

## O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN, JÜRGEN HABERMAS E JEREMY WALDRON

Vitor Seidel Sarmiento<sup>1</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/01/2014*

### EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LAS TEORÍAS DE RONALD DWORKIN, JÜRGEN HABERMAS Y JEREMY WALDRON

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Ronald Dworkin: democracia, revisão judicial e “fórum de princípios”; 3. Jürgen Habermas: legitimação democrático-procedimental do direito; 4. Jeremy Waldron: legitimidade, legislador/legislatura e desacordos morais razoáveis; 5. Conclusão; 6. Referências.

**RESUMO:** O debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem demonstrado a vitória do projeto ideológico do Estado Democrático de Direito na contemporaneidade, além de derrotar outras tantas concepções sócio-políticas que com ele concorrem. Diante da atual configuração do Estado e da sociedade, este artigo analisa o papel da jurisdição constitucional sob a perspectiva dos marcos teóricos de três importantes jusfilósofos, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron, destacando os principais aspectos relativos ao pensamento judicial e o conceito democrático desenvolvido por eles. Com esse intuito, Dworkin perpassa pelo argumento central da defesa dos direitos fundamentais como encargo atribuído aos tribunais e aos juízes; já Habermas enxerga o fenômeno do exercício do controle

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); pesquisador bolsista do Programa de Iniciação Científica da FDV; membro do Grupo de Pesquisa: Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da FDV. E-mail: [vitorss@gmail.com](mailto:vitorss@gmail.com)

jurisdicional de constitucionalidade como instrumento excepcional, tendo em vista a legitimação do direito a partir do procedimento de deliberação pública; Waldron, finalmente, defende a necessidade de reafirmar a importância da legislação, considerando os desacordos morais razoáveis existentes na sociedade. Como arremate, procura-se explorar as similitudes e diferenças entre essas reflexões filosóficas e políticas dispostas no contexto democrático contemporâneo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional; legitimidade democrática; controle de constitucionalidade; direitos fundamentais.

The discussion on democratic legitimacy of constitutional jurisdiction has demonstrated the victory of the ideological project democratic rule of law in contemporary society, and defeat as some socio-political conceptions that concur with him. In the face current configuration of state and society, this article study the role of constitutional jurisdiction from the perspective of the theoretical milestones of three philosophers, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron and Jürgen Habermas, highlighting main aspects of legal thinking and democratic concept developed for them. For that purpose, Dworkin moves through the central argument of the defense of fundamental rights as a charge assigned to courts and judges; Habermas sees the phenomenon of the exercise of judicial control of constitutionality as an exceptional instrument, in order to legitimize the law from procedure of public deliberation; Waldron, finally, defends the need to reaffirm the importance of the legislation, considering the existing society reasonable moral disagreements. By way conclusion, seeks to explore the similarities and differences between these philosophical and political reflections arranged in contemporary democratic context.

**KEYWORDS:** Constitutional Jurisdiction; democratic legitimacy; constitutionality of control; fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Quais são as perguntas que constitucionalistas tentam responder? A lista é longa, mas não é infinita. Entre as questões mais antigas e ainda mais fundamentais estão: em democracias contemporâneas, o tribunal estaria mais apto que o parlamento para garantir direitos e liberdades previstas na Carta Política<sup>2</sup>? O que dizer da garantia de jurisdição constitucional? Seria

---

<sup>2</sup> O cientista político Conrado Mendes traz à tona essa questão a partir de uma afirmação implantada no imaginário coletivo dos juristas: “certo senso comum costuma supor que

um componente intrínseco do Estado de Direito? Direitos fundamentais de minorias, como negros, mulheres, homossexuais e índios, devem ser respeitados pelo processo político majoritário? Do ponto de vista institucional, há um modelo político que leve a sério tanto o regime democrático quanto a necessidade de proteção dos direitos individuais? Essas são as perguntas que devemos considerar quando tratamos da legitimidade democrática da jurisdição constitucional<sup>3</sup>.

Atualmente, o discurso jusfilosófico sobre a Constituição tem sido revisitado por importantes expoentes do direito constitucional<sup>4</sup>, ciência política<sup>5</sup> e filosofia do direito<sup>6</sup>, sendo possível observar, desde o surgimento do primeiro ciclo do constitucionalismo moderno, no século XVIII, até o recente processo de consolidação das democracias constitucionais, a reafirmação da preponderância do padrão constitucional acompanhada da presença do Estado nas relações políticas e sociais. O debate, contudo, não fica reservado a um seletivo grupo de intelectuais. Cotidianamente nas ruas,

---

parlamentos eleitos seriam a expressão mais imediata da democracia, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados ao controle judicial de constitucionalidade, a manifestação autoexplicativa do constitucionalismo.” MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

<sup>3</sup> Tendo em vista essas dificuldades, torna-se cada vez mais claro que “o uso da política para fins outros que não a defesa dos direitos dos cidadãos, como, por exemplo, para objetivos de propaganda política ou de afirmação de programas governamentais que acabam por violar determinados direitos fundamentais, demonstra a atual cisão da relação entre direito e política. Neste ciclo vicioso, o próprio direito é visto como instrumento da política na consecução de seus projetos coletivos, muitas vezes violando materialmente seus próprios limites, ou seja, os direitos fundamentais”. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte. Fórum, 2011, p. 64.

<sup>4</sup> Cf. DIPPEL, Horst. *A história do constitucionalismo moderno*. Novas Perspectivas. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2007; ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>5</sup> Cf. DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012. HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. ÑINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001; *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

jornais, televisão e campanhas políticas vêm se firmando opiniões sobre o sistema (justiça) constitucional concebido na forma do “fórum de princípios”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, em pleno século XXI, os desajustes entre os nossos sistemas político e jurídico revelam um cenário instável e desafiador. O modelo de Estado Democrático de Direito não está isento de críticas, os seus arranjos instrumentais compreendidos aí a tutela dos direitos fundamentais e o governo da maioria devem ser problematizados, a começar pela análise das concepções referentes à cartilha da objeção democrática – dinâmica do Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional – e a prerrogativa final de atribuição de sentido à Constituição – dinâmica do Poder Judiciário.

