
O PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS MORAIS OU COMO ÁRBITRO DO MERCADO POLÍTICO: UM DEBATE ENTRE O A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA DE RONALD DWORKIN E O PROCEDIMENTALISMO CONSTITUCIONAL DE JOHN HART ELY.

Silvana Colombo¹

Vladimir Passos de Freitas²

Resumo

O presente artigo pretende tecer um debate entre a democracia constitucional de Ronald Dworkin e o procedimentalismo constitucional de John Hart Ely, especialmente, em relação ao papel que o Poder Judiciário poderia legitimamente exercer em um regime democrático de direito. Para tanto, inicialmente, abordar-se-á a interpretação constitucional em Dworkin- a leitura moral da Constituição e o direito como integridade- e a concepção constitucional de democracia. Posteriormente, será abordado a base teoria de John Hart Ely e o procedimentalismo constitucional. O último tema a ser discorrido é o papel do Poder Judiciário na visão de Dworkin e Ely e às respectivas objeções às ideias desenvolvidas por ambos autores.

Palavras-chaves: integridade; democracia; coerência; judiciary.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o papel que o Poder Judiciário poderia de forma legítima exercer em um regime democrático, a partir de dois filósofos e teóricos americanos, qual seja Ronald Dworkin e John Hart Ely. A escolha destes autores se justifica pelo fato de Dworkin abordar o referido tema no contexto da concepção de democracia constitucional, enquanto que Ely discute o papel do Judiciário com base na concepção procedimental de democracia.

A finalidade é verificar se o papel do Judiciário está restrito à garantia dos procedimentos democráticos ou se a ele deve ser atribuído a função de guardião dos valores morais inseridos no texto constitucional. Para tanto, o artigo está organizado em três partes.

A primeira destina-se ao enquadramento do trabalho de Dworkin no pensamento filosófico, assim como a exposição das principais características da teoria jurídica de Dworkin. Já a segunda, discorre acerca da teoria

¹ Professora do curso de direito da UNOESC. Doutoranda em Direito PUC PR. E-mail: silvanabrendlercolombo@hotmail.com

² Professor do PPGD PUC PR. Doutor em Direito UFPR. E-mail: vladimir@passosdefreitas.com.br

procedimentalista de Ely assim como do conceito de democracia procedimental. Por fim, aborda-se o papel do Poder Judiciário na visão de Dworkin e Ely e às respectivas objeções às ideias desenvolvidas por ambos autores.

No campo da filosofia do direito, o autor enfatiza o caráter aberto da interpretação jurídica assim como do sistema jurídico, razão pela qual sua teoria acerca da interpretação do direito é baseada nas decisões judiciais provenientes dos tribunais anglo-saxônicos. Prioriza-se a análise dos casos difíceis (*hard cases*), que ocorrem quando o sentido da norma não é claro ou há conflitos entre dispositivos legais ou não há direito para ser aplicado.

Nestas situações, segundo Dworkin, o juiz não deve ter uma perspectiva criadora do direito, mas sim descobri-lo por meio de uma interpretação construtiva da prática institucional. Quando uma decisão judicial é produzida, esta decisão afirma o direito de uma das partes, direito este que já estava presente no ordenamento jurídico, e que se materializa sob a forma de princípio.

Em razão disto, as decisões passadas dos tribunais contêm uma teoria moral importante para a comunidade e que deve se perpetuar, adaptando-se aos novos tempos. A integridade exige que a interpretação produzida seja adequada à história institucional da prática jurídica, assim como o juiz deve escolher a interpretação que melhor possa fazer desta prática a melhor possível.

Outro ponto que merece destaque na teoria de Dworkin é a comparação entre o direito e a literatura. A análise de um caso difícil se assemelha a um romance em cadeia, escrito por vários autores em série, de maneira que cada um interpreta os capítulos anteriores para elaborar um novo capítulo e assim sucessivamente.

Na segunda parte, o artigo volta-se para a análise da interpretação das normas da Constituição, que na visão de Dworkin, deve ser submetida a uma leitura moral, em razão do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e das disposições abstratas contidas em seu texto. Essa interpretação deve ser realizada pelos juízes, especialmente pelo fato destes decidirem com base em argumentos de princípios.

A partir deste entendimento, o questionamento que surge é se os juízes não eleitos podem derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes. Para Dworkin, a resposta é afirmativa, uma vez o Poder Judiciário está legitimado para dar a última resposta em relação a interpretação das disposições abstratas contidas na Constituição.

Para o autor, a invalidação de uma lei pelo Poder judiciário não viola a democracia, mas a protege, desde que satisfeita às condições democráticas. Assim, a concepção constitucional de democracia, entendida como aquela que busca garantir a igualdade política, também é objeto de análise.

Finalmente, na terceira parte, o artigo aborda a teoria de interpretação constitucional de John Hart Ely, autor de tendência formalista, que defende uma forma de controle de constitucionalidade sob o viés procedimentalista, fundamentada na própria natureza da Constituição americana e também no sistema de democracia representativa.

Na obra *Democracia e Desconfiança*, Ely procura fugir da dicotomia inserida no campo da teoria constitucional entre a corrente do interpretacionismo e a corrente do não interpretacionismo, pois considera que ambas são insuficientes para embasar uma prática adequada ao controle judicial de constitucionalidade das leis.

Significa dizer que a atuação do Judiciário está vinculada à identificação e correção de falhas no mercado político (processo democrático), ou seja, especialmente a Corte Suprema não deve atuar no sentido de ditar resultados substantivos.

Ao Judiciário seria atribuído a tarefa de proteção dos direitos civis e políticos relacionados à manutenção do processo de decisão, tais como, o direito de voto, e a liberdade de expressão e de associação partidária. Como a intervenção somente seria legítima se os direitos correlatos à participação política estiverem em risco, o papel do Judiciário está centrado na defesa dos procedimentos democráticos de participação.

Por fim, após a explanação da proposta de ambos os autores em relação à teoria do controle judicial, serão abordadas algumas objeções à teoria procedimental de Ely, entre elas, o fato da Corte não poder adentrar no campo dos juízos morais substantivos, defendidos por Dworkin.

A INTEGRIDADE NO DIREITO COMO BASE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM DWORKIN

Antes de abordar de forma específica o conceito de integridade, é necessário tecer breves considerações acerca da filosofia jurídica de Ronald Dworkin. Este enfatiza o caráter hermenêutico da ciência jurídica e seu caráter crítico, ou seja, o direito como argumentação crítico-constructiva resultante da atividade de interpretação.

A postura epistemológica do autor redefine a relação do direito com a política e a moral. Ele se opõe a ideia de que o direito e as decisões jurídicas devem ser separadas das decisões morais e políticas. Se os sistemas jurídicos são compostos de regras e princípios, estes possuem valor moral, desta forma, o direito não pode ser separado da política e da moral (DWORKIN, 2005).

Desta forma, o direito não é apenas descritivo, mas um exercício interpretativo que não se restringe a descrever o que é, mas justificá-lo, ou seja, “mostrar que ele tem valor e como ele deve ser conduzido para proteger este valor” (DWORKIN, 2005, p.25). Isto significa dizer que a teoria do direito está fundamentado em julgamentos morais e éticos.

A interpretação constructiva, base de sua teoria, foi desenvolvida no seu texto *Hard Cases*, e posteriormente no livro *O Império do Direito*, na qual apresenta o direito como integridade, uma alternativa ao positivismo. Segundo o autor, o método interpretativo é mais adequado para a compreensão dos conceitos normativos e práticas sociais, uma vez que a descrição não seria suficiente para tal finalidade (DWORKIN, 2005).

A interpretação no direito se assemelha à interpretação artística que é uma interpretação criativa pelo fato de partirem de algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas. Para o autor, “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN,2005, p.55).

Da comparação entre o direito e a literatura, fica a ideia de que os juízes têm a responsabilidade de dizer o direito a partir dos princípios da integridade e da moral, com a finalidade de chegar a decisões justas coletivos da sociedade.

O direito como integridade não tem sua visão voltada para o passado (convencionalismo) nem para o futuro (pragmatismo). Trata-se de construir uma decisão correta com base na integridade do sistema jurídico, extraindo deste os princípios e os valores que a comunidade personificada faz vigorar no presente, com base nos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal (DWORKIN,2005).

O processo de tomada de decisão no direito deve ser inserido dentro de uma perspectiva liberal igualitário, ou seja, de valorização dos direitos individuais e democráticos porque todos os integrantes da comunidade devem ser tratados com igual consideração e respeito (CHUEIRI,2007).

