

Teorias da justiça e teorias da autoridade no contexto do controle de constitucionalidade: alguns apontamentos a partir de John Rawls e Jeremy Waldron

Theories of justice and theories of authority in the context of the control of constitutionality: few notes from John Rawls and Jeremy Waldron

Eneida Desiree Salgado*
Eduardo Borges Araújo**

Resumo

As mais conhecidas teorias sobre a revisão judicial fundamentam-se em argumentos substantivos. Para Ronald Dworkin, a legitimidade da Corte reside na busca pelos magistrados da única resposta correta, aquela apta a promover filiação moral entre os membros da comunidade política. John Hart Ely, ainda que preocupado em restringir o escopo do instituto, atribui à revisão judicial a promoção dos canais de expressão e mobilização dos projetos coletivos, defendendo que, para tal tarefa, a Corte encontra-se mais propícia a encontrar as respostas corretas. Nesse sentido, o presente artigo tem duas principais preocupações: primeiro, colocar em questão a possível existência de respostas corretas a controvérsias sobre princípios de justiça e, depois, avaliar suas

* Mestre e doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de pós-doutoramento junto ao Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma de México. Professora do Departamento de Direito Público da UFPR. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da UNIBRASIL, do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas - Mestrado e Doutorado - da UFPR, e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora e vice-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Curitiba – PR – Brasil. Email: desisalg@yahoo.com.br

** Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais (UFPR). Membro do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo e democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas” (UFPR). Membro do Observatório do Supremo Tribunal Federal (UnB). Curitiba – PR – Brasil. Email: eduardo.bfr@gmail.com

implicações ao instituto da revisão judicial. Para tanto, serão imprescindíveis as contribuições no campo da filosofia política e da filosofia jurídica de John Rawls, Ronald Dworkin e, sobretudo, Jeremy Waldron. Ao fim, a partir da distinção entre teoria da justiça e teoria da autoridade, chega-se à conclusão de que a revisão judicial é apenas um procedimento decisório dentre os inúmeros possíveis.

Palavras-chave: Revisão judicial. Liberalismo político. Razão pública. Desacordo razoável.

Abstract

The best known theories of judicial review are based on substantive arguments. To Ronald Dworkin, the Court's legitimacy lies in the search by the magistrates for the single correct answer, capable of promoting moral affiliation among members of the political community. John Hart Ely, though concerned with restricting the scope of the institute, attributes the judicial review with the promotion of the channels of expression and mobilization of collective projects, arguing that for this task the Court is more conducive to finding the right answers. In this sense, this paper has two main concerns: first, to question the existence of possible correct answers to controversies about principles of justice, and then assess its implications to the institution of judicial review. For both, will be invaluable the contributions in the field of political philosophy and legal philosophy of John Rawls, Ronald Dworkin, and especially Jeremy Waldron. At the end, based on the distinction between theory of justice and theory of authority, one comes to the conclusion that the judicial review is just one decisional procedures among several possibles.

Keywords: *Judicial review. Political liberalism. Public reason. Reasonable disagreement.*

Introdução

Uma Teoria da Justiça, obra de John Rawls, inaugurou um novo momento no pensamento filosófico. As críticas à obra, proferidas pelas mais variadas correntes filosóficas, culminaram na reformulação das primeiras ideias de Rawls e na publicação do *Liberalismo Político*, em que o autor se dedica à elaboração de uma concepção neutra de justiça, que não dispute espaço com a infinidade de doutrinas abrangentes,

sejam elas de natureza ética, filosófica ou religiosas, que coexistem na sociedade plural.

O objetivo do presente trabalho é explorar a principal implicação constitucional do desacordo razoável sobre os princípios de justiça: a distinção entre teoria da justiça e teoria da autoridade. Para tanto, serão preciosas as problematizações levantadas por Jeremy Waldron sobre a razão pública de John Rawls, categoria essencial em seu liberalismo político. Inicialmente, será imprescindível trazer as principais contribuições de Rawls e providenciar um ponto de partida para a exposição das ponderações de Waldron sobre a impossibilidade de se construir um consenso sobreposto e sobre a irrelevância do objetivismo moral. Constatado que “o desacordo à flor da pele sobre justiça continua a ser a condição mais gritante da política” (WALDRON, 1999, p. 163), a atenção volta-se à principal implicação: a distinção entre substância e autoridade.

1 As respostas de John Rawls e de Jeremy Waldron ao pluralismo razoável: haverá algo para além do desacordo?

John Rawls, em suas obras posteriores, dedicou-se ao reexame e à reformulação da sua teoria da justiça (RAWLS, 1985; RAWLS, 1989). Embora não admitisse expressamente, esse movimento ocorreu, em grande parte, devido às críticas recebidas – em especial, as críticas de Michael Sandel – devido ao fato de o liberalismo fundar-se em uma concepção liberal de vida boa que a tornaria incapaz de garantir uma base estável (FREEMAN, 2003). Sua teoria revelava-se como doutrina compreensiva, na medida em que demandaria a adequação à concepção de justiça das concepções éticas pessoais (RAWLS, 1993). Essa revisão preocupava-se em conferir estabilidade ao liberalismo político, de tal modo que a incorporação de um sentido de justiça por todos os membros da sociedade política produzisse uma congruência entre o sentido de justiça coletivo e a concepção pessoal do bem.

Para chegar a essa conclusão, John Rawls reconheceu novos fatos que uma concepção adequada de justiça deveria obrigatoriamente

levar em consideração na sua teorização, mas haviam passado despercebidos na *“theory of justice”*. Junto do suporte de cidadãos politicamente engajados e de uma cultura política que contenha ideias intuitivas fundamentais que sirvam de base para erguer uma concepção política da justiça, o fato do “pluralismo razoável” mereceu especial atenção (GARGARELLA, 2008). As sociedades modernas destacam-se pela coexistência de doutrinas abrangentes, sejam elas morais, religiosas ou filosóficas. Essas doutrinas, não obstante razoáveis, são, por vezes, incompatíveis entre si. Esse conflito não é acidente histórico, mas circunstância permanente da cultura política democrática que remete aos limites naturais da razão humana – *“the burdens of judgement”*.