A realidade dos fatos se encarrega de evidenciar a complexidade desse fenômeno. Com base num inconsciente coletivo, o legislativo está imerso numa crise de representatividade, cujo efeito imediato consiste no enfraquecimento das instituições republicanas<sup>8</sup>. Não por acaso um dos grandes desafios da ciência política é examinar empiricamente os resultados da midiática dos conflitos entre os poderes constituídos, com destaque especial para aqueles que envolvem o Judiciário. A seguinte passagem colhida da edição da revista *Época*, de 04/08/03, é exemplificativa:

A sem-cerimônia dos protestos do Judiciário (...) contribuiu para trazer à tona um tema candente, tratado até aqui com reservas por setores do governo: a crescente perda de confiança nas decisões judiciais. Num país em que já prevalecia a máxima segundo a qual “mais vale um mau acordo que uma boa causa”, sugerindo um desconforto coletivo com as demandas arbitradas

---

<sup>7</sup> No capítulo dois, do livro “Uma questão de princípio”, Ronald Dworkin desenvolve uma teoria favorável ao *judicial review* (revisão judicial) que sem afrontar a democracia, decide sobre a validade ou invalidade dos enunciados legislativos. Além do mais, Dworkin afirma que a defesa dos direitos fundamentais pertence a cortes constitucionais, pois “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

<sup>8</sup> Segundo o instituto de pesquisa IBOPE, entre as sete instituições pesquisadas em dezembro de 2012, o Corpo de Bombeiros manteve o posto de melhor instituição avaliada pela população no que se refere à confiabilidade e o Congresso Nacional, a pior. A primeira instituição obteve 83 pontos no índice de confiança, já a Câmara dos Deputados e o Senado Federal aparecem com 35 pontos. Cf. BRASIL, Ibope. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>>. Acesso em: 04 de novembro de 2013.

na justiça tem-se agora um conjunto de evidências mensuráveis que transcendem a desconfiança popular<sup>9</sup>.

Estruturado em três capítulos, este artigo pretende analisar a produção acadêmica de pensadores do quilate de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron, para fornecer argumentos sólidos frente à técnica de revisão judicial e lançar elementos capazes de reforçar a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional. Nesse intuito, estando o Supremo Tribunal Federal no centro da cena política, trazendo com isso consequências concretas, essas reflexões são indispensáveis para compreendermos a atuação da corte em casos cruciais envolvendo aborto de fetos anencefálicos, união homoafetiva, cotas raciais nas universidades, demarcação de terras indígenas, células-tronco embrionárias, entre outros.

Com estes subsídios, o primeiro capítulo trata da posição adotada por Ronald Dworkin. O autor defende a ideia de revisão judicial sufragada por uma comunidade de princípios e interpretada por uma leitura moral da Constituição feita pelo julgador. Para Dworkin, “o ato do juiz só respeita a democracia na medida em que se abra, com transparência e sinceridade, ao argumento de princípio”<sup>10</sup>. No segundo capítulo, o neozelandês Jeremy Waldron, opondo-se a tese de Dworkin, sustenta que a participação popular e a igualdade de condições oferecidas num contexto de desacordos morais subjacentes à sociedade devem ser priorizadas. Dessa maneira, Waldron adverte que o parâmetro da revisão judicial utilizada por muitos países não resiste a uma crítica apurada de interpretação constitucional<sup>11</sup>. Finalmente, o terceiro capítulo aborda o pensamento constitucional de Jürgen Habermas, no qual o papel da revisão judicial é o de propiciar a manutenção normativa da Constituição e prestar deferência aos procedimentos de produção legítima do direito<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> BARROS, Antônio Machado de. *Revista Época* n. 272, p. 42/43, 4 de agosto de 2003.

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 29.

<sup>11</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>12</sup> Na obra *Direito e Democracia*, vol 1., Habermas ventila que um dos níveis de legitimação do direito seria: “direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, p. 159.

## 1 RONALD DWORKIN: DEMOCRACIA, REVISÃO JUDICIAL E “FÓRUM DE PRINCÍPIOS”

Há como discordar de Dworkin, mas não há como desconhecê-lo. No dia 14 de fevereiro de 2013 foi noticiada a morte do filósofo Ronald Dworkin, autor fundamental para o estudo da filosofia do direito e da política. Deve-se advertir que é impossível abordar suas concepções sobre jurisdição constitucional e democracia sem compreendermos a sua visão de mundo sobre o fenômeno jurídico. A estrutura do seu pensamento passa por “uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira<sup>13</sup>”.

Tendo como ponto de partida a ruptura com a tradição do positivismo jurídico, no modo desenvolvido por Herbert Hart, em *O Conceito de Direito*<sup>14</sup>, sustenta um modelo de interpretação para solução dos *hard cases*, lançando mão das seguintes categorias: *distinção regras e princípios*<sup>15</sup>, *integridade*<sup>16</sup>, *juiz Hércules*<sup>17</sup>, *tese da única resposta correta*, *leitura moral da Constituição e comunidade de princípios*<sup>18</sup>. “É importante o modo como os juízes decidem os casos<sup>19</sup>” e “Direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal<sup>20</sup>”, com essas duas frases Dworkin destaca o papel do juiz na teoria da decisão judicial.

---

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119.

<sup>14</sup> HART, Hebert. *O conceito do direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>15</sup> Ronald Dworkin, em 1977, lança o famoso livro *Levando os direitos a sério*, em que discute a distinção – lógica – entre regras e princípios, sob o título “modelo de regras e princípios”.

<sup>16</sup> Já em 1984, Dworkin anuncia num novo livro, *O império do direito*, no qual sistematiza a sua teoria e desenvolve um raciocínio jurídico complexo, expondo a questão da integridade como chave de compreensão da prática legal.

<sup>17</sup> Ainda no seu primeiro escrito substancial, *Levando os direitos a sério*, Dworkin cria uma figura mítica responsável por encontrar a resposta correta em situações de difícil solução.

<sup>18</sup> No final do século XX, mais precisamente no ano de 1996, Dworkin publica *O direito da liberdade*, sustentando inúmeros aspectos acerca da interpretação da Constituição americana, a leitura moral da norma jurídica e o papel da democracia no contexto do Estado Constitucional.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 12.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 478.



Dworkin reestabelece a conexão entre o direito e a ética a partir da distinção do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas também por princípios que incorporam uma interpretação moral na solução de determinados casos<sup>21</sup>. Esses princípios se originam daquilo que é “apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado<sup>22</sup>”. Assim a validade do direito provém de atividade interpretativa realizada pelo julgador, unindo “os discursos de aplicação e justificação (...) em um só sistema jurídico. Os princípios decorrem da atividade interpretativo-reconstrutiva do juiz<sup>23</sup>”.

Em casos difíceis, onde existe dificuldade por parte do julgador de aplicar a norma ao caso concreto, Dworkin rejeita a percepção de que o texto jurídico seja fonte normativa exclusiva de direitos, pois o “ideal de prestação jurisdicional é que, na medida do possível, os direitos morais sejam acessíveis nos tribunais<sup>24</sup>”. Como consequência, as regras são aplicadas na forma *all-or-nothing-fashion* (“tudo-ou-nada”) e os princípios de acordo com a sua *dimension of weight* (“dimensão de peso”), expressando padrões diferentes.