Ao mesmo tempo que o autor defende os direitos individuais de forma a conciliar o liberalismo com a comunidade, enfatiza o papel desta na sua discussão sobre direito. Assume relevância na sua teoria, o princípio abstrato fundamental de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Por sua vez, esta exige dos membros da comunidade um forte consenso acerca de valores, bens e princípios que consideram importantes.

Nas palavras de Dworkin, a ideia de comunidade de princípio se faz presente a partir do momento em que as pessoas “aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN,2005,p.69).

É uma comunidade democrática-liberal, uma vez que respeita a liberdade individual e a diversidade assim como o consenso na comunidade³ deve ser forte o suficiente para permitir que os seus membros tenham o sentimento de pertencimento a este grupo.

Segundo Dworkin, a integridade é aceita como sendo um ideal político e soberano sobre a lei “porque nós queremos tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça, equidade e devido processo legal em uma correta relação” (MACEDO JUNIOR,2013).

³ Dworkin defende o modelo de comunidade de princípios. Os membros desta partilham uma compreensão comum de princípios que informam a justiça, a equidade e o devido processo legal (DWORKIN, 2010).

O direito como integridade apresenta um pressuposto formal, a ideia de adequação, entendida como a necessidade da interpretação produzida pelo juiz estar adequada a história institucional da prática jurídica. Também apresenta um pressuposto substancial, ou seja, o juiz deve escolher a interpretação que melhor reflita a intenção do texto (MACEDO JUNIOR, 2013).

Como Dworkin considera o direito como integridade⁴ um pressuposto da democracia, a partir desta perspectiva, a integridade pode ser estudada sob duas óticas: a integridade como limite e como princípio. Enquanto princípio, a integridade exige coerência com a história da prática institucional, já a integridade como limite impõe às novas decisões o dever de consistência com os direitos, as leis e os precedentes judiciais já existentes.

Cabe ressaltar que a coerência em um sistema jurídico é corolário do direito como integridade. A coerência assegura a igualdade, ou seja, os diversos casos terão o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário. Assim, se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos, a integridade do direito estará assegurada pela força normativa do texto constitucional (DWORKIN, 2005).

O direito como integridade traz a marca da moral e da história institucional da comunidade, uma vez que na interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juízes que servem de parâmetro para se alcançar a coerência que deve existir entre as decisões presentes e futuras com as decisões passadas (os precedentes).

Dito de outra forma, os direitos e deveres que decorrem das decisões tomadas no passado contém o conteúdo explícito nestas decisões e o sistema de princípios que são necessários para sua justificativa.

Diferentemente da coerência, a integridade é composta por um princípio legislativo, que pede aos legisladores que as normas criadas estejam direcionadas para a realização de princípios morais e políticos da comunidade, e um princípio jurisdicional, que demanda que os aplicadores do direito respeitem o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios.

Para que a integridade como princípio jurisdicional ou a integridade na interpretação seja realizada, é imprescindível que a integridade como princípio legislativo também se realize, o que requer que as normas criadas pelo poder legislativo estejam voltadas para a realização dos princípios morais e políticos da comunidade (KOZICKI, 2000).

Do exposto até o momento, a integridade no direito poder ser assim conceituada:

“a integridade seria o princípio político aglutinador de outros princípios que fundam a sociedade e forneceria, ao mesmo tempo, os sinais indicadores do caminho a ser seguido no futuro - rumo à sua comunidade de princípios, fraternal, apoiada nos princípios da equidade,

⁴ Ao lado da justiça e devido processo legal, Dworkin colocará uma terceira virtude, a qual denomina integridade. Esta significa que o governo tem o compromisso de agir de formam coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para que os padrões de justiça e equidade sejam estendidos a todos os integrantes da comunidade (DWORKIN, 2010, p. 201-202).

justiça e devido processo legal - a partir de uma correta apreciação e fé nos valores do passado (KOZICKI,2000,p.78).

A integridade no direito se apresenta como um contraponto ao voluntarismo e discricionariedade, porque exige que os juízes elaborem seus argumentos de forma conectada ao conjunto do direito e à comunidade de princípios. Essa pressupõe o respeito às leis e também aos princípios de igualdade, entendida como a justa distribuição de recursos e oportunidade, da justiça traduzida na ideia da existência de uma estrutura política imparcial, e devido processo legal adjetivo, ou seja, “processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem” (DWORKIN 2005, p.312).

O conceito de comunidade personificada está no centro da concepção do direito como integridade. Para Dworkin, a comunidade não é uma somatória de agentes que visam atingir seus interesses, mas está relacionado a “ideia de que a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportem como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade” (DWORKIN, 2005, p.65).

Dito de outra forma, a integridade aparece como um ideal político complementar à justiça e à equidade e também à concepção de igualdade e liberdade de uma determinada comunidade. O Estado que aceita a integridade deve ter uma única voz ao se manifestar acerca da natureza dos direitos fundamentais.

A partir do direito como integridade e da ideia de coerência, no próximo item será analisado como se dá o processo de interpretação das normas constitucionais.

A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Na obra intitulada, “Do direito da liberdade a leitura moral da Constituição norte-americana”, Dworkin defende a concepção constitucional de democracia e discorre sobre um método próprio para interpretar uma Constituição, a leitura moral da Constituição.

Antes de discorrer sobre a leitura moral da Constituição é necessário pontuar que esta não é “propriamente um método. Com ela Dworkin tenta demonstrar que não há um procedimento técnico de interpretação da Constituição. Muitas vezes, a decisão corresponderá a um juízo moral puro, que não deve ser disfarçado”(MENDES,2008,p.39).

Dworkin parte da ideia que a maioria das Constituições expõe direitos a partir de uma linguagem moral aberta e abstrata que para serem interpretadas de forma correta devem ser submetidas a uma leitura moral.

Os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que levam à fixação de limites ao poder governante. Neste sentido, a leitura moral da Constituição é um instrumento que permite a aproximação entre o direito constitucional e a teoria moral.

Quando o governo incorpora este conteúdo moral ao texto da Constituição, este deverá decidir “quem terá autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los” (DWORKIN,2005, p.45). A indicação do Poder Judiciário como autoridade suprema, o que permitiria que os juízes declarassem inconstitucionais leis aprovadas por representantes eleitos pelo povo, não parece uma escolha natural.

A interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes, porque estes decidem com base em argumentos de princípios, aqui entendidos, como um padrão a ser observado em face da exigência de justiça, equidade e devido processo legal. Esta decisão baseada em princípios se legitimam em razão do seu conteúdo (motivação), diferentemente do que ocorre quando as decisões são pautadas pelos argumentos de política⁵ que se legitimam pelo critério “de quem e como decide”.

O risco de escolher o poder judiciário como autoridade suprema para fazer a leitura moral da Constituição está na possibilidade do direito ficar na dependência dos princípios morais que são adotados pelos juízes, além de retirar das mãos do povo questões de moralidade política que o povo teria o direito e o dever de decidir por si mesmo (DWORKIN,2005, p.5).

Os juristas procuram encontrar uma alternativa de interpretação constitucional que estabeleça limites a possibilidade do Judiciário ler moralmente o texto constitucional. Defendem que não é adequado conceder um poder demasiado aos juízes, próprio da leitura moral, nem fazer da Constituição uma extensão morta do passado. O ideal seria um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a obediência à vontade popular.

Para Dworkin (2005,p.95), negar que a Constituição expressa direitos morais ou que as opiniões constitucionais são suscetíveis às convicções políticas, “resultaria na conclusão de que ela não significa nada ou, então, que significa tudo aquilo que os juízes queiram que ela signifique”.

Nas palavras do autor, a afirmação de que a leitura moral da Constituição concede poder demasiado ao Poder Judiciário seria um exagero porque há duas restrições importantes que limitariam a liberdade de agir conferida aos juízes.

A primeira delas, é a restrição da história traduzida na ideia de que a leitura moral Constituição deve “tomar como ponto de partida os conceitos que seus autores expressaram” (DWORKIN,2005, p.33).A história deve ser consultada para saber o que os legisladores disseram por meio dos princípios que declararam e não quais as intenções que os constituintes tinham.