Não são a má-fé ou a irracionalidade que levam pessoas a divergir em suas convicções mais básicas, e sim a adesão a concepções abrangentes razoáveis. Os limites do juízo aplicam-se a divergências religiosas e políticas, por exemplo. Por doutrina abrangente, entenda-se o conjunto de valores, ideais e virtudes que são valiosos à existência humana, além de compreensões sobre laços de amizade e de familiaridade. A doutrina abrangente inclui os ideais que informam, limitam e norteiam a condução do projeto pessoal de vida.

A concepção política, todavia, é excluída por John Rawls da esfera do desacordo, restando os limites do juízo circunscritos às diferentes concepções do bem. Dos limites naturais da razão, destaca-se a dificuldade em sopesar adequadamente as considerações normativas conflitantes em um caso particular e a dificuldade em se tomar a decisão final frente a dilemas valorativos (GARGARELLA, 2008). Nada disso, entretanto, seria válido para questões de justiça. Os limites naturais da razão não seriam suficientes para gerar desacordos profundos sobre os termos básicos e os princípios fundamentais da associação política (WALDRON, 1999). Se considerados em conjunto, os limites tornam o desacordo sobre doutrinas abrangentes possível e, sobretudo, plausível. Indivíduos ligados a doutrinas abrangentes irreconciliáveis podem conviver estavelmente sob um regime político considerado legítimo por todos os cidadãos a partir do liberalismo político, agora reduzido

ao “*overlapping consensus*” entre doutrinas abrangentes, capaz de sustentar um regime constitucional (RAWLS, 1993). Sua pretensão em ser razoável, e não mais verdadeiro, compatibiliza a concepção política com a multiplicidade de valores éticos, não havendo qualquer concorrência entre eles.

O consenso sobreposto é pactuado apenas entre doutrinas abrangentes razoáveis. Ainda que John Rawls não defina taxativamente o conteúdo da razoabilidade, entende-se que uma doutrina abrangente razoável deve reconhecer a todos os cidadãos liberdade e igualdade, bem como propor termos justos de cooperação social. Rawls assim procede, porque o conteúdo do razoável talvez não possa ser determinado previamente, mas apenas revelado em sua prática (FREEMAN, 2003). Entretanto, não parece certo que essa revelação prática inviabilize uma definição específica de razoabilidade que jogaria luz sobre alguns pontos deixados obscuros. A concepção política será razoável se observadas três condições. Primeiro, direitos, liberdades e oportunidades básicas são a primeira exigência. Depois, uma prioridade especial dessas garantias sobre valores éticos. Por último, exige-se da concepção medidas que certifiquem igualmente a todos os indivíduos meios suficientes para a efetivação das liberdades (RAWLS, 1997).

A superação dos desacordos envolve a identificação de bases para um acordo amplo o suficiente para abarcar os princípios fundamentais e profundo o suficiente para incluir as concepções sobre pessoa e sociedade. Ainda que possua uma natureza moral, a concepção política não traz valorações a respeito de condutas ou virtudes pessoais. Ela volta-se a questões básicas de justiça e questões constitucionais essenciais: a estrutura básica de governo e processo político, bem como iguais direitos e liberdades básicas aos cidadãos (RAWLS, 1993). Relacionar-se com um objeto mais específico é a primeira característica de uma concepção que pretenda ser objeto do contrato social. No mais, deve mostrar-se independente de toda e qualquer doutrina abrangente, e seu conteúdo deve ser acessível e identificável pelos cidadãos. Para isso, deve trazer ideias ligadas aos valores que informam a cultura política de uma democracia. O consenso sobreposto, em razão de sua

amplitude e profundidade, revela-se como etapa final de um processo gradual de incorporação e reconhecimento de princípios de justiça. Além da capacidade para elaborar um ideal de bem e aceitar a concepção de justiça e equidade, os indivíduos possuem o desejo de agir segundo elas.

A psicologia moral razoável é necessária frente à insuficiência da concepção política em resolver todas as questões políticas relevantes que se apresentam. Primeiro, a concepção política abarca conceitos genéricos passíveis de distintas leituras. Segundo, a implementação de políticas públicas baseadas na concepção política demanda a discriminação entre as circunstâncias e as personalidades. Terceiro e último, as doutrinas abrangentes abrem espaço para interpretações conflitantes sobre a concepção política. Surge a necessidade de se complementar a concepção política com uma visão de razão pública que norteie a discussão sobre questões de justiça. No que for possível, “o conhecimento e as maneiras de argumentar que fundamentam nossa sustentação dos princípios de justiça devem encontrar base nas verdades plenas agora amplamente aceitas, ou disponíveis, aos cidadãos em geral” (RAWLS, 1993)¹.

Se presentes aqui as limitações do julgamento humano, as razões empregadas pelos indivíduos na articulação e argumentação sobre as visões de justiça não seriam, nem poderiam, ser compartilhadas em suficiente amplitude e profundidade. A defesa da razão pública como pedra de toque das discussões públicas sobre justiça implica negar a influência dos limites do julgamento, possibilitando inferir que não existem desacordos razoáveis. “Os limites do juízo explicam como desacordos razoáveis são possíveis. Mas o ideal de razão pública parece pressupor

¹ “As far as possible, the knowledge and ways of reasoning that ground our affirming the principles of justice are to rest on the plain truths now widely accepted, or available, to citizen generally”. (Tradução livre).

que esta explicação não é aplicável a questões públicas sobre justiça e Direito que sejam discutidas na política.” (WALDRON, 1999, p. 153)².

A esfera do político em Rawls (1993, p. 226) é reservada à discussão sobre os detalhes dos princípios da justiça por meio do uso da razão pública. Instrumentalizá-la na condição de fundamento da legitimidade política não significa aceitar a concepção de justiça até seus últimos detalhes. Curiosamente, são oferecidos os próprios princípios da justiça como critérios para a determinação da adequação do diálogo político para com a razão pública. Serão parâmetros os princípios obtidos na “*original position*”, artifício apto a atender às condições de imparcialidade e **universalidade**³.

