

A questão do conflito entre democracia e direitos fundamentais na teoria de Jeremy Waldron

The issue of conflict between democracy and fundamental rights in Jeremy Waldron's theory

Cristina Foroni Consani¹

Resumo

Este trabalho analisa a relação entre democracia e direitos fundamentais a partir das teses de Jeremy Waldron e sua crítica ao constitucionalismo contemporâneo, deslocando-se o foco de discussão da jurisdição constitucional para as práticas políticas. Sustenta-se que esta mudança de foco está pautada em uma determinada compreensão dos conceitos centrais desse debate: direitos, democracia e também do sujeito de direitos e dos processos democráticos, a saber, o povo. Sendo assim, a proposta de Waldron será analisada em três momentos: primeiramente, cabe verificar quais os conceitos de constituição, democracia e povo sustentam as teses do autor; em um segundo momento, apresentar-se-á a proposta de Waldron para um modelo de atuação do poder judiciário considerado compatível com a democracia; ao final, serão apresentados os pontos positivos e negativos de tal proposta.

Palavras-chave: Jeremy Waldron, constitucionalismo, democracia, direitos fundamentais.

Abstract

This paper analyzes the relationship between democracy and fundamental rights in Jeremy Waldron's theory. It shall be also analyzed Waldron's critique of contemporary constitutionalism, shifting the debate focus from constitutional adjudication for political practices. It will be argued that this change of focus is grounded in a particular understanding of the core concepts of this debate: rights, democracy and also the subject of rights and

¹ Pós-doutoranda em Direito – UFRN – PNPd/CAPES. Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Colaboradora vinculada ao Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

democratic processes, namely, the people. Therefore, Waldron's proposal will be examined in three moments: firstly, it must be determined which concepts of constitution, democracy and people support the thesis of the author; further, Waldron's arguments for a judicial review considered compatible with democracy will be exposed; finally, the positive and negative aspects of such a proposal will be presented.

Keywords: Jeremy Waldron, constitutionalism, democracy, fundamental rights.

Introdução

Neste trabalho, discute-se a relação entre democracia e direitos a partir da perspectiva do constitucionalista Jeremy Waldron, que assume a existência do desacordo a respeito de direitos nas sociedades complexas, desacordo este considerado não passível de conciliação ou consenso, e que só pode ser resolvido por meio do uso da premissa majoritária (seja no legislativo, seja no judiciário).

A proposta de Waldron se contrapõe veementemente ao constitucionalismo contemporâneo que, segundo ele, não possui um compromisso forte com o princípio da soberania popular (WALDRON, 2009, pp. 276-277). O ideal constitucionalista está relacionado à limitação do poder político. No debate contemporâneo, essa limitação dirige-se, sobretudo, à atuação legislativa, que é tomada como possível violadora de direitos fundamentais. Autores que se dedicam à história e ao conceito deste tema ressaltam seu aspecto de limitação ou restrição. Nesse sentido, McIlwain, em seu clássico estudo sobre a história do constitucionalismo, sustenta que em todas as fases do constitucionalismo o elemento que mais se destaca é a “limitação legal sobre o governo.” (McILWAIN, 2007, p. 21)² Outras definições deste conceito, do mesmo modo, chamam a atenção para este elemento. Gordon sustenta que o termo constitucionalismo é usado “para denotar que o poder coercitivo do Estado é restringido.” (GORDON, 1999, p. 5) Sajó define o constitucionalismo como “um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo” e que deve servir como “um limite à democracia funcionando descontroladamente.” (SAJÓ, 1999, p. xiv) Dworkin entende que o constitucionalismo é “um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem poder para anular ou comprometer.” (DWORKIN, 1995, p. 02)

² Todas as traduções das obras citadas são de minha autoria, salvo quando indicado diversamente.

