

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS
E FILOSOFIA DO ESTADO**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-871-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I, durante o XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 15 de novembro de 2019, no Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA - Campus Direito, na cidade de Belém/PA, sobre o tema “Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1 – “PRESIDENCIALISMO E QUALIDADE DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA”, de autoria de Ana Tereza Duarte Lima de Barros. O estudo visou as Constituições latino-americanas, sendo constatado que estas dotaram os presidentes de fortes poderes legislativos, concluindo que o déficit democrático na América Latina não decorre puramente do presidencialismo, mas do tipo de presidencialismo adotado, que promove presidentes hiper fortes com permissão constitucional para atuarem ativamente na arena legislativa.

2 – “O QUE É ISSO TSE? RELEVÂNCIA JURÍDICA NO EXAME DA PROPORCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE MANDATO NAS REPRESENTAÇÕES DO ART. 30-A DA LEI N.º 9.504/97”, de autoria de Roney Carlos de Carvalho e Jéssica

Teles de Almeida. A pesquisa investigou os procedimentos de competência da Justiça Eleitoral que possuem como efeito a cassação de registro ou mandato, notadamente a representação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tendo por objetivo verificar a (in)existência de parâmetros para aferir a gravidade da conduta a fim de aplicar ou afastar sanção de negação ou cassação de diploma bem como a correção na aplicação da proporcionalidade.

3 – “DEMOCRATIZAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA DE 2009”, de autoria de Ricardo Silveira Castro e Thaiane Correa Cristovam. O estudo focou na análise das modificações promovidas pela Constituição boliviana de 2009 na forma de composição do Poder Judiciário, com o fim de democratizar esta estrutura do Estado historicamente marcada pelo elitismo. Abordou ainda, o movimento do novo constitucionalismo latino-americano do século XXI, demonstrando que a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia sofreu impactante alteração de concepção. Por final, a partir da identificação das rupturas promovidas com os modelos empírico-primitivo e tecnoburocrático que nortearam os desenhos institucionais implementados no século XX, a pesquisa identificou as limitações das inovações emergentes da experiência constitucional boliviana.

4 – “POLÍTICA, ESTADO E DEMOCRACIA: COMO A ARGENTINA ALCANÇA A MADUREZA INSTITUCIONAL SOB A LUZ DE PAULO FREIRE”, de autoria de Plínio Antônio Britto Gentil e Ana Paula Jorge. A pesquisa aproximou os princípios educacionais de Paulo Freire, com a maneira como a Argentina enfrenta o terrorismo de Estado, ante a sistemática violação de direitos humanos, patrocinada por sua mais recente ditadura. Concluindo, a partir de saberes da principiologia freireana, que considera toda educação uma ação política, que o povo e as instituições daquele país superaram uma fase de identificação com o opressor e de falta de crença em si mesmos, alcançando um estágio de amadurecimento que lhes possibilita processar e julgar criminalmente os violadores, promovendo dessa forma um reencontro do Estado com a nação, fato que revela maturidade institucional.

5 – “A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUA INFLUÊNCIA NA DEMOCRACIA”, de autoria de Valéria Aurelina da Silva Leite e Zildenir de Souza e Silva Roldão. O estudo verificou a situação da discriminação e a violência doméstica contra as mulheres, bem como a gravidade do problema a partir de relatórios descritivos da violência doméstica. Foi ainda verificada a situação da mulher desprotegida diante da violência doméstica. As autoras concluíram que no espaço protegido pelo silêncio da vítima, a

formação para a empatia e a capacidade de ouvir a voz do outro permitem a eficácia dos direitos onde a jurisdição tem dificuldade para chegar e estimula a participação da mulher na democracia.

6 – “OS PRINCÍPIOS ÉTICOS DA DIGNIDADE HUMANA À LUZ DA DEMOCRACIA ASSOCIATIVA DE RONALD DWORKIN”, de autoria de Yasmim Salgado Santa Brígida e Victor Sales Pinheiro. A pesquisa analisou em que medida a dignidade humana é uma exigência ética na democracia associativa, a partir da concepção de dignidade humana de Ronald Dworkin, baseando-se nos princípios morais do valor intrínseco da vida e da responsabilidade pessoal, inspirados na ética kantiana. Os autores relacionam os institutos morais com a organização política social, em relação ao governo e ao judiciário. Por final, concluíram ser imprescindível o fortalecimento da democracia associativa visando o respeito às exigências da dignidade humana como limite às ações do governo para a vida boa.

7 – “CIDADANIA, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL”, de autoria de Lauren Lautenschlager Scalco e Tanise Zago Thomasi. O estudo apresentou a concepção da democracia no tempo e no espaço, desde suas origens, objetivando afirmar sua importância e atual existência no século XXI, partindo da sua gênese, adentra no sistema ateniense e romano, sequencialmente passa pelos desdobramentos, enfatizando as similitudes e diferenças do sistema moderno com o seu jogo de poder, cita a influência do autogoverno para examinar a realidade brasileira na construção da cidadania nacional. Por final, averigua os desafios da sociedade global. Os autores concluem pela crise democrática mundial, a qual desconsidera a realidade cosmopolita, e conseqüentemente, a necessidade de uma nova reconfiguração para a soberania popular.

8 – “A IGUALDADE POLÍTICA À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN”, de autoria de Camyla Galeão de Azevedo e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro. A pesquisa discutiu o conceito de igualdade política a partir da teoria de Ronald Dworkin, investigando o seu modelo de democracia substancial, de parceria ou de coparticipação que é crítico aos pressupostos de uma democracia formal estruturada no majoritarismo. As autoras demonstraram que no modelo de democracia de Dworkin, bem como o seu ideal de igualdade política, as pessoas governam a si mesmas cada qual como associado ou parceiro de pleno direito da vida coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas apenas se garantem direitos de minorias.

9 – “ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UM ESTUDO SOBRE O VOTO DISTRITAL”, de autoria de Ester Oliveira Ferreira Aragão e Gerardo Clésio Maia Arruda. O trabalho explicita a importância do voto distrital para o aperfeiçoamento dos elementos

legitimadores da democracia republicana, bem como discute o Projeto de Emenda Constitucional - PEC 77/2003. Os autores contextualizam questões econômicas e políticas estruturais que obstaculizam a concretização dos direitos sociais positivados na Constituição de 1988, bem como apresentam elementos que contribuem para o fenômeno da descrença nos entes e nos agentes políticos. Por final, concluíram que o voto distrital é um instrumento capaz de melhorar a qualidade da democracia brasileira.

10 – “A LEGALIDADE ESTRITA E SUA APLICAÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS”, de autoria de Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino e Carlos Marden Cabral Coutinho. No estudo, o autor bordou o uso indiscriminado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nos julgamentos dos processos de prestações de contas dos candidatos eleitorais na seara da Justiça Eleitoral, em detrimento das regras estabelecidas na própria legislação eleitoral, o que fez a partir de dois acórdãos paradigmas: um da instância ordinária e outro do Tribunal Superior Eleitoral.