A declaração de direitos por meio de conceito vagos foi uma opção deliberada dos constituintes, que obrigaria cada geração, a partir dos mesmos conceitos, atualizar suas próprias convicções.Isto pode ser demonstrado pelo fato de que os autores optaram por usar uma linguagem abstrata, além disso, “aqueles que viessem interpretar o texto constitucional deveriam desconsiderar suas próprias opiniões sobre os efeitos que ela

⁵ Os argumentos de política são aqueles que traçam um programa, um objetivo voltado para a coletividade (DWORKIN,2010).

teria em casos específicos” (DWORKIN,2005, p.15).

Como os juízes não adquirem legitimidade a partir das eleições ou da vontade da maioria, o fundamento de sua legitimidade está na disciplina da argumentação, ou seja, está identificada no compromisso de decidir com base em argumentos que satisfaçam duas condições essenciais, a sinceridade e a transparência (MENDES,2008).

Neste contexto, aparece a segunda restrição ao poder judiciário indicada por Dworkin, o direito como integridade. A possibilidade do juiz julgar de acordo com suas convicções pessoais, moral subjetiva, é afastada pelo respeito “ao desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado” (DWORKIN, 2005, p.15).

Dito de outra forma, a decisão judicial passaria no teste de adequação se estivesse compatibilizada com a história, com a Constituição e a prática constitucional de uma determinada comunidade. Neste ponto, o autor faz uma ressalva de que nem mesmo a atenção cuidadosa à integridade, por parte de todos os juízes, irá produzir sentenças judiciais uniformes (DWORKIN,1990).

A leitura moral do texto constitucional induz ao reconhecimento da existência de mais uma de uma resposta para decidir um determinado caso, momento em que os juízes sensatos deverão decidir por si mesmos qual delas mais honra o seu país, segundo Dworkin. Diante da possibilidade de divergências sobre a resposta correta, os juízes poderiam desconsiderar uma decisão política legislativa por inconstitucionalidade (DWORKIN,2006).

Para Dworkin, a fragilidade da opção pela entrega da leitura moral ao povo ou as seus representantes está no pressuposto de que “as restrições que a Constituição impõe aos processos políticos majoritários são antidemocráticas quando impostas pelos juízes” (DWORKIN,2006,p.26).O problema central não é saber em que grau a democracia deveria curvar-se para perante a proteção de outros valores que são importantes para a sociedade, como os direitos individuais, e sim de saber o que a democracia realmente é.

A concepção constitucional de democracia

A primeira ideia que vem à tona quando se fala em democracia é a de governo da maioria, mas subjacente as formulações e controvérsias acerca da melhor versão deste regime político, a questão que emerge é o objetivo fundamental de uma democracia. Neste contexto, está a pergunta formulada por Dworkin, qual seja, a premissa majoritária deve ser aceita ou rejeitada?

A premissa majoritária, base da democracia representativa, é traduzida na ideia de que as decisões importantes sejam tomadas aquela pela maioria dos cidadãos, após terem tido tempo e informação para refleti-las. Esta se insere na denominada democracia procedimental, caracterizada pela ênfase aos procedimentos democráticos, ou seja, privilegiam os direitos que garantem a participação política e o processo deliberativo,

independentemente do resultado a ser alcançado (DWORKIN,1997).

A ideia de que as decisões coletivas são tomadas de forma racional e informada pela maioria dos cidadãos não pode ser vista como uma definição de democracia. Isto porque o objetivo que a define está na expectativa de que as “decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006,p.26).

Desta forma, Dworkin apresenta a concepção constitucional de democracia, entendida como aquela que enfatiza o resultado, ou seja, busca garantir a igualdade política e jurídica. Para tanto, as decisões democráticas tomadas pelas instituições devem garantir aos membros da comunidade igual respeito e consideração.

Sustenta o autor que a democracia é um governo que está sujeito às condições democráticas de igualdade de status para todos os cidadãos. Assim, quando as instituições majoritárias respeitam essas condições, a decisão tomada por elas deve ser aceita por todos. Caracteriza-se pela existência de regras procedimentais e direitos fundamentais como condição da comunidade democrática (DAHALL,2001).

É necessário ressaltar que tanto a concepção constitucional de democracia quanto a concepção da premissa majoritária entendem que as decisões políticas devem ser tomadas de forma majoritária pelos agentes políticos. De forma diversa, a concepção constitucional de democracia requer que a preocupação destes procedimentos majoritários seja com a igualdade entre os cidadãos, e não com a soberania da maioria.

Neste sentido, não rejeita totalmente a premissa majoritária no que se refere à tomada de decisão pelos representantes eleitos pelo povo, porque nem sempre a premissa majoritária está ajustada a princípios ou valores justos. Mas requer que as instituições majoritárias garantam as condições democráticas de igualdade de status para todos os cidadãos.

A democracia pressupõe ação coletiva, isto é, pressupõe o “reconhecimento de unidades de ação em que os diversos atores constituem um grupo capaz de agir como tal” (DAHALL,2001, p.45). Desta forma, enquanto na premissa majoritária a ação coletiva é do tipo estatístico, na concepção constitucional de democracia a ação coletiva é do tipo comunitária.

É uma ação coletiva do tipo estatístico quando a ideia de grupo aparece como mera figura de linguagem, não tem o sentido de fazer alguma coisa *como* grupo. Esta se resume às regras possibilitadoras para assegurar a vontade da maioria, isto é, quem deve votar e ser votado.

A ação coletiva do tipo comunitário acontece quando “os indivíduos agem de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato deles” (DWORKIN,2006, p.27). Esta requer que os indivíduos assumam a existência do grupo como entidade ou fenômeno individual.

Na ação coletiva estatística, governo do povo significa que as decisões políticas sejam tomadas de acordo

com os votos da maioria, já na ação coletiva comunitária, o governo do povo implica que as decisões são tomadas pelo povo enquanto entidade coletiva distinta.

Para Dworkin, a ação coletiva do tipo comunal seria o verdadeiro pressuposto da democracia, ou seja, a democracia induz a necessidade de ser identificado um vínculo de pertencimento entre indivíduos e grupo. Este vínculo é a filiação moral de cada indivíduo para com a comunidade, a partir da condição democrática de igualdade de status para todos (DWORKIN,2006).

Prossegue afirmando que a premissa majoritária, traduzida na ideia de que a democracia é vontade da maioria, não induz necessariamente à justiça nas decisões políticas, porque em algumas situações contrariam os interesses das minorias. O governo da maioria, que impõe sua vontade a um número menor de pessoas não é justo, a não ser que atenda a determinadas condições democráticas (DWORKIN,2006).

Estas condições democráticas estão expressas em três princípios, o princípio da participação, o da reciprocidade e o princípio da independência. O princípio da participação exige que cada pessoa tenha capacidade de influenciar as decisões políticas coletivas, mas sem que este papel seja limitado por “suposições sobre seu talento ou habilidade” (DWORKIN,2006, p.30).

O princípio da reciprocidade estabelece que a decisão política coletiva precisa refletir o mesmo grau de consideração aos interesses de todos os membros da comunidade. Uma pessoa somente é membro de uma unidade coletiva se for tratada como membro pelos outros, e “tratá-la como membro significa aceitar que o impacto de uma ação coletiva em sua vida é tão importante para o sucesso geral da ação quanto o impacto na vida e interesses de qualquer outro membro” (DWORKIN,2006, p.339).

Já o princípio da independência assegura que todo membro moral de uma determinada comunidade política “deve ser encorajado a ver sua a responsabilidade pelo julgamento das ações do grupo” (DWORKIN,2006, p.121).

Estes três princípios representam a ideia que impulsiona a filiação moral entre indivíduo e governo. Para Dworkin, um regime verdadeiramente democrático requer uma comunidade política que atenda às condições democráticas, portanto, que trate seus membros com a mesma consideração e respeito.

Quando estas condições são observadas, atribui-se valor também aos interesses minoritários, ainda que seus representantes tenham sido eleitos de forma majoritária, então, a decisão tomada deve ser aceita por todos os membros da comunidade.

Assim, a democracia não se limita às decisões tomadas nas instâncias de deliberação majoritária. Isto significa dizer que a concepção de democracia não exclui a possibilidade de utilização de procedimentos não-majoritários naquelas situações em que a igualdade possa ser promovida.

Após a breve abordagem da concepção de democracia proposta por Dworkin, o próximo item será

dedicado a teoria procedimentalista de Ely, com a finalidade de verificar o papel conferido ao poder judiciário no contexto de uma democracia procedimental.