A passagem ao “*overlapping consensus*” compreenderia a escolha de alguns valores e princípios fundamentais que o correr do tempo revelaria mais razoáveis dentre todos os coexistentes na sociedade. Tratar-se-ia de um processo de seleção “natural”: inicialmente, coexistiriam diversas concepções de justiça – a concepção rawlsiana entre elas. Competiria à filosofia política, através da argumentação, escolher qual das concepções seria o critério de razão pública. Feito isso, seria possível rejeitar as concepções de justiça não selecionadas, devido à incompatibilidade frente ao critério selecionado. O desacordo sobre princípios de justiça seria possível antes. Depois, não mais, uma vez que eleita apenas uma concepção política. Restariam, ao término do

² “*The burdens of judgement explain how reasonable disagreement is possible. But the ideal of public reason seems to presuppose that that explanation does not apply to the public issues of justice and right that are under discussion in politics*”. Tradução livre.

³ As condições procedimentais imparciais, quando escolhidos os princípios de justiça, levam à justiça enquanto equidade. A posição original é o artifício utilizado para imprimir imparcialidade e universalidade aos princípios. Nela, os sujeitos encontram-se imersos em uma circunstância peculiar que os impede de conhecer a qual classe econômica, status social, geração ou gênero pertencerão. São dois os princípios de justiça que John Rawls extrai da posição original. O primeiro princípio garante a cada indivíduo igual direito ao mais amplo sistema de liberdades básicas compatível com semelhante sistema de liberdades para todos. O segundo princípio, o chamado princípio da diferença, aplica-se à distribuição de recursos e à estruturação de organizações assentadas sobre autoridade e responsabilidade. Todos os bens primários devem ser igualmente distribuídos, embora sejam admitidas desigualdades, desde que atendidas as condições de promoção do maior benefício social possível e de acessibilidade universal a cargos e posições (RAWLS, 1971, p. 54-117).

processo de seleção, somente “desacordos sobre a especificação dos detalhes da concepção política que a primeira fase da argumentação providenciou” (WALDRON, 1999, p. 154)⁴.

Porém, a razão pública a nada prestaria caso não existissem desacordos sobre justiça, argumenta Waldron (1999). Uma vez que a concepção política pretende-se neutra diante de doutrinas abrangentes, o liberalismo político pressupõe uma distinção entre a esfera do político, governada pela concepção política de justiça, e a esfera do não político, em que estão presentes as doutrinas abrangentes. Caso a arena política contasse apenas com o consenso entre cidadãos, não haveria muito a ser discutido. Mas, se é admitida a hipótese do desacordo e as pessoas instrumentalizam a razão pública para solucioná-lo, não há por que negar que esse desacordo era, ao menos em seu surgir, razoável. Por desacordo razoável entenda-se aquele que possui peso moral.

Há desacordos “insanos” quando rejeitada uma proposta por não garantir direitos e liberdades a – para utilizar um caso drástico – extraterrestres, e há desacordos “injustos” quando rejeitada qualquer proposta que, por exemplo, não reinstitua o Império e torne seu propositor o próximo imperador. Não tecer semelhante distinção levaria à desconsideração de qualquer desacordo, o que é contrário à proposta liberal, ou à consideração de todas as objeções, atribuindo igual valor a insanidades ou injustiças. A questão última não é distinguir objeções razoáveis de irrazoáveis, mas “traçar a linha” entre elas (ESTLUND, 2000).

O “*political liberalism*” defende a possibilidade de que os cidadãos compartilhem iguais princípios de justiça, ainda que a partir de diferentes concepções éticas. De volta à “*theory of justice*”, a justiça da legislação, principalmente em relação às políticas econômicas e sociais, era reconhecidamente objeto de razoáveis diferenças de

⁴ “*Ex post, the only reasonable disagreements that remain are disagreements about the working out of the details of the conception that the first phase of argument has yielded*”. (Tradução livre).

opinião (RAWLS, 1971). A resolução dessas divergências dar-se-ia pela instituição de procedimentos constitucionais que garantiriam a tomada de decisão em face do desacordo, o qual pode muito bem se instalar quanto ao procedimento que deva ser utilizado. Duas questões devem ser resolvidas pelos cidadãos quando discutidas as estruturas da sociedade e sua justiça. Primeiro, cada um deverá julgar a justiça da legislação e das políticas públicas, cientes de que diferentes juízos serão emitidos pelos seus pares. Depois, a coletividade decidirá o desenho constitucional mais adequado à composição entre opiniões contrárias. Uma concepção completa de justiça fornece não só os subsídios para o julgamento de leis e políticas, mas também os instrumentos de seleção das posições políticas que devem ser objeto da legislação.

Os procedimentos políticos serão avaliados a partir da Constituição melhor calculada à produção de leis justas e efetivas, ainda que a produção de resultados injustos seja possível em todos os procedimentos. No máximo, será uma justiça procedimental imperfeita. Embora exista critério independente para analisar a justiça dos resultados emitidos por procedimentos políticos, não está ao alcance dos cidadãos um método que garanta sua perfeição. Restaria apenas elaborar uma Constituição que maximize as chances de chegar a decisões justas, cujos procedimentos serão limitados e fundamentados pelos princípios de justiça.

