



## PONTOS DE CONEXÃO E IMPÉRIO DA LEI NO DEBATE WALDRON VS. DWORKIN

DOI: <https://doi.org/10.4013/con.2023.192.05>

Gustavo Barbosa Estevão

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis

[gustavoestevao6@gmail.com](mailto:gustavoestevao6@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-7239-3219>

### RESUMO:

Proponho uma investigação do “debate” Waldron vs. Dworkin, discutindo o problema dos desacordos morais e se o *judicial review* é, de fato, válido. Na medida que Waldron desferiu severas críticas a Dworkin, defendendo que a “última palavra” deve ser do Legislativo, nesse cenário, apresento uma defesa à concepção de Dworkin. Chego à conclusão de que os autores, na verdade, não possuem uma discordância em si, mas *pontos de conexão*, segundo a qual somente é possível a deferência aos legisladores quando há uma democracia devidamente sólida e coerente, o que não é o caso da narrativa histórica e contemporânea. Foi utilizado o método dedutivo, conduzido sob uma pesquisa bibliográfica, com o marco teórico a “discussão” travada pelos filósofos para este ensaio.

### PALAVRAS-CHAVE:

Direito como integridade. Teoria democrática. Controle judicial de constitucionalidade.

### POINTS OF CONNECTION AND RULE OF LAW IN THE WALDRON V. DWORKIN DEBATE

### ABSTRACT:

I propose an investigation of the Waldron v. Dworkin debate, discussing the problem of moral disagreements and whether judicial review is, in fact, valid. As Waldron severely criticized Dworkin, arguing that the “last word” should be the Legislature, in this scenario, I present a defense of Dworkin's conception. I come to the conclusion that the

authors, in fact, do not have a disagreement per se, but points of connection, according to which deference to legislators is only possible when there is a duly solid and coherent democracy, which is not the case of the narrative historical and contemporary. The deductive method was used, conducted under bibliographical research, with the theoretical framework the “discussion” held by the philosophers for this essay.

## KEYWORDS:

Law as integrity. Democratic jurisprudence. Judicial review.

## 1. Introdução

As insuficiências do positivismo jurídico descritivo levaram Ronald Dworkin a levantar uma série de debates importantes, no final do século XX, que mudaram o curso filosófico do direito, com importantes críticas ao modelo positivista então dominante na época. A discussão ganhou novos capítulos com o surgimento do positivismo inclusivo e exclusivo, decorrente do debate ‘Hart-Dworkin’, mais especificamente, após a réplica de Hart a Dworkin, publicada pela primeira vez em 1994; e, em outros contextos, com o surgimento do neoconstitucionalismo.

O debate ‘Hart-Dworkin’ tomou a atenção do público jurídico em grande escala, ultrapassando as (meras) esferas dos juristas de origem anglo-saxã. Autores passaram a sustentar uma proposta de constitucionalismo moderno baseados na crítica decorrente do debate, *i.e.*, ordenamentos jurídicos de democracias contemporâneas que fazem uso de padrões morais e/ou “leituras morais”, como forma de superação do positivismo jurídico. Democracias constitucionais encontraram dificuldades para crer numa teoria positivista *all the way down*, o que tornou possível, como explica Daniel Sarmiento (2009, p. 97-98), uma direção “neoconstitucionalista” como uma “resposta” ao positivismo jurídico, incluindo Dworkin nessa suposta corrente jusfilosófica.

Nesse contexto, favorecido pela atuação mais protagonista dos tribunais, dado à premissa democrática, questiona-se se um tribunal está, realmente, na melhor condição de resolver desacordos morais. Para analisar a problemática, valho-me do (suposto) debate Waldron vs. Dworkin para uma compreensão razoável da questão. Entre idas e vindas, Jeremy Waldron se encontra entre os principais críticos e apreciadores de Dworkin, razão pela qual alguns autores o colocam em uma posição de *meio-termo* ou uma *nova classificação* entre o positivismo e o interpretativismo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No Brasil, Gilberto Morbach defende a hipótese.

Waldron (2012, p. 13) se mostrou muito influenciado pela ideia de interpretação de Dworkin e o argumento dos desacordos teóricos, mas discorda quanto ao modelo democrático e o problema dos desacordos morais. Enquanto o segundo critica o positivismo e se mostrou mais favorável ao *judicial review*, o primeiro diz ter “mais fé” no positivismo, repelindo esta tese e lançando importantes críticas à metodologia adotada pelo jusfilósofo norte-americano.

Em Waldron (1999, p. 213), (i) se existem *desacordos* sobre direitos, não é possível que tais “direitos” sejam *trunfos* perante a maioria, pois sequer são direitos reconhecidos, logo, (ii) é *melhor* que a questão dos desacordos morais seja de responsabilidade da casa representativa, longe de instituições que trabalhem com doutrinas, precedentes etc., pois o “*judicial review* envolve muitas questões laterais acerca da interpretação judicial” (MORBACH, 2021, p. 257) e, (iii) *ainda que* juízes estejam *certos* na tese adotada em um determinado caso, é muito difícil demonstrar, metodologicamente, sua veracidade, já que inexistem métodos a comprovar uma objetividade moral. Com tais razões, diante dos problemas que gravitam em torno da própria ideia de democracia, alega que o Legislativo deve ter a *última palavra*.