A TEORIA PROCEDIMENTALISTA CONSTITUCIONAL DE ELY

Na obra intitulada *Democracia e desconfiança: uma teoria da revisão judicial*, John Hart Ely aborda o debate entre interpretativistas e não –interpretativistas⁶. Para o autor, a democracia não é compatível com um sistema no qual os juízes a partir de suas próprias concepções sobre os valores fundamentais da Constituição, estabelecem os limites para a atuação dos demais Poderes.

A corrente interpretativista, aborda as disposições constitucionais como unidades contidas em si mesmas, interpretando-as a partir da linguagem e da história legislativa, excluindo as fontes externas ao texto constitucional. Para Ely, esta forma de interpretacionismo é inviável em razão da textura aberta presente em vários dispositivos constitucionais que nos levam a ir além do seu sentido literal (ELY,2010,p.17).

Nesse sentido, contra os interpretativistas, o autor entende que “o estrito respeito ao texto que fixa aplicação da Constituição no limite encontrado no próprio texto exige um respeito à vontade da maioria expressa e traduzida na forma da lei” (HENNING LEAL, 2007, p.50-52). No cenário de uma democracia representativa, as minorias devem ser protegidas contra os abusos que podem ocorrer num sistema democrático centrado no critério da maioria.

Contra os não-interpretativistas, Ely “se volta ao problema de quais seriam os modos de complementação e integração do texto constitucional pelos magistrados” (HENNING LEAL, 2007, p.50-52), ou seja, quais seriam as fontes nas quais seriam retiradas estas complementações. Assim, o elemento democrático⁷ poderia ser abalado em função de critérios subjetivos ou arbitrários adotados pelos dos juízes.

Além disso, a estratégia utilizada pelos não-interpretativistas para o preenchimento das disposições abertas do texto constitucional “não escapa de uma imposição paternalista de valores por um órgão contra majoritário”, seja quando recorre aos valores do próprio juiz, ao direito natural, aos princípios neutros, à razão, à tradição ou ao consenso. (ELY,2010, p.12)

Essa estratégia não-interpretacionista de recorrer às referências externas ao texto contraria o “ideal de governo ao substituir as decisões tomadas por um órgão representativo por um corpo irresponsável

⁶ “[...] O primeiro (corrente interpretativista) consistiria resumidamente, numa compreensão de que o papel constitucional dos juízes está adstrito ao que está estatuído e escrito na Constituição, sendo que princípios e valores não são vinculantes (o juiz não pode ampliar o rol de direitos previstos expressamente na Constituição, pois isto acarretaria subjetivismo), ao contrário do segundo (corrente não-interpretativista), onde existe a ideia de que as Cortes devem basear seus julgamentos em elementos que vão além do mero texto, buscando referências por detrás dos limites estritos do documento, vinculados a aspectos morais e valorativos” (HENNING LEAL, 2007, p. 149).

⁷ Entendido como uma construção normativa fruto do sistema de representação popular.

politicamente” (POLY,2012, p.85).

A dificuldade desta abordagem está na tentativa de conciliação com os pressupostos democráticos previstos no ordenamento jurídico, uma vez que não visão do autor, “o do último século fortaleceu essencialmente o compromisso com o controle do governo pela maioria dos governados” (ELY,2010, p.11-12). A democracia majoritária, cerne do nosso sistema, é incompatível com essa filosofia, o que não pode ser negado por eles.

Nas palavras de Wallace, o interpretativismo, de que trata Ely, “estaria diretamente ligado a uma interpretação sobre constitucionalidade das leis que parte da própria constituição e dos limites impostos pelo constituinte, do que resultam os argumentos em favor da autocontenção” (WALLACE,1987, p.14).

Por sua vez, a corrente do não-interpretativismo está ligado a concepção substancial acerca dos valores constitucionais, o que levaria a aplicação do direito natural como um artifício para esconder as preferências pessoais dos juízes constitucionais (WALLACE,1987).

O debate entre os interpretativistas e os não-interpretativistas indica que o autor não aceita que os valores da Constituição dependam exclusivamente das convicções pessoais dos juízes constitucionais. Isto seria incompatível com o princípio democrático, uma vez que os juízes não são eleitos pela população, assim como seus valores não podem se sobrepor às opções legislativas da população (ELY, 2010).

O problema central da revisão judicial, nas palavras do autor, está no fato de que um “corpo que não foi eleito ou de outra forma, politicamente responsável em qualquer significado estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam” (ELY,2010, p.5).

Diferente do que propugna Dworkin, Ely rejeita que os juízes dispõem do método mais adequado para compreender a moralidade da nação do que o Poder Legislativo. A efetiva participação no sistema representativo e na percepção dos benefícios sociais seriam os mecanismos que poderiam assegurar o equilíbrio entre a representatividade das maiorias no Congresso e a proteção dos direitos das minorias.

Outro ponto importante de sua teoria, é que a concepção substancial dos valores da Constituição não serve como fundamento de legitimação das decisões judiciais, uma vez que do ponto de vista axiológico não haveria diferença no que se refere aos valores eleitos pelo Congresso.

Neste contexto, o autor procura apresentar uma postura intermediária⁸ ou uma terceira via à abordagem interpretacionista e não-interpretacionista. Ele pretende demonstrar que existe uma alternativa a imposição de valores por juízes não eleitos diante da necessidade de preenchimento da textura aberta da Constituição.

Ely cita o caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), em que foi discutido a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal, a Suprema Corte consignou três

¹² Se deve ser considerado uma abordagem intermediária entre o interpretacionismo e o não interpretacionismo, é uma questão que, além de não ser importante, não pode ser respondida, por outro lado, é muito importante saber se esta abordagem de fato é capaz de evitar os perigos de um interpretacionismo estreito sem sacrificar seus pontos fortes (ELY,2010, p.17).

importantes postulados:(i) que o poder judiciário tem o dever de aplicar as disposições específicas do texto constitucional;(ii) intervir no processo político para proteger essas disposições ;(iii) avaliar o modo como a maiorias tratam as minorias.

Para o autor, estas orientações foram seguidas pela Corte presidida por Earl Warren nos anos 1960, identificando-a como ativista *sui generis*. Isto porque as decisões da Corte foram intervencionistas com a finalidade de assegurar que o processo político estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vistas, em condições de igualdade, e não para impor determinados valores fundamentais (ELY,2010,p.98-99).

Os dois campos de atuação judicial evidenciada acima conduzem Ely (2010, p.58) a considerar se “a oportunidade de participar, quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meio desses processos foi restringido de forma indevida.

É a partir desta perspectiva, que o autor desenvolve uma teoria de controle de constitucionalidade que favorece a representatividade e seja orientada pela participação política. Ely sustenta a premissa majoritária, diferentemente da proposta de Dworkin vista anteriormente, e inclui a possibilidade do poder judiciário aperfeiçoá-la ou reafirmá-la.

Se para Dworkin o juiz tem o dever de escolher as decisões que mais honrem a história do seu país, Ely entende que quando juiz interpreta uma lei, o papel do tribunal está restrito a determinação do propósito expresso pela linguagem da lei.

Ely pretende sustentar que uma concepção procedimental de democracia é a mais adequada em um Estado Democrático de Direito, uma vez que a interferência direta dos juízes a partir de suas convicções pessoais conduz a tirania judicial.

Para o autor, o mal funcionamento do sistema é o que o controle jurisdicional visa remediar. Os representantes eleitos não são as pessoas em que se deve confiar a tarefa de identificação de situações relacionadas ao mau funcionamento do sistema, porque necessitam preservar a continuação do mandato (ELY,2010)

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário avaliar as situações em que os representantes eleitos não estão representando os interesses dos representandos, seja por obstruírem os canais de mudança, seja por agirem como partícipes da tirania da maioria.

A primeira tarefa consiste na necessidade de que as cortes protejam os direitos de acesso político, tais como, o direito ao voto, se organizar politicamente, a concorrer à eleição. A segunda refere-se ao dever que os representantes têm de representar todos os seus eleitores, o que implica o respeito ao direito das minorias. Assim, sua teoria é visualizada como uma reação “às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger minorias” (WALL,1980).

De acordo com Ely, três são os argumentos sustentam a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação. O primeiro refere-se ao objeto de preocupação da Constituição, a saber, os direitos de acesso e de igualdade. Já o segundo, reafirma que a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas (WALL, 1980).

O último argumento, afirma que proteção dos direitos de acesso e direitos de igualdade não devem ser confiados aos representantes eleitos, os quais tem a possibilidade de discriminar certas minorias, e sim ao Poder Judiciário.