Mais frequentemente, Dworkin afirma, em *Levando os direitos a sério* que o princípio comporta dois tipos de argumentos: a) argumentos de política

---

<sup>21</sup> Dworkin utiliza o caso *Riggs vs. Palmer* (1889) para advogar a tese: i) o direito não é composto apenas por regras, mas por regras e princípios e ii) a interpretação jurídica é uma leitura principiológica. Ilustrativamente: “em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um Tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.’ Mas o tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu a herança.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 37.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 64.

<sup>23</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 24.

(*policy*) e argumentos de princípio em sentido estrito. A política corresponde a um padrão utilizado para atingir resultados sociais e econômicos da comunidade, em que não é necessária nenhuma justificação além do procedimento de decisões coletivas com base no sistema democrático de escolhas. Princípios em sentido estrito, por sua vez, são padrões que atendem as exigências de justiça e equidade, envolvendo direitos individuais e a justificação moral das decisões:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (...) Os argumentos de princípio se propõem a estabelecer um direito individual; os argumentos políticos se propõem a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos<sup>25</sup>.

Aqui consta uma observação pertinente. Dworkin articula uma hierarquia nos dois argumentos ao declarar que os princípios em sentido estrito prevalecem sobre as decisões coletivas, por basearem-se em fundamentos morais. Os direitos morais<sup>26</sup> seriam “trunfos” (*rights as trumps*) contra a maioria<sup>27</sup>, exatamente por que os juízes podem anular uma prescrição política fundada no processo eleitoral-representativo, com o objetivo de aprimorar o sistema democrático-constitucional. Além do mais, o

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36.

<sup>26</sup> Os direitos morais, explica Dworkin, indicam: “simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam. Além do mais, essa maneira de encarar o direito evita alguns dos conhecidos paradoxos associados com esse conceito. Permite-nos afirmar, sem que soe estranho ou bizarro, que os direitos podem variar em força e característica de um caso para outro e de um momento a outro na história. Se pensarmos nos direitos como coisas, essas metamorfoses parecem estranhas, mas estamos acostumados à ideia de que juízos morais sobre o que é certo e errado são complexos e afetados com considerações relativas e mutáveis.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 218.

<sup>27</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Cambridge: Oxford University Press, 1984; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.



jusfilósofo defende o que denomina de virtude da integridade<sup>28</sup> do ordenamento jurídico e a interpretação do direito em sede das decisões judiciais, com especial atenção ao fato de que o juiz deve agir conforme com um conjunto coerente de princípios comprometidos com a comunidade, como uma espécie de genealogia histórica da coletividade. Nessa linha, afirma Giovanni Saavedra:

O princípio judiciário da integridade, portanto, instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma corrente coerente de justiça e equidade. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>29</sup>.

Do ponto de vista da integridade – “chave para compreensão do direito” –, conceito amplamente trabalhado na obra *O Império do Direito*, quando o juiz analisa o caso e nota a possibilidade de aplicar mais de uma norma, a escolha entre as interpretações normativas deve ser aquela que melhor se harmonize com o papel e o sentido das instituições, bem como com a moral

---

<sup>28</sup> “Certamente, nem sequer a atenção mais escrupulosa à integridade, por todos os juízes da corte, assegurará decisões judiciais uniformes, ou garantirá decisões que você aprove, ou lhe protegerá daquelas que rechace. Nada assegura isso. O objetivo da integridade é o princípio, não a uniformidade: estamos governados por critérios mais básicos, não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas por um ideal, e, portanto, a controvérsia constitui o centro de nossa história. Mas a disciplina da integridade, é formidável”. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 146.

<sup>29</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77. De igual modo, declara Dworkin: “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”. DWORKIN, Ronald *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

da sociedade. Para concretizar essa necessidade teórica dispendiosa, Dworkin, assumindo sua posição prescritiva, constrói a figura do juiz Hércules, tipo ideal, um jurista sábio com capacidade sobre-humana:

Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública. (...) Contudo, quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos de modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar<sup>30</sup>.

O juiz tem o dever moral de oferecer prestações jurisdicionais num todo coerente e estruturado, rejeitando quaisquer decisões que não se mostre correta e adequada nesse complexo raciocínio jurídico de equidade. Diante de um caso difícil, o juiz se encarrega de buscar a resposta correta à luz de uma interpretação construtivista do ideal político de determinada localidade. Conforme pondera, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade<sup>31</sup>”. Logo, a interpretação judicial formulada por Dworkin se aproxima de um exercício literário – romance em cadeia<sup>32</sup> –, aqui o juiz fundamenta sua sentença como um escritor escreve os capítulos de um livro, levando em consideração o enredo, os capítulos anteriores e a sua conexão com os subsequentes, feito uma novela.

A teoria da decisão judicial impõe ao julgador o emprego dos princípios no processo de construção de sentido das normas na sociedade a que ele pertence. Como condição de possibilidade, a integridade autoriza o aplicador (o juiz-Hércules) a constatar os valores e as formas de vida estabelecidas, determinando o que é direito válido e o que não é direito válido.

Em 1996, o autor publica a obra *Direito da liberdade*. Aqui enfatiza a interpretação da Constituição americana através de uma ótica específica, a chamada leitura moral da Constituição. A leitura moral é “a moralidade

---

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 117.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 305.

<sup>32</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.

política no próprio âmago do direito constitucional<sup>33</sup>, pelo qual a solução das controvérsias judiciais provém da seleção de orientações políticas, morais que definem a autocompreensão dos indivíduos componentes da comunidade singular. No entanto, a questão quando assimilada à luz dos mecanismos de revisão judicial precisa ser refletidas:

Segundo Dworkin, o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeito a integridade do direito. A transposição desta teoria para o plano do controle de constitucionalidade, traz consigo não apenas o debate sobre como o juiz deve aplicar a lei, mas a grave possibilidade de ele extirpá-la da legislação estatal. Deixa de ser discussão adstrita à teoria da adjudicação. O problema da democracia, mais velado no primeiro caso, e o conflito entre a Suprema Corte e o Congresso tornam-se retumbantes<sup>34</sup>.