Quando os direitos fundamentais passaram a ser o elemento predominante no constitucionalismo ocorreu também uma mudança na forma de se compreender a constituição. Como observa Pasquino, a constitucionalização dos direitos fundamentais, considerados princípios de justiça, faz com que a constituição seja mais do que um mecanismo que afirma direitos e estabelece procedimentos para o exercício da soberania popular e limites ao governo. Ela passa a ser um “conjunto de normas com conteúdo ético e algumas vezes até mesmo valor programático.” (PASQUINO, 1998, p. 48) Isso favorece uma leitura legalista da constituição e acentua a participação dos tribunais constitucionais na interpretação deste documento porque os princípios são normas jurídicas que em caso de conflito dependem da ponderação para sua aplicação.³

O constitucionalista neozelandês diagnostica a centralidade dos direitos fundamentais na Filosofia Política e do Direito e propõe um deslocamento da atenção para as teorias da democracia e da autoridade. Segundo ele, a Filosofia Política tem duas tarefas precípuas, a saber, teorizar a respeito da justiça (direitos e bem-comum) e teorizar sobre a política (teorias da autoridade e teorias da democracia). Desde que Rawls publicou *A Theory of Justice*, em 1971, Waldron considera que filósofos da política e do direito estão mais interessados em contribuir para o debate acerca de questões relacionadas às teorias da justiça do que em enfrentar o significado dos desacordos sobre justiça. Sua obra, entretanto, pretende apresentar uma contribuição para as teorias da autoridade e para as teorias da democracia, teorizando sobre os meios pelos quais as comunidades agem quando seus membros discordam. (WALDRON, 1999a, pp. 01-04)

Reportando-se a uma conclusão de Mangabeira Unger⁴ segundo a qual há, na Teoria e na Filosofia do Direito, um mal-estar com a democracia que resulta na marginalização da legislação, Waldron, tanto em *Law and Disagreement* assim como em *The Dignity of Legislation* e em outros textos, busca desfazer esse mal-estar, ou seja, procura delinear

uma filosofia do direito que efetivamente apóie o ideal de autogoverno; uma filosofia do direito que realmente coloque este ideal em prática – trabalho árduo e detalhado – com relação à natureza do direito, à base de legitimidade, à tarefa de interpretação e às respectivas responsabilidades das legislaturas, dos cidadãos e das cortes. (WALDRON, 1999a, p. 09)

³ A distinção entre princípios e regras é um dos pontos principais da teoria do direito de Ronald Dworkin, que tem como componente central de sua teoria a dimensão interpretativa do direito. Suas críticas ao positivismo jurídico têm como premissa a impossibilidade de separação entre direito e moral no momento de interpretação da norma pelo judiciário. A posição de Dworkin é uma das mais contestadas por Jeremy Waldron, como doravante se verá. Cf. DWORKIN, 2002, 24-72.

⁴ Waldron refere-se ao texto *What Should Legal Analysis Become?* Cf. UNGER, 1996; WALDRON, 1999a, 08.

Sendo assim, na esteira dos argumentos do próprio Waldron, o que se apresentará aqui tem por objetivo deslocar o foco da discussão a respeito da relação entre direito e democracia do âmbito da jurisdição constitucional para a prática política, ou seja, assume-se que o local mais adequado para a discussão de direitos em desacordo (sejam esses direitos relacionados a procedimentos democráticos ou aos denominados direitos fundamentais - vida, liberdade, propriedade, privacidade e derivados) é o legislativo representativo e não uma corte constitucional.

O deslocamento do foco da discussão da jurisdição constitucional para as práticas políticas está pautado em uma determinada compreensão dos conceitos centrais desse debate: direitos, democracia e também do sujeito de direitos e dos processos democráticos, a saber: o povo. Sendo assim, a proposta de Waldron será analisada em três momentos. (I) Primeiramente, cabe verificar quais os conceitos de constituição, democracia e povo sustentam as teses do constitucionalista; (II) em um segundo momento, apresentar-se-á proposta de Waldron para um modelo de atuação do poder judiciário considerado compatível com a democracia; (III) ao final, serão apresentados os pontos positivos e negativos de tal proposta.

