros nas deliberações desse grupo. Portanto, a comunidade política verdadeira é uma comunidade feita de agentes morais independentes. Ela não pode determinar o que seus cidadãos devem pensar a respeito de políticas ou ética, as deve, por outro lado, propiciar circunstâncias que

---

<sup>30</sup> Idem. p, 38.

lhes permitam chegar a crenças firmes em matéria de ética e política, através de sua própria reflexão, e, por fim, de sua convicção individual.<sup>31</sup>

Dworkin cita como exemplo, novamente, a orquestra: os músicos aceitam se submeter a um regente porque as ações deles precisam ser coordenadas coletivamente, já que suas ações individuais visam à consecução coletiva da orquestração. Tal submissão não retira a independência moral dos músicos. Por outro lado, se o regente, sob o pretexto de reger a orquestra, impõe sua concepção musical para os músicos, querendo que estes, na sua vida particular, cultivem o mesmo gosto musical dele, haveria no ponto uma ofensa à independência moral deles, pois tais questões não devem ser decididas por outrem.<sup>32</sup>

Desse modo, uma lei que não respeitasse a opção moral dos indivíduos, como, por exemplo, numa lei que criminalizasse o aborto, poderia ser invalidada judicialmente sem qualquer ofensa à democracia. Na verdade, repita-se, a democracia restaria fortalecida no caso.

Em síntese, o pensamento de Dworkin sobre o controle judicial de constitucionalidade poderia assim ser apresentado: 1) as disposições abstratas da constituição, para serem corretamente interpretadas, devem ser submetidas a uma leitura moral; 2) tal leitura moral deve ser levada a cabo por juízes, que tem mais condições de levar os direitos das pessoas a sério, considerando argumentos de princípio, e não somente argumentos de política; 3) a leitura moral não é subjetiva ou arbitrária, já que é limitada pela integridade e pela tradição; 4) de igual modo, a intervenção judicial que invalida uma lei não é antidemocrática, pois a democracia não se contenta com a regra da maioria; 5) a revisão judicial, assim, fortalece a democracia à medida que invalida uma lei para restabelecer as condições democráticas, quais sejam, a participação, a igual consideração e respeito por parte dos membros da comunidade e a independência moral.

#### **4. JEREMY WALDRON E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO NUM MUNDO DE DESACORDOS**

No debate norte-americano sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, o diálogo entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron se notabiliza à medida que, como visto anteriormente, eles apresentam posições inteiramente opostas. Waldron sustenta a total ilegitimidade da revisão judicial, tendo respondido os

---

<sup>31</sup> Idem. p, 39-40.

<sup>32</sup> Idem. p, 39.

argumentos de Dworkin sobre a leitura moral da Constituição especialmente no artigo “O judicial review e as condições da democracia”.<sup>33</sup>

No entanto, a abordagem do autor é muito mais profunda, não se resumindo a uma mera contra-argumentação da leitura moral. A preocupação primeira de Waldron é resgatar a dignidade da legislação, perquirindo porque essa atividade fruto da regra majoritária é tão mal vista, de um modo geral, até mesmo pelos pensadores do direito. Na verdade, a legislação sequer foi fruto de estudos mais aprofundados, não tendo os estudiosos se preocupado em fazer pelos legisladores ou pela lei algo parecido que Dworkin fez em relação aos juízes e a decisão judicial a partir de seu juiz Hércules.<sup>34</sup>

Desse modo, na obra “A dignidade da legislação”,<sup>35</sup> Waldron vai buscar as razões para a indignidade da legislação, apontando as principais críticas feitas a ela e buscando sua fonte de inspiração em filósofos não diretamente ligados à defesa da lei, tais como Locke, Aristóteles e Kant. Num primeiro momento, portanto, a tarefa de Waldron é colocar a lei no centro dos estudos da filosofia política. Fazendo isso, o autor começa sua investida contra Dworkin, atacando um dos pilares argumentativos deste: a valorização da decisão judicial como principal ato estatal que dispõe sobre direitos.