Desde logo, Dworkin procura desmistificar um equívoco gerado pela possibilidade de o juiz dizer, no caso concreto, qual a resposta moral verdadeira: a de que assunção dos valores pessoais e as convicções íntimas do magistrado se sobrepõem as escolhas coletivas provenientes do sistema político vigente. Diante disso, a gramática constitucional se estrutura, não por acaso, de maneira abstrata e ambígua, de modo que uma decisão valorativa é condição de possibilidade para concretizar o texto da Constituição e, naturalmente, examinar/apreciar a constitucionalidade de um ato normativo frente à Lei maior. Numa passagem do livro *Domínio da Vida*, Dworkin diz:

Cremos que a suspeita popular contra a Constituição de princípios é equivocada. A Constituição americana, entendida como uma Constituição de princípio, provê uma melhor forma de governo que qualquer outra na qual Executivo e Legislativo sejam livres para omitir princípios de justiça e de decência. Uma Constituição de princípios reforçada por juízes independentes não é antidemocrática. Pelo contrário, uma precondição da democracia legítima é que se requeira ao governo que trate os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que satisfaçam essas condições, não haverá democracia genuína porque, então, a maioria não terá o direito moral legítimo de governar<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

<sup>34</sup> CONRADO, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 40.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 123.

Segundo Conrado Mendes “a leitura moral é uma teoria sobre o que significa a Constituição, e não sobre a instituição que deve empreendê-la<sup>36</sup>”. Com efeito, o juiz pode revogar uma lei ordinária embasado no argumento de princípio, tendo para isso a missão de perscrutar o passado, presente e o futuro institucional da comunidade. Aqui os olhos miram a coerência e a tradição do pensamento judicial, tendo em vista o ônus a que está incumbido, qual seja, o de realizar uma leitura moral da Constituição e, assim, decidir pela única resposta correta. Evidentemente, a teoria não está imune a críticas, aliás, existem muitas restrições sobre a prática da leitura moral dos direitos constitucionais, por exemplo, quando o senso de justiça da tradição e da teoria política local é substituído pelo senso de justiça do aplicador:

Dois constrangimentos importantes contra a discricionariedade judicial (...) ela mostra ao juiz que a Constituição e o próprio direito não são simples conjuntos de decisões políticas pretéritas, tampouco uma especulação sobre a justiça ideal. São a permanente reatualização dos princípios morais ali transcritos<sup>37</sup>.

O tema da democracia é crucial na obra de Dworkin. Segundo o teórico, a democracia “não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham<sup>38</sup>”. Dworkin realiza uma investigação sobre o sentido de democracia, considerando que ela jamais se esgota na noção de governo do povo ou da maioria. O regime democrático é “aquele que tem maior probabilidade de produzir decisões que tratem todos os membros da comunidade com igual respeito e consideração<sup>39</sup>”. Nesse sentido, a democracia é um procedimento que persegue as ideias de justiça, ao passo que o elemento quantitativo é insuficiente para legitimar o sistema constitucional vigente:

A concepção constitucional, em resumo, toma a seguinte atitude perante o governo majoritário. Democracia significa governo sujeito a condições – que chamamos de “condições democráticas” – de igual *status* para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias respeitam essas condições

---

<sup>36</sup> CONRADO, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

p. 55.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 479.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 10.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 185.

democráticas, aí suas decisões devem ser aceitas por essa razão. Mas quando não respeitam, não pode haver objeção, em nome da democracia, para outros procedimentos que melhor as protegem. Naturalmente, haverá divergência sobre o que as condições democráticas, em detalhe, são, e se a lei particular as ofende. (...) Mas, de acordo com a concepção constitucional, seria uma petição de princípio objetar que essas questões controversas sejam atribuídas à Corte sob o fundamento de que são antidemocráticas, porque essa objeção assume que a lei em questão respeita as condições democráticas e essa é a controvérsia mesma<sup>40</sup>.

Se assim o for, Dworkin defende uma concepção co-participativa de democracia, no qual “presume que os cidadãos devem ter um papel, como parceiros iguais em um empreendimento coletivo, tanto na formação quanto na constituição da opinião pública<sup>41</sup>”. Assim preencher a condição de uma comunidade de iguais é indispensável, pois a responsabilidade dos julgadores se traduz na necessidade de injetar uma dimensão moral nas decisões políticas. Construir um “fórum de princípio” depende da conjugação das condições formais e substanciais. De toda sorte, transcreve-se o seguinte fragmento de Conrado Hübner Mendes:

[Dworkin] enxerga a defesa de direitos fundamentais como a tarefa central das cortes e a deliberação sobre as políticas públicas o papel principal de parlamentos eleitos. Para ele a objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde (ou simplifica) o que a democracia efetivamente deve almejar. De acordo com sua concepção constitucional de democracia, esse regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos por um simples procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais. O procedimento decisório, nesse caso, pouco importa para a legitimidade da decisão. Tal “resposta certa” sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da “igual consideração e respeito”, e ajuda a promover a “filiação moral” de cada pessoa à comunidade política. Sem essa filiação moral prévia, procedimentos majoritários (ou quaisquer outros) não teriam valor nem satisfariam um padrão desejável de igualdade. Em resumo, democracia, quando estão em jogos

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 17-18.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503.

direitos fundamentais, depende de um *output* substantivos, não de um *input* procedimental<sup>42</sup>.

Como arremate, Dworkin afirma que a revisão judicial não é só compatível com a democracia, mas desejável. Advoga que a compatibilidade se condiciona a um aspecto fundamental: a legitimidade do controle de constitucionalidade reside no respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista a busca pelo necessário acerto das decisões. A noção de maioria e minoria tem seu significado mitigado, isso porque ao reconstruir o conceito de igualdade, a moralidade política entre em cena como condição da democracia, razão pela qual as controvérsias constitucionais são verdadeiros espelhos das avaliações da sociedade.

## 2 JÜRGEN HABERMAS: LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICO-PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Sob a perspectiva filosófica, Tanto Ronald Dworkin quanto Jürgen Habermas possuem uma semelhança: são prescritivos. Habermas procura, em grande medida, esclarecer as condições para a legitimação democrática do direito, como o fizeram outros importantes “legitimadores pelo procedimento”, seja na ciência do direito, Kelsen e Hart; seja na sociologia como Niklas Luhmann. Diferentemente de Dworkin, Habermas se situa no marco da teoria discursiva<sup>43-44</sup>, ao lado de Robert Alexy. A principal característica desse ramo é extrair regras de ação a partir das estruturas linguísticas. Para os fins desse trabalho, os principais questionamentos envolvendo Habermas abordam assuntos como os níveis de legitimação do direito, a dicotomia aplicação  $x$  fundamentação (justificação) do direito e a teoria do controle de constitucionalidade na perspectiva da dialógico-discursiva.