Contudo, a intervenção judicial não é justificada sob o argumento de proteção dos valores fundamentais da sociedade, porque quando se trata do respeito aos “valores do povo”, os representantes deste tem maior capacidade para defini-los de forma correta.

A democracia procedimental apresenta como fundamento a defesa do procedimento democrático, uma vez que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independentemente do resultado a ser alcançado. Ela aparece como uma resposta ao ativismo judicial americano, em que a Corte pode declarar a inconstitucionalidade das medidas legislativas quanto se manifestar acerca das políticas públicas (WHITTINGTON, 1999).

Desta forma, o autor ressalta o caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pela Corte. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, anteriormente aprovada pelo Legislativo, a Corte estaria impondo os seus valores constitucionais, o que não pode ser admitido no contexto da democracia (MELLO, 2004).

O autor permite a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das leis apenas com a finalidade de garantir o processo democrático. Ou seja, a Corte não pode se manifestar acerca dos valores substantivos, pois isto ofenderia o princípio democrático.

Nas palavras de Keith Whittington (1999, p.89), Ely “interpreta a Constituição como sendo, fundamentalmente e exaustivamente, para assegurar uma democracia procedimental, e recomenda que a Corte adapte um método de interpretação apropriado para extrair esse significado aplicando-o à prática política atual”. O Judiciário não pode ir contra os valores escolhidos pela maioria, e sim deve garantir que todos os valores tenham a mesma oportunidade de consideração e seleção.

Percebe-se, assim, que ao adotar uma concepção procedimental de democracia, Ely está conferindo primazia à democracia como forma de representação popular. Neste contexto, o papel da jurisdição constitucional estaria limitado a assegurar a efetividade do processo deliberativo, pressuposto indispensável à democracia. A discussão em torno desta temática será abordada no item a seguir.

O PAPEL QUE O PODER JUDICIÁRIO PODERIA EXERCER EM UM REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos itens a seguir será analisado qual o papel que o Poder Judiciário poderia exercer, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a partir das perspectivas dos autores americanos, Ronald Dworkin e John Hart Ely.

Importa ressaltar, que o debate acerca das concepções contemporâneas sobre o valor da Constituição e a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, está inserido no contexto da concepção de democracia substancial, defendida por Dworkin, e a concepção de democracia procedimental, proposta por Ely.

Os substancialistas valorizam o conteúdo material da Constituição, conferindo-lhe um papel diretivo, no sentido de que a lei deve operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos inseridos no texto constitucional (CAPPELLETTI, 1993).

Neste sentido, ao Poder Judiciário caberia a tarefa de guardar os direitos morais que as minorias têm frente ao Estado, mesmo que a vontade da maioria não os tenha reconhecido.

A concepção constitucional de democracia rejeita a ideia de que o valor da democracia está na vontade transitória da maioria dos cidadãos. Assim, o argumento contra a premissa majoritária está no respeito aos direitos individuais e sociais, relacionados com valores superiores à ordem jurídico, e que são imprescondíveis a sua aplicação.

Por sua vez, os procedimentalistas enfatizam o papel instrumental da Constituição, ou seja, ela estaria direcionada para a garantia dos instrumentos de participação democrática e também a regulação do processo de tomada de decisão. Evidencia-se, assim, uma valorização da liberdade política, relegando a segundo plano os valores substantivos deste processo.

Assim, ao Poder Judiciário caberia tão somente o papel de preservar a observância deste processo e corrigir as falhas dos mecanismos de participação. As cortes, na sua concepção, devem proteger os direitos identificados no texto constitucional, especialmente, os direitos de acesso político e direitos de igualdade. Enquanto ao povo seria atribuída a tarefa de estabelecer as bases axiológicas sobre as quais irá se desenvolver.

No próximo item será estudado o papel que o Poder Judiciário poderia desempenhar como guardião dos direitos morais, a partir da ideia de integridade e coerência proposta por Dworkin.

Entrega da última palavra ao Poder Judiciário na concepção de Dworkin.

Dworkin (2005) desenvolveu uma concepção de Estado de Direito baseada em direitos, modelo este

que pressupõe a existência de direitos e deveres morais não declarados pelo direito positivo e que devem ser revelados e impostos pelos tribunais. Estes direitos são expressos por meio de princípios e teriam a duas funções:(a) substrato para encontrar a resposta correta ;(b) ferramenta que serve de barreira contra a discricionariedade.

Diferentemente do posicionamento de Dworkin, a tese positiva-hartiana da discricionariedade apresenta um modelo de Estado de Direito baseado no texto da lei. Nesta perspectiva, o juiz ao decidir determinado caso deve descobrir o que está realmente no texto jurídico. A decisão discricionária se efetiva quando não for possível fazer valer uma decisão política previamente estabelecida em uma regra jurídica (POLI,2012).

Para o autor, o direito não é apenas um conjunto de regras, mas também princípios. O pressuposto de que o indivíduo tem outros direitos além daqueles que são determinados de forma expressa nas regras explícitas, impõe ao juízo o dever de descobrir “quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos” (DWORKIN, 2010, p.128).

O fato de Dworkin buscar a reaproximação entre o direito e moral a partir da valorização dos princípios não o caracteriza como jusnaturalista, uma vez que “os princípios jurídicos se apoiam na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico” (NEVES,2008, p.96).

Como dito anteriormente, a concepção centrada no texto da lei admite em algumas situações a criação judicial de novos direitos. O modelo que é desenvolvido por Dworkin não aconselha uma divisão estanque de tarefas entre órgãos políticos e jurídicos. Além disso, afirma que os juízes precisam enfrentar ao menos um tipo de questão política.

A possibilidade das decisões políticas serem construídas a partir de argumentos morais (princípios) encontra contraponto no critério da legitimidade, expressa na ideia de que “as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira” (DWORKIN,2010, p.122).

Este argumento democrático é rejeitado por Dworkin porque o debate sobre as decisões políticas no âmbito do Poder Judiciário deixa de considerar a distinção entre princípio e política⁹, da qual derivam dois tipos de argumentos que podem embasar as decisões políticas.

Sustenta, ainda, que a democracia do ponto de vista procedimental é incompleta porque ela não poderia “prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos que de fato prescrever estão sendo atendidas” (DWORKIN,2006, p.52). Então, um regime verdadeiramente democrático é aquele que combina dois elementos, forma e conteúdo, ou seja, exige o atendimento das condições democráticas

⁹ Dworkin (2002, p.66) chama de princípio aquele *standard* que deve ser observado em função de uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade. Por diretriz política, o autor se refere àquele tipo de *standard* que consiste no estabelecimento de um objetivo a ser alcançado.

pela comunidade política.

Desta forma, os argumentos de política justificariam uma decisão política pelo fato de estabelecerem um objetivo coletivo de uma determinada comunidade. Os argumentos de princípios, por sua vez, justificam uma decisão política quando demonstram, que respeitam direito individual ou coletivo da comunidade.

Neste contexto, as decisões políticas legislativas, diz Dworkin, “devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração” (DWORKIN,2010, p.47).

O autor defende que as questões sensíveis à escolha, definida como aquela cuja solução depende da distribuição de preferências dentro de uma determinada comunidade, como por exemplo, a definição de um investimento na construção de um hospital, não podem sofrer interferência do Poder Judiciário.

Dito de outra forma, este não pode derrubar a decisão política porque ela é fruto da distribuição de preferências de uma determinada comunidade. A resposta correta para as questões de escolha sensíveis é aquela que a maioria considerar (MACEDO JUNIOR,2013).

As questões que são insensíveis à escolha, como por exemplo, a descriminalização do aborto, a resposta correta não depende da distribuição de preferências dentro da comunidade. Nesta situação, diz Dworkin (2006), o aspecto quantitativo do processo cede espaço à qualidade das decisões políticas.

Dworkin utiliza esta distinção para afastar parcialmente uma conhecida questão epistemológica: que a maioria tem maior probabilidade de estar certa. No que toca a decisões políticas fundadas em preferências sensíveis, o argumento é correto. Quando se trata de preferências insensíveis, não há razões suficientes para defender que a maioria necessariamente decida” (MENDES,2008, p.65).

Para entender o papel do Poder Judiciário numa democracia constitucional, o autor pede que imaginemos a seguinte situação:(i) o legislativo aprova uma lei que considera crime a queima da bandeira em sinal de protesto;(ii) é arguida a inconstitucionalidade da lei na suprema Corte sob o argumento de que o direito à manifestação foi restringido;(iii) o tribunal aceita a acusação e diz que a lei é inconstitucional (DWORKIN,2010, p.231).