Em seguida, no clássico “Law and disagreement”,<sup>36</sup> Waldron aponta que o direito e os desacordos andam juntos. Assim, a existência de desacordos não demonstra uma crise no direito, pois aqueles são da própria essência deste. Com tantos desacordos entre os homens, não sendo exagero dizer que se vive mesmo num mundo de desacordos, como rotulado no presente tópico, a legitimidade para dispor sobre eles só pode ser da legislação. Assim, Waldron coloca o direito à participação nas decisões públicas como o “direito dos direitos”,

---

<sup>33</sup> Waldron, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p, 243-270.

<sup>34</sup> Dworkin assenta que, nos casos difíceis, ou seja, nos problemas cuja solução não seria claramente aferível pelo juiz partindo da análise das normas que regulam a controvérsia, a argumentação jurídica versa sobre conceitos contestados, como o conceito de propriedade ou contrato. Além disso, versa sobre conceitos como os de “intenção” ou “propósito” da lei, bem como sobre qual seria o conceito adequado dos princípios, fundamento das regras. Para o deslinde dos casos difíceis, o juiz deve alcançar a exata compreensão dessas duas dimensões, perquirindo a intenção da lei e o que se entende pelos princípios aplicáveis ao caso em análise. Nesse sentido, Dworkin cria a figura de um juiz extraordinário, cuja capacidade, sagacidade, paciência e sabedoria estariam além das qualidades humanas normais, e cuja função precípua seria desenvolver teorias aptas a resolver aqueles dois questionamentos mencionados, atinentes aos casos difíceis. Esse juiz aceita as concepções básicas sobre a necessidade de se seguir um precedente judicial antes firmado pelos outros juízes e tribunais, utilizando-o numa situação assemelhada, bem como o fato de a lei ter o poder de criar e extinguir direitos jurídicos. É compreensível a crítica de Waldron, pois mesmo sendo o juiz Hércules um ideal, algo como o “legislador Hércules” sequer é admitido na filosofia política contemporânea. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p, 164-166.

<sup>35</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>36</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

cabendo à lei decidir por último nos casos de discordância moral entre os membros da sociedade. Com essa segunda argumentação, Waldron confronta outra ideia base de Dworkin: a de que os Tribunais são as instâncias mais adequadas para resolver questões de desacordo moral, já que o debate legislativo tende a ser viciado.

Em seguida, a dignidade da legislação e os desacordos morais serão analisados, tendo como pano de fundo a tese acerca da ilegitimidade da revisão judicial.

#### **4.1 A dignidade da legislação e a busca pelo consentimento**

Na sua empreitada inicial, Waldron coloca, de maneira bem realista, o atual estágio da reputação da atividade legislativa, demonstrado seu descrédito popular:

As pessoas convenceram-se de há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.<sup>37</sup>

A crítica feita em torno da qualidade do debate legislativo e da participação popular na mesma será mais explorada, repita-se, quando da análise específica do debate que os autores travaram sobre o aborto. No momento, serão apontadas algumas razões levantadas por Waldron para justificar o referido status da legislação, a quem caberia somente discorrer sobre questões de política, pois as questões de princípios ou os direitos em si não poderiam ser protegidos pelo Poder Legislativo.

Waldron aponta, inicialmente, dois grandes obstáculos para o reconhecimento da dignidade da legislação e os confronta em seguida. Primeiramente, ter-se-ia a crítica corrente feita ao tamanho das assembleias legislativas, partindo-se da premissa de que um grande número de legisladores só faz diminuir a qualidade da legislação, uma vez que os jogos de poder, as negociatas e os acordos espúrios teriam ainda mais chance de se disseminar. Como a ampla maioria das assembleias contemporâneas apresenta-se numerosa, a crítica feita deve ser considerada e respondida corretamente.<sup>38</sup>

Para tal defesa, Waldron parte da leitura de Maquiavel, para quem a calma e a solenidade não são, necessariamente, a marca de uma boa política. No ponto, Waldron adota uma postura nada ortodoxa e, diz, claramente, que suas considerações no decorrer de sua obra