De início, é necessário explicar a função do direito na sociedade democrática moderna. A ordem jurídica tem um papel central, consistindo em procedimentos formais de elaboração e adequação das normas, pois “sob o signo de uma política completamente secularizada, o Estado de

---

<sup>42</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

<sup>43</sup> Resumidamente, a teoria discursiva é uma corrente filosófica do direito com pressupostos específicos de elaboração legítima das normas de ação adequadas ao direito num processo racional de deliberação.

<sup>44</sup> “Estou esgaravataando, um pouco aqui, um pouco acolá, à procura dos vestígios de uma razão que reconduza, sem apagar as distâncias, que uma, sem reduzir o que é distinto ao mesmo denominador, que entre estranhos torne reconhecível o que é comum, mas deixe ao outro a sua alteridade”. HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio B. Siebneichler; entrevistador: Michel Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 112.



Direito não pode existir nem se manter sem democracia radical<sup>45</sup>”. Assim, Habermas sustenta uma reconstrução<sup>46</sup> dos elementos formadores do Estado Democrático de Direito sob a perspectiva do viés procedimental, observando determinados pressupostos do agir comunicativo, em que todos os sujeitos são considerados livres e iguais, como explica Marcelo Cattoni:

Segundo Habermas, o Direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida igualmente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente. Essa coesão interna passa a ter validade na dialética entre igualdade fática e jurídica, suscitada pelo paradigma jurídico do Estado Social, frente à compreensão liberal do Direito, e que, segundo Habermas, e isso é de suma importância, “hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito”. Essa autocompreensão procedimentalista, que se apresenta, portanto, como uma terceira compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito é, por fim, explicada, a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos<sup>47</sup>.

Nesse ponto, o Direito contemporâneo é um direito *positivo*, marcado pela “tendência que se observa nas sociedades modernas a um aumento do direito escrito<sup>48</sup>”, tendo também uma função de garantir as liberdades públicas, especialmente porque “a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre o sistema e o mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral limitada à esfera do mundo da vida<sup>49</sup>”. Em diversos escritos, fica claro que a relação direito e democracia decorre de uma coesão fundamental para o exercício da autonomia dos sujeitos pertencentes à sociedade:

Os sujeitos privados não poderão gozar de iguais liberdades subjetivas se eles mesmos, no comum exercício de sua

---

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 61.

<sup>46</sup> Em prefácio à obra *Direito e democracia*, Manuel Jiménez Redondo diz que a teoria habermasiana “reconstrói a idealidade imanente à facticidade da realidade como agulhão e elemento de tensão operante nessa mesma realidade.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 16.

<sup>47</sup> CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. Disponível: <[http://www.fmd.pucminas.br/V-irtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/V-irtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>. Acesso em: 09 de junho de 2013, p. 3.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, II. Trad. Paulo Flávio B. Siebneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 504.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, p. 112.

autonomia política, não se esclarecem sobre interesses justificados e critérios e não se puserem de acordo sobre quais não de ser os aspectos relevantes sob os quais o igual deverá ser tratado de forma igual e o desigual de forma desigual<sup>50</sup>.

Em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, o alemão define a facticidade como “a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo<sup>51</sup>”; já a validade como “a legitimidade do direito e sua aceitabilidade racional<sup>52</sup>”. Aqui estabelece uma conexão entre elas: a ação estatal como o *locus* privilegiado da produção do direito legítimo fundamentado em termos racionais e no agir comunicativo<sup>53</sup>. Por isso, o Estado deve garantir “de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida através de sanções, e, de outro, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei<sup>54</sup>”.

Parafraseando Karl Marx, a história se torna a “luta” entre a autonomia privada e a autonomia pública, entendidos como os direitos humanos e a soberania popular, respectivamente<sup>55</sup>. Dessa forma, Habermas parte do pressuposto de que o discurso/diálogo, embrião do princípio democrático, amarra um sistema de normatização legítima, uma vez que opera na forma comunicativa de engendramento dos direitos. Com efeito, os direitos fundamentais seriam garantidores da autonomia privada e pública, atuando, muitas vezes, como legitimadores desta esfera. Com isso, Giovani Saavedra esclarece:

Os direitos fundamentais à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador garantem as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo.

---

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, p. 61.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 34.

<sup>52</sup> Idem, p. 35.

<sup>53</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, II. Trad. Paulo Flávio B. Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 287.

<sup>55</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Ou seja, fornecem ao destinatário da norma a condição de autor, de sujeito da norma. É somente através do código do direito que é dado preliminarmente que os sujeitos do direito podem exprimir sua autonomia. Por isso, para se fundamentar iguais direitos de participação e de comunicação, devemos adotar a postura da terceira pessoa do plural, e não da primeira<sup>56</sup>.

Habermas supera a compreensão de que o direito e democracia seriam premissas paradoxais, em favor de uma visão procedimental do direito, na qual a autonomia privada e pública seriam co-originárias<sup>57</sup> e nutriram-se mutuamente. Nisso, defende que os modelos liberal e social foram incapazes de viabilizar a auto-organização da sociedade como comunidade jurídica livre e igual, culminando com o surgimento de um novo paradigma formado por regras e princípios próprios e orientado por uma aplicação e interpretação específica:

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e a possibilidade para a realização dos direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior<sup>58</sup>.

Contextualmente, a partir da ideia de um grupo constituído por pessoas livres, guiados por um processo legislativo cujos “os destinatários são ao mesmo tempo autores de seus direitos”, a legitimidade advém de acordos, diálogo e opiniões tomadas na esfera pública, e construídos

---

<sup>56</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 130.

<sup>57</sup> “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 137.

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 180.

intersubjetivamente<sup>59</sup>. Habermas casa bem a questão da democracia com a “gênese lógica dos direitos<sup>60</sup>”, fruto do discurso que institucionaliza as condições de possibilidade para autonomia política civil e da soberania do povo conformada por cinco elementos abstratos de criação do direito positivo: i) *direitos fundamentais à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*<sup>61</sup>; ii) *direitos fundamentais a um status de um membro numa associação de iguais e autônomos da comunidade jurídica*<sup>62</sup>; iii) *direitos fundamentais a postulação judicial de direitos e a proteção jurídica*<sup>63</sup>; iv) *direitos fundamentais a participação em processos de formação da opinião e da vontade política* e v) *direitos fundamentais a iguais condições de vida dos direitos listados*<sup>64</sup>.