I – Os conceitos de constituição, povo e democracia

Tendo como ponto de partida aquilo que Rawls considerou como as “circunstâncias da justiça”, a saber, que em condições normais sob as quais a cooperação humana é possível e necessária, as regras sociais e legais criam certos direitos para estabilizar as relações humanas, o constitucionalismo contemporâneo sustenta que as constituições devem abrigar três diferentes conjuntos de direitos relacionados à *justiça* (liberdade individual de pensamento, consciência e ação, propriedade, trabalho, família, entre outros); à *consistência* (devido processo legal e igualdade perante a lei); e à *equidade* (aqueles associados ao funcionamento da democracia, tais como a liberdade de expressão e associação, funcionamento do sistema eleitoral, etc).⁵

Embora esses direitos sejam relacionados e suportem-se mutuamente, pode haver tensão entre eles no momento de sua aplicação social, uma vez que sua natureza e significado podem ser objeto de divergências (por exemplo: direito à vida v. aborto; direito de

⁵ Essa apresentação e distinção dos conjuntos de direitos é tomada de Richard Bellamy. Cf. BELLAMY, 2007, 18/19.

propriedade v. bem-estar social; liberdade de expressão v. privacidade). Desse modo, embora os direitos sejam necessários em razão das “circunstâncias da justiça”, eles devem ser identificados e interpretados no que Waldron chamou de “circunstâncias da política”, ou seja, em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes. (WALDRON, 1999a, pp. 101/102).

Considerando que as pessoas divergem sobre a interpretação dos direitos e, também levando em conta que essas divergências muitas vezes espelham desacordos não apenas sobre direitos, mas principalmente a respeito da política, de sua estrutura e de suas metas (debates entre liberais e conservadores, por exemplo), o desacordo a respeito dos direitos e também da política mostra que a relação entre os direitos assegurados constitucionalmente e a democracia é bastante conflituosa.

Desse modo, o reconhecimento da existência das circunstâncias da política implica também a assunção de que é o desacordo, isto é, o conflito de posições e opiniões, a principal característica da política nas sociedades plurais. Esse desacordo, no entendimento do autor, jamais poderá ser reduzido ao ponto de se alcançar o consenso. O desacordo é então o fio condutor para a análise dos conceitos de *constituição*, *povo* e *democracia*.

De acordo com Waldron o conceito de constituição não deve ser definido meramente pelas restrições que esse documento coloca à política e ao governo. O constitucionalismo, segundo o autor, define as constituições principalmente a partir de três verbos: controlar (*control*) restringir (*restraint*) e limitar (*limit*). A reavaliação do conceito de constituição passa pela diferenciação desses termos.

O sentido atribuído por Waldron ao termo *controle* é positivo, e difere da conotação restritiva com a qual comumente ele é associado. O controle deve ser entendido no sentido de *direção* e não de repressão ou restrição. “Se eu controlo um veículo, eu determino não somente aonde ele *não* vai, mas também aonde ele vai. E se o governo é controlado, deve-se pensar que a questão importante é *quem* está no banco do motorista.” (WALDRON, 2009, p. 271) Na proposta waldroniana este lugar deve ser ocupado pelo povo, ou por seus representantes, que devem decidir quais as metas e diretrizes políticas devem estar contidas na constituição para que possam ser dirigidas ao fim escolhido. Assim, “[s]e o povo quer que seu governo atenuar a pobreza, por exemplo, é tarefa da constituição proporcionar instituições que possam ser controladas por este desejo.” (WALDRON, 2009, p. 271)

Já os termos *restrição* e *limitação*, ao contrário do termo *controle*, efetivamente guardam um sentido negativo. Trata-se de impedir o governo, por meio de proibições

inseridas no texto constitucional, de adotar determinadas atitudes definidas como abuso, tais como a prática da tortura ou a interferência em questões religiosas. Essas proibições, herança do constitucionalismo moderno, assumem a forma de direitos. Contudo, o autor identifica no constitucionalismo contemporâneo outra função atribuída à noção de restrição e de limitação impostas pela constituição, que é a de “limitar afirmativamente o tipo de coisa que os governos podem fazer.” (WALDRON, 2009, p. 272). A crítica de Waldron aqui não recai sobre o que poderia ser estabelecido na constituição como função do governo fazer, pois isso coadunar-se-ia com o papel de *direção* que ele considera fundamental para o fortalecimento das metas estabelecidas politicamente, papel, aliás bastante comum em constituições que possuem normas programáticas que visam a implementação sobretudo de direitos fundamentais de cunho social.⁶ Sua preocupação recai sobre a possibilidade de que esse aspecto restritivo-limitativo a respeito do que o governo deve fazer seja utilizado para impedir a implementação de decisões democráticas.⁷