Entretanto, ao analisar a obra dos autores, argumento que não existe uma disputa, um debate em si, uma discussão ou qualquer coisa do gênero, pois ainda que os filósofos discordem quanto ao ideal de democracia, *ambos* irão *concordar* que para ofertar o benefício da “última palavra” aos parlamentares — isto é, para que o *judicial review* não seja rigoroso —, é necessário que as exigências — cunhadas pelo próprio Jeremy Waldron, diga-se — estejam presentes. Se uma sociedade democrática não estiver nesses moldes, não é possível cogitar que a “última” palavra deva ser dos legisladores.

Este artigo está estruturado de maneira na qual possamos entender cada uma das vertentes teóricas apresentadas, por meio de um mapeamento resumido daquilo que ambos os filósofos estruturaram ao longo dos anos. Nesse sentido, (i) na *primeira parte* apresento Ronald Dworkin, de forma bastante sintética, sua teoria *interpretativista* e sua tese de *unidade do valor*; (ii) na *segunda parte* apresento a *democratic jurisprudence* de Jeremy Waldron, ideias pautadas em um sistema jurídico coerente que absorve muita influência não só do positivismo jurídico, como também do próprio Dworkin e Lon Fuller, reconhecendo o direito como conceito funcional — porquanto, valorativo — em sua proposta teórica. Por fim, (iii) a *terceira parte* tratará do suposto debate, a partir do *desacordo* quanto aos problemas de moralidade política serem resolvidos por meio do *judicial review*. A conclusão que observo é a de que não há um debate sobre uma questão a ser resolvida, mas sim aquilo que chamo de *pontos de conexão*, ambos os filósofos apresentam propostas que, ao fim e ao cabo, chegam a um denominador comum.

## 2. Interpretativismo e integridade em Ronald Dworkin

Creio que a tese da *unidade do valor* é a âncora da proposta teórica de Dworkin, esboçada de maneira significativa em sua última obra lançada em vida, *Justice for Hedgehogs* (2011). Ao analisar o conjunto dos textos ao longo dos anos, é possível observar que desde sua primeira obra *Taking Rights Seriously*, lançado originalmente em 1977, Dworkin (2002, p. xx-xxi) já vinha defendendo uma teoria que mesclava conceitos interpretativos a uma *unidade* de teoria política, chegando a afirmar que seus “[meus] argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política” (2002, p. 429).

Dworkin (2002, p. viii-x) trata de uma tese jusfilosófica geral, ao mesmo tempo *normativa* e *conceitual*; (i) normativa, porque objetivou uma tese adequada a uma teoria da legislação, da decisão e de observância da lei (ainda que fundamentada numa teoria política e moral mais geral e abrangente, portanto, não necessariamente uma lei positiva); e (ii) conceitual, no sentido interpretativo-argumentativo, que faça uso da filosofia da linguagem, lógica e metafísica. Sinteticamente, podemos definir, de forma bastante reduzida, que Dworkin buscou os elementos que o auxiliaram nesta empreitada em Immanuel Kant (dignidade, ética e moralidade) e Ludwig Wittgenstein (linguagem, lógica e interpretação)<sup>2</sup>. Foi na combinação dessas vertentes filosóficas que o jusfilósofo norte-americano veio a desenvolver seu arcabouço teórico.

Em linhas gerais, Dworkin inicia sua trajetória acadêmica repelindo o modelo positivista, tendo como alvo Hart, seu outrora professor. O jusfilósofo explora a tese dos *desacordos teóricos* ao afirmar que o positivismo *hartiano* entendia o direito como um conceito criterial — segundo Hart (2009, p. 130), para que a regra de reconhecimento seja aceita pela comunidade política, esta depende de critérios válidos para identificação das regras primárias de obrigação —, sendo que Dworkin rejeita veementemente essa ideia, pois para ele, reduzir o arcabouço jurídico a certos tipos de critérios linguísticos, pressupõe-se que todos da comunidade sigam, basicamente, a *mesma* regra criterial e isto, para Dworkin, era impossível. Diante da incapacidade do positivismo de fazer frente a questões tão caras para o mundo jurídico, como o problema dos desacordos, o autor, então, na obra *Law's Empire* (1985), propõe que o direito seja encarado como um conceito *interpretativo*, de forma mais abrangente.

Dworkin (1999, p. xi) afirma, em linhas gerais, que sua proposta é demonstrar que o “raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o nosso direito constitui a melhor justificativa

---

<sup>2</sup> Essa passagem também é retratada na obra de Francisco José Borges Motta. Segundo ele, “a ideia central é a de que essas noções são interdependentes e que não podiam, portanto, ser trabalhadas separadamente” (2021, p. 28-29).

do conjunto de nossas práticas jurídicas”, e quando analisada o conjunto, devemos identificar as dimensões e distingui-las, para, somente após este prévio exame, escolher aquela que torna a *melhor possível*; mais do que isso, segundo o *insight* de Ronaldo Porto Macedo Junior (2022, p. 136), em Dworkin, a prática jurídica é orientada por um viés filosófico político, acompanhada de uma ideia de justiça, assim, na leitura do autor, dentro do plano de opções baseadas numa interpretação construtiva, o intérprete do direito deve buscar a *melhor* dentre aquelas alternativas, que seja aperfeiçoada por ideias de justiça. Exemplificando, Brian Bix (2020, p. 123) explica que “toda vez que um juiz ou juíza é confrontado com um problema jurídico, ele ou ela deve construir uma teoria sobre aquilo que é o direito”, no caso, devendo essa *teoria* ser ajustada às ações políticas do passado e adequadas ao caso presente, tornando o direito *o melhor que ele pode ser*.