Essas cinco categorias de direitos fundamentais se apresentam na teoria habermasiana como garantias circulares que viabilizam as bases de uma associação composta por homens livres e igualmente sujeitos a ordem jurídica. Ao intercruzar os direitos humanos fundamentais e a soberania popular se estabelece o Estado de Direito pela forma do discurso racional. Desde logo, é perceptível que o embate e a deliberação pública na forma de

---

<sup>59</sup> De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em obra fundamental sobre a jurisdição constitucional democrática à luz da teoria discursiva habermasiana: “A moralidade habermasiana encontra fundamento no pensamento de Kohlberg e este, por sua vez, na obra de Piaget. Kohlberg estabelece um paralelo entre níveis distintos de moralidade e o processo de aprendizagem. Desta feita, na etapa pré-convencional da sociedade, a comunidade ainda não possui valores próprios, vez que as tradições/costumes ainda não se consolidaram. Da mesma forma que uma criança procura apreender padrões lingüísticos estabelecidos ou compreender regras de comportamento social, a comunidade está ainda estabelecendo norma de comportamento social. A fase convencional corresponde aos momentos em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos já estão estabelecidos, firmando um *status quo* social. Comparada à aprendizagem, a criança já compreendeu as regras sociais, dela sabendo utilizar-se. Assim, se na etapa anterior ela não sabia mentir, ou se considerava negativa toda e qualquer mentira, ela já conhece o valor da ‘chamada mentira social’. Na etapa pós-convencional, os indivíduos mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos por meio de reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 57.

<sup>60</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I, 2.ed. Tradução: Flávio

Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 159.

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 159.

<sup>63</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 160.

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 160.

debate de propostas e argumentos – reciprocidade de ideias – confirmam o procedimento pelo qual se permite tais atividades e ações. Diz Robert Alexy que a valia desses argumentos:

Está em dirigir o olhar, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, para os procedimentos e instituições da democracia e fazer patente que a ideia do discurso só pode se realizar em um Estado constitucional democrático, no qual os direitos fundamentais e a democracia, apesar de todas as tensões, entram em uma inseparável associação. A teoria do discurso permite, com efeito, não só uma fundamentação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, ela se evidencia também como teoria básica do Estado constitucional democrático<sup>65</sup>.

Como consequência, a tensão entre facticidade e validade se exterioriza no momento de aplicação do direito, sobretudo por relacionar a formação discursiva do direito com o processo de decisão. Nisso, advoga a distinção entre dois discursos<sup>66</sup>: o da *fundamentação* e o da *aplicação*, pois enquanto as normas tem uma adequabilidade imediata – enquadramento do fato à norma –; incumbe ao Legislativo determinar as justificações morais, econômicas e culturais que validam as normas – critério de pertencimento. Essa diferença é capital para a análise da jurisdição constitucional concebida por Habermas.

O autor enfrenta o controle jurisdicional de constitucionalidade avaliando a atuação do Tribunal Constitucional. De imediato, ciente da diferença entre os discursos de aplicação e fundamentação, adverte que os tribunais não podem exercer uma justificação das normas nem podem assimilá-los como valores: as regras revestem-se caráter deontológico, já os valores possuem caráter teleológico. De igual modo, o exercício da jurisdição constitucional não é uma verdade autoevidente, sendo sensível a atribuição referente ao controle abstrato/concentrado de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Em verdade, o autor afirma que o controle deve ser realizado pelo parlamento de acordo com o autocontrole e compreensão do processo racional de deliberação e aprovação das leis<sup>67</sup>.

Essencialmente, Habermas se preocupa, muito embora reconheça à ordem jurídica um conjunto instruído por princípios interpretados

---

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004, p. 130-131.

<sup>66</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>67</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 300-301.

construtivamente por juízes e tribunais, com a maneira que ocorrerá o controle das leis, para que não haja uma transferência de competências, já que para ele a legitimidade de uma decisão provém da legítima realização do direito, quer dizer, a decisão judicial se submete ao processo democrático<sup>68</sup>. Nesse sentido, critica a denominada “ponderação de valores” e a conhecida “jurisprudência dos valores alemã”:

Vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores” corrente entre os juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez, que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizada de valores referidas a casos<sup>69</sup>.

Enfim, para o sectário da teoria crítica da Escola de Frankfurt, a jurisdição constitucional deve cumprir com seus instrumentos, sujeita ao discurso de aplicação, a fim de garantir as condições democráticas (deliberação pública feita pelo Congresso), sendo possível a livre circulação de opiniões e vontades da sociedade civil. Indo além da verificação de respeito ao devido processo democrático de elaboração/produção do direito, os tribunais constitucionais precisam assegurar o espaço público de comunicação, onde as manifestações da soberania popular se consubstanciam e concretizam os direitos fundamentais:

A lógica da divisão dos poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que seja revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional da lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso,

---

<sup>68</sup> Segundo José Vicente Santos de Mendonça, “Habermas parece querer dizer é que uma legitimidade democrática do controle de constitucionalidade funda-se numa prática discursiva racional e aberta, na qual todos os participantes possuam uma série de direitos relacionados com a faculdade da razão. É essa prática discursiva que permitirá aflorar os melhores argumentos, os quais, por evidente, não importarão a violação de garantias existenciais”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade*. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 62, 2007, p. 195.

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 315.



não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. A transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa<sup>70</sup>.

Conclusivamente, há de ser dito que a teoria discursiva enxerga os direitos como normas deontológicas, assim o tribunal não pode, em nome de uma suposta consecução dos valores objetivos, assumir tarefas baseadas nos argumentos de justificação ou de caráter teleológicos. “Á medida que um tribunal constitucional adota a doutrina de uma ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão cresce o perigo dos juízos irracionais<sup>71</sup>”; e mais, cresce o perigo, na visão habermasiana, de surgir uma instância extremamente autoritária, que escapa da sua precípua missão de “guardião da democracia deliberativa<sup>72</sup>” “os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens<sup>73</sup>”.

### 3 JEREMY WALDRON: LEGITIMIDADE, LEGISLADOR/LEGISLATURA E DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

“Há muitos de nós, e discordamos sobre justiça<sup>74</sup>”. Com essa frase o jurista neozelandês Jeremy Waldron procura sair do lugar-comum da teoria constitucional para explicar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado em grande parte do mundo está longe de ser o único no sistema democrático contemporâneo. A interface apresentada por Waldron colocam-no num patamar diferenciado em relação à Dworkin e Habermas. Rejeitando as conhecidas justificativas já apontadas, procura restaurar o papel da legislação e do legislador na teoria do direito<sup>75</sup> e,

---

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 301.

<sup>71</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 321.

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 322.

<sup>73</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 322.

<sup>74</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 01.