11 – “O PROJETO PARLAMENTO JOVEM DO TRE/PR: RELATO DE EXPERIÊNCIA DO MUNICÍPIO DE JACAREZINHO - PARANÁ”, de autoria de Paulo Roberto Braga Junior e Ana Paula Pavanini Navas. A pesquisa tratou do Projeto Parlamento Jovem, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná em parceria com a Câmara Municipal do Município de Jacarezinho. Os autores mostraram a importância da participação política e democrática dos adolescentes em sua comunidade, por meio de ações educacionais, visitas guiadas, explanação de conceitos básicos sobre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Projeto culmina na promoção de eleição de vereadores mirins/jovens, em processo eleitoral nas instituições de ensino, na qual ficou demonstrada a percepção dos alunos participantes quanto ao papel que lhes cabem em sua comunidade, enquanto inseridos na sociedade.

12 – “WALDRON CONTRA O JUDICIAL REVIEW EM DEFESA DO PONTO DE VISTA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO”, de autoria de Ayrton Borges Machado. O trabalho expôs como a crítica de Waldron sobre a judicial review tem também uma crítica mais profunda sobre o constitucionalismo e seu caráter antidemocrático. O autor inicia com uma crítica de Waldron diretamente sobre a prática do judicial review, depois apresentou a defesa do judicial review por Waluchow, através de sua teoria da autenticidade. Por fim, trouxe as respostas de Waldron a Waluchow, bem como sua tese central: que a sua crítica vai além de uma demissão do judicial review, e alcança uma dimensão a respeito da relação entre constitucionalismo, democracia e Estado de Direito.

13 – “O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO COMO CRITÉRIO PARA A ESCOLHA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de autoria de Lincoln Mattos Magalhães e Jânio Pereira da Cunha. O estudo discutiu o procedimento disciplinado no art. 101, parágrafo único, da Constituição de 1988, problematizando a liturgia normativa de recrutamento de Ministros do Supremo Tribunal Federal mediante indicação direta do Presidente da República e aprovação majoritária do Senado. O questionamento central foi a adequação do método de escolha atualmente previsto e sua compatibilidade material com as ideias de democracia, de representatividade e de legitimação do poder judiciário como instituição incumbida de exercer o controle de constitucionalidade em última ratio.

14 – “AS VOZES DA PRAÇA DA REPÚBLICA DE BELÉM/PARÁ”, de autoria de Helder Fadul Bitar. A pesquisa teve como objetivo demonstrar como a Praça da República se tornou um espaço referência do exercício da democracia participativa na cidade de Belém do Pará. Em conclusão, o autor, constatou que a Praça da República, resgatou os preceitos da democracia grega, onde a praça era o local de reunião e fala do povo, se tornou em Belém uma referência para manifestações e participação ativa da sociedade no exercício da democracia.

15 – “RELAÇÃO ENTRE MAX WEBER E A DEMOCRACIA”, de autoria de Vitor Hugo Duarte das Chagas. O trabalho fez uma análise da classificação que Max Weber realiza da modernidade e da democracia em si mesmos. Delineou a sociologia de Max Weber e seus conceitos essenciais, conceituou a modernidade em Max Weber, mostrando que a sociologia de Weber e a sua visão sobre a modernidade, conceituaram a democracia liberal. Por final, o autor, analisou a racionalização da democracia sob a perspectiva de Max Weber, nas duas formas apresentadas por ele, quais sejam, a democracia parlamentar e a democracia plebiscitária.

16 – “PARTICIPAÇÃO POPULAR E A (RE)DISCUSSÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO”, de autoria de Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal. O estudo analisou a democracia no caso do referendo ocorrido no Brasil, no dia 23 de outubro de 2005, no qual a população foi consultada sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições no território nacional e a reversão do que ficou decidido no referendo pela falha na aplicação do resultado da votação repercutindo como uma afronta para a Democracia.

17 – “LIBERDADE DE EXPRESSÃO, ELEIÇÕES E AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA: PERSPECTIVAS A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 548 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, de autoria de Miguel

Angelo Aranega Garcia e Valter Moura do Carmo. A pesquisa abordou a ideia de propaganda no período eleitoral, seus conflitos com o princípio da liberdade de expressão e a autonomia universitária. Bem como analisou a decisão proferida na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual discutiu-se a respeito da autonomia universitária neste contexto.

18 – “O AUMENTO DA POBREZA E A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: IMPACTO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA A PARTIR DE HABERMAS”, de autoria de José Marcos Miné Vanzella e Jéssica Therezinha do Carmo Carvalho. O artigo apresentado tratou, a partir do pensamento de Habermas, do aumento da miséria e da pobreza, provocado por política econômica neoliberal, a qual geraria maior desigualdade social, desrespeitando o princípio da dignidade humana e infringindo princípios e direitos fundamentais socioeconômicos, da constituição da República Federativa do Brasil. Os autores, abordaram que a crise do Estado de bem-estar social, afeta a legitimidade do Estado democrático de Direito, sobrepondo o econômico sobre a solidariedade social, concluindo que a ação política na esfera pública e na sociedade civil podem, ser eficazes, reequilibrando o sistema.

19 – “FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS DESDE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO”, de autoria de Pedro Henrique Costa de Oliveira. A pesquisa analisou, a partir da evolução jurisprudencial do Poder Judiciário em matéria de direitos políticos das mulheres, o financiamento de campanhas eleitorais femininas. A prática revelou que as campanhas eleitorais das mulheres são subfinanciadas em relação às dos candidatos do sexo masculino, o que contribui, ainda mais, para a desigualdade entre candidatas e candidatos, vez que pesquisas demonstram que há uma íntima relação entre dinheiro e sucesso eleitoral. O autor, ao final, apresentou algumas propostas para que o financiamento das campanhas de homens e mulheres sejam mais igualitários.

20 – “O INDIVÍDUO E O MERCADO: SOB A PERSPECTIVA DO LIBERTARISMO DE NOZICK”, de autoria de Natália Ribeiro Machado Vilar e Alexandre Antonio Bruno da Silva. O trabalho testou a premissa da inviolabilidade do indivíduo na filosofia do Estado libertário de Robert Nozick. Os autores analisaram a proposição libertária sobre o indivíduo como fim em si mesmo, e não como meio à persecução de finalidades diversas. Ao final, concluíram que os indivíduos são os próprios instrumentos mercantilizados, sob o viés da liberdade de escolha.