A partir dessa concepção de interpretação, Dworkin (1999, p. xii) aprofunda e expande suas bases teóricas a uma ideia de integridade política mais geral de comunidade e fraternidade, definindo, assim, sua reconhecida corrente teórica, *law as integrity*, o direito como integridade. Ao longo dos textos, Dworkin (1999, p. 228-230) defende: (i) a integridade como uma *virtude política*, na qual os cidadãos podem desempenhar e desenvolver as normas públicas na comunidade política, participando de forma efetiva da vida social; (ii) que na integridade, os cidadãos aceitam as exigências que lhe são feitas, compartilham e ampliam a dimensão moral de questões políticas, nesse sentido, a conclusão é de que (iii) a integridade aprofunda e promove a união da vida moral e política dos cidadãos.

Finalmente, em *Justice for Hedgehogs*, lançado em 2011, Dworkin apresenta sua concepção de unidade do valor que pode ser encarada como uma teoria da justiça, a partir de uma visão holística, *centralizada*, baseada num ideal de interpretação e integridade, com seus fundamentos construídos ao longo dos anos. O pontapé inicial se encontra em Isaiah Berlin quando, na década de 50, escrevendo um ensaio em homenagem a Liev Tolstói, desenvolveu uma ideia que é muito influente até os dias hodiernos, que é a separação dos *pluralistas* e *monistas*. Inspirado nos versos de Arquíloco — poeta grego que se tornou famoso, talvez, por causa de Berlin —, o qual dizia que “uma raposa é conhecedora de muitas coisas, mas o ouriço é sabedor de uma grande coisa” (BERLIN, 2013, p. 1), o filósofo sai em defesa das astutas, e pluralistas, raposas.

“Pluralista *par excellence*” (MORBACH, 2021, p. 187), Berlin defendeu a tese segundo a qual “no universo dos valores, raposas aceitam uma pluralidade que ouriços não estão dispostos a tolerar” (FAGGION, 2019, p. 80); na leitura de Berlin, existirão conflitos inconciliáveis entre valores, tais como liberdade e igualdade, pois a promoção de uma, implica na outra, assim, conserva uma autenticidade dos valores. Berlin define que os monistas relacionam os valores a uma “visão central sistemática e mais ou menos coerente e articulada” — a *single central vision* —, já os pluralistas são conceituados como “aqueles

que perseguem muitos fins, muitas vezes não relacionados e até mesmo contraditórios” (BERLIN, 2013, p. 1), uma diferença basilar seria a própria ideia trazida por Berlin ao dizer que enquanto monistas buscam ações centrípetas, os pluralistas aceitam as ações centrífugas.

Anos depois, Dworkin vem para fazer *justiça aos ouriços*, defendendo uma teoria holística dos valores. Já de início, o autor (2011, p. 1) afirma crer na unidade dos valores éticos e morais a uma teoria do bem viver, inserindo a necessidade de aperfeiçoamento, interconexão e reforços mútuos entre os valores<sup>3</sup> — isto é, valores éticos e morais como elementos dependentes uns dos outros —, nesse sentido, Dworkin (2011, p. 10) proclama uma espécie de *independência do valor* ao afirmar que a existência de vários departamentos do(s) valor(es) estão interligados, havendo uma conexão recíproca entre eles por meio de uma interpretação eficiente capaz de unificar esses ingredientes. Podemos compreender a teoria *dworkiniana* a partir da metáfora da árvore, como se existisse uma árvore imaginária e cada um desses departamentos conceituais fossem galhos ou ramos, tal qual designou o próprio Dworkin (2011, p. 5) ao dizer que “o direito é um ramo da moralidade política” e que esta, por sua vez, é um ramo de uma moral pessoal mais geral e que esta, por sua vez, é um ramo de uma teoria *ainda mais geral* do bem viver.

Todas essas conexões e interações que compõe a árvore do bem viver partem da raiz do princípio ético. Dworkin (2011, p. 191) encontra em Bernard Williams (2005, p. 18) o fundamento para sua abordagem, ao afirmar que os padrões *morais* prescrevem como devemos tratar os outros, enquanto a *ética* como devemos viver, uma vez que “o homem que está inserido no mundo da moralidade possui a capacidade de pensar nas necessidades das pessoas para *além* do seu círculo de relações imediatas”, assim, para Dworkin, somente podemos *pensar nas necessidades do próximo* a partir do autorrespeito e da responsabilidade; *i.e.*, responsabilidade moral.

Com isso em mente, retomando o debate Dworkin vs. Berlin, mesmo que cada um desses autores tenha articulado posições distintas, ambos concordam quanto à possibilidade da existência de valores objetivos, porém, na medida que Berlin foi mais suscetível a admitir conflitos entre valores, Dworkin não. Francisco Motta (2021, p. 246) explica que tanto Berlin quanto Dworkin acreditam na objetividade dos valores, mas discordavam quanto à circunstância de defender a existência de conflitos insolúveis, nesse sentido, “não é que diverjam sobre o que é verdadeiro; é que haveria um conflito intrínseco *quanto à veracidade destas questões*”. Berlin admite o conflito, valores como igualdade e liberdade vão se conflitar,

---

<sup>3</sup> Acredito que Dworkin não reconheceu a existência de apenas um valor, mas sim a pluralidade; nessa definição, porém, para que faça sentido sua tese, o filósofo tende a conectar cada conceito por meio de um sistema interpretativo. O alerta, para essa ideia, é de Andrea Faggion, ao afirmar que “ouriços não precisam acreditar que só existe um valor, sendo todo valor aparentemente diferente dele, de alguma forma, redutível a ele, como uma diferente expressão ou manifestação” (2019, p. 80).



inevitavelmente, porém, Dworkin não aceitou essa divergência, para ele, isto não pode ocorrer, já que não existe uma prevalência de uma em detrimento da outra, mas coexistência íntegra.