---

<sup>37</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

<sup>38</sup> Idem. p. 40-41.

seguirão conselho de Maquiavel, não sendo lícito pensar, portanto, que o barulho e o conflito são sintomas de patologia política.<sup>39</sup>

Uma segunda crítica feita à legislação, essa mais difundida, seria o caráter autoritário que a mesma ostentaria, pois, apesar de fruto da deliberação popular, seria derivada de uma mera contagem de cabeças, já que a regra da maioria é que a origina. Nesse sentido, não haveria nada de democrático na legislação, pois a premissa majoritária que a fundamenta pode ser muito bem utilizada por grupos de terroristas cuja divergência sobre qual seria seu próximo alvo demandaria o recurso à opção da maioria. Se levado ao extremo tal argumento, no entanto, o próprio direito constitucional americano não seria nada democrático, pois as decisões da Suprema Corte também são tomadas por maioria de votos.

Essa visão autoritária, então, deve ser desconstruída. Para tanto, Waldron busca analisar as relações entre a maioria e a minoria, partindo da busca pelo consentimento. Será que as deliberações majoritárias, necessariamente, oprimem a minoria? Essa questão, posta anteriormente e aprofundada adiante, serve para se buscar a legitimidade da regra da maioria.

Estudando tal relação, Waldron parte de três considerações, lendo John Locke e seu “Segundo tratado sobre o governo”. Em primeiro lugar, a deliberação pública numa sociedade civil deve buscar não só o respeito à regra da maioria, mas também a própria coesão e manutenção dessa sociedade. Assim, se uma decisão tomada pela maioria leva a uma revolta por parte da minoria a ponto de ela buscar uma separação, de nada adiantou se respeitar a regra majoritária. Em segundo lugar, a decisão fruto da deliberação pública será aquela que encontrar a adesão de mais pessoas, levando em conta somente as matérias que foram levadas ao debate, não se admitindo uma solução meio-termo ou vetorial, a menos que tal solução tenha sido também posta em votação. Finalmente, a regra da maioria pressupõe que todos os participantes tenham igual poder de voto, pois se uma minoria detém um voto qualificado, a decisão será fruto da deliberação destes, não da maioria.<sup>40</sup>

A primeira consideração em torno da coesão da sociedade é um dos argumentos mais fortes para justificar a dignidade da legislação. Através de tal coesão, está explicado porque as decisões da maioria não oprimem a minoria. O entendimento de tal explicação demanda uma análise do consentimento que os membros da sociedade civil manifestaram quando da criação dela.

---

<sup>39</sup> MAQUIAVEL. *Discourses on Livy*. livro 1, cap 6, 16. Apud WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p, 41.

<sup>40</sup> Idem. p, 159-160.

Nesse momento, os indivíduos, além de abrir mão de parte de sua liberdade em prol de um sistema estatal que lhes assegurasse o bem comum, também consentiram em aceitar as deliberações públicas fruto da maioria. Esse consentimento original foi dado de maneira unânime, pois do contrário não haveria sequer o surgimento da sociedade civil. No entanto, requerer que as deliberações posteriores também fossem tomadas somente através de uma votação por unanimidade não se afigura razoável, tamanha as divergências existentes entre os homens.<sup>41</sup>

Desse modo, a regra da maioria, quando compreendida a partir desse consentimento original para a formação da sociedade civil, demanda uma dupla exortação para os membros da sociedade: 1) o respeito à regra da maioria; 2) a necessidade que essa minoria permanecer unida ao restante da sociedade. Tal necessidade de coesão é imprescindível para se assegurar a vitória da maioria, pois o poder político desta depende da estabilidade social. Assim, há uma verdadeira simbiose entre a maioria e a minoria, pois aquela precisa desta.