A pergunta que decorre deste exemplo é: esta decisão da Corte seria legítima? Para os defensores da premissa majoritária não, porque a lei foi criada por um órgão coletivo democraticamente eleito. Diversamente, se a lei contrariar as condições democráticas previstas na Constituição, o fato dela ter sido declarada inconstitucional, asseguraria a democracia, portanto, não poderia ser considerada antidemocrática.

Quando o Poder Judiciário cumprir com a sua função de guardião dos direitos morais, estará assegurando as condições democráticas, conteúdo mínimo de justiça. O argumento da ausência de representatividade, neste caso, não mais se sustenta, diz Dworkin, pelo fato da comunidade de princípios serem “a

instância máxima da democracia comunitária” (MENDES, 2008, p.52). Os juízes são representantes do povo, entendido como aquele ente coletivo distinto, ou seja, ação coletiva do tipo comunitário.

Tanto a votação majoritária quanto a revisão judicial¹⁰ podem serão consideradas justas ou injustas de acordo com o resultado originado destes procedimentos. Não interessa quem decide, mas como se decide. Se as condições democráticas foram satisfeitas, a decisão tomada pelo poder judiciário acerca das questões insensíveis à escolha, a decisão será legítima.

A possibilidade de erro é simétrica. Quando um tribunal toma uma decisão errada acerca das exigências das condições democráticas, a democracia fica prejudicada, mas não tão quanto uma decisão uma legislação majoritária toma uma decisão constitucional errada e que permanece em vigor.

Assim, o autor propõe uma releitura da separação dos poderes, a partir dessa distinção, ao dizer que a atuação do Judiciário seria legítima se a solução dos casos difíceis fosse com base em argumentos de princípios. O Poder Judiciário estaria legitimado a preencher “hiatos regulatórios nos casos difíceis”, porém sem recorrer à tese da discricionariedade.

As decisões políticas judiciais são fundamentadas em argumentos de princípios cuja finalidade primária é fazer respeitar direitos. Neste caso, é o conteúdo da decisão que é valorizado.

Ao determinar que as decisões judiciais devem ser políticas, o autor pretende sustentar que os juízes precisam resolver seus casos “valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos” (DWORKIN, 2002, p.17).

Diversamente do juiz aplicador de regras, que, nos casos difíceis, busca a neutralidade no ato de interpretação do texto, o juiz que se abre para a argumentação política, ou seja, que decide com base em fundamento de moralidade política, exerce a função de guardião dos princípios. A este tipo de juiz que não se subordina exclusivamente às normas postas pelo legislador costuma-se sua legitimidade porque ele mesmo estaria a legislar (MENDES,2008).

E síntese, a proteção dos direitos por via jurisdicional fortaleceria o próprio processo democrático. Primeiro porque o princípio da igual consideração e respeito, fundamento básico de uma democracia constitucional, é mais bem respeitado pelos tribunais, que podem controlar os atos dos outros poderes, diferentemente dos Poderes Executivos e Legislativos que soberania total, sem nenhum tipo de limitação.

O segundo motivo é que a Constituição deve proteger os direitos individuais e também os direitos dos

¹⁰ FREIRE, Antônio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003, p. 32. O autor analisa a relação da democracia com a natureza contra majoritária do controle judicial da constitucionalidade das leis, e entende que em democracias imperfeitas, o controle judicial se faz necessário como forma de ampliar o debate democrático acerca do conteúdo da Constituição.

grupos minoritários contra as decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará promovendo o bem-estar geral.

A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade está condicionada à apresentação da resposta correta. Para tanto, o juiz busca dar coerência ao conjunto do ordenamento jurídico, integrando o texto constitucional, a legislação infraconstitucional, e as decisões judiciais anteriores para chegar a esta resposta, ou seja, decide com integridade.

As convicções morais e políticas dos juízes estão presentes no ato de interpretação e servem de parâmetro para que a coerência entre as decisões presentes e futuras com as decisões passadas sejam mantidas.

Além de acreditar que é sempre possível uma resposta certa para os conflitos que são resolvidos pelos tribunais, Dworkin acredita que a democracia “possa ter uma melhor resposta, ou uma resposta capaz de fazer frente aos dilemas que as modernas democracias apresentam e esta resposta seria a política enquanto integridade (KOZICKI,2000).

O controle judicial sobre os atos do poder legislativo não é um modelo perfeito, mas um instrumento viável, no contexto da sociedade americana. Ele não é um instrumento antidemocrático, uma vez que visa estabelecer um controle judicial acerca daquilo que o poder legislativo decide de forma majoritária, assegurando que os direitos individuais sejam respeitados.

A combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes constitucionais pelo Executivo, mostra-se um arranjo institucional valioso para redizer a injustiça e a desigualdade. Assim, para Dworkin, o modelo de controle judicial explanado é pressuposto para a democracia.

A proteção dos direitos das minorias frente à ditadura da maioria também é objeto de proteção por parte do poder judiciário em Dworkin, só que a partir do viés da democracia substancial. O autor reconhece a superioridade dos direitos fundamentais na Constituição e também a legitimação da atuação do Poder judiciário na defesa destes direitos. Tal fato revela um viés substancialista adotado pelo autor, uma vez que os direitos fundamentais podem prevalecer em relação as leis e a vontade majoritária que tenha intenção de restringi-los.

Feita esta breve abordagem acerca do papel do poder judiciário na visão de Dworkin, o próximo item será dedicado ao papel que o poder judiciário poderia legitimamente exercer, segundo o posicionamento de Ely.

A atuação do Poder Judiciário restrito à correção de falhas no processo de representação na perspectiva de Ely

Na visão de Ely, a teoria de controle judicial de constitucionalidade deve ser analisada a partir da premissa majoritária, portanto, ao invés de abandoná-la, procura aperfeiçoá-la. Neste sentido, o intervencionismo

que é permitido é aquele que trata de questões relacionadas ao processo político, ou seja, o conteúdo substantivo das decisões legislativas questionadas não pode sofrer intervenção.

Dito de outra forma, o ativismo proposto é aquele que intervém quando o mercado político está funcionando mal de modo sistêmico. Este mal funcionamento pode ser identificado em duas situações: (i) quando os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política, para manter essa condição ou assegurar que os excluídos permaneçam onde estão; (ii) quando os representantes ligados a maioria negam à minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos (ELY, 2010, p.137).

O autor não nega que a participação possa ser considerada um valor em si mesma, porém, isto não impede que haja uma mescla do controle judicial de constitucionalidade. A imposição de valores refere-se ao fato de em função da importância atribuída a certos bens ou direitos, estes não estariam sujeitos às restrições passíveis de serem impostas pelo processo político.

Já a orientação participativa permite uma forma de controle judicial de constitucionalidade que se preocupa “com o modo através do qual são feitas as decisões que efetivam na prática as escolhas de valores e a distribuição dos custos e benefícios resultantes” (ELY, 2010, p.99).

O modelo de controle judicial de constitucionalidade está assentado em três premissas: (i) a escolha de valores substantivos está a cargo do processo político; (ii) a Constituição está voltada para a realização da justiça procedimental na resolução de conflitos individuais; (iii) garantia de participação nos processos e distribuição de governo (ELY, 2010, p.116).

Sustenta, ainda, que o controle judicial de constitucionalidade que visa promover a participação, diversamente da proposta que busca proteger valores, é plenamente compatível com a democracia representativa. É “inadmissível afirmar que juízes nomeados e com cargos vitalícios refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos”, em vez disto, deve ser fiscalizado os mecanismos que visam assegurar que nossos representantes estão de fato nos representando (ELY, 2010, p.87).

O terceiro argumento, estabelece que um controle judicial de controle de constitucionalidade direcionado para o fortalecimento da representação exige do poder judiciário uma atuação para qual estão mais bem qualificados do que as autoridades politicamente eleitas, a saber, controlar as regras do jogo político.

Isto porque os juízes eleitos estão à margem do sistema governamental e somente indiretamente se preocupam com a permanência no cargo. Estas duas condições permitem que o Poder Judiciário possa “avaliar qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema deveriam ser” (ELY, 2010, p.137).

O controle de constitucionalidade proposto por Ely é justificado não em função de uma crença na

competência especial dos juízes, mas sim porque não são eleitos, o que significa que institucionalmente são partes desinteressadas em litígios processuais entre os eleitos e os eleitores.