Diante dessa breve análise, reconhecida tanto por (i) Isaiah Berlin quanto por (ii) Ronald Dworkin, posteriormente, quanto à possibilidade de existência de valores objetivos, enquanto para o primeiro, haverá conflitos intrínsecos inevitáveis entre valores, diante da clara concepção de máxima da liberdade na obra *berliniana*, para o segundo, esses valores não se conflitam, já que dependem uns dos outros, acreditando Dworkin na possibilidade de encontrar uma resposta *correta*.

Dessa forma, podemos definir a teoria de Dworkin em três grandes fases: (i) o ataque geral — *general attack* — ao positivismo jurídico, mais especificamente, ao positivismo de Hart; (ii) a crítica dos desacordos teóricos, os primeiros passos à uma teoria unitária, interpretativista e a formulação do direito como integridade — *law as integrity* — e, finalmente, (iii) a tese da unidade do valor — *the unity of value* —, a partir de uma teoria mais geral do bem viver, uma proposta teórica mais madura, que abrange áreas complexas de filosofia política e moral, mostrando, assim, que Dworkin foi muito além de um “mero” crítico do positivismo jurídico de seu mestre.

### 3. Jeremy Waldron, *rule of law* e a teoria democrática

Jeremy Waldron foi e ainda é considerado um autor vinculado à corrente do positivismo jurídico propriamente dito. Segundo Francisco Motta, Waldron pode ser enquadrado como um filósofo que “defende um *positivismo ético* ou *normativo* — uma postura que aceita a tese do positivismo inclusivo negativo, mas que *prescreve* algo como o positivismo exclusivo” (2021, p. 194). O rótulo de positivista normativo (ou ético) a Waldron era e é inevitável, porém, acredito que ele demonstrou ter se afastado deste (mero) rótulo, especialmente, após suas críticas deferidas ao positivismo jurídico tradicional ou *casual*<sup>4</sup>, bem como, sua aproximação com as teses de autores como Ronald Dworkin, em maior ou menor grau, ao longo dos anos.

Relativo ao segundo ponto, Francisco Motta (2021, p. 195) afirma que Waldron endossa, “em linhas gerais”, a posição de Dworkin, de que a teoria *jurídica* é, também, uma teoria *moral* — o que, por si só, bastaria para afastá-lo do rótulo positivista —, mas não apenas por isso, pois o jusfilósofo se afasta *ainda mais* a partir do momento em que passa a adotar, expressamente, elementos *dworkinianos* em sua proposta teórica, tais como a aceitação do argumento dos desacordos teóricos e o acolhimento da ideia de que

<sup>4</sup> Terminologia própria de Waldron (2008, p. 13), empregada para se referir ao positivismo jurídico em sua vertente clássica comando-e-controle de John Austin.

juízes podem e devem apresentar a *melhor* interpretação possível em um *hard case*. A influência de Dworkin sobre Waldron é grande demais para reduzi-lo a uma corrente positivista, talvez por isso autores como Gilberto Morbach afirmam que Waldron “transcende o positivismo jurídico, apresentando uma proposta mais original e complexa com relação ao direito” (2021, p. 218). Assim, o filósofo prescreve uma teoria própria, sistemática-democrática, pautada no controle de legalidade político e jurídico, *i.e.*, o *rule of law* é o que deve servir de paradigma para sua afirmação<sup>5</sup> e a partir disso, o autor, tal qual desencadeia uma série de requisitos para que um sistema seja considerado jurídico, como veremos a partir de agora.

Fuller, um jusnaturalista, fornece uma interessante proposta na qual Waldron “bebe na fonte”. Segundo Gilberto Morbach (2019), a proposta de Fuller não é integralmente moral como tal, mas sim uma proposição de *moralidade procedimental*. O jurista entendia o direito como um conceito *funcional*, que detém como função precípua a busca pela ordem social — e, sendo funcional, somente pode ser enquadrado no *conceito* de *direito* um sistema jurídico que cumpra essa finalidade. Dessa forma, para Fuller (2022, p. 47-54), *the system of legal rules* deve conter oito princípios de legalidade<sup>6</sup>, portanto, as leis devem ser: (i) gerais, (ii) públicas, (iii) prospectivas, (iv) inteligíveis, (v) consistentes, (vi) praticáveis, (vii) estáveis e, por último, (viii) congruentes. É dentro deste arcabouço de oito exigências que um sistema jurídico pode ser enquadrado como *jurídico*; daí vem a terminologia do filósofo, “moralidade interna do direito”, segundo ele, “uma versão processual do Direito Natural” (2022, p. 119). Assim, para Fuller, “uma falha total em qualquer uma dessas oito direções não resulta simplesmente em um sistema jurídico ruim; resulta em algo que não é propriamente chamado de sistema jurídico” (2022, p. 54). A ideia é muito importante, sobretudo se considerarmos que sistemas jurídicos como os sistemas nazifascistas, por exemplo, sequer poderiam ser reconhecidos com *jurídicos*.