Mas o que garante a compreensão da minoria e determina sua manutenção na sociedade? É justamente a ideia de que a derrota no processo majoritário é algo melhor que a desagregação. Nessa ponderação entre o que é pior ou menos pior é que a maioria desempenha um papel chave, buscando, na deliberação a qual se sagrou vitoriosa, instigar aos membros da minoria a escolha pela coesão. Sendo assim, a decisão majoritária não pode tudo, nem muito menos tende a oprimir a minoria, pois, se isso acontecer, a vitória alcançada não poderia ser fruída, ante a desagregação social. Como a maioria, evidentemente, deseja usufruir seus ganhos, ela deseja a manutenção da sociedade, o que só é possível com o respeito a um mínimo de direitos que garantam a coesão social por parte da minoria. Em suma: se a minoria se mantém unida, mesmo derrotada, ela não foi oprimida pela maioria.

Essa visão da decisão majoritária não garante uma decisão correta, mas sim uma decisão legítima, apta a respeitar direitos, não se preocupando somente com argumentos de política, pois, como visto, há uma preocupação com a continuidade e estabilidade sociais. Para Waldron, portanto, aquele consentimento original necessário para a formação da sociedade civil contribui para o argumento de defesa da decisão majoritária e, por conseguinte, para a dignidade da legislação.

#### **4.2 Os desacordos morais e o direito de participação**

---

<sup>41</sup> Idem.p, 166.

Waldron inicia sua obra sobre direitos e desacordos apontado que o mundo está repleto de desacordos, a ponto de as pessoas divergirem sobre quais direitos devam constar numa Constituição, quais desses direitos são extensíveis a elas e, concretamente, qual o conteúdo de cada um desses direitos.<sup>42</sup> Para o autor, os filósofos do direito, de um modo geral, não contribuem para solucionar tais desacordos, pois as considerações deles partem do desacordo como algo patológico, que deve ser considerado somente como ponto de partida para suas considerações. Ora, os desacordos, como visto anteriormente, devem ser concebidos como algo da essência do próprio direito, sendo incompleta uma teorização que simplesmente os considere como ponto de partida, como um problema a ser superado.

Outro argumento relacionado ao pretense autoritarismo da legislação é aquele que sustenta a parcialidade dos votantes, fazendo com que cada um, ao proferir sua manifestação de vontade, pense unicamente em seus próprios interesses. Se esses interesses são dominantes, os interesses minoritários não poderiam ser levados a sério. Waldron combate essa visão parcial da deliberação pública.

Para o autor, as pessoas bem intencionadas e de boa-fé, podem muito bem votar pensando no bem comum, apresentando uma imparcialidade que, assim, não seria encontrada somente nas Cortes. Para ele, as pessoas não podem ser consideradas como detentoras de certos direitos simplesmente porque assim alegam, como o fazem as minorias. Evidentemente, tal argumento só se sustenta quando se admite uma deliberação imparcial.<sup>43</sup>

Poder-se-ia objetar que essa concepção de Waldron guarda uma confiança excessiva na altivez do ser humano, já que este seria capaz de abstrair um interesse próprio em prol do bem comum. No entanto, o autor aponta que há um aspecto normativo na tua teoria, no sentido de que, se na prática tal estado de coisas não ocorre ou não ocorre a contento, cabe ao filósofo buscar o dever-ser além do ser.<sup>44</sup>

Sendo assim, se a legislação deve ser considerada como uma fonte digna de direitos e se o ato de votar pode ser considerado como um ato imparcial, por que não se pode admitir que os indivíduos, destinatários dos direitos, decidam sobre quais direitos eles têm? É a partir daí que Waldron vai sustentar o direito de participação como o “direito dos direitos”.

---

<sup>42</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p, 11.

<sup>43</sup> “All of this assumes that people sometimes or often vote their considered and impartial opinions when they are addressing controversial issues of justice and rights; it assumes, as I said, that their votes and opinions are not always the reflex of their interests. The relation between opinions and interests is a complex one. I believe, however, that is true that true empirically that citizens and representatives often do vote on the basis of good faith and relatively impartial opinions about justice, rights, and the common good.” Idem. p, 14.