Ressaltando-se o aspecto de controle/direção, as constituições podem ser definidas como um instrumento que desempenha uma importante função na política, qual seja, a de servir de base para as deliberações e, nesse sentido, seu papel é mais de fortalecer a política e o governo do que de restringi-los. Ou seja, a constituição pode fortalecer a democracia desde que não seja colocada como algo que restringe e limita a discussão e a deliberação sobre os temas em desacordo.

Mas então, tudo está aberto ao debate? Se tudo, até mesmo os direitos e os procedimentos democráticos estão abertos ao debate qual a segurança que se tem de que o povo, movido por paixões, interesses, por ações irracionais ou mesmo pela manipulação

⁶ Embora Waldron não mencione, o aspecto “diretivo” da constituição é ressaltado pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar da “Constituição Dirigente”, isto é, das constituições que contêm em seus textos fins e metas sociais que vinculam o governo, sobretudo por temer os excessos que podem advir da atuação legislativa (Cf. CANOTILHO, 2001). Mas vale lembrar a crítica feita por Gilberto Bercovici à teoria da Constituição Dirigente. Segundo o autor, “um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao recluir a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição.” BERCOVICI, 2004, 12. Certamente não é esse o ponto de Waldron, que associa o aspecto “diretivo” das constituições à atuação legislativa.

⁷ Aqui Waldron preocupa-se com uma possível associação ou uso do ideal constitucionalista por ideólogos do Estado mínimo, como se verifica no seguinte excerto: “Se, entretanto, o governo limitado é tratado como o princípio central do constitucionalismo, então alguém está na posição de levantar a ideia de que muitas aspirações do governo – particularmente do governo democrático – são *per se* ilegítimas. Aqueles que estabelecem uma democracia podem estar esperando pela intervenção do governo para atenuar a pobreza, promover a saúde pública, proteger o meio ambiente. Eles sabem que provavelmente enfrentarão a oposição de seus oponentes que afirmam que isso não é tarefa do governo. Mas agora parece que esses oponentes podem assumir o manto do constitucionalismo e adicionar ao seu caso contra a intervenção que os intervencionistas não estão levando suficientemente a sério a dimensão constitucional do governo.” WALDRON, 2009, 272.

mediática ou de outros grupos de poder político e econômico, não colocará em risco os direitos das minorias e até a mesma a própria democracia?

Essa questão é respondida parcialmente quando se analisa o modo como Waldron compreende os sujeitos de direito e, por conseguinte, o povo.⁸ Segundo o autor, os indivíduos devem ser considerados agentes autônomos e responsáveis, capazes de pensamento moral e, por consequência, aptos a participarem do debate e da tomada de decisões políticas. Esse é historicamente o ponto de partida da tradição democrática, que sempre considerou o povo “capaz de governar a si mesmo por seu próprio julgamento.” (WALDRON, 1998, p. 281). Em seu entendimento, quando os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente são retirados do debate, ocorre uma afronta à autonomia e à responsabilidade dos cidadãos, uma vez que, “o povo tem o direito de participar em todos os aspectos do governo democrático de sua comunidade, um direito que está profundamente conectado aos valores da autonomia e da responsabilidade que são celebrados em nosso compromisso com outras liberdades básicas.” (WALDRON, 1999a, p. 213).