21 – “A NATUREZA JURÍDICA SANCIONATÓRIA DOS ILÍCITOS ELEITORAIS “NÃO CRIMINAIS”, de autoria de Amanda Guimarães da Cunha e Luiz Magno Pinto

Bastos Junior. O estudo analisou a natureza jurídica dos ilícitos eleitorais não previstos como crimes, mas que apesar de sua característica sancionatória, são tratados como meros ilícitos civis. Como ponto de partida, os autores, estabeleceram que tais ilícitos são manifestação do jus puniendi estatal e devem estar tipicamente descritos. Pelos critérios bens jurídicos envolvidos, gravidade das sanções impostas e elementos subjetivos para imputação, concluíram que sua natureza é muito próxima a dos delitos, com isso, seu regime de apuração deve se aproximar das regras penais, reconhecendo a individualidade do ramo como parte de um direito sancionador eleitoral.

22 – “DEMOCRACIA MOÇAMBICANA À LUZ DO CONCEITO DE POLIARQUIA DE ROBERT DAHL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DEMOCRACY INDEX 2018”, de autoria de Lívia Chaves Leite e Simone Mayara Paiva Ferreira. A pesquisa analisou em que medida os eixos analíticos da Poliarquia de Robert Dahl influenciam na transição de classificação de Moçambique no ranking do Democracy Index de 2018, elaborado pela The Economist Intelligence Unit (The EIU), passando de uma “democracia híbrida” a um “autoritarismo”, bem como um possível retorno à classificação anterior diante de novas eleições em outubro de 2019. As autoras, concluíram que a situação político-estrutural das eleições autárquicas de 2018 mitigaram o pluralismo, a contestação pública e direitos fundamentais em razão do cenário de corrupções e confrontos entre os dois grandes partidos (FRELIMO e RENAMO).

23 – “A DEMOCRACIA E O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO: ENTRE A INTEGRIDADE E A ESFERA PÚBLICA DE DEBATE”, de autoria de Cora Coralina Alves da Silva. O trabalho apresentou a teoria política e jurídica de Dworkin de modo a extrair o seu fundamento em prol da democracia, a partir de seu conceito de obrigação associativa, bem como, analisou a teoria democrática de Axel Honneth. A partir de ambas as análises, sob a ótica da Filosofia e do Direito em Dworkin e, em Honneth, a luz da historicidade e da Sociologia, a autora disponibilizou uma construção que, ao menos de modo elucidativo, suplante as lacunas tanto em uma teoria quanto em outra, somando as vantagens de cada um dos olhares.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assuntos que nos dias atuais tem despertado muito interesse em razão da crise política experimentada pelo país nos últimos anos.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia e dos direitos políticos.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Universidade de Fortaleza

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

WALDRON CONTRA O JUDICIAL REVIEW EM DEFESA DO PONTO DE VISTA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

WALDRON AGAINST JUDICIAL REVIEW IN DEFENSE OF INSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC VIEWPOINT

Ayrton Borges Machado ¹

Resumo

O presente artigo expõe como a crítica de Waldron sobre a judicial review tem também um crítica mais profunda sobre o constitucionalismo e seu caráter antidemocrático. A primeira parte é composta da crítica de Waldron diretamente sobre a prática do judicial review. A segunda apresenta a defesa do judicial review por Waluchow, através de sua teoria da autenticidade. Por fim, apresenta-se as respostas de Waldron a Waluchow, bem como sua tese central: que a sua crítica vai além de uma demissão do judicial review, e alcança uma dimensão a respeito da relação entre constitucionalismo, democracia e Estado de Direito.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Democracia, Estado de direito, Waldron, Waluchow

Abstract/Resumen/Résumé

This paper exposes how Waldron's critique of judicial review has also a deeper critique of constitutionalism and its undemocratic character. The first part is composed of Waldron's critique directly of the practice of judicial review. The second part of the article presents Waluchow's defense of judicial review through his theory of authenticity. In the last part, Waldron's responses to Waluchow's critiques, as well as his central thesis: that his criticism goes beyond a dismissal of the judicial review, and it reaches a deeper dimension about the relationship between constitutionalism, democracy and the rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Democracy, Rule of law, Waldron, Waluchow

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA).

1. INTRODUÇÃO

Jeremy Waldron é um dos autores mais proeminentes da filosofia política contemporânea quanto ao tema da democracia. Se por vezes sua escrita parece simples, por outro lado é sempre rica em *insights* imprescindíveis, que se tornam paradigmáticos para todo o debate em que se insere. Seu debate sobre desacordos se tornou um paradigma para a percepção do enfrentamento do pluralismo nas democracias contemporâneas, importando em um debate que vai até as raízes epistemológicas de como formar consensos.

A presente investigação versa sobre o tema da democracia, mas enfocando na prática da *judicial review* e dos problemas de um constitucionalismo ideológico¹. Se, por um lado, o argumento mais preciso de Waldron é contra a prática de um forte controle da legislação por instituições judiciais, em razão do desacordo precisar ser decidido por instituições mais democráticas, por outro subsiste um problema de fundo que existe e empurra as decisões para procedimentos menos democráticos, e essa inclinação é aquela presente em uma visão constitucionalista de democracia e constituição. De alguma forma, Waldron percebe que há duas orientações nas sociedades contemporâneas: uma que é a democracia, e outra, que é antidemocrática, uma vertente específica de constitucionalismo, e sobre esta Waldron é cético quanto a sua possibilidade de ser popular e democrática.

O problema que se apresenta no presente artigo é: “Qual o sentido mais fundamental que se infere da crítica de Waldron à prática da *judicial review*? É apenas uma crítica a uma prática, ou tem um alcance maior?”. Para responder a essa pergunta, divide-se a exposição em três partes. Na primeira parte apresenta-se a crítica diretamente à prática da *judicial review* e no seu final começa-se a antecipar a crítica mais abrangente e de fundo. O artigo, como plano de exposição, opta por pausar a exposição da crítica de Waldron, para ilustrar a sua crítica ao constitucionalismo ideológico, expondo a teoria de Waluchow sobre a *judicial review* e a sua visão constitucionalista de democracia, bem como alguns pontos da crítica deste a Waldron. Na terceira e última parte do artigo, passa-se propriamente à exposição da questão de fundo da crítica de Waldron, buscando responder às críticas de Waluchow, e demonstrando como o constitucionalismo pode ser antidemocrático, contrário ao estado de direito e se sustentar perigosamente em fundamentos externos à visão interna da instituição, bem como a importância

¹ Waldron não se opõe ao Constitucionalismo em si mesmo, que é a reflexão teórica sobre a constituição e seus conceitos, mas contra uma vertente que utiliza a constituição para se voltar contra os mais fundamentais princípios democráticos e chancela um ativismo que favorece uma perspectiva moral particular sobre outras, ignorando os desacordos existentes.

da própria sociedade, sem paternalismo, enfrentar sua própria responsabilidade na superação dos desacordos.