Todavia, é impossível obter um consenso sobre quais procedimentos serão empregados quando o desacordo entre cidadãos se estende aos mais básicos detalhes de justiça, chegando à finalidade da Constituição (WALDRON, 1999). Para os libertários, a Constituição deve restringir o Estado a proteger as pessoas – contra roubo, fraude e emprego ilegítimo da força – e tutelar os contratos (NOZICKI, 1991). Diferente é o posicionamento dos republicanistas, para quem o cidadão deve ser perfeito, sob pena de atrair seus concidadãos à injustiça e à corrupção. “[Frente a]o principal interesse republicano em contar com uma cidadania ativa, comprometida com a saúde política do Estado, eram justificáveis, portanto, as tentativas de promover certas qualidades nos indivíduos” (GARGARELLA, 2008, p. 200). Desacordos sobre justiça

antecedem desacordos sobre desenho institucional. A preocupação com os pormenores da Constituição pressupõe os cidadãos que conhecem e concordam sobre os princípios de justiça. Assim, os desacordos circunscrevem-se à aplicação detalhada dos princípios da justiça como equidade, e não sobre os princípios em si. Seja em “*a theory of justice*” ou em “*political liberalism*”, assume-se que os participantes da arena política chegarão, mais cedo ou mais tarde, a um acordo sobre os princípios de justiça (WALDRON, 1999).

No mundo real, as pessoas divergem radicalmente sobre justiça, seja quanto aos seus detalhes ou quanto aos seus princípios. Em Rawls (1993), essas diferenças serão discutidas na esfera do político através de princípios e parâmetros deliberados na posição original, ainda que passagens de sua obra abram margem ao desacordo radical. Uma das críticas comunitaristas dirige-se à concepção da sociedade nesse esquema procedimental contratualista. Poucos foram os filósofos que aderiram aos princípios e parâmetros da posição original. Não parece sensato selecionar essa “concepção extraordinariamente controversa” como base para a normatização da razão pública e dos termos sobre os quais os cidadãos poderão resolver adequadamente seus desacordos (WALDRON, 1999). O equívoco residiria em identificar as normas que enquadram o debate público sobre justiça com valores e princípios que constituem uma das posições debatidas publicamente. Não existe posição sobre equidade, justiça ou legitimidade que esteja além da esfera dos desacordos razoáveis.

2 A questão do objetivismo moral em Ronald Dworkin e Jeremy Waldron: haverá uma resposta correta?

Os princípios liberais – direitos iguais e sistema político justo – são justificados em Ronald Dworkin a partir do direito a “igual respeito e consideração” (GARGARELLA, 2008). Em última instância, dispensar igual tratamento a cada indivíduo enquanto ser com iguais direitos de liberdades e com pretensão à distribuição dos recursos sociais que garanta a igualdade das oportunidades é um direito natural suprapositivo cuja titularidade é devida a todos em razão da

intrínseca condição humana – direito que será positivado e interpretado concretamente. Assim, o direito é interpretado como o conteúdo moral traduzido ao código jurídico que confere aos direitos fundamentais o *status* de incondicionalidade frente aos demais bens ou valores sociais (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Fundamentar as decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral não significa recorrer a bases extrajurídicas, uma vez que esse conteúdo moral foi reconhecido e incorporado aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Com isso, “certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral” (HABERMAS, 1997, p. 256). Ronald Dworkin elabora seu modelo instituinte de direitos, alicerçado em conteúdos morais, a partir da crítica à concepção normativista, à época representada, sobretudo, pelo positivismo de Herbert Hart.

Em casos cuja solução não pode ser encontrada diretamente nas regras do ordenamento jurídico, a discricionariedade do juiz bastaria para encontrá-la (STOLZ, 2007)⁵. Um caso é enquadrado como “difícil”, configurando-se em autêntico “*hard case*”, quando não oferece ao juiz, na análise preliminar, uma interpretação que prevaleça sobre outra, ficando este diante de duas ou mais interpretações distintas de uma lei ou de um julgado (DWORKIN, 2003). Desse modo, ele cria e aplica de modo retroativo uma nova regra, não importando o esforço argumentativo em situá-la enquanto direito pré-existente para, assim, salvaguardar a ficção da segurança jurídica. O momento de abertura do Direito em muito pouco afetará a segurança jurídica, uma vez que a discricionariedade judicial é limitada e intersticial (STOLZ, 2007). Seria menos custoso à coesão social e à democracia a resolução de apenas um caso por meio de uma decisão discricionária do que não provê-lo com nenhuma resposta.

⁵ A discricionariedade judicial é a terceira das três teses básicas do modelo positivista de Herbert Hart, ao lado da tese das fontes sociais do Direito e da tese da separação conceitual do Direito e da moralidade.

O entendimento de Dworkin opõe-se à teoria da decisão de Hart. Quando o juiz depara-se com um caso difícil, em que não existe à sua disposição norma claramente aplicável à situação, ele legisla e aplica novos direitos retroativamente. Porém, ao proceder dessa forma, o magistrado causa insegurança e, potencialmente, incorre em decisões injustas (DWORKIN, 2002). A segunda tese do positivismo hartiano, segundo a qual as conexões entre o Direito e a moral são contingentes, é rechaçada. O vínculo entre as dimensões jurídica e moral é lógica e conceitualmente necessário. Uma teoria sobre a validade da lei não seria neutra, mas interpretativa, devendo seu modo de exercício ser justificado (DWORKIN, 2004).

Diante de um “*hard case*”, no qual não há uma regra pré-estabelecida que disponha claramente sobre a situação fática e em que uma das partes possui um direito cuja pretensão deve ser judicialmente assegurada, não são procedimentos mecanicistas que permitirão ao juiz alcançar a única resposta certa e descobrir qual direito deve ser tutelado. Concebê-la como única resposta acertada não pressupõe a impossibilidade de haver desacordos substantivos ou formulação de idêntica resposta por todos os juízes (DWORKIN, 1977). Trata-se de uma postura hermenêutica a ser adotada pelo intérprete do Direito, trabalhada a partir da situação fática e fundamentada em princípios jurídicos – entendidos aqui em sua integridade (KOZICKI, 2012).