Ao analisar esse ponto, Waldron chama a atenção para a desigualdade de consideração destinada aos cidadãos que erigem as restrições constitucionais (os constituintes ou fundadores) e os cidadãos ordinários (potenciais legisladores). Essa dessemelhança é apontada a partir da contraposição entre *autoconfiança e desconfiança*, de modo que aqueles que instituem as restrições constitucionais confiam em si mesmos como agindo em nome do interesse comum e desconfiam das futuras gerações considerando que serão movidas por paixões e interesses. A desconfiança para com os concidadãos, diz Waldron, “não se encaixa particularmente bem com a aura de autonomia e responsabilidade que é veiculada pela substância dos direitos que estão sendo assegurados desse modo.” (WALDRON, 1999a, p. 222).

Há, então, uma contradição dentro da própria concepção (liberal) de sujeito de direito pois, por um lado, quando se trata de adquirir direitos, os indivíduos são tomados como merecedores de igual consideração e respeito justamente porque são considerados capazes de agir moral e racionalmente, por outro lado, no momento do exercício de seus direitos políticos os indivíduos são considerados pouco confiáveis, irresponsáveis e irracionais. Sendo assim,

se o desejo de proteção aos direitos (entrenchamento) é motivado por uma visão predatória da natureza humana e do que as pessoas farão umas para as outras quando soltas na arena da política democrática, será difícil explicar

⁸ Sustenta-se aqui que é uma resposta apenas parcial porque, como se mostrará nas considerações finais desse trabalho, Waldron não consegue afastar completamente o fantasma da tirania da maioria.

como ou porque as pessoas são vistas como essencialmente portadoras de direitos. (WALDRON, 1999a, p. 222).

Para que haja coerência, é preciso assumir que os indivíduos são tão confiáveis como portadores de responsabilidades políticas quanto o são como portadores de direitos. Waldron expressa essa confiança nos seguintes termos: “é precisamente porque eu vejo cada pessoa como um potencial agente moral, dotado de dignidade e autonomia que estou disposto a confiar ao povo *em massa* o encargo do autogoverno.” (WALDRON, 1999a, p. 223).

Isso leva ao conceito de democracia. A compreensão da democracia na perspectiva de Waldron passa pela resposta dada a duas questões: *que direitos temos* e *quem decide?* A resposta para a primeira questão é dada por teorias dos direitos e, para a segunda, por teorias da autoridade. Dependendo das respostas dadas, pode haver compatibilidade ou descompasso entre essas teorias. De todo modo, o autor sustenta que qualquer resposta deve levar em consideração as *circunstâncias da política*, isto é, “a existência de desacordo e a necessidade de, apesar do desacordo, estabelecer uma estrutura comum.” (WALDRON, 1999a, p. 212).

Assim, não se trata de saber quem deve interpretar a constituição, mas quem decide quando há direitos em desacordo. Esse é o ponto no qual a questão dos direitos se cruza com a questão da autoridade. No entendimento de Waldron, a política diz respeito tanto a princípios quanto a diretrizes políticas, pois “[o] que acontece no processo político determina não somente o que nossas metas sociais são, mas também o conteúdo e a distribuição dos direitos individuais.” (WALDRON, 1999a, p. 243) Sendo assim, uma vez que as pessoas discordam sobre que direitos possuem, a especificação dos direitos que devem ser protegidos pelo Direito deve ser feita por meio do processo político. Diante do desacordo, uma teoria da autoridade deve ser invocada e deve prevalecer sobre os critérios que são a fonte do desacordo original. Em meio às teorias da autoridade tradicionalmente conhecidas na teoria política (monarquia, aristocracia, democracia) Waldron entende que na democracia, quem deve decidir é o povo cujos direitos estão em discussão, devendo participar em termos iguais dessa decisão. A pergunta *quem decide* deve ser complementada por outra, a saber, *como se decide*. O autor opta pela decisão majoritária como princípio de autoridade, pois segundo ele, esse princípio de autoridade respeita os indivíduos de dois modos:

Primeiro, respeita suas diferenças de opinião sobre justiça e bem comum; não requer que a visão sinceramente mantida de ninguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Segundo, incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo pelo qual decidimos sobre uma visão a ser adotada como *nossa*, mesmo em

face do desacordo. (WALDRON, 1999a, p. 109)