2. A CRÍTICA DE WALDRON AO *JUDICIAL REVIEW*

Antes de falar qual é o ponto central da crítica de Waldron sobre a *Judicial Review*², é preciso notar que o autor faz 4 assunções que contextualizam o ambiente em que suas colocações fazem sentido: i) que as instituições democráticas estejam funcionando bem, inclusive que os representantes legislativos tenham sido eleitos majoritariamente; ii) tem instituições judiciais em boa ordem, e que estão assentados em bases não-democráticas para ouvir demandas dos indivíduos, bem como são instituições que defendem o estado de direito; iii) compromisso da maioria dos membros da sociedade e dos agentes oficiais quanto à ideia de direitos individuais e de minorias; iv) que haja desacordo de boa fé sobre direitos (WALDRON, 2005, p. 60).

Essas assunções feitas por Waldron (2005) não são petições de princípios, nem tampouco exigências exageradas; elas apenas dão noção do pano de fundo sob o qual ele está argumentando. Todos os pontos são fundamentais. O ponto *i* é relevante, porque o tipo de instituições tipicamente democráticas, como o poder legislativo, precisam ser pressupostas saudáveis para sopesar com as supremas cortes e dar razões porque Waldron opta por criticar o *judicial review* em favor do legislativo.

O ponto *ii* trata de duas questões importantes; a primeira delas é o reconhecimento que as instituições judiciais não são típicas representantes democráticas nem agem em sua atividade diária como se os representantes estivessem sempre influenciando em suas considerações, bem como que elas devem respeitar o estado de direito (*rule of law*). O ponto *iii* é a pressuposição do respeito por um tipo relevante de direitos, e o ponto *iv* fala do fato do desacordo como realidade numa sociedade democrática. Para a argumentação do artigo, alguns pontos tomarão mais relevância que outros.

A forma do problema apresentado por Waldron (2005, pp. 69-72), e que ensejará a rejeição do *judicial review* é o que se apresenta a seguir. Os indivíduos de uma comunidade são comprometidos com direitos, e comprometidos com aquele tipo de direitos de minorias apresentados anteriormente no ponto *iii*. Apesar disso, estes mesmos membros desacordam sobre direitos, e este é o *fato do desacordo*.

² *Judicial Review* pode ser traduzido por Controle de Constitucionalidade. No contexto do debate de Waldron, esse sentido é ainda mais específico, significa um Controle apenas sobre a legislação, e não um de tipo que incida sobre atos administrativos.

Para solucionar esse desacordo, os indivíduos precisam de um procedimento e de uma teoria que explique a legitimidade desse *procedimento de decisão*. Ainda que discordem novamente, mas agora sobre o procedimento, não há como ignorar que se precisa de procedimento para superar o problema, de modo que este não poderá ser desconsiderado. Escolher um procedimento é uma necessidade³.

Há tipos de razões que levam a escolher um *procedimento de decisão*: razões relacionadas com o processo (*process-related*), e razões relacionadas com resultados (*outcome-related*) (WALDRON, 2005, p. 1372). Os desacordos existentes sobre direitos e sobre concepções morais, como assinala Waldron em *Law and Disagreement* (WALDRON, 1999a), impelem a uma dificuldade de pensar os procedimentos em termo de consequências, isto é, um desacordo de boa fé pode ser sustentado por alguém que discorde de um valor ou direito, de modo que moldar o procedimento os tendo por base seria passar por cima da posição fundada de alguém.

Um direito ou um valor pode ser afastado, mas a necessidade de um procedimento é inafastável. Pressupondo um regime democrático, determinados valores podem ser afastados, como, por exemplo, alguns direitos sociais, sem que se deixe de estar em uma democracia; todavia, as razões relacionadas com os procedimentos, tal como o autogoverno, são inafastáveis porque na sua ausência descaracterizaria a democracia.

Qual o critério para optar entre um tipo ou outro de razões na escolha do procedimento adequado para a decisão? Waldron diz que é preciso considerar dois critérios: respeito e igual consideração pelas reivindicações dos afetados, e qual destas razões apreende melhor a verdade sobre os direitos (WALDRON, 2005, p. 1375). Waldron considera que a visão relacionada ao processo dá mais ouvido às vozes dos afetados e, por isso, sustenta melhor a igual consideração como requisito. No sopesamento, o tipo de razões que favorece mais a democracia é a *relacionada com o processo*, porque favorece o modelo legislativo como meio legítimo para a solução dos desacordos de direitos dentro da sociedade.

É nesse ponto que o *judicial review* recebe críticas de Waldron quanto à solução de controvérsia de direitos. Não que as supremas cortes não tenham algum nível de legitimidade democrática; elas até possuem, porque seu modelo geralmente alberga a nomeação política dos seus ministros, ou porque suas decisões tem um impacto no nível do debate público. A questão de Waldron é que a solução do desacordo de posições dos cidadãos a respeito dos direitos tem

³ Essa consideração de Waldron se assenta na distinção entre um desacordo substancial, isto é, sobre qual valor moral ou direito deve ser protegido ou promovido, e o desacordo procedimental, que questiona as bases e a etapa sobre as quais os consensos devem ser formados.

que ter o procedimento mais democrático possível. A solução da disputa por essa posição, entre *legislativo e instituição judicial*, tem que ser comparativa (WALDRON, 2005, p. 1390), em favor do modelo mais democrático. A conclusão de Waldron é pelo procedimento legislativo de decisão porque ele é mais democrático que as instituições judiciais, e não porque ele seja o único democrático.

A questão de fundo que ocupa o pensamento de Waldron (2016, p. 42) é o caráter antidemocrático do constitucionalismo e das instituições vinculadas a esse tipo de orientação. Como expõe Waldron (2016, p. 25), o constitucionalismo, além do sentido teórico dessa expressão, designa uma ideologia na qual a constituição, como valor, está em tão alta consideração, que se aceita que outros valores sejam sacrificados em seu nome. A maneira de ver do constitucionalismo põe uma certa visão da constituição de modo tal valorizado, que se centra numa posição hierárquica dos seus valores, de modo que em alguns assuntos passam a ser inacessíveis para o debate popular e deliberação.

Essas considerações levam ao *insight* fundamental de Waldron, de que o *constitucionalismo* não é a única forma de compreender a constituição, é apenas uma forma mais paternalista e antidemocrática de entendê-la. Por isso, Waldron não considera que sua visão constitua uma leitura constitucionalista. Ele entende que a função de uma constituição não seja somente de limitar as regras abaixo delas, mas também empoderar cidadãos no sentido de que eles possam tomar os recursos da lei e participar em uma democracia. Como diz Waldron (2016, p. 43. Tradução nossa), “esta é uma visão democrática da constituição, mas não é uma visão constitucionalista”⁴.

Esta última é uma sutil distinção que Waldron faz, mas que dá conta de um grande significado. A função de uma constituição não é gerar uma ideologia (constitucionalista) que se volte contra a democracia, nem tampouco atribuir a um pequeno grupo de indivíduos uma posição de correção da sociedade, como ocorre com um forte controle de constitucionalidade, segundo o autor. Como foi dito, o *constitucionalismo* como ideologia gera uma forma institucional, que no caso é o *judicial review* no seu nível forte de controle.