Inspirado na proposta de Fuller, Jeremy Waldron desenvolve sua própria concepção de sistema jurídico, na qual concebe cinco requisitos<sup>7</sup>, conduzidos sob seus preceitos positivistas, mas com pitadas de interpretativismo. Em *The Concept and The Rule of Law* (2008), o autor apresenta os requisitos que, para ele, devem estar presentes em um sistema jurídico. O filósofo neozelandês está interessado em fornecer uma teoria de *rule of law*, um ideal de legalidade, em uma democracia, portanto, o *império da lei* não trata apenas de uma teoria de regras, normas e princípios, Waldron vai além. “*The rule of law*” diz Waldron, “não é sobre normas gerais, mas sim sobre uma administração imparcial” (2008, p. 6-7), nesse sentido, os

---

<sup>5</sup> Gilberto Morbach traduz como “império da lei” para se referir a *rule of law*. Adoto essa concepção para este trabalho.

<sup>6</sup> Brian Bix (2020, p. 115-116) utiliza a terminologia “exigências” em sua leitura de Fuller.

<sup>7</sup> A adoção de teses *fullerianas* não torna Jeremy Waldron um autor enquadrado na esfera do jusnaturalismo. Dentro dessa dicotomia — jusnaturalistas e positivistas —, entendo que ele está vinculado à corrente do positivismo jurídico.



requisitos essenciais são estruturas formais sobre a qual a governança, a ação estatal está e *deve estar* pautada.

Waldron (2008, p. 20-37) elenca os seus cinco requisitos que todo sistema jurídico deve preencher para ser, de fato, *jurídico*, quais sejam: (i) tribunais — todo sistema deve ter cortes, instituições que aplicam as normas em nome da comunidade política; (ii) normas gerais e públicas — leis ou normas gerais desenvolvidas, mediante processos rigidamente estruturados, que devem ser em nome de toda a sociedade, adotando princípios da impessoalidade e igualdade enquanto tais, ou seja, um sistema baseado em uma ordem social organizada em torno da existência de normas identificáveis e emitidas para orientação de conduta; (iii) positividade — um sistema jurídico deve abarcar legislaturas e processo legislativo, procedimentos criativos de normas; (iv) orientação ao bem comum — um sistema jurídico deve pretender o bem comum, isto é, deve buscar o bem comum, nas palavras de Gilberto Morbach, “não é uma ideia substantiva, mas um ideal de aspiração” (2021, p. 230), afinal, ainda que o direito não seja justo sempre, deve se empenhar para ser, deve procurar a melhor resposta e também a resposta correta, da *forma* correta e, em termos *dworkinianos*, deve buscar ser *íntegro*; e por último, (v) sistematicidade — trata-se da necessidade de que um sistema adquira, de fato, um caráter próprio de sistemática do direito, não com meras aplicações de regras aleatórias, normas etc., não normas “autônomas”, “independentes”, “amontoado de comandos”, mas um sistema, em termos *dworkinianos*, novamente, *coerente*, legítimo e íntegro, não vago. São esses os elementos que compõe a proposta de Jeremy Waldron.

Um ponto que merece destaque é a questão da *exigência* da *funcionalidade* presente na obra *waldroniana*. O leitor poderá ter percebido que a funcionalidade não está nos cinco requisitos elencados, porém, o filósofo sugere um sistema jurídico a partir da *funcionalidade* do *direito*, tal qual Fuller, assim, vimos que um sistema jurídico, para *ser jurídico*, é necessário que algumas condições estejam presentes para uma compreensão adequada.

A proposta do filósofo depende de certos critérios a serem identificados numa dada sociedade, cujas condições, se não forem cumpridas, poderá não ter validade; isto é, nas palavras de Gilberto Morbach (2021, p. 271), “Waldron sugere que o direito pode ser considerado um conceito *funcional*, de modo que só se poderia abordá-lo a partir da consideração de elementos”, a ideia da funcionalidade, ainda que não diretamente estabelecida por Waldron em seus cinco elementos, acaba sendo uma consequência natural de seu trabalho, já que o teórico neozelandês estabelece uma teoria especializada para uma sociedade democrática, assim, para que a teoria faça sentido, é necessário que cumpram suas funções numa democracia. “*The rule of law*” dirá Waldron, “é um dos nossos ideais políticos, assim como a democracia”,

razão pela qual, “há importantes conexões entre os dois” (2008, p. 13)<sup>8</sup>. No mesmo sentido, afirma Gilberto Morbach (2021, p. 235-236), “em vez de uma teoria geral do direito, uma *general jurisprudence*, uma teoria especial(izada): uma *teoria jurídica democrática*”, portanto, sua proposta irá explorar “as conexões e convergências” entre o(s) valor(es) de uma democracia e o conceito de direito. O direito é, afinal de contas, mais do que meras regras, havendo uma função, para Waldron, em uma democracia.

Agora fica bem mais claro o débito de Waldron para com Fuller, sendo inegável as semelhanças entre ambos. Segundo Fuller, “as exigências da moralidade interna do Direito (...) elas são, como dizemos vagamente, de natureza afirmativa: tornar a lei conhecida, torná-la coerente e clara” (2022, p. 57), igualmente, Waldron busca identificar essa clareza na norma jurídica a partir de um sistema coerente, na qual as pessoas possam ter conhecimento sobre aquela lei e pautar suas vidas *a partir* da operabilidade daqueles elementos — exatamente como um autogoverno. Para Waldron (2008, p. 5), portanto, a *liberdade* é possível se as pessoas já entendem de antemão como a lei vai operar e como elas devem agir para evitar *impactos* em seus assuntos. Sabendo de antemão como a lei irá operar permite *planejar em torno de seus requisitos*. A “aspiração”, nessa mesma fundamentação, é identificada por Fuller (2022, p. 13), ainda nas primeiras páginas de sua obra, ao diferenciar moralidade *de dever* e *de aspiração*, este último, se trata de uma “moralidade de vida plena”, uma aspiração que se aproxima do dever. Similarmente, Waldron trilha o mesmo caminho, caminho este que o difere de um jusfilósofo comum, de um positivista (se aceitarmos este rótulo) “diferente”, diferente por pensar fora da caixa, por propor uma teoria unívoca, a *especial jurisprudence*, em termos *waldronianos*, um *arquétipo* de um corpo jurídico sólido, eficaz, coerente e íntegro — em uma democracia —, razão pela qual a proposta dele foi batizada de *democratic jurisprudence* e aqui fica claro sua importância.