<sup>75</sup> Essa perspectiva waldroniana sugere: “acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. Se essa má fama é ou não merecida por causa das extravagâncias, passadas e presentes, digamos, dos membros da Câmara dos Comuns britânica ou das duas casas do Congresso dos EUA, é uma questão sobre a qual não me pronunciarei. Isso porque o problema que percebo é que nem sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Mais importante, não possuímos um modelo

sobretudo, rediscutir o espaço de deliberação popular no contexto dos arranjos políticos de proteção dos direitos fundamentais.

Partindo da perspectiva dos conflitos socioculturais, Waldron enxerga a sociedade contemporânea sob o ângulo do desacordo moral razoável<sup>76</sup>, circunstância inerente à política atual. Para ele, desconsiderar os desentendimentos e a inexistência de um padrão ético e político hegemônico, que abandona as demais visões de mundo compartilhadas, obstruem o ideal democrático, particularmente num momento cujas instituições democráticas são funcionais e oferecem boas condições para circulação de ideias sobre direitos. Nesse sentido, Waldron entende ser o desacordo moral razoável o motor teórico que move suas reflexões:

Todavia, dada a inevitabilidade do desacordo sobre tudo isso, uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada por uma teoria da autoridade. Uma vez que pessoas discordam sobre o que a justiça requer e quais direitos temos, precisamos perguntar: quem deve ter poder para tomar decisões? (...). Saber o que conta como uma boa decisão é uma questão que não desaparece no momento em que respondemos à questão “Quem decide?”. Pelo contrário, a função de uma teoria da justiça e dos direitos é aconselhar seja lá quem for identificado (pela teoria da autoridade) como a pessoa que tomar a decisão<sup>77</sup>.

A espinha dorsal de sua tese desponta na construção de uma teoria da legislação que, por sua natureza, revigora a noção da maioria e rejeita as premissas do controle de constitucionalidade. Waldron lança mão de um “desconforto com a democracia”, em razão de um “*dirty little secret*”, que optamos por abdicar de um modelo governamental dignificado pela legislação em nome de uma eventual resposta correta “produzida” ou “descoberta” por juízes que gozam de absoluta infalibilidade. Desenvolve uma crítica a cultura disseminada de que a corte assegura os direitos fundamentais e a substância de justiça da democracia:

Em outras palavras, tenho certeza de que a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente

---

jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros autores em um sistema jurídico”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 01.

<sup>76</sup> Autores como *Jeremy Waldron (Law and Disagreement, 1999)* e *John Rawls (O Liberalismo Político, 2000)* dissertam sobre o *desacordo moral razoável*, consistindo na existência de um pluralismo de crenças, ideias e valores de natureza religiosa, política, filosófica e moral que demonstram serem incompatíveis entre si e racionalmente plausíveis.

<sup>77</sup> WALDRON, Jeremy. *A right-base critique of constitutional rights*. Oxford Journal Of Legal Studies, v. 13, 1993, p. 32.

relacionada com o entusiasmo (especialmente o entusiasmo da elite) por essa mudança. As pessoas convenceram-se de que 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 mais 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, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter<sup>78</sup>.

Ademais, Waldron está consciente da necessidade do autogoverno, especialmente diante da proposição de renovar a força da legislação como instrumento da manifestação popular e produto dos conflitos/desacordos existentes. Quando uma corte decide o faz por argumento de autoridade, e não a partir do consenso e da deliberação pública. Assim a força da sua autoridade, segundo Waldron, deriva da propagação de palavras de ordem como “tirania da maioria”, fazendo supor que a prevalência interesses majoritários implica no sacrifício sumário dos desejos minoritários. Em resumo, o jusfilósofo enxerga na legislação “o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por este motivo constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos<sup>79</sup>”.

Pode-se dizer que Waldron é um “ponto fora da curva” no estudo da jurisdição constitucional, observa o processo legislativo da melhor forma possível, tal qual se habituou a fazer no que se refere ao processo judicial. Por isso, indaga: “o que pareceria desenvolver uma figura cor-de-rosa do legislador que, equiparasse, em sua normatividade, talvez em sua ingenuidade, certamente em sua pretensa qualidade, a figura das cortes que apresentamos em momentos mais elevados de nossa teoria constitucional?<sup>80</sup>”. Ilustrativamente, Luís Roberto Barroso diz:

Nessa matéria, o processo legislativo, o processo político majoritário, não consegue produzir uma solução. E quando a história emperra, é preciso uma vanguarda iluminista que a faça

---

<sup>78</sup> WALDRON, Jeremy. *A right-base critique of constitutional rights*, p. 4.

<sup>79</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 88.

<sup>80</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

andar. É este o papel reservado ao Supremo no julgamento de hoje. Qualquer dos fundamentos conduz à procedência do pedido. Mas se este tribunal reconhecer a plenitude dos direitos reprodutivos da mulher, este será um dia para jamais esquecer. O marco zero de uma nova era para a condição feminina no Brasil<sup>81</sup>.

É de se notar que o preconceito contra o Legislativo é tal que seria explicado por uma sensação proveniente de um momento histórico de descrença e repúdio aos representantes do povo, a exemplo das assembleias populares durante o período iluminista<sup>82</sup>. Concentrando-se nos escritos dos filósofos Aristóteles, Locke e Kant, Waldron demonstra que se o consentimento individual é exigência para a legitimidade, o acordo é legítimo caso exista o consentimento entre os pares. A isso, ele denomina de “física do consentimento”, ressaltando o fato de que as movimentações políticas variam de acordo com o consentimento dos indivíduos que a integram. De modo percuciente, Conrado Mendes analisa:

A regra de maioria é sustentada por uma abordagem orientada pela legitimidade. A interpretação da física do consentimento de Locke tampouco é agregativa. A lógica do consentimento tem a ver com justiça, e com o reconhecimento do *status* de cada cidadão como igual. A métrica básica, em toda a situação em que indivíduos têm diferentes opiniões, deveria ser a métrica da equidade (*metric of fairness*). A base mais equitativa para proceder, numa situação de tamanho desacordo, é dada, nesse sentido, pela decisão majoritária. Uma escolha coletiva deve ser feita, a despeito do desacordo entre opções propostas pelos indivíduos. Não há um repositório de conhecimento super-humano que sirva de base para a decisão correta e verdadeira.

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ADPF nº 54: antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico*. Revista Consultor Jurídico, 17 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-17/direito-mulher-nao-utero-disposicao-sociedade>>. Acesso em: 04 de novembro de 2013.