A integridade é recepcionada enquanto um ideal político distinto. Reflexo é a aceitação do princípio adjudcativo da integridade como soberano sobre a aplicação da lei, em razão do desejo que possuem os cidadãos em tratar a si mesmos como uma associação de princípios – “uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça, equidade e devido processo legal em uma relação correta” (KOZICKI, 2012, p. 46). No campo do Direito, a integridade representa a densificação vivencial do ideal de comunidade de princípios, cujos membros se reconhecem como livres e iguais, e, sobretudo, como coautores das leis redigidas para guiarem a vida em comum (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

Entretanto, conceber apenas uma resposta pressupõe a objetividade moral, de acordo com a qual existiriam respostas corretas a dilemas morais. Da tese da unidade do valor, que afirma a identificação entre valores éticos e morais, infere-se a existência de uma verdade interpretativa, da qual decorrerá a chance de que julgamentos morais e políticos possam ser verídicos. Não alicerçando em fatos morais sua argumentação, irá o intérprete sustentar que a verdade dos valores morais apoia-se nos argumentos que a ele dão causa. Conclui-se que sua natureza seria argumentativa – “A partir da existência dessa verdade interpretativa, é possível também defender a objetividade (e verdade) na interpretação jurídica, corolários da tese da resposta certa” (KOZICKI, 2012, p. 45). Ainda que gerais e abstratos, os princípios exigem do intérprete sua densificação, com especial consideração à história institucional e à coerência dos princípios vinculados ao Direito. Não haveria uma discricionariedade forte como no Positivismo; caso houvesse, seria apenas fraca. Ao contrário das regras, as quais trazem consigo uma regulamentação pormenorizada sobre a conduta que deverá ser adotada pelo agente, os princípios são responsáveis por densificar o ambiente decisório.

A tese da resposta correta, a ser descoberta pelo juiz Hércules em sua leitura moral da Constituição, fundamenta-se em um objetivismo moral (DWORKIN, 1996). Os teóricos defensores de que alguns julgamentos morais são objetivamente verdadeiros, enquanto outros são objetivamente falsos, são denominados de “realistas morais”. A principal tese do realismo moral é a existência de verdades morais objetivas e falsidades morais objetivas, e pode assim ser resumida: “existem fatos que tornam certos julgamentos morais (isto é, certas afirmações de valor ou de princípio) verdadeiros e outros falsos, fatos estes que são independentes de crenças ou de sentimentos que qualquer pessoa possa ter sobre os assuntos em questão” (WALDRON, 1999, p. 164)⁶.

⁶ “There are facts which make some moral judgements (that is, some statements of value or principle) true and others false, facts which are independent of anyone’s beliefs or feelings about the matters in questions.” (Tradução livre).

Em oposição aos realistas, os antirrealistas negam a existência de fatos que, por si, condicionam a veracidade ou a falsidade de julgamentos morais – “Haveria somente julgamentos morais e os indivíduos que julgam” (WALDRON, 1999, p. 165).⁷ Há julgamentos que são bem recebidos; mas outros não o são. Alguns são repudiados, outros são comemorados. Alguns são desprezados, outros são defendidos com unhas e dentes. Porém, não estariam ao alcance fatos objetivos que possibilitassem classificar determinadas atitudes ou determinados julgamentos como corretos ou incorretos.

A circunstância do desacordo sobre princípios não implica a ausência de respostas corretas às controvérsias. Das diversas visões de justiça que competem na sociedade, algumas são mais aceitáveis do que outras; e, certamente, algumas são verdadeiras e outras, falsas. Para certos filósofos, como Ronald Dworkin, a possibilidade de coexistirem concepções verdadeiras e falsas não deveria ser ignorada pela política e pela atividade jurisdicional. Waldron (1999), todavia, encara o objetivismo moral como irrelevante diante das circunstâncias da política, em que o desacordo razoável entre as concepções de justiça e a tomada de decisões coletivas prossegue, por falhar em estabelecer um vínculo entre a ideia de verdade objetiva e a existência de procedimentos de resolução dos desacordos. Diante disso, os desacordos morais persistem enquanto uma dificuldade para o realismo moral.

Teóricos conservadores e liberais convergem na preocupação em restringir a esfera de discricionariedade dos juízes. A redução da arbitrariedade faz-se importante para explicitar aos julgadores que sua esfera de atuação encontra limite, não sendo facultado a eles decidir o destino de litigantes e demais cidadãos como bem entenderem. Devem atuar cientes da condição de que são agentes tomadores de decisão limitados. “Porém, se a decisão do juiz contém um elemento moral, e se o realismo moral é falso, então o senso de limitação

⁷ “*There are only moral judgments and the people who make them.*” (Tradução livre).

desaparece” (WALDRON, 1999, p. 186). Nessa linha, as decisões são condicionadas pelas preferências subjetivas do magistrado. Sendo este o único responsável por controlá-las, poderá tomar as decisões que quiser. Caso contrário, estando o realismo moral correto, existiria uma resposta correta a ser encontrada diante da questão de princípios que se apresenta ao juiz – conseqüentemente, também existiria um limite à atuação judicial.

A existência ou não de uma resposta correta é uma questão ontológica (WALDRON, 1999). Ainda que haja fatos sobre a matéria discutida no caso concreto que imprimam à decisão oferecida pelo magistrado impressões de verdade ou de equívoco, manifestar a veracidade ou a falsidade da decisão não é algo que os fatos proporcionam ao juiz. No campo da política, os limites dos fatos morais não se apresentam como interessantes. A existência da resposta correta coloca-se somente como garantia de que os juízes, ao ponderarem e sopesarem princípios em sua busca, não estão à toa. Não há garantia de que a existência da resposta certa obrigue ou certifique sua descoberta. Diferentes juízes chegarão a diferentes resultados e nada permite que um magistrado considere sua resposta melhor do que a oferecida pelo outro.

3 A revisão judicial entre procedimento e substância: decide-se por último porque se decide melhor ou decide-se melhor porque se decide por último?