Apreciada a teoria *waldroniana*, voltemos à discussão principal deste trabalho. Dworkin e Waldron concordam quanto (i) às insuficiências da vertente descritiva clássica do positivismo jurídico, razão pela qual (ii) acreditam que a normatividade é um instrumento necessário para que o *direito* cumpra sua *finalidade*, para que um sistema jurídico não seja, meramente, um sistema sem nexos. Diante de uma democracia, com separação de poderes, é necessário que instituições políticas estejam devidamente sólidas, mas na medida que existem *desacordos morais* numa comunidade política, em que pessoas conflitam entre si — afinal, discordamos o tempo inteiro sobre qualquer tema possível, discordamos entre nós mesmos sobre a semântica de um termo, o significado de uma situação, sobre religião, sexo etc. —, Waldron tende a creditar aos legisladores o dever de um posicionamento final sobre a temática discutida. Já para Dworkin,

---

<sup>8</sup>“Clearly there are important connections between the two ideals” (WALDRON, 2008, p. 13).

não é bem assim, pois, na medida que vivenciamos uma *história* majoritária<sup>9</sup>, com a prevalência de grupos sociais em detrimento de outros, direitos são como *trunfos* perante a maioria, devendo o tribunal, no fórum de princípios, dar resposta a este problema.

No *paper* de 1993, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, Waldron demonstrou discordar desse posicionamento adotado por Dworkin. Para Waldron (1993, p. 33) na medida que existem desacordos sobre direitos, não há *como* tais “direitos” serem *trunfos*. Se há discordância sobre o procedimento, não há como se demonstrar que aqueles “direitos” seriam, de fato, *direitos*, não podendo servir de *trunfos*, já que sequer seriam direitos; além disso, para Waldron (2006, p. 1353), juízes são politicamente ilegítimos<sup>10</sup>, razão pela qual seria mais bem proveitoso que debates tão caros para a sociedade fossem trabalhados em locais distantes das cortes.

Segundo Gilberto Morbach (2021, p. 247), é a partir de um *acordo* que Ronald Dworkin e Jeremy Waldron travam um *desacordo* quanto ao detentor da *última palavra*. Enquanto o primeiro tende a defender o papel dos juízes em seu direito como integridade, o segundo sai em defesa dos legisladores, demonstrando “ter mais fé” no positivismo do que Dworkin. Vimos, então, que há os elementos de acordo, agora iremos explorar os elementos dos desacordos.

#### 4. Judicial Review, objetividade moral e pontos de conexão

Uma das teses centrais de Jeremy Waldron (1999, p. 178) é o argumento da *objetividade moral* (ou valores objetivos, verdades objetivas etc.). Segundo ele, em síntese, o problema quanto à deferência ao controle judicial gira em torno do fato de não existir uma *metodologia compartilhada pela comunidade política* que faça com que *todos* cheguem a um acordo razoável, razão pela qual reduzir a discussão histórica de uma comunidade a um pequeno seletivo grupo de magistrados não comunga com as finalidades de uma democracia. Basicamente, estaríamos reduzindo anos de desacordos nas mãos de um grupo seletivo de julgadores não eleitos.

Epistemologicamente falando, não há uma maneira de fazer com que todos concordem com determinado valor objetivo. Há um conflito intrínseco quanto à veracidade; afinal, o que torna tais questões verdadeiras? Embora possa existir valores objetivos, *ainda que* juízes estejam certos em seus julgamentos, não há como afastar das pessoas sua capacidade de entendimento e raciocínio moral, já que não há um método compartilhável.

<sup>9</sup> No tópico 4 essa ideia de “história majoritária” ficará mais evidente e como Dworkin a utiliza.

<sup>10</sup> “Politically illegitimate” (WALDRON, 2006, p. 1353).

Segundo Andrea Faggion (2018), na leitura de Waldron, não existe uma “metodologia compartilhada por nós que nos permita provar a todos qual seria essa resposta”, na medida que discordamos até sobre os testes pelos quais cada uma dessas propostas deve passar para ser considerada como a melhor, dentre todas as possíveis concorrentes, à solução de uma questão problemática, isto é, como a mais coerente. Nem sempre divergimos quanto a um resultado propriamente dito, mas quanto ao processo para se chegar nele (e a depender do caso, o resultado pode não ser tão previsível sem um procedimento razoavelmente rígido e minimamente adequado). Nesse sentido, entendo que Waldron aceita a ideia da objetividade, mas não compartilha do ideal *dworkiniano* por inexistir, talvez, uma epistemologia por meio da qual esses desacordos possam ser aproximados. Então, para Waldron, se um juiz acerta ou não num determinado caso, é *irrelevante*, quando não há a possibilidade de demonstração da veracidade; este ponto é chamado por Francisco Motta (2021, p. 163) de *argumento da irrelevância*.