<sup>44</sup> Idem. p, 15.

Numa situação como a descrita, considerando a respeitabilidade da legislação e da deliberação majoritária, o direito de participação seria suficiente para se garantir os direitos. Dizer que o direito a participação é o “direito dos direitos” não deve ser concebido numa situação de possível conflito com outros direitos, no sentido de, em havendo tal confronto, o direito a participação teria de prevalecer sobre os demais. Para Waldron, não se trata de uma colisão de direitos, mas sim de o exercício de um direito particularmente apropriado para situações nas quais pessoas razoáveis divergem sobre quais direitos elas têm.<sup>45</sup>

Desse modo, a participação nas deliberações públicas é uma imposição da própria democracia, que não se contenta com a mera participação popular desprovida da possibilidade de influenciar no debate público. O cidadão sabe que seu poder político, individualmente considerado, é pequeno, mas também sabe que a soma de diversos votos, através da contribuição da coletividade, pode fazer uma política voltada para o bem comum. Assim, o pequeno peso de um voto individualmente considerado não aflige o indivíduo, pois este sabe que não goza, sozinho, de um poder decisivo sobre o objeto da deliberação. O que afeta o indivíduo, portanto, é a falta de consideração e respeito sobre seu direito de participação. Uma postura como essa é inaceitável numa democracia.<sup>46</sup>

Voltando à pergunta anteriormente feita, o povo deve ser considerado apto a decidir sobre quais direitos tem, numa situação de desacordo, a partir do respeito ao seu direito de participação. Diz-se isso porque a participação envolve também questões sobre princípios, além de questões de política e, ao se admitir o indivíduo como um agente pensante capaz de deliberar moralmente e transcender a preocupação com seus próprios direitos, só mesmo os titulares dos direitos poderiam deliberar sobre eles.

Em síntese, os argumentos de Waldron contra a revisão judicial podem ser assim organizados: 1) a legislação e a regra majoritária são instrumentos respeitáveis e legítimos, porém pouco teorizados, cabendo ao filósofo do direito colocá-los no centro das discussões políticas; 2) admitida a respeitabilidade da legislação, esta também pode levar os direitos a sério; 3) admitida a possibilidade de os membros da sociedade votarem de maneira imparcial, estes é quem devem ser consultados para decidir sobre questões relacionadas a quais direitos lhes são atribuíveis; 4) com o confronto e superação das premissas acima apontadas, seguidas

---

<sup>45</sup> “Now, if participation is the right of rights, it looks as though the right to religious freedom is going to have to give way, in cases like this, in order to vindicate the right of participation. In this chapter, however, I shall argue that talk of conflict of rights is inappropriate in this sort of case. I shall argue that the special role of participation in a theory of rights is not a matter of its having moral priority over other rights. Instead it is the upshot of the fact that participation is a right whose exercise seems peculiarly appropriate in situations where reasonable right-bearers disagree about what rights they have”. Idem. p, 232.

<sup>46</sup> Idem.p, 235-236.

pelos defensores do controle judicial de constitucionalidade, ter-se-ia o direito de participação como o direito dos direitos, cabendo ao parlamento dispor sobre as questões envolvendo desacordo moral.

## **5. Batendo o martelo ou votando a lei: o debate em torno da última palavra sobre o aborto**

Diga-se, preliminarmente, que não é o objeto do presente segmento esgotar quaisquer considerações sobre o aborto e as complexas questões morais ligadas ao mesmo. O presente ponto se justifica simplesmente como forma de ilustrar o debate até aqui apresentado, mostrando alguns dos argumentos de ambos os autores sobre o aborto no que tange, especificamente, à qualidade da deliberação pública no Parlamento e na Corte. Assim, buscase tão somente investigar aquele segundo problema apontado na introdução: a maioria, necessariamente, tende a não respeitar o direito das minorias na aprovação de uma lei? Como nos Estados Unidos o direito ao aborto foi reconhecido pela Suprema Corte, não pelo Parlamento, o debate ganha contornos interessantes, ainda mais quando se constata que diversos países europeus tiveram o reconhecimento de tal direito garantido por lei, não por uma decisão judicial.