Pano de fundo da discussão entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron é a dificuldade contramajoritária que há por detrás dos vetos do Poder Judiciário, cujos membros não estão sujeitos à “*accountability*” das urnas e a atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo. É na principal prerrogativa da revisão judicial que reside seu principal problema (ELY, 1980) e, ao exercê-la, os Tribunais Constitucionais evidenciam a intrínseca tensão entre constitucionalismo e democracia. Seguindo essa linha, a revisão de leis e atos normativos pelos magistrados coloca-se como um obstáculo antidemocrático à fiel manifestação

da soberania popular, identificada no Executivo e Legislativo. Com a revisão judicial, impor-se-ia a vontade de poucos juízes sobre a decisão dos representantes do povo. É a partir do voto de um antigo ministro da Supreme Court of the United States, Justice Stone, que John Hart Ely desenha uma teoria que pretende justificar o controle judicial de constitucionalidade. Escreve Stone, na nota de rodapé nº 4 da decisão de *United States v. Carolene Products Co.*, em 1938, que discriminação contra “minorias discretas e insulares” podem representar um obstáculo aos processos políticos responsáveis justamente pela proteção das minorias. Falhas nos processos de expressão da soberania popular exigiriam “uma correspondente investigação judicial **mais profunda**”⁸.

Encontrando-se todos os indivíduos em igual situação na “posição original”, com igual interesse na formação de um governo, parte-se da presunção de que os valores de cada um possuem igual peso moral, com nenhum deles pesando mais ou menos no cálculo de interesses. Consequentemente, chega-se à conclusão de que questões públicas devem ser decididas pelo voto majoritário dos cidadãos ou de seus representantes. Entretanto, o texto da Constituição norte-americana incorpora os princípios procedimentais que viabilizam o ideal americano da democracia representativa. Quando percebida a debilidade do processo político, que coloca em xeque o objetivo republicano, deveria a Corte intervir e, ao exercer a revisão judicial, reparar a fratura procedimental e implementar os princípios representativos cristalizados na Constituição (ELY, 1980). Dispensa-se atenção às deficiências no processo político que afastem “minorias discretas e insulares” ou violem direitos fundamentais.

Para desenvolver sua “*representation reinforcing judicial review*”, John Hart Ely resgata o debate entre os interpretativistas e os não interpretativistas. A primeira corrente defende que as decisões judiciais

⁸ Assim escreveu White em seu voto: “[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition...curtailing the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.” (Tradução livre).

estão limitadas às normas expressas ou implicitamente contidas na Constituição. Já a segunda corrente argumenta que os juízes devem interpretar a Constituição para além do texto posto e “implementar as normas que podem ser descobertas nos quatros cantos do documento” (ELY, 1980, p. 1).⁹ Considerando o caráter aberto e abstrato de certas disposições constitucionais, seria impossível interpretar a Constituição de modo “fechado”. “Liberdade religiosa” e “devido processo legal”, direitos fundamentais protegidos pela primeira e pela décima quarta emenda constitucional, são expressões cujos significados não podem ser extraídos sem remissão às demais fontes que não a Constituição, cujo próprio texto convidaria seu intérprete a aventurar-se por outras áreas do conhecimento humano, na busca pelo seu sentido pleno (ELY, 1980).

Rejeitado o interpretativismo fechado, deve-se procurar os valores que informarão a compreensão das disposições constitucionais abertas e genéricas. Ao fim, rejeitados os valores subjetivos do juiz, o direito natural, a razão pública, a tradição e o consenso, chega-se a um impasse que, se contornado, levará ao cerne do modelo de revisão judicial proposto por John Hart Ely. Mais do que elaborar um método interpretativo fiel ao texto constitucional ou um método interpretativo específico para cada previsão abstrata, de modo a resguardar os direitos fundamentais, é tarefa do intérprete reconhecer que o dever por excelência da Constituição é constituir o processo político que conduzirá a democracia norte-americana representativa à plenitude (ELY, 1980).

Portanto, são as Cortes competentes para proteger direitos designados com maior precisão na Constituição. No caso de os dispositivos constitucionais possuírem redação aberta, são duas as saídas possíveis ao intérprete. A primeira aponta na direção de

⁹ “[...] indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution [...] the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document.” (Tradução livre).

salvaguardar os direitos de acesso político, como o direito ao voto, a capacidade eleitoral ativa, a liberdade de associação e de expressão. A segunda aponta aos direitos de igualdade imbricados no ideal de representação. O representante representa não só aqueles cidadãos que nele depositaram seu voto, mas toda a sociedade, inclusive as minorias. Possuem estas, então, o direito de não serem tratadas por regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma. Não poderá a maioria tratar as minorias pior do que trata a si mesma (ELY, 1980).

Embora as políticas públicas estejam reservadas aos órgãos de representação política, a função de preservação da competição eleitoral e a promoção dos canais de expressão e mobilização dos projetos coletivos permitirão a intervenção do Poder Judiciário no processo político em três hipóteses excepcionais (ELY, 1996): 1) quando a maioria dos cidadãos votar pela exclusão ou minimização da influência de minorias no processo; 2) quando a maioria dos cidadãos promulgar para si um regime regulatório particular que implique benefícios em detrimento de minorias; 3) quando a maioria decidir, através de procedimentos supermajoritários, petrificar em documento constitucional constrangimentos colaterais às minorias.

Os direitos políticos em questão – de acesso político e de igualdade – são justamente aqueles cuja proteção não deve ser atribuída aos representantes eleitos, os quais não possuiriam incentivo algum para promover o acesso político de grupos opositores e teriam todos os incentivos para colaborar com a manutenção do *status quo*, resultando em tirania ou discriminação com as **minorias**¹⁰. São esses os direitos protegidos pelo texto constitucional, cuja preocupação central é estabelecer um processo e uma estrutura, e não identificar

¹⁰ Entretanto, a intervenção judicial não seria respaldada caso buscasse proteger os “valores fundamentais da sociedade”. Entende Fernanda Ferro (2010, p. 114) que, se os representantes eleitos encarnam a vontade da maioria e movem-se na busca pelo respaldo popular, haveria incentivo suficiente para que definissem-nos corretamente e, assim, conquistassem sua reeleição.

e preservar valores substantivos em particular (ELY, 1980). A revisão judicial voltada à participação (“*participation-oriented form of judicial review*”) seria o mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições estadunidenses. Ao contrário das visões mais tradicionais sobre a Constituição dos Estados Unidos, documento em que “as regras jurídicas e os princípios de direito constroem e protegem direitos dentro de uma ordem normativa” (KOZICKI, 2012, p. 31), John Hart Ely defende que a seleção e a acomodação de valores substantivos são de responsabilidade do processo político.