No entendimento de Waldron, não há uma situação de conflito entre o princípio da autoridade (decisão majoritária) e outros direitos considerados fundamentais, desde que se tenha em mente um *desacordo razoável ou de boa fé* (isto é, um desacordo oriundo da ausência de consenso entre posicionamentos que podem ser sustentados racionalmente). Desse modo, se as pessoas discordam sobre o que os direitos requerem ou o que eles realmente são, o resultado da decisão majoritária irá parecer, ao o grupo que apoiou essa decisão, estar de acordo com a justiça e, de modo distinto, para aqueles contrários à decisão majoritária o resultado irá parecer injusto. Ainda que outra teoria da autoridade seja escolhida (monarquia, aristocracia, decisão judicial) e opte pelo uso da decisão majoritária como princípio de autoridade, não faria sentido falar em conflito entre o princípio da autoridade e os direitos sobre os quais a autoridade deve decidir, pois se há desacordo a respeito da existência ou do significado dos direitos, “não há modo neutro de estabelecer o que exatamente se pressupõe estar competindo com a participação majoritária (ou qualquer outro princípio de autoridade).” (WALDRON, 1999a, pp. 248/249)

Sendo assim, questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo, ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo. Waldron admite que “tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com a própria democracia. Ou, certamente, tudo o que está submetido ao desacordo de boa fé está em disputa.” (WALDRON, 1999a, p. 303)

Na esteira desse entendimento, há de fato uma perda para a democracia quando as decisões da legislatura eleita de uma sociedade são modificadas ou derrubadas por decisões judiciais. Esse será o segundo momento de análise da proposta de Waldron.

II - O Judiciário e a democracia

A relação entre democracia, direitos e atuação do poder judiciário na proposta de Waldron define-se pela recusa do que o autor chama de “*revisão judicial em sentido forte*” e a defesa da “*revisão judicial em sentido fraco*”.

A *revisão judicial em sentido forte* é definida como aquela em que:

- a) as cortes possuem autoridade para não aplicar um estatuto a um caso particular ou para modificá-lo (na sua aplicação) a fim de adequá-lo aos direitos individuais;
- b) as cortes possuem autoridade para deixar de aplicar um estatuto;
- c) ou ainda, as cortes possuem autoridade para derrubar leis em sua totalidade ou em parte.

Contra a revisão judicial em sentido forte Waldron busca identificar um argumento central independente das manifestações históricas e dos efeitos que tais decisões produzem. Aqui ele reporta-se diretamente à afirmação de Dworkin em *O Império do Direito*, segundo a qual “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.” (DWORKIN, 2003, p. 426)

É exatamente contra a possibilidade de averiguação da relação (necessária) entre revisão judicial e justiça que se voltam as críticas de Waldron. Segundo ele, essa é uma questão mal colocada. O quanto a revisão judicial é capaz de tornar uma sociedade mais justa é algo de difícil verificação, pois se decisões como a de *Brown vs. Board of Education*⁹ foram capazes de promover a igualdade racial e combater a segregação, por outro lado, durante o período conhecido como “*Lochner era*”, entre 1885 e 1930, cortes americanas estaduais e federais revogaram aproximadamente 150 partes de leis que protegiam as relações e condições de trabalho tais como salário mínimo, proibição de trabalho infantil entre outras.¹⁰

Assim sendo, exemplos de justiça e de injustiça podem facilmente ser encontrados na jurisprudência de cortes constitucionais. Por essa razão, a defesa da revisão judicial não pode ser feita apenas sob o argumento da justiça. Para Waldron, o que se deve verificar é a relação existente entre revisão judicial e democracia, ou melhor, a compatibilidade entre ambas.

A partir dessa perspectiva, a revisão judicial em sentido forte é considerada vulnerável em dois pontos: em primeiro lugar, não é o meio adequado para uma sociedade avaliar direitos sobre os quais discorda; em segundo lugar, é politicamente ilegítima, pois é uma decisão majoritária de um pequeno número de oficiais não eleitos, logo, fere o princípio da representação e da igualdade política. (WALDRON, 2006, p. 1351) Waldron sustenta que, embora a revisão e interpretação judicial seja necessária, não se pode inferir disso que outras instituições não possam também ter o poder de revisar entendimentos oficiais sobre direitos.