Como mencionado anteriormente, um dos principais argumentos para a defesa da revisão judicial da lei é a má qualidade do debate parlamentar, constantemente influenciado por intrigas, jogos de poder e uma desconsideração, flagrante ou disfarçada, dos verdadeiros argumentos em jogo. Tais defeitos não seriam encontrados nas Cortes, que teriam mais condições de levar os direitos das pessoas a sério.

Ao analisar a possível ofensa que a leitura moral da Constituição poderia fazer aquele terceiro valor revolucionário, qual seja, a comunidade ou a fraternidade, Dworkin demonstra que não se deve pensar que o controle judicial de constitucionalidade, por se tratar de uma intervenção numa lei por parte de pessoas que não foram eleitas democraticamente, não deve contribuir para minimizar os laços de solidariedade que unem os indivíduos, pois também há participação popular no processo judicial. Na verdade, para Dworkin a participação é muito mais importante no interior do processo judicial que na própria deliberação legislativa, já que nesta a voz do indivíduo nem sempre é considerada. Na construção da decisão judicial, por outro lado, a manifestação da parte é determinante e exigida como forma de legitimar o resultado final do processo. Nesse sentido, o autor aponta que:

Alguns cidadãos, por meio de sua contribuição para a discussão pública do assunto, podem ter mais influência sobre uma decisão judicial do que teriam sobre uma decisão legislativa por meio de seu voto solitário. E, mais importante ainda, não existe um vínculo necessário entre o impacto ou a influência política de um cidadão e o benefício ético que ele garante para si através de sua participação na discussão ou deliberação pública. No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo um plebiscito.<sup>47</sup>

É nesse contexto que o autor defende o acerto, por exemplo, da famosa decisão no caso *Roe versus Wade*, através da qual a Suprema Corte americana reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto, salvo quando se tratasse de única alternativa possível para salvar a vida da mãe. Para Dworkin, o debate legislativo pode até apresentar algumas virtudes, mas, mesmo quando ele é esclarecedor, a regra majoritária estimula soluções meio-termo, que não consideram em primeiro plano as questões de princípio. Nesse sentido, uma discussão pública generalizada só pode mesmo ser fruto de um processo constitucional, como o travado no caso *Roe versus Wade*. Dworkin afirma categoricamente: se tal debate sobre o aborto tivesse sido travado no parlamento, a complexidade das questões morais envolvidas não teria sido seriamente considerada.<sup>48</sup>

Waldron não concorda com nada disso. Na verdade, o autor aponta que considerar como necessária a opressão da maioria sobre a minoria constitui uma falácia. Rebatendo tais argumentos, Waldron aponta que em países como a Nova Zelândia os direitos das pessoas foram levados a sério pelo parlamento:

Com base em minha experiência, verifico que o debate nacional a respeito do aborto é tão bem-informado e amplo em locais como a Nova Zelândia e no Reino Unido, nos quais não se trata de um assunto de âmbito constitucional, quanto o que ocorre nos Estados Unidos. Talvez seja até mais, pois nestes lugares o debate não está contaminado pelas discussões sobre como se deve analisar um documento do século XVIII.

É libertador poder discutir assuntos como aborto de forma direta, com base em princípios aplicáveis, em vez de ter de construir princípios que decorram de algum texto sagrado, no exercício tendencioso de caligrafia constitucional. (...) Sustentar que o público precisa de um debate moral interpretativo para que, somente depois desta etapa, este possa ser conduzido com dignidade e sofisticação é um mito.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p, 46.

<sup>48</sup> Idem.p, 47.

<sup>49</sup> WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpinio Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p, 249.