À Constituição cabem duas tarefas. A primeira delas é garantir justiça procedimental (“*procedure fairness*”) à resolução de litígios individuais. Ao lado do processo “micro”, há o processo “macro”: é também dever constitucional certificar a participação popular nos processos de eleição e decisão dos ramos de governo (ELY, 1980). Essa premissa desemboca em dois outros argumentos. O modelo de revisão judicial proposto, voltado à promoção dos canais de representação democrática, adquire um desenho compatível com as diretrizes do sistema norte-americano de democracia representativa, não havendo motivo para preocupar-se com a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário em sua função de fiscalizar atos do Poder Legislativo. Inexistiria instituição mais qualificada do que a Corte, com seu conhecimento sobre processos e seu afastamento da atividade política.

Com isso, a revisão judicial torna-se não só justificada, mas necessária quando perturbado o processo político, violados direitos essenciais à participação política ou desprotegidas pelo processo político as minorias insulares ou discretas (ELY, 1980). Isolado da política ordinária e salvaguardado por mandatos e salários vitalícios, o Poder Judiciário revela-se à altura do desafio de fiscalizar o processo político. Como se fosse órgão antitruste, é responsável por garantir uma disputa política igualitária. Por mais que exista a preocupação em limitar a incidência do controle judicial de constitucionalidade, percebe-se que a teoria de John Hart Ely apoia-se em uma teoria voltada à produção dos melhores resultados. As Cortes Constitucionais estariam em melhor

posição institucional e possuiriam melhor incentivo para conceber a decisão correta.

Para Dworkin (1996, p. 17), a decisão competirá a “instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito”. Em uma concepção dependente, há um teste de *output*: a democracia será um conjunto mecanismos voltados à tomada da decisão correta. A melhor democracia seria justamente aquela hábil a produzir as melhores decisões e resultados do ponto de vista do igual respeito e consideração. O relevante não residiria no agente da decisão, mas em seu conteúdo. Se as instituições majoritárias respeitam e promovem as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Do contrário, não pode haver objeções, em nome da democracia, a procedimentos outros que melhor as protejam e respeitem (DWORKIN, 1996).

Paradar a dimensão adequada dos argumentos de Jeremy Waldron, os quais em seguida serão trazidos, é ilustrativo importar os julgados do Supremo Tribunal Federal em que é afirmada a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010. Mais conhecida como Lei da Ficha Limpa, sua promulgação foi responsável por alterar profundamente o sistema jurídico de inelegibilidades, estabelecendo novas hipóteses e ampliando o prazo para hipóteses previstas anteriormente. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.578, a Confederação Nacional das Profissões Liberais questionou o artigo 1º, inciso I, alínea *m*, da Lei, que impunha oito anos de inelegibilidade para aqueles excluídos do exercício da profissão em decorrência de infração ético-profissional. O Partido Popular Socialista e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, respectivamente, com o objetivo de blindar a Lei contra declarações incidentais de inconstitucionalidade.

Interposta em 30 de março de 2011, a ADI nº 4578 começou a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 9 de novembro de 2012, que decidiu, por frágil maioria, pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010. Foram vencidos os ministros Dias Toffoli, que a julgou

parcialmente procedente, Gilmar Mendes, que a julgou totalmente procedente, Celso de Mello e Cezar Peluso, que a julgaram parcialmente procedente em extensões **distintas**¹¹. Na ADC n° 29, a maioria decidiu como procedente a ação, contra os votos dos ministros Luiz Fux, que a julgou parcialmente procedente, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que a julgaram **improcedente**¹². Na ADC n° 30, o Supremo também decidiu pela constitucionalidade da Lei, sendo vencidos os ministros Luiz Fux, que a julgou parcialmente procedente, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, favoráveis à declaração da parcial **procedência**¹³.

A intenção de trazer a academicamente controvertida – mas socialmente aclamada – decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade imediata da Lei Complementar n° 135/2010 é apontar duas observações sobre o instituto da revisão judicial que levam à seguinte pergunta: qual é o papel de uma teoria da justiça no particular contexto do controle judicial de constitucionalidade? Como os julgados bem ilustram, verificou-se no Plenário do Supremo a presença de diferentes e razoáveis entendimentos sobre o conteúdo embutido no abstrato conceito de “processo eleitoral”, cujo significado foi disputado pelos ministros. Para o ministro Ricardo Lewandowski, fez-se ausente qualquer “alteração do processo eleitoral, pois não se registrou qualquer casuísmo ou rompimento da chamada paridade de armas que pudesse acarretar alguma deformação no processo eleitoral”. Já para o ministro Dias Toffoli, houve modificação no processo, “pela singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o processo eleitoral em curso”. Portanto, dois entendimentos contrários sobre qual o conteúdo do processo eleitoral fizeram-se presente no Plenário.

¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.578 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

¹² Ação Direta de Constitucionalidade n° 29 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 08 nov. 2010.

¹³ Ação Direta de Constitucionalidade n° 30 Distrito Federal. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 08 nov. 2010.

Assim como a sociedade, o Supremo Tribunal Federal é um espaço plural, em que coexistem diferentes concepções de justiça. A persistência do desacordo, na teoria de Jeremy Waldron, é situada como uma das duas circunstâncias da política, guardando íntimo vínculo com as circunstâncias rawlsianas de justiça (RAWLS, 1971), as quais compreendem os aspectos da condição humana que tornam a justiça não só uma virtude, mas uma prática possível e necessária. Por sua vez, as circunstâncias da política compreendem a necessidade compartilhada por um grupo social em estabelecer um arcabouço decisório para a definição de um curso de ação em comum – mesmo pairando dúvidas sobre qual arcabouço a ser adotado (WALDRON, 1999). O desacordo razoável e profundo sobre os ideais de justiça nada importaria caso não fosse necessário e inevitável a tomada de decisão em conjunto: filosofia política é discussão cívica sem prazo (WALDRON, 1999). A tomada de decisão não prescinde da definição de um procedimento decisório. Jeremy Waldron pauta-se por uma concepção separada, preocupada com as características do processo político, cuja natureza equitativa e democrática será aferida a partir da igualitária distribuição do poder político, não importando o resultado final (DWORKIN, 2000).