Portanto, quando Waldron se volta contra um modelo forte de controle de constitucionalidade ele não está especificamente lançando argumentos apenas contra a instituição *judicial review*; antes, sua crítica é mais profunda e ampla, voltando-se contra a

⁴ A distinção feita por Waldron entre uma concepção “constitucionalista de uma Carta Constitucional” e outra que se chama “concepção democrática de constituição”, é um recurso de Waldron para se por aparte de um constitucionalismo que cristaliza princípios e empodera interpretações feitas por instituições não populares, e se por ao lado de uma visão participativa e popular de constituição.

ideologia constitucionalista mesma. A respeito dessa questão de fundo, sobre a crítica à vertente ideológica do constitucionalismo e seu problema para com a democracia e Estado de direito, o presente artigo retornará na sua última parte, quando também se apreciará a posição de Waluchow.

3. A AUTENTICIDADE EM WALUCHOW E SUA CRÍTICA A WALDRON

Waluchow é um dos principais críticos de Waldron, e um dos principais endossadores do constitucionalismo e do *judicial review*. A pergunta fundamental de Waluchow é “por que as democracias optam por um modelo de Cartas de direitos?” Seu posicionamento se assenta no que ele chama de *standard case*⁵ das democracias, que tenta dar uma resposta a esse problema. O *standard case* preceitua que as democracias aceitaram um modelo de *cartas de direitos* e que aceitam um modelo de *judicial review* (WALUCHOW, 2007, p. 75) como forma de representação e proteção de direitos de minorias.

Para o autor o *judicial review* é uma questão de representatividade. Waluchow (2007) realiza um raciocínio que vai do modelo de realeza até o modelo de democracia. O modelo *Regas* (realeza) pode consultar os súditos, mas no final o apelo destes podem não ser ouvidos. Então se passa de um modelo concentrado para um de *assembleias*. E depois, mesmo as assembleias, fundado sobre o *multiple head principle*, permanece o problema da representação das minorias e seus interesses. Como na democracia o método majoritário de decisão e eleição de representação pouco tem a importar em grandes avanços na representação de minorias, esta representação vem, entre outras coisas, por meio do *judicial review*. A esse processo de evolução de modelos Waluchow chama de emergência do *standard case* (WALUCHOW, 2007, p. 79).

Waluchow realiza uma inferência que no final deste artigo será problematizado, que é postular a *judicial review* como caso paradigmático das democracias que adotam uma carta de direitos, como se do fato de adotar uma constituição, tal modelo de controle fosse uma inferência necessária. De todo modo, na sua perspectiva, o caso padrão se forma quando o *judicial review*, legitimado pela Carta de direitos, atua em nível de representatividade. Contudo existe o problema de que os *Justices* da Suprema Corte não são eleitos pelo povo, e, portanto, a uma primeira vista, não cumprem a forma clássica da representatividade. Este é o problema geral da representatividade: quem pode falar ou agir por quem? E por qual razão pode fazê-lo?

⁵ O *standard case* é a reunião dos principais elementos que conformam atualmente a correta compreensão do que uma democracia deve contemplar, um padrão que se formou a partir de um conjunto de experiências históricas que implicaram no modo por fim a que se chegou.

Naturalmente já se tem pressuposto explicada a legitimidade representativa dos legisladores; mas e quanto aos Juízes, que não receberam diretamente votos, como podem agir como representantes?

Waluchow explica como instituições judiciárias podem ser agentes representantes, explicando a teoria do consentimento informado e a autenticidade. Para que o consenso seja válido, diz Waluchow (2007, pp. 86-87), a) o agente tem que ser competente, b) o consentimento tem que ser dado livre ou voluntariamente, c) o consentimento tem que ser informado, e d) tem que ser um consentimento autêntico. O problema da atuação do judiciário reside exatamente neste último.

Quando os cidadãos elegem representantes, o fazem por manifestação direta de vontade, um consentimento que é expresso. Contudo, quando a prática de *judicial review* derruba uma legislação, ela precisa explicar como pode contrariar uma manifestação legítima de democracia. A explicação de Waluchow é que, às vezes, apesar da manifestação expressa de vontade, essa manifestação não é genuína porque falta autenticidade.

Quando há uma manifestação expressa de vontade, mas esta não reflete as crenças, compromissos e preferências assentadas do agente, então há um problema de *evaluative dissonance* (WALUCHOW, 2007, p. 89). O exemplo do autor é o de uma pessoa que ingeriu bebida alcoólica, e deseja expressamente dirigir seu carro, mas seus amigos evitam esse comportamento, adotando uma medida alternativa. Apesar de sua vontade expressa em querer dirigir, há uma dissonância disto com seus valores e compromissos habituais, tanto que seus amigos estão autorizados a não observar sua manifestação expressa, isto é, falta para ele a *autenticidade* de seguir os valores que habitualmente está inclinado a seguir, e que seguiria não fosse a condição momentânea em que se encontra.

Waluchow entende que às vezes a autoridade sabe melhor tomar decisões do que os próprios cidadãos, no sentido de fazê-los seguir seus próprios valores, bem como em cumprir compromissos. Esse argumento vale não somente para os cidadãos, mas também para os representantes legislativos, que também podem sofrer da situação de *evaluative dissonance* (dissonância avaliativa), de modo que seus atos, embora sejam suas vontades expressas em produzir uma lei, podem ser manifestamente inautênticos, no sentido de que não refletem o compromisso com os valores democráticos e constitucionais, bem como, às vezes, não refletem os compromissos e crenças dos representados. Essa é uma argumentação que fortalece a prática da *judicial review* (WALUCHOW, 2007, p. 96), como meio de corrigir a inautenticidade.

Waluchow critica Waldron, porque a noção de democracia que este sustenta foca apenas no aspecto procedimental (*procedural conception*), e não numa noção constitucional de

democracia (*constitutional conception*). Nas suas próprias palavras, a “satisfação da concepção procedimental é a mais necessária, porém não suficiente, condição da democracia” (WALUCHOW, 2007, p. 108 Tradução nossa). Conclui Waluchow que a democracia, ao fim, é mais sobre igualdade de valores e autogoverno, e menos sobre procedimento de produzir decisões (WALUCHOW, 2007, p. 109).

Essa posição de Waluchow, portanto é mais substancial do que procedimental, precisamente porque, na linguagem de Waldron, ela não é uma visão constitucional, mas uma visão *constitucionalista* de democracia, no sentido ideológico de fixação de valores e autorização de um controle forte de constitucionalidade. Isto, para Waldron, não é, em termos estritos, mais uma questão de democracia.