Suponhamos, então, que o cientista Rex desenvolveu a teoria “A”, que discorda do cientista Lex que desenvolveu a teoria “B”, embora cada qual resguarde seus métodos científicos, é necessário que, para obter um ponto de encontro — *i.e.*, para chegar a “C” —, eles devem compartilhar um método, uma mesma variável que faça com que ambos concordem, que faça com que estes pontos se encontrem para que, assim, Rex e Lex possam partilhar da mesma variável. Dessa maneira, *mesmo que exista uma verdade*, “ainda assim”, define Gilberto Morbach, “há desacordos e aqueles que acreditam em respostas corretas não são capazes, portanto, de concordar com relação a como podemos chegar nessa resposta” (2021, p. 263).

Portanto, Waldron (1999, p. 187) traz a nota distintiva entre aquilo que é fato *ontológico* e aquilo que é uma questão *epistemológica*<sup>11</sup>, na medida que inexistente um argumento epistemológico que favoreça o *judicial review*, a discussão deve favorecer ao Poder Legislativo, pois este detém a representatividade democrática para tratar de questões como desacordos morais. Quem bem define este ponto é Francisco Motta, ao afirmar que “como Waldron não concebe que a *demonstração* seja possível, ele pretende evitar que decisões morais sejam tomadas por juízes” (2021, p. 173). De certa maneira, há razão em tal afirmativa, afinal, por qual motivo deveríamos depositar aos tribunais — instituições que não elegem seus magistrados de forma democrática —, maior confiabilidade para que eles tratem de questões morais tão caras para a sociedade, quando inexistem métodos compartilháveis pela população?

Pois bem. O fato de juízes não serem eleitos democraticamente faz nos crer que um tribunal não é o melhor local para se travar batalhas quanto a questões morais, pois considerando ser ele uma instituição não eleita, os juízes representariam uma ameaça maior para a própria democracia do que os legisladores

---

<sup>11</sup> Os termos usados são do próprio Jeremy Waldron e endossados por Gilberto Morbach (2021, p. 267). Assim, optamos por utilizar as expressões ontologia e epistemologia no seguinte sentido: (i) questões ontológicas – essência do ser, realidade ou fato; (ii) epistemologia – estudo, interpretação e argumentação desses fatos, teoria do conhecimento, investigação etc.

eleitos, porém, para Dworkin (2011, p. 396) isto se trata de uma *pista falsa*<sup>12</sup> para nos afastar da direção certa.

Não podemos examinar o caráter de conceitos políticos — *e.g.*, liberdade, igualdade, justiça, democracia etc. — sem, antes, adquirir, por meio da *história*, uma noção básica do que esses conceitos significa(ra)m para nossos predecessores políticos. A partir disso que Dworkin (2011, p. 350) afirma que seu projeto, em certa medida, *não deixa de ser histórico*, já que, se tratando de conceitos interpretativos, será necessário pôr esses conceitos dentro do arcabouço sistemático da interpretação por ele próprio designado. Para descobrirmos se esses conceitos efetivamente funciona(ra)m enquanto tais, o *saber*, nesse sentido, depende, também, do lado *histórico* da ideia, para Dworkin, tratar conceitos interpretativos como, também, históricos, é de suma importância, já que é a partir dessas ideias que ele (2011, p. 364-367), baseado nas divergências de liberdade positiva<sup>13</sup> e negativa feitas por Berlin, desenvolve suas ideias democráticas.

Na medida em que Berlin defendeu um conflito inevitável entre liberdades, já que para ele a primeira somente poderia ocorrer em detrimento da segunda, Dworkin (2011, p. 379-385) propõe um ideal de *democracia* em que tais conceitos não conflitem entre si, reforçada, logicamente, pelos tribunais, pautado numa concepção coparticipativa de autogoverno (*the partnership conception*), segundo o qual o povo deve governar a si próprio, agindo como parceiros, e que cada cidadão deve ter uma participação de significativa igualdade.

Dworkin irá, *kantianamente*, propor um sistema de coparticipação pautado em dois subprincípios da dignidade, (i) o princípio do valor intrínseco da vida humana, *i.e.*, a vida humana possui um valor objetivo, sendo a vida em si mesma um importante atributo, não compatível com a ideia de que uma é melhor ou mais importante que a outra, bem como o (ii) princípio da responsabilidade pela vida humana, aqui, cada ser humano tem responsabilidade pela busca do sucesso e satisfação em suas próprias vidas, de modo que o indivíduo não deve aceitar que o outro lhe imponha esses valores pessoais, quer dizer, não significa que o ser humano não possa seguir ideias dos outros, ele pode, mas o sujeito deve *seguir* por seu *próprio julgamento*.

Diante dessa concepção, Dworkin defende um *judicial review*, de modo que direitos são *trunfos* perante a maioria, isto porque, na medida que o curso histórico nos mostra a prevalência de determinada cultura, grupos étnicos, sociais, sobre outros, o direito aqui pode ser encarado como um mecanismo de

<sup>12</sup> “Red herring” (DWORKIN, 2011, p. 396).

<sup>13</sup> Neste ponto, seria possível encontrarmos uma relação entre essa ideia de liberdade positiva e o entendimento de moralidade sistemática de Lon Fuller, na medida que, para Fuller (2022, p. 54), parafraseando Georg Simmel, o Estado deve propor normas, leis pautadas na conduta humana para que assim possa existir um relacionamento de reciprocidade entre o Estado e o cidadão.

defesa perante esses grupos. Essa teoria, Dworkin arquiteta desde os primórdios da sua escrita, ainda em *Taking Rights Seriously*, quando afirma que “os direitos individuais são trunfos políticos”, porque, indivíduos, pessoas, “tem direitos quando um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que desejam ter ou fazer” (2010, p. xv).