<sup>82</sup> Diz Waldron: “(...) esse consenso a respeito de “grandes congregações” não é tão monolítico como parece. Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintonia de patologia política. ‘Boas leis’, disse ele, podem surgir ‘desses tumultos que muitos maldizem inconsideradamente’. E prosseguiu: ‘Para mim, parece que os que maldizem os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam as coisas que foram a primeira causa da manutenção da liberdade de Roma e que consideram mais os ruídos e os gritos que surgem em tais tumultos do que os bons efeitos que engendraram.’ (...) há filósofos que consideram seriamente a pluralidade da nossa política, que enxergam haver alho a favor do direito no fato de existirem muitos de nós e de discordarmos mutuamente, e que creem ser um erro tentar representar essa multiplicidade em uma legislatura composta de uma única mente solene e iluminada”. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41-42.

Apesar de a opção poder estar errada, tudo o que temos são visões individuais a respeito. O método da decisão majoritária tenta dar a cada indivíduo o maior peso possível, compatível com o peso igual de todos. A visão do indivíduo torna-se minimamente decisiva. O método majoritário alberga máxima decisividade para cada membro, sujeito apenas ao constrangimento da igualdade<sup>83</sup>.

Com foco na vertente procedimental do controle de constitucionalidade, Waldron descreve o exercício do controle de constitucional à luz dos desacordos morais, pois indesejável a existência de uma previsão procedimental que fosse capaz de decidir qual visão de mundo deve ser priorizada. Para ele, o poder de realizar a revisão judicial dos atos do legislativo longe de transformar o Judiciário num “olimpico” hermenêutico lhe confere um papel inapropriado<sup>84</sup>. A partir dessas considerações, o neozelandês defende que o controle de constitucional pode ser realizado diante das seguintes situações: i) hipótese de discordância entre o

---

<sup>83</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 98.

<sup>84</sup> A jurista alemã Ingeborg Maus direciona críticas ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, apontando o perigo da concentração de poderes no Judiciário, em razão do tipo de abordagem hermenêutica desenvolvida, o qual não se contenta em aplicar o direito posto, impondo uma moralidade: “A Justiça exigida pelo preceito de igualdade é (...) muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para “consciência jurídica”, revelada através do “receptáculo puro” que é o juiz. A “excepcional personalidade de jurista” criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa, qual seja: “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”. Nesta fuga da complexidade de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada através da centralização da “consciência” social na Justiça. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, ele atua menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autoreferencial. (...) Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego localiza-se na administração judicial da moral. (...) A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista”. MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): Sturz der Götter. *Frankfurt am Main*: Suhrkamp. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. 1989, 1 ed., p. 145.

Legislativo e o Judiciário e ii) prevalência da decisão proferida pela corte<sup>85</sup>. Concretamente, Waldron põe no centro da discussão a participação popular, porque os direitos são frutos da autonomia moral individual daqueles que os pleiteia.

Direcionando suas críticas a atual compreensão do constitucionalismo e o “arranjo injusto” que propicia uma situação antidemocrática, Waldron opõe-se a visão tradicional que confere diversos poderes e competências aos tribunais. Acima de tudo, defende o processo legislativo como uma fonte apropriada de governança, elegendo o critério majoritário como adequado para conservar a noção de autogoverno. Assim reconhece a igualdade e o direito de participação como elementos fundantes da dignidade e autonomia dos indivíduos, razão pela qual permite que o legislativo volte a ser o *locus* da pluralidade e discordância.

## 5 CONCLUSÃO

Traçando um paralelo entre as teorias de Dworkin, Habermas e Waldron é possível verificar alguns pontos de contatos. Primeiro, os três desenvolvem parâmetros sobre a tomada de decisão numa democracia constitucional e estão situados, do ponto de vista hermenêutico, num contexto pós-giro linguístico, no qual se têm presente a vagueza, ambiguidade e indeterminação dos textos normativos. Num segundo momento, os autores procuram conciliar as funções legislativa e jurisdicional o modelo de organização política contemporânea, muito embora, Dworkin, Habermas e Waldron partirem de pressupostos distintos.

Dworkin parte da noção de integridade e coerência; Habermas, do agir comunicativo e das condições democráticas; Waldron, do desacordo moral. Dworkin e Waldron protagonizam um antagonismo, na medida em que a figura do juiz, para um, assume posição de destaque e, para outro, papel secundário, uma vez que o dissenso e a impossibilidade dos acordos justifica a ideia de “dignificarmos” as decisões políticas tomadas pelos representantes eleitos. Nesse meio, Habermas acaba discordando de Dworkin quanto à possibilidade de os tribunais se torarem o palco das discussões políticas e sociais e de Waldron, ao avaliar que o controle de

---

<sup>85</sup> Na obra *Law and disagreement*, Waldron dispara: “estes pontos (...) são importantes para debates modernos sobre direitos, cortes e constitucionalismo. A revisão judicial baseada em direitos é normalmente defendida apontando-se a probabilidade de que o procedimento democrático da maioria leve a resultados injustos. E assim eles podem. Mas assim pode qualquer procedimento que procura solucionar o problema da escolha social em face do desacordo sobre o que é injusta ou tirania. A prática americana da Suprema Corte (...) já produziu decisões injustas”. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 247.



constitucionalidade deve continuar a ser exercido de forma procedimentalista, embora em situações menos excepcionais que as tratadas por Waldron.

Habermas, ainda, alega que a defesa de legitimidade do direito consiste na tentativa de verificar e assegurar as condições mínimas de produção das leis, examinando “os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e de condições procedimentais do processo legislativo democrático<sup>86</sup>”. Entretanto, Waldron considera que as divergências acerca dos direitos possuem outro fórum, a saber, a seara legislativa. Dessa maneira, a revisão judicial se prestaria, em última análise, a um papel acessório, ao passo que aos direitos de participação política se tonariam o principal elemento, exatamente porque incompatível com a criação de uma instituição competente para apreciar a compatibilidade das leis em uma sociedade marca pelas diferenças<sup>87</sup>.

## 6 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BRASIL, Ibope. **Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça**. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>>. Acesso em: 04 de novembro de 2013.
- CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas**. Disponível: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>. Acesso em: 09 de junho de 2013.

---

<sup>86</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

<sup>87</sup> Diz o sociólogo Boaventura de Souza Santos: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- DIPPEL, Horst. **A história do constitucionalismo moderno**. Novas Perspectivas. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Cambridge: Oxford University Press, 1984; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo, II**. Trad. Paulo Flávio B. Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HART, Hebert. **O conceito do direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”**. Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): *Sturz der Götter. Frankfurt am Main*: Suhkamp. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. 1989.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade**. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, 62, 2007.
- ÑINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- WALDRON, Jeremy. **A right-base critique of constitutional rights**. *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 13, 1993.
- \_\_\_\_\_. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.