Contudo, Waluchow pensa afastar a crítica de Waldron, de que esse modelo de democracia e constitucionalismo implicaria em um favorecimento especial de um grupo, a respeito de decisões morais, como se fossem reis filósofos (WALUCHOW, 2007, p. 162) – para usar uma analogia platônica a que o próprio autor recorre –, isto é, pessoas cuja decisão moral a respeito do que é melhor é privilegiada por serem mais esclarecidos ou dotados de alguma *expertise* que os habilita mais.

O autor diz que essa analogia de Waldron não faz sentido porque os juízes não possuem autoridade moral⁶. Todavia a preocupação de Waldron é evitar exatamente isto, evitar que os juízes, em *judicial review*, tendo a última palavra, considerem que devem ter uma posição moral privilegiada. Dizer que não possuem autoridade moral, é diferente de dizer que não deveriam ter autoridade moral. De fato, não deveriam ter, mas o encorajamento de tal autoridade moral incide a partir de um encorajamento favorecido pela relativização do procedimento democrático. Esta resposta não é conclusiva, de sorte que as respostas às questões aqui levantadas passam a ser debatidas a seguir, dando forma final à interpretação de Waldron a respeito de qual a melhor forma de entender sua argumentação e seus *insights*.

4. WALDRON EM FAVOR PONTO DE VISTA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

Waldron não se opõe à *judicial review* enquanto tal, isto é, a toda e qualquer forma de controle de constitucionalidade realizada pelas cortes. O tipo de controle de constitucionalidade a que ele se opõe tem duas características básicas: ele tem que ser aqueles controles incidentes

⁶ Autoridade moral é o poder que uma instituição possui, no caso uma instituição judicial e seus membros, em postular uma visão moral privilegiada sobre as demais existentes, ignorando o desacordo moral das sociedades contemporâneas, ou mesmo que sua solução deveria provir de uma composição democrática popularmente participativa e deliberada.

sobre a legislação, e tem que ser, principalmente, o que chamado de *Strong Judicial Review* (controle forte de constitucionalidade) (WALDRON, 2005, p. 1354). Isso significa que o autor identifica no controle de constitucionalidade um mecanismo legítimo do poder judiciário, exceto quando ele avança para afastar a aplicação do estatuto de lei, seja a um caso em particular, ou mesmo alterar seus efeitos (WALDRON, 2005, 1354). Nesse caso há uma violação da separação de poderes, momento em que o judiciário, de modo antidemocrático na visão de Waldron, desempenha ilegitimamente a função legislativa.

De alguma forma, o tipo de *controle de constitucionalidade* legitimado por Waluchow está nesse caminho. Waluchow, como exposto na seção anterior, espousa uma posição de que às vezes é preciso ir contra as manifestações de vontade das instituições democráticas e mesmo contra o povo em favor de uma de autenticidade, isto é, ir contra o povo e as instituições quando estes não estão sendo autênticos com suas próprias convicções e compromissos. Desse modo, o *judicial review* defendido por Waluchow, ao passar por cima do legislativo alterando os efeitos da legislação ou a derrubando em nome de uma autenticidade, se enquadra no modelo de *Strong Judicial Review*.

O ponto central de Waldron é que um modelo de *Strong Judicial Review* é ilegítimo porque apresenta uma visão externa ao que constitui os aspectos mais fundamentais do pacto pelas instituições, isto é, ela se volta contra o *estado de direito* e a *democracia*. Waldron (2005, p. 1354) pretende, no seu artigo *The Core Case against Judicial Review*, questionar que esse tipo de controle seja uma forma de submissão ao estado de direito, bem como em *Law and Disagreement* (WALDRON, 1999a), ele acusa esse *controle* de violação da democracia. Sublinhar isso é importante porque esse tipo de *controle* se volta contra o ponto de vista interno da sociedade por meio de uma reivindicação de uma visão externa a ela. Para que essa afirmação seja melhor explicada, primeiro é preciso ir até a concepção de *estado de direito* em Waldron.

A noção de *Estado de direito* (*rule of law*) em Waldron, não é apenas a defesa de que o poder político e a soberania devam estar, em seus níveis de poderes, submetidas à legislação e constituição. Essa noção é a mais básica possível, e se assenta na necessidade de *predição* do que o direito diz, a fim de evitar que elementos espúrios se interponham à visão autorizada do direito. Essa visão é importante, e mesmo já aponta para a visão interna institucional, isto é, que é preciso respeitar o pacto democrático pela criação do direito por uma instituição específica. A noção de *previsibilidade* que o Estado de direito requer, segundo Waldron (2011, p. 16-17), é aquele em que, mesmo em situações onde a lei não tenha uma resposta clara do que se deve fazer, se deva buscar o *melhor entendimento* da lei, o que ela sustenta ainda que implicitamente, para que se tenha a melhor decisão. Waldron faz essa afirmação no texto *Stare Decisis and*

Rule of Law (2011), e a temática do texto serve para esclarecer a afirmação do parágrafo anterior. O artigo, em toda sua extensão, versa sobre a temática dos precedentes, e com um esforço de tentar encontrar uma compatibilização entre os precedentes como decisões fixas e o próprio estado de direito.

A preocupação de Waldron sobre os precedentes é o cuidado a respeito do risco que pode haver nessa atividade em cadeia de Juízes que vão revisando as decisões uns dos outros, para que não incorra em dois problemas: a) o problema de em um determinado momento fixar uma decisão contrária à constituição e direitos fundamentais, e com isso aja contra o Estado de direito; e b) que a atividade de revisão de precedentes não se torne desregrada e se um modo que a ordene, e com isso implique num ativismo desordenado e imposição de posições externas à visão interna do Estado de direito.

Ambos os problemas *a* e *b* tentam explicar que os precedentes devem adotar um modo de proceder que em algum nível considere o essencial do Estado de direito, que significa i) *buscar um fundamento que sirva de base para a expectativa das pessoas* (WALDRON, 2005, p. 15) e ii) *isso se encontra buscando sempre buscar mesmo o posicionamento implícito da lei* (WALDRON, 2005, pp. 16-17), e com isso iii) *o precedente age como a lei, fazendo referência a uma norma geral⁷ e sem se desligar da visão da lei ainda que em seus propósitos implícitos* (WALDRON, 2005, pp 19ss). Como afirma Waldron (2005, p. 19. Tradução nossa) “Decisões segundo normas gerais simplesmente parecem mais conforme o direito/lei”.

O ponto *i* e *ii* indicam que o interesse das decisões tem que estar de acordo com as expectativas das pessoas e, principalmente, que essas expectativas já estão plasmadas pela lei. Isto é possível porque o modelo de que Waldron está falando é *democrático*, no qual as expectativas das pessoas são representadas por políticos por eles eleitos para fazerem leis e governarem no sentido de suas aspirações. As leis são instrumentos de coerção, mas também de manifestação dessas expectativas. E isto é percebido também em *iii*, onde Waldron tenta identificar que no procedimento de precedentes tem que haver um respeito ao estado de direito, e isso implica imitação da lei como regra geral e referência à lei na criação da regra geral por parte dos precedentes.