Dado que há divergência na sociedade sobre quais direitos os cidadãos possuem e há que se tomar uma decisão final, será necessário especificá-los através de algum procedimento político. Voltando ao exemplo da Lei Complementar nº 135/2010, se os direitos políticos seriam ou não imediatamente maculados pela sua entrada em vigência, o Supremo Tribunal Federal não decidiu segundo a melhor resposta ventilada em Plenário – aquela que possui maior peso moral. Não há posição que valha mais do que outra. Diante do desacordo sobre os princípios de justiça, o Tribunal delineou um procedimento decisório: “Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis **Ministros**”¹⁴. Assim como o Poder Legislativo, o Poder

¹⁴ Assim está disposto no artigo 173 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Judiciário decide majoritariamente: cada ministro do Supremo vota em igualdade na concepção que lhe parecer mais razoável, prevalecendo aquela que mais votos receber.

Em suma, a questão dos direitos não constitui exceção à necessidade de definir uma autoridade última no procedimento de decisão. Em vez de romanceá-la como promotora da “igual consideração e respeito entre os cidadãos” (DWORKIN, 1996) ou do “processo político” (ELY, 1980), defende Jeremy Waldron que a “abordagem mais sincera e correta da revisão judicial é a procedimental” (MENDES, 2008, p. 99). A revisão judicial é mais um dos diversos procedimentos decisórios possíveis. Levando em consideração que os indivíduos possuem concepções particulares sobre direitos e que a vida em sociedade exige uma visão comum sobre eles, pergunta-se: “Quem deve deter a competência de tomar as decisões sociais ou por meio de quais processos devem as decisões sociais serem feitas [?] [...] em questões práticas que teorias de direitos disputantes desejam resolver [?]” (WALDRON, 1999, p. 204) Calcada em uma teoria da autoridade, a abordagem procedimental conduz ao cerne da questão da revisão judicial. Por que a Corte Constitucional decidiria melhor? Porque decide por último. *Quis custodiet ipsos custodes*¹⁵? Ninguém.

Conclusão

A existência de uma resposta correta para conflitos entre direitos fundamentais é colocada em questão. A partir da problematização da função da categoria da razão pública dentro da teoria de John Rawls, que se esgotaria na definição dos detalhes dos princípios de justiça, Jeremy Waldron descarta a aspiração do consenso sobreposto e afirma que o desacordo entre os membros da sociedade política estende-se para além da mera definição de detalhes dos princípios de justiça, alcançando o próprio fundamento. No contexto do desacordo razoável, torna-se

¹⁵ Trata-se da frase tradicionalmente atribuída ao poeta romano Juvenal, que, se traduzida do latim, significa: “Quem vigia os vigilantes?”

inútil pensar no controle de constitucionalidade quanto à produção de melhores resultados em termos de *output*. É desvelada a confusão entre teorias de justiça e de procedimento. Atribuir às Cortes Constitucionais a última palavra em controvérsias de justiça torna-se apenas uma dentre as diversas maneiras de se pensar os procedimentos decisórios.

Não é o caso de rejeitar ou descartar uma concepção substantiva de direitos frente a uma concepção procedimental de autoridade, levando em consideração que ambas complementam-se. A questão sobre a correta visão de direitos não desaparece a partir do momento em que é definido o órgão a quem compete dar a última palavra sobre essa concepção, uma vez que é esperada de tal órgão a resolução da controvérsia sobre os direitos. Os desacordos quanto aos resultados produzidos pelo procedimento político tornam necessária a determinação de uma autoridade cuja decisão seja última e final. Na esteira de Thomas Hobbes, “*Autorictas, non veritas, facet legem*” – o soberano define-se pelo procedimento, não pela substância de sua decisão.

Referências

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven and London: Yale University Press, 1962.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: a moral reading of the American Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. Hart's postscript and the character of political philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 24, n. 1, p. 1-37, Spring 2004.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

_____. **Taking rights seriously**. 2nd. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. **On constitutional ground**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

_____. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESTLUND, David. Jeremy Waldron on law and disagreement. **Philosophical Studies**, v. 99, n. 1, p. 111-128, May 2000.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1962.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. Hart's postscript and the character of political philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 24, n. 1, p. 1-37, Spring 2004.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

_____. **Taking rights seriously**. 2nd. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. **On constitutional ground**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

_____. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESTLUND, David. Jeremy Waldron on law and disagreement. **Philosophical Studies**, v. 99, n. 1, p. 111-128, May 2000.

FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010.

FREEMAN, Samuel. **The cambridge companion to Rawls**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: ente facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

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

RAWLS, John. The domain of the political and the overlapping consensus. **New York University Law Review**, New York, v. 64, n. 2, p. 233-255, May 1989.

_____. The idea of public reason revisited. **The university of Chicago Law Review**, Chicago, v. 64, n. 3, summer 1997.

_____. Justice as fairness: political, not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, summer 1985.

_____. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV** 5, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

FREEMAN, Samuel. **The cambridge companion to Rawls**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: ente facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

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

RAWLS, John. The domain of the political and the overlapping consensus. **New York University Law Review**, New York, v. 64, n. 2, p. 233-255, May 1989.

_____. The idea of public reason revisited. **The university of Chicago Law Review**, Chicago, v. 64, n. 3, summer 1997.

_____. Justice as fairness: political, not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, summer 1985.

_____. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV 5**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Recebido em: 00/11/13

Aprovado em: 00/12/13