Como se extrai do exposto anteriormente, Ely (2010, p.87) procura elaborar uma teoria de meio termo com a finalidade “de fazer emergir o melhor dos dois mundos”. Entretanto, em função da sua preocupação com a legitimidade decorrente dos procedimentos de manifestação política e também sua compreensão de política como agregação de interesses privados, faz com que seu modelo de controle de constitucionalidade seja criticado por ambos os lados (ZURN, 2002, p.486).

A primeira objeção proposta pela teoria constitucional substancialista refere-se ao fato de que Ely reduz a atuação judicial à correção de falhas no processo de interpretação, além disso, é “praticamente impossível sustentar que o processo legislativo é um valor maior do que o conteúdo das leis” (PERRY, 1997, p.202).

Em razão do respeito pelo processo democrático, a Corte não deve interferir nos juízos de valor do legislativo. Este é um modelo de controle judicial constitucionalidade procedimental que tem como objetivo a manutenção do bom funcionamento do sistema democrático representativo.

Ao Poder Judiciário, árbitro do processo de representação, seria confiada a tarefa de desbloquear as canis de mudança da política assim como facilitar a representação da minoria, evitando a discriminação (ELY, 2010, p.9).

O critério do bom funcionamento do sistema democrático está diretamente relacionado a concepção de democracia adotada. Implicitamente o autor adora uma concepção pluralista de democracia, “cujo valor costuma ser atribuído à pretensão de assegurar uma condição equilíbrio entre diversos grupos de interesses identificáveis em uma sociedade” (POLi, 2012, p.90).

A crítica apontada pela teoria democrática é que essa concepção pluralista de democracia não está totalmente dissociada de uma concepção elitista. É uma variação da tradição elitista pelo fato de introduzir, no lugar de pessoas individualmente consideradas, grupos ou facções como os principais atores políticos.

A origem desta concepção corrobora com esta afirmação:

O ideal pluralista pode remontarse a Madison y los escritos incluídos em El Federalista em general. La idea central madisoniana, precisamente, tenía que ver con la prevención de la tiranía, y el deseo de lograr un equilibrio entre los distintos grupos, por el momento dotados de un poder relativamente desigual. Toda la estructura del sistema de ‘frenos y contrapesos’ estaría orientada a impedir estas mutuas opresiones” (GARGARELLA, 1991, p.260).

O argumento sustentado por Ely de que o papel do Poder Judiciário seria o de controlar os procedimentos democráticos “poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso e inexistisse acordo sobre o caráter democrático de qualquer procedimento” (SUNSTEIN, 2009).

Ao assumir a concepção pluralista de democracia como uma concepção correta, no sentido de ser uma questão de moralidade política, como diz Dworkin, traz à tona o seguinte questionamento: se os valores

substantivos não podem ser descobertos e aplicados, pelos tribunais, como poderiam “eles sem recorrer aos mesmos controversos valores substantivos, pressupor e proteger o pluralismo como a resposta correta sobre o que a democracia significa”? (ELY, 2010, p.82).

Dworkin diz que a estratégia utilizada para reconciliar a revisão judicial com a democracia é demonstrar que esta não requer que a Corte substitua os julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos. Entretanto, enquanto a proposta da teoria democrática vale-se da intenção legislativa para que o Tribunal atinja certo grau de controle constitucional, a proposta de Ely sustenta que o Tribunal pode abster-se de infringir a democracia controlando os processos desta (DWORKIN, 2010).

Segundo Dworkin, (2010, p.75) ambas as propostas “se auto anulam porque incorporam os julgamentos substantivos que dizem que devem ser deixados ao povo”. Além disso, a maioria dos textos constitucionais modernos especifica valores substantivos, não se restringindo à enumeração de procedimentos. Ou seja, a ideia de democracia, como indica Sunstein (2009), não é apenas processual, mas dependem de crenças substantivas.

Paradoxalmente, a abordagem de valor que Ely procura evitar, isto é, a imposição de valores pelos tribunais, não o possibilita levar adiante sua proposta de fusão entre forma e conteúdo. Ely recorreu a um argumento meramente processual e uma alegação de neutralidade que se mostraram insuficientes para rebater o argumento de que o controle judicial de constitucionalidade deve ter como base razões substantivas.

Por fim, Ely reafirma a relação direta entre a autocontenção judicial e a democracia, sendo que é o Estado, através dos juízes, naqueles casos em que o sistema não esteja funcionando de forma correta, que irá determinar de que maneira a sociedade será regulada, no sentido de imposição de limite à vontade das maiorias.

A crítica a um modelo procedimentalista pode ser procedente no que se refere à proteção dos direitos e garantias individuais fundamentais, no qual o intérprete deve buscá-lo de forma direta na Constituição, e não na sociedade. Se considerarmos o caráter normativo e principiológico da Constituição, a devolução para a sociedade da função conferida aos juízes significaria o rompimento com a democracia.

O controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito, mas um instrumento viável, no contexto da sociedade americana. Ele não é um instrumento antidemocrático, uma vez que visa estabelecer um controle judicial acerca daquilo que o Poder Legislativo decide de forma majoritária, assegurando que os direitos individuais sejam respeitados (DWORKIN, 1997).

Assim, o modelo de controle judicial de constitucionalidade proposto por Dworkin é mais adequado para a garantia da democracia do que o proposto por Ely, especialmente, no que se refere a limitação da atuação do judiciário na correção das falhas dos mecanismos de participação.

Apesar da perspectiva excessivamente formal da teoria proposta por Ely, duas observações precisam ser feitas. A primeira delas, é que o autor não prescinde de uma orientação por princípios, ainda que procedimental. Já

a segunda observação diz respeito ao fato de que o autor oferece uma proposta coerente de interpretação do texto constitucional ao mostrar que o fundamento da sua abordagem procedimental é a autoridade da Constituição americana.

Demonstra, ainda, que a ênfase de sua teoria é com as questões de processo, ou seja, aquelas relacionadas com os direitos de acesso e de igualdade, e não com a imposição de valores ou princípios fundamentais consagrados em uma determinada comunidade.

Como os canais da mudança política devem ser assegurados, o autor admite que alguns dos direitos que não estão expressamente previstos na Constituição devam receber a proteção constitucional.

Entretanto, Ely deixa claro o seu entendimento de que a Corte não pode assumir uma postura de usurpação da função legislativa, pois isto significaria a imposição de valores considerados fundamentais, e que devem estar a cargo do poder legislativo.

O mérito do autor está materializado na preocupação com uma interpretação constitucional que visa garantir a todos os cidadãos os direitos de participação política e de igualdade. Em Ely, a legitimação do Judiciário se desloca do conteúdo da decisão para o processo de deliberação, o que pressupõe deste uma postura de maior participação.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo verificar qual papel deve ser conferido aos juízes, no contexto democrático. Para tanto, optou-se pela análise desta temática a partir de dois filósofos e teóricos do final do século XX e início do século XXI, Ronald Dworkin e John Hart Ely.

As principais teorias defendidas por Dworkin são a tese de direitos construído a partir da existência de padrões (standards) que funcionam como princípios, que tem a finalidade de garantir os direitos individuais e políticos que visam a proteção de um objetivo da coletividade.

Desta ideia advém outra tese, qual seja a de que para os conflitos que são submetidos à apreciação do Judiciário sempre haverá uma resposta correta, a melhor possível. Esta ideia da resposta certa se utiliza de uma concepção de direito baseado na ideia de romance em cadeia, ou seja, o magistrado atua como um romancista no sentido de que deve considerar os capítulos anteriores que já foram escritos (a história da prática jurídico social) e não apenas escrever um novo capítulo.

Para isso, afirma Dworkin, o direito é uma prática interpretativa que deve ser compreendido por meio de uma atitude interpretativa que busque uma concepção de direito como integridade. Esta concepção de direito pressupõe que os juízes admitam que o direito é estruturado por conjunto coerente de princípios sobre justiça, devido processo legal e equidade. Enfim, o direito como integridade visa conceber soluções jurídicas que possam

ser justificadas a partir de um modelo político fundado na igual consideração e respeito dos membros da comunidade.

É neste contexto que o autor defende a concepção constitucional da democracia, sistema em que as decisões tomadas no processo democrático são proferidas por instituições políticas que tratem os membros da comunidade com a mesma consideração respeito.