Esses apontamentos explicam por que o modelo *Strong judicial review*, para Waldron, viola o Estado de Direito: porque eles contradizem a norma geral do estado de direito, e

⁷ Norma geral, nesta parte da argumentação de Waldron, não significa um comando autoritativo a partir de uma fonte legal, e sim quer dizer a percepção de que uma decisão deve se basear em um comando geral da lei ou do ordenamento, que pode ser depreendido do que implicitamente a lei diz ou pressupõe, de modo a funcionar como a lei, e evitar referências a fontes estranhas ao Estado de Direito.

contradizem o estado de direito quando admitem que podem tomar uma decisão contra a lei, como se esta não fosse manifestação das expectativas da sociedade. O modelo forte de controle, portanto, aceita se dirigir contra a sociedade, e não só exercendo uma função contramajoritária. O problema maior é que a expectativa mais fundamental de uma sociedade é que o seu pacto institucional seja respeitado, de modo que caiba ao legislativo legislar, e não ao judiciário. Essa é a visão interna da sociedade, que é a visão do pacto político que todos fazem e, pelo qual, todos pressupõem de boa-fé que a sociedade seja gerida. O problema de decisões que não respeitam essa posição interna institucional, e de teorias que a justificam, é que elas recorrem a fontes não autorizadas⁸ do direito.

Para ilustrar essa visão externa, pode-se recorrer a Waluchow. A sua teoria da autenticidade é uma típica visão que recorre a um ponto de vista externo e não institucional. O autor utiliza o exemplo do amigo: quando uma pessoa tomou bebida alcoólica e quer dirigir, embora esta escolha seja no caso sua manifestação de vontade, é legítimo que seus amigos não o deixem dirigir porque essa seria sua real posição, sua decisão autêntica, caso não estivesse nessa situação. Waluchow tenta transferir esse raciocínio para o âmbito político e do *judicial review*, dizendo que os tribunais podem tomar decisões contra o povo quando puder julgar que sua posição é inautêntica, apesar da vontade manifestada dizer o contrário. Qual a origem que inspira esse juízo que taxativamente imputa inautenticidade? Waluchow não faz referência à lei como forma de encontrar a autenticidade da sociedade e suas expectativas.

O esforço de Waldron em, antes de tudo, evitar sair da lei como forma de identificação das expectativas da sociedade, é a tentativa de manter a atividade de decisão vinculada a uma visão interna que respeite o estado de direito⁹, principalmente porque é uma visão do próprio cidadão que pactuou com as instituições, com elas de modo democrático e restringindo competências e estabelecendo fontes autorizadas do direito. A tentativa de buscar uma autenticidade que funcione como fonte externa para a atuação do judiciário é, *per si*, desautorizada e estranha ao sistema jurídico.

A busca externa de fontes, em razão do argumento da autenticidade, funciona como se as leis criadas pela autoridade legislativa autorizada não tivessem primazia em refletir as

⁸ Essas fontes de que se trata não são necessariamente jurídicas; sendo externas ao direito, não significa que sejam fontes jurídicas pertencentes a outro ordenamento. Podem ser, inclusive, fontes de posicionamentos morais que se deseja privilegiar indevidamente, e que sejam estranhas ao raciocínio jurídico.

⁹ Waldron tem especial cuidado com o procedimento e com os limites de pressuposições morais, porque está empenhado em demonstrar da melhor forma possível como um procedimento pode ser a melhor saída para a solução de desacordos, e para ele esse procedimento tem que ser democrático.

expectativas¹⁰ e a autenticidade de um povo. É certo que toda teoria constitucional, como afirma Fallon (1999, p. 538), tem que recorrer a considerações, pelo menos externas ao texto constitucional; todavia isso não justifica que essa teoria, pretendendo-se democrática, possa favorecer mais um fundamento paternalista de autenticidade, do que a própria lei e representantes legislativos como expressão da autenticidade democrática de um povo.

Analogamente, se pode dizer que um modelo forte de controle de constitucionalidade se aproxima mais de uma discricionariedade forte, onde aquele que decide encontra-se em uma posição onde ele pode ter liberdade no resultado da decisão (VERBICARO, 2017, pp. 260-261). Se aproximam no sentido de que ambos julgam agir com base em elementos extrínsecos à institucionalidade: na discricionariedade forte, quando supostamente o direito não tem resposta, o decisor escolhe livremente o caminho que julgar adequado, e isso silenciando sobre a influência de fundo dessa escolha, enquanto que a *judicial review* arroga para si uma função democrática, sem a mais democrática instituição, e sob um argumento de autenticidade, que é um posicionamento extrínseco ao direito.

Ainda na analogia, a posição de Waldron estaria mais próxima da orientação fundamental da discricionariedade fraca. Esta preceitua que, mesmo quando as normas aparentemente não têm um resposta clara, ou apresentam ambiguidade, ainda assim é necessário recorrer aos mecanismos jurídicos que se tem para encontrar a resposta (VERBICADO, 2017, p. 269). A posição de Waldron e esse tipo de discricionariedade se aproximam pois ambos tentam manter a orientação de buscar seguir o ponto de vista institucional.

Waldron entende que a democracia precisa assumir a visão interna como solucionadora, concluindo que a decisão do desacordo seja feita por uma instituição democrática, bem como que, por respeito ao Estado de direito, é preciso se empenhar sempre em buscar uma decisão orientada pela lei, como ficou claro no artigo sobre *stare decisis*. De modo similar, por sua vez, a discricionariedade fraca também persiste nessa mesma orientação de se manter fiel à visão interna, e evitar justificativas extrínsecas ao direito, como é o caso do argumento de Waluchow sobre a autenticidade. Essas são apenas analogias, e não significam que Waldron faça uma discricionariedade fraca e Waluchow uma discricionariedade forte, apenas tenta apontar para as semelhanças de suas posições por meio da analogia.

¹⁰ A expectativa de que se fala não é somente a factual e momentânea, que pode se alterar frequentemente, mas aquela que pode ser avaliada quando da escolha que os representados fazem ao elegerem os representantes. A lei é produto dos representantes, que são aqueles em que se depositou confiança e o encargo de satisfazer as expectativas.

A noção de autenticidade de Waluchow é apresentada exatamente porque ela, sob pretexto da constituição, busca autorizar uma prática de controle forte de constitucionalidade, como se tal controle fosse consequência necessária de uma Carta Constitucional enquanto tal. O *insight* de Waldron consiste exatamente em afastar essa inferência errônea.