A acirrada polêmica em torno do aborto vivido pela sociedade americana, mesmo depois da decisão de *Roe versus Wade* e, para Waldron, justamente em razão dela, só poderia um dia ser apaziguada quando houvesse uma deliberação pública nos moldes ocorridos naqueles Países. Com a conciliação política alcançada através da lei, os grupos pró-vida e os grupos feministas poderiam aprender a respeitar o ponto de vista oposto, mesmo que não concordassem com ele.

Dworkin não faz tal previsão. O autor aponta que nos momentos em que se pensava que a decisão do caso *Roe versus Wade* fosse revista, alguns Estados como Louisiana e Utah promulgaram leis que se opunham frontalmente ao aborto, sem qualquer sinal de acordo ou conciliação, a ponto de sequer admitirem exceções no caso de estupro ou incesto.<sup>50</sup> O autor arremata assentando que, se a mencionada decisão fosse revista: “os Estados Unidos rapidamente se veriam divididos, como um tabuleiro de xadrez desigual, entre estados em que as forças antiaborto fossem poderosas e a proibição do aborto quase total, e estados em que a fragilidade dessas forças tornasse o aborto mais acessível”.<sup>51</sup>

Esse debate demonstra como o controle judicial de constitucionalidade, mesmo previsto numa dada constituição, merece reflexões e análises em torno de seus possíveis confrontos com a democracia. Waldron reconhece que a aceitação de suas teses nos Estados Unidos poderia ferir o orgulho americano, tendo em vista a consagração secular da revisão judicial. Assim, o autor escreve muito mais pensando na realidade do Reino Unido e na possível adoção de uma Carta de Direitos.<sup>52</sup> Dworkin, por outro lado, aponta que a leitura moral não demanda, necessariamente, que a instituição a dar a última palavra seja a Corte. No entanto, como essa solução foi adotada nos Estados Unidos desde 1803 e como o intérprete deve se limitar pela tradição, a tradição americana determina que os direitos sejam decididos por último pelo Poder Judiciário.<sup>53</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo inaugurado com a decisão do caso *Marbury versus Madison* enseja um debate candente acerca da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, ainda mais levando em conta o fato de a Constituição americana não

---

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdade individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p, 10.

<sup>51</sup> Idem. p, 12.

<sup>52</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p, 16.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p, 7.

fazer menção expressa a tal atividade. No entanto, mesmo nas constituições que fazem tal previsão, a legitimidade e a extensão dos poderes dos juizes deve ser posta a prova em face da democracia.

Nesse sentido, partiu-se da análise de dois autores com concepções radicalmente opostas sobre a relação entre revisão judicial da lei e democracia para se alcançar um melhor entendimento sobre o assunto. Desse modo, as respostas a ambas as perguntas postas na introdução só podem ser respondidas segundo cada pensador. Assim, segundo Dworkin, o controle judicial de constitucionalidade não ofende a democracia, pois esta, além da regra da maioria, compreende as condições essenciais da participação moral, cujo respeito também se impõe. Por outro lado, Waldron aponta o caráter antidemocrático da revisão judicial à medida que ela retira dos titulares dos direitos a decisão sobre os mesmos, partindo da premissa equivocada de que o parlamento não é a instância adequada para argumentar sobre princípios.

De igual modo, o debate parlamentar, com visto, nem sempre tende a ofender a minoria e desconsiderar seus argumentos. Se Dworkin aponta deficiências que seriam inerentes à deliberação parlamentar, sustentando a maior participação alcançada com a decisão judicial, Waldron faz o contra ponto a partir do reconhecimento de que os indivíduos podem votar de maneira imparcial, visando não só aos seus direitos, mas também ao bem comum.

No caso específico do aborto, buscou-se demonstrar como é possível uma deliberação parlamentar séria, como noticiado por Waldron em relação à legislação da Nova Zelândia. Apontar que tal deliberação é viciada somente levando em conta a regra da maioria é uma objeção fraca, pois, como visto, as Cortes também decidem contando votos.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005. p, 128-130.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch – the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p, 306.

DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdade individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press 1980.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 192.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p, 588.

WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.