⁹ Decisão da Suprema Corte norte-americana de 1954. Declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam a segregação racial nas escolas públicas. Cf. *Brown vs. Board of Education* 347 US 483 (1954).

¹⁰ Esses dados podem ser encontrados em WALDRON, 1999a, 288.

Ele acredita ser um grande erro considerar que os direitos que os juízes estão interpretando e revisando são colocados além do alcance da reinterpretação e revisão democrática. Em seu entendimento a questão pode ser colocada da seguinte forma: ou uma sociedade assume a necessidade de emendas constitucionais ou não e, uma vez consideradas necessárias, as emendas devem ser feitas por instituições representativas democráticas. (WALDRON, 1993, p. 42)

Desse modo, se um povo considera desejável que uma Declaração de Direitos seja tratada como um “organismo vivo” capaz de adaptação a novas condições, então tem que enfrentar a questão da autoridade: *quem* deve ter poder para participar nesse processo orgânico cotidiano? Pois se é necessário a uma sociedade adaptar cânones do direito a situações não previstas pelos fundadores da constituição, é difícil ver por qual razão o povo (atual) e seus representantes deveriam ser excluídos desse processo. (WALDRON, 1993, p. 43).

Por fim, o autor considera que o argumento mais insidioso em prol do ativismo judicial é aquele que aponta para as imperfeições da democracia, pois esse argumento busca tirar o poder de cidadãos ordinários sobre questões de mais alta importância política e moral. Desse modo, ao invés de se falar sobre dificuldades contra-majoritárias, dever-se-ia distinguir entre cortes decidindo por voto majoritário e cidadãos ordinários decidindo por voto majoritário pois, ao final, é também desse modo que são decididos casos controversos dentro dos tribunais constitucionais. Então, a questão é *quem* consegue participar? E não *como* se decide em caso de desacordo” (porque a resposta para *como*, é sempre, *por maioria*). (WALDRON, 1993, p. 45) ¹¹

Contudo, Waldron admite a prática *da revisão judicial em sentido fraco*, a qual se daria nos seguintes termos: as cortes podem inspecionar a legislação a respeito de sua conformidade com os direitos fundamentais, mas os juízes não podem deixar de aplicá-la ou moderar sua aplicação simplesmente porque de outro modo direitos seriam violados; esse modelo confere aos juízes pouca autoridade; um clássico exemplo é o Reino Unido onde as cortes podem revisar a legislação e declarar a incompatibilidade com os direitos individuais, mas não podem invalidá-la. (WALDRON, 2006, p. 1355)

De acordo com Waldron, a revisão judicial em sentido fraco é pressuposto para uma democracia constitucional que não escamoteia a política e, ela pode sustentar-se em qualquer

¹¹ Em um artigo recente Waldron convidou aqueles que criticam a premissa majoritária (em especial Dworkin) a justificar o uso desse tipo de decisão pelos tribunais. Em suas palavras: “Faz mais de vinte anos desde que eu comecei a desafiar os defensores da revisão judicial a explicar o uso do princípio majoritário pelas cortes exercendo a revisão judicial contramajoritária; há muito eu já desisti de uma resposta respeitável.” Cf. WALDRON, 2010, 1043.

sociedade na qual estejam presentes as seguintes condições: a) instituições democráticas em ordem razoável de bom funcionamento incluindo um legislativo representativo eleito na base do sufrágio universal; b) um conjunto de instituições judiciais em boa ordem de funcionamento escolhidas de forma não representativa para ouvir reivindicações individuais e assegurar *o Estado de Direito*; c) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e de seus oficiais com os direitos individuais e das minorias; d) um desacordo substancial, de boa fé e persistente sobre direitos. (WALDRON, 2006, p. 1360)

Entendidos os conceitos e papéis desempenhados pela constituição, democracia, povo e sua relação com o legislativo e o judiciário, para concluir, cabe agora algumas breves considerações a respeito da proposta de Waldron aqui apresentada.