Nem toda visão da constituição é *constitucionalista*, no sentido ideológico denunciado por Waldron. Ela pode ser uma visão *democrática* de constituição, em termos estritos, onde os desacordos são resolvidos pela sociedade e suas instituições eletivas, e onde um povo assuma sua posição responsável¹¹ de decidir seu próprio caminho. O ponto de Waldron é exatamente dessa responsabilidade, a visão de que uma instituição menos democrática não é autorizada exprimir a autenticidade de uma democracia que tem que tomar suas próprias decisões. Uma constituição não enseja necessariamente um *judicial review*. Antes, se ela quer ser democrática, deve assumir seus próprios ônus de enfrentar os desacordos.

O problema da argumentação de Waluchow é exatamente o de não considerar o argumento do desacordo de modo tão sério como Waldron faz. Este é um dos pontos centrais da argumentação central do autor em *Law and Disagreement* (WALDRON, 1999a); não é possível exigir uma unidade moral na sociedade de modo que seja possível antecipar suas decisões, ou que se possa outorgar a um grupo a responsabilidade de fazer o controle com base nesse posicionamento.

É por isso que a democracia tem que ser lida em termos mais estritos do que de modo abrangente: porque num contexto de desacordo, como é o caso das sociedades contemporâneas, o procedimento parece algo a que se pode recorrer para ter uma forma de superar esses dissensos. Quando Waluchow fala que democracia é mais sobre valores do que procedimentos, ele ignora a seriedade do problema dos desacordos, ou, pelo menos, os trata como menos graves do que Waldron faz.

Quando Waluchow afirma que democracia é uma questão mais de valores, endossa um modelo de *judicial review* e recorre à autenticidade, e não à manifestação expressa e visível da vontade – endossando inclusive que se possa passar por cima desta –, ele, enquanto um modelo ideológico de constitucionalismo, nos termos de Waldron, cada vez mais confirma a interpretação central que este artigo pretendeu explicitar. A tese central é que Waldron é um autor que busca voltar-se para dentro da sociedade, recobrar a responsabilidade dela própria

¹¹ A noção democrática de constituição que Waldron adota transpõe a visão de que a Carta Constitucional deve servir como limitação ao poder político, e defende que ela deve fornecer instrumentos para empoderar os cidadãos a participarem nas deliberações e soluções de divergências. Trata-se de uma visão ativa e vivaz de Constituição.

enfrentar seus desacordos, expressamente manifestar suas escolhas por meio dos representantes e das leis que estes fazem¹².

A questão de fundo em Waldron é precisamente que é preciso voltar para a visão interna de como os próprios cidadãos enquanto aceitam-se como democráticos, isto é, de que cabe a eles mesmo decidir os desacordos, ainda que tal posição tenha seus custos. Em suma, a visão democrática de constituição esposada por Waldron é uma teoria que pode se justificar perante os próprios cidadãos, e está consciente de que, para isso ser possível, para que ela seja uma sociedade democrática, precisa sustentar um leve ceticismo a respeito de uma visão constitucionalista da democracia, que para ele é uma redução do fator democrático em favor de outro alheio, porém forte nas sociedades contemporâneas, chamado *constitucionalismo*.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu ir até a questão de fundo na argumentação de Waldron contra a prática de *judicial review*, qual seja, a intenção de se posicionar a favor da visão interna do pacto político, em defesa do estado de direito e da democracia, em termos estritos. Elegeu-se Waluchow como contraponto para os argumentos do referido autor, pois este apresenta uma resposta consistente e teoricamente forte a favor do controle de constitucionalidade, além de que, boa parte da sua obra *A Common Law Theory of Judicial Review* (WALUCHOW. 2007) é constituída por respostas diretas a Waldron. Assim, o artigo buscou realizar um diálogo que demonstrasse como Waldron pode responder às suas críticas, sem implicar numa oposição simplista de só um lado possuir argumentos consistentes.

A primeira parte do trabalho apresentou a argumentação básica de Waldron especificamente contra o *judicial review*, notadamente a respeito da necessidade de buscar a solução mais democrática possível para o problema do desacordo, assentando um posicionamento a favor da representação legislativa e afastando as instituições judiciais, não pelo fato destas serem antidemocráticas, mas porque são menos democráticas. Ainda na primeira parte, no final foi apresentado o início da argumentação de fundo de Waldron, qual seja, a rejeição do constitucionalismo ideológico como antidemocrático.

Na segunda parte, apresenta-se a crítica de Waluchow a Waldron, com fito de expor em seus próprios termos um exemplar da visão *constitucionalista da constituição*, criticada por Waldron. A pausa na exposição de Waldron foi estratégica para o plano de exposição, a fim de demonstrar como a posição criticada pelo autor tem alguma consistência, e mesmo parece mais

¹² Esse gesto de Waldron é o que o artigo chama em seu título de ponto de vista institucional e democrático, isto é, o modo interno como se pensa as instituições do estado de direito e democracia em bom funcionamento.

elaborada que a de Waldron, a fim de não adotar um “espantalho” unicamente formulado de modo simplista por este.

Na terceira parte, volta-se a Waldron, e o teor da exposição se concentra em responder a Waluchow com base no referido autor, bem como expor, não mais com tanto enfoque no *judicial review*, mas a sua rejeição da questão de fundo, que é a rejeição do caráter antidemocrático e contra o estado de direito de uma visão ideológica *constitucionalista*. O cerne da argumentação se centra na ideia de que Waldron defende a visão institucional e a responsabilidade de um povo gerir, por si mesmo e para si mesmo, os desafios que os desacordos lhe impõe.

A argumentação de Waldron por vezes parece simples, principalmente se comparada com toda a elaboração teórica da resposta de Waluchow, mas isto não a desabona em sua pertinência e veracidade. A simplicidade de sua exposição é típica de um teórico que não tem interesse apenas *intelectualista*, mas principalmente em expor uma posição que satisfaça a visão interna do próprio cidadão, daquele que realizou um pacto político e confia nas instituições, com suas limitações de papéis.

Waldron não parece estar preocupado que se tenha a melhor resposta moral, mas que se pense uma visão constitucional que empodere os cidadãos para que estes acessem os recursos possibilitado pelas leis e instituições, e com isso que a sociedade assuma sua responsabilidade de enfrentar os desacordos e dissensões a respeito de valores e direitos. A questão de fundo para argumentação de Waldron é que essa responsabilidade não pode ser transferida para um tipo de instituição pouco democrática como são as instituições judiciais. A posição de Waldron, realmente, é uma visão democrática de constituição, e não uma visão constitucionalista de democracia.

REFERÊNCIAS

FALLON, Richard H. How to Choose a Constitutional Theory (1999), **Calif. L. Rev.** 535 (1999). pp. 537-580

VERBICARO, Loiane. O Problema (?) da Discricionariedade Judicial. In: **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 257-323

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press. 1999a

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

_____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346, 2005.

_____. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach' (2011). **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, v. 111, paper. 314. 35p.

_____. Constitutionalism: a skeptical view. In: **Political Political Theory**. Cambridge. Harvard University Press, 2016, p. 23-44..

WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**, Cambridge: Cambridge University Press. 2007