No que se refere à tomada de decisão pelos representantes eleitos pelo povo, o autor não rejeita totalmente a premissa majoritária, mas entende que nem sempre ela está ajustada aos princípios e valores justos. Em função disto, é preciso que as instituições majoritárias garantam as condições democráticas de igualdade de status para todos os membros da comunidade.

Dworkin argumenta que os direitos fundamentais têm caráter axiológico, o que nos leva a argumentar constitucionalmente e moralmente. Neste caso, a premissa majoritária não é suficiente para justificação de uma decisão política. É preciso uma interpretação moral, realizada pela Corte Constitucional, por meio de uma argumentação de princípios produzidas nas suas decisões.

Essa interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes, pelo fato destes decidirem com base em argumentos de princípios, neste sentido, a invalidação de uma lei pelo Poder Judiciário não viola a democracia, mas a protege.

Ao praticar a revisão judicial, a Corte deve enfrentar as questões políticas substantivas com a finalidade de conferir a elas uma resposta correta, ou seja, a Corte deve estar preparada tanto para formular questões de moralidade política quanto para atribuir-lhes uma resposta. Outro argumento utilizado é que a atuação do Judiciário dará

Proteção da minoria contra a maioria, um órgão imparcial, com preparo técnico e distante de causas políticas.

Diferentemente da teoria substancial exposta até aqui, Ely entende que o papel do Judiciário está legitimado no processo de tomada de decisão assim como nas condições de participação da sociedade neste processo. Este entendimento reflete uma concepção procedimental de democracia atrelando sua eficácia aos mecanismos que o tornem efetivos.

Desta forma, a teoria procedimentalista enfatiza as condições do processo de deliberativo que expressa a vontade dos cidadãos e sua influência no processo de tomada de decisão, ou seja, há uma tentativa de aproximação entre a sociedade com os procedimentos de deliberação.

Os valores substantivos de uma determinada sociedade devem ser escolhidos pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ou seja, por meio de deliberação democrática. Ao Poder Judiciário é atribuída a tarefa de garantidor do exercício da democracia, ou seja, garantidor

dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político.

A possibilidade de atuação do Judiciário no controle das leis está relacionada à garantia do processo democrático e sua estrutura, e não à manifestação e preservação de valores substantivos.

Desta forma, a deliberação sobre os valores de uma sociedade por juízes que não são eleitos representaria uma violação ao princípio democrático. A legitimidade que o Judiciário tem para restringir a vontade da maioria é restrita à proteção do procedimento democrático, isto é, não lhe é atribuído o papel de legislador negativo ou positivo.

A suprema Corte, na visão do autor, não pode atuar como representante do povo, pois seria uma atitude antidemocrática e elitista. O autor sustenta que a preservação dos valores da Constituição pelo Judiciário poderia ser comparada à vedação de mudanças na sociedade, ainda que esta fosse entendida como necessária pelos representantes do povo.

Para Ely, o sistema dos direitos deve ser tutelado pelos órgãos de representação democrática, por meios dos processos de deliberação, e não pelo Judiciário que não tem origem e controle popular. O *judicial review* tem a finalidade de garantir o processo democrático.

Entretanto, a concepção procedimental de democracia, ao admitir que o Judiciário tem o papel de garantidor do processo democrático, não consegue descartar a possibilidade de que esta jurisdição envolva o julgamento de valores substantivos.

Além disso, ao defender que a lei vai ser legitimada por um processo democrático legítimo e justo, a teoria procedimentalista admite a necessidade de observância de algumas condições substantivas, tais como, igualdade, liberdade e dignidade dos cidadãos.

A teoria da revisão judicial de Ely está pautada na ideia de que a revisão judicial deve levar em consideração o processo da legislação, e não o resultado deste de forma isolada. Neste sentido, a revisão que estiver baseada no processo será compatível com a democracia, o que não ocorre quando a revisão for baseada na substância, conforme defende Dworkin.

O referido autor afirma que a atuação do Judiciário como guardião dos valores morais da Constituição é compatível com uma concepção de democracia constitucional. Para Dworkin, se quisermos que a proteção dos direitos pela Corte fortaleça o processo democrático e o princípio da igual consideração e respeito, esta não pode estar preocupada com o processo como algo distinto da substância.

Por fim, o ponto de divergência entre os dois autores abordados neste artigo, reside no fato de Dworkin defender a atuação do Judiciário como guardião dos valores morais com base numa concepção constitucional de democracia, enquanto que Ely entende que a Corte erra ao utilizar o valor substantivo para justificar a revogação de uma decisão legislativa.

Ely ao defender um modelo de democracia procedimental a atuação do Poder Judiciário à utilização de critérios objetivos para a regulação do processo democrático. Em contrapartida, o modelo de controle de constitucionalidade substantivo, proposto por Dworkin, entende que os atos políticos decisórios do legislativo podem ser revistos pelo Poder Judiciário, pois estes estão comprometidos com a efetivação dos princípios da igualdade, da dignidade humana e a proteção dos direitos individuais e coletivos.

A doutrina jurídica da revisão judicial está centrada no processo em Ely, já em Dworkin está baseada no resultado (poderia desenvolver melhor esta parte da conclusão). Entretanto, ambos buscam compatibilizar a atuação do Judiciário na defesa de direitos com a democracia.

THE JUDICIARY AS GUARDIAN OF MORAL RIGHTS OR AS POLITICAL MARKETING REFEREE: A DEBATE BETWEEN THE CONSTITUTIONAL CONCEPTION OF DEMOCRACY OF RONALD DWORKIN AND CONSTITUTIONAL PROCEDURALISM OF JOHN HART ELY.

Abstract

This article aims to weave a debate between the constitutional democracy of Ronald Dworkin and constitutional Proceduralism of John Hart Ely, especially regarding the role that the judiciary could legitimately exercise in a democratic rule of law. Therefore, initially, will be addressed in the constitutional interpretation of Dworkin- the moral reading of the Constitution and the law as integrity- and constitutional design of democracy. Posteriorly, it will address the basic theory of John Hart Ely and the constitutional Proceduralism. The last issue to be discoursed is the role of the judiciary in Dworkin's view and Ely's and their objections to ideas developed by both authors.

Keywords: integrity; democracy; coherence; judiciary

REFERÊNCIAS

CABALLERO, C.; CADEMARTORI, L. H. U.; ALMEIDA, D. S. **Elementos para uma Crítica à Concepção de Análise Conceitual de Ronald Dworkin em Justice for Hedgehogs**. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 19, p. 157-180, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora: Safe, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de. **A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin**. Florianópolis. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC.

DAHL, Robert. **Sobre democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- _____. **Juízes políticos e democracia**. O Estado de S.Paulo. Espaço Aberto, 26 de abril de 1997.
- _____. **Equality, democracy, and Constitution: We the people's Court**. In: Alberta Law Review, vol.28, n.2, 1997.
- _____. **A badly flawed election**, New York: New Press, 2002.
- _____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FREIRE, Antônio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-65, jul./dez.
- GARGARELLA, Roberto. La revision judicial y la difícil relacion democracia-derechos. In: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidade: investigacion colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires**. Madrid: centro de estúdios constitucionales, 1991
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário 101).
- HART, Herbert Lionel. **O conceito de direito**. São Paulo Martins Fontes, 2006.
- HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. **Jurisdição constitucional aberta**. reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- KOZICKI, Katya. **Conflito X Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades democráticas**. Tese de doutorado. Florianópolis: UFSC, 2000.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto de. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. Saraiva: São Paulo, 2013.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil- O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fntes, 2008.
- PERRY, Michael. The abortion funding cases: A comente on the Supreme Court's Role in American government. In: **The Georgetown law jornal**, vol 66, n.5.
- POLI, Vinicius Jose. **Controle de constitucionalidade: das teorias da entrega da última palavra às teorias do diálogo**. Tese de doutorado em Direito. São Paulo, 2012.
- SUSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRINDADE, André. **O dia que o romance em cadeia virou cadeia em romance**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance>. Acesso em 14 de julho de 2016.

ZURN, Christopher F. Deliberative democracy and Constitutional review. In. **Law and Philosophy**, 2002.

WALLACE, J. Clifford. **An inquiry into the limits of the Constitution**. Michigan: Hillsdade College Press, 1987.

WALL, Nicole. Review. **Democracy and Distrust by John Hart Ely**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). Disponível em: Acesso em: 17 de julho de 2016.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent and judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

Trabalho enviado em 10 de agosto de 2016.

Aceito em 26 de janeiro de 2016.