III – Considerações finais: aspectos positivos e negativos da proposta waldroniana

A teoria de Waldron aponta para a necessidade de assumir que os desacordos existentes nas sociedades contemporâneas são amplos, abarcando questões relacionadas a direitos, procedimentos e à própria política. Assim sendo, a legitimidade democrática está exatamente em não retirar nada do debate, deixando todos os temas sob desacordo abertos para discussão e decisão por meio do legislativo representativo (que pode decidir por maioria simples, uma vez que o autor recusa até mesmo a exigência de maioria qualificada). Sendo assim, a teoria de Waldron entende a *constituição como um documento aberto a mudanças, o povo como agente capaz de realizar essas mudanças em qualquer tempo e a democracia como algo que não se limita*. Ou seja, o ponto forte dessa teoria é ela permitir que os desacordos políticos sejam avaliados e reconsiderados por meio do próprio processo político levado a cabo por representantes eleitos pelo povo.

Uma forma de testar os limites de uma teoria é ver quais seriam as suas respostas a determinados casos limite. Ao admitir que *tudo está aberto ao debate* e que a legitimidade democrática é garantida essencialmente a partir da ampla participação popular na tomada de decisões, Waldron deve admitir que mesmo uma decisão que retire direitos de minorias ainda deve ser considerada democrática. A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser invocada como um exemplo. Partindo-se do pressuposto de que há um *desacordo razoável e de boa fé* sobre a existência ou não de um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, se um parlamento decidir, seguindo a premissa majoritária, que pessoas do mesmo sexo *não* possuem o direito ao casamento, ainda assim, segundo a teoria de Waldron, a

decisão precisaria ser considerada democrática. Essa mesma questão também poderia ser pensada em relação á retirada de direitos políticos e civis de qualquer minoria.

Parece haver na teoria de Waldron uma base normativa implícita que não se encontra fundamentada, *pois a questão é sempre sobre o significado de um desacordo razoável ou de boa-fé e de quanto essa noção possui força normativa para restringir determinadas posições*. Se essa própria noção puder ser objeto de uma decisão majoritária, então, qualquer decisão da maioria pode ser considerada pautada num desacordo razoável.

Além disso, como o próprio Waldron reconhece, falta em sua teoria da democracia uma reavaliação da representação política. Sem repensar a democracia representativa, torna-se problemático conferir tanto poder ao legislativo, pois o desenho do legislativo precisa garantir ao mesmo tempo o controle popular em relação aos representantes assim como precisa pensar em meios de desenvolver e qualificar o próprio debate político, uma vez que a vontade política do povo não pode ser tomada simplesmente como algo dado *a priori*, ela precisa ser fruto de um processo que, por sua vez, crie uma *cultura política democrática*. O bom funcionamento de uma teoria da democracia constitucional precisa pressupor uma cultura política democrática, a qual deve ser fomentada pelas próprias instituições democráticas. Em outras palavras, o que falta à teoria de Waldron e parece ser necessário buscar, é uma teoria que ao mesmo tempo permita uma ampla discussão democrática, mas que também aponte para garantias de que as decisões democráticas possuam também um conteúdo que possa ser considerado democrático.

IV – Referências bibliográficas

BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; e LIMA, Marco Antonio Mont'Alverne Barreto, *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 75-150.

_____. Constituição e Política: Uma relação difícil. In: *Lua Nova* nº 61, 2004, pp. 05-24.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*. 3:1, 1995, pp. 2-11.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachussets: Harvard University Press, 2011.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GORDON, Scott. *Controlling the state : constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1999.

McILWAIN, C.H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy. In: *Ratio Juris*. Vol. 11 nº 1 March 1998, pp. 38-50.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1999.

SAJÓ, András. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London/NewYork: Verso, 1996.

WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. In: *Boston University Law Review*, Vol. 90, 2010, pp. 1043-1057.

_____. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 13, N° 1, 1993, pp. 18-51.

_____. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano/ J. Christman (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, pp. 267-282.

_____. Precommitment and Disagreement. In: L. Alexander, (org.). *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 271-299.

_____. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999a.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406.

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