Já que sociedades democráticas seguem, em regra, o percurso majoritário, o tribunal de Hércules<sup>14</sup> deve proteger, no fórum de princípio, os cidadãos minoritários que sofrem com as afrontas de seletos grupos elitistas com maior poder de fala, já que são tão partícipes quanto eles, o que significa dizer que na medida que legisladores são suscetíveis a refletir a vontade do povo que o elegeu e, portanto, majoritários, os tribunais devem atuar de uma maneira que não deixe de observar os direitos dos grupos minoritários. Portanto, afirma Dworkin (2011, p. 396) que o controle judicial substantivo tem o poder não apenas para garantir que os cidadãos tenham informações adequadas, como também para derrubar leis cujo *pedigree* majoritário é inegável. Na leitura de Dworkin, vemos uma democracia liberal-igualitária, algo que transcende as meras noções que envolvem um ideal majoritário. Assim, com tais razões é que direitos são trunfos perante essa maioria, necessitando que o tribunal atue de tal forma a resguardar igualdade e liberdade não como valores conflituosos, mas a partir da dignidade humana.

Dworkin (2011, p. 397) afirma que a concepção majoritarista de democracia, como a defendida por Waldron, pode até supor que políticos estão mais propensos a realizar o que a maioria quer, mas a *história* demonstra o contrário. Diante da prevalência de uma sociedade majoritária ao longo dos tempos, o *sistema de votos*, numa democracia, em muitos momentos acaba retratando justamente aquela desigualdade, assim, os legisladores, ao final de contas, reforçam o majoritarismo predominante. Parlamentares dependem do público que o elegem e, em maior ou menor grau, seu público espera que os eleitos reproduzam os interesses de quem os elegeu. Considerando a prevalência de determinados grupos sociais, nobres, elitistas, é possível concluir o rumo que determinada política toma. Nesse sentido, segue Dworkin, “legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (2001, p. 27), razão pela qual, para ele, o tribunal de Hércules e o seu fórum de princípio é o melhor local para trabalhar questões complexas de moralidade política e de direito, capaz de dar a um caso específico um olhar mais abrangente do que o Legislativo naturalmente faria, já que parlamentares estão sujeitos a pressões às quais juízes não estão.

Dworkin (2011, p. 12) chega a reconhecer a inexistência de uma metodologia que faça com que a objetividade moral esteja plenamente visível, mas na medida que não podemos *demonstrar*, o filósofo alega

---

<sup>14</sup> Metáfora *dworkiniana* para se referir a juízes que adotam a *integridade* como modelo e, sendo Hércules, torna-se um *herói* em busca de *justiça*. E é no *fórum de princípios* que tais batalhas são travadas.



a necessidade de existir o elemento da *responsabilidade* por parte de quem discursa, configurando aquilo que ele chamou de *epistemologia moral*.<sup>15</sup> Explicamos, pois, a partir do próprio exemplo de Dworkin. Quando dizemos que torturar bebês por diversão é errado, mais que isso, é objetivamente errado, é um fato; um fato moral. Mas, como se prova que isso é, realmente, errado? Afinal, não possuímos uma metodologia compartilhada por todos que cheguem a tais conclusões. Dworkin, então, diz que precisamos argumentar sobre isso. Ora, “se eu quiser merecer o direito de afirmar que a proposição de que o aborto é errado”, diz Dworkin, “tenho de fornecer argumentos morais em favor dessa opinião” (2011, p. 26), afinal, na medida que o direito é um conceito interpretativo, a prática jurídica é *argumentativa*.

Dentre as possibilidades, a tese da responsabilidade é a melhor para que exija da prática argumentativa, pois, se não podemos comprovar ‘verdades’, devemos exigir dos cidadãos que compõe a comunidade política, responsabilidade; responsabilidade baseada em que? Na integridade. A ética e moral devem ser integradas, devo me respeitar, bem como respeitar o próximo; “não podemos tratar a nossas próprias vidas como objetivamente importantes se não aceitarmos que a vida dos outros também tem essa mesma importância” (MOTTA, 2021, p. 175). São convicções morais que podemos *exigir* dos indivíduos para que haja uma convivência minimamente saudável, de respeito e *integridade* mútuos. Nesse sentido, embora não podemos esperar concordância dos nossos concidadãos (*fellow citizens*), devemos ao menos exigir deles responsabilidade argumentativa e moral. Nessa ideia, juízes, portanto, deverão, *responsavelmente*, buscar as respostas *corretas* de forma argumentativa, interpretativa, plausível. O domínio da moral, na leitura de Dworkin, permite essa prática; já que não é possível demonstrar que um argumento moral é correto, o que se pode, minimamente, é exigir responsabilidade de quem o formula. Desse modo, Dworkin reconhece o argumento de Waldron, mas ainda assim entende que tribunais *não podem ignorar* os anseios de parcela da comunidade.

Vimos, portanto, o argumento de Waldron e vimos a “resposta” de Dworkin, agora, como e em que circunstâncias esses autores encontram-se? Para configurar a tese de que não há um debate por excelência, mas sim pontos de conexão entre eles, é necessário recorrermos ao *paper* de 2006 de Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*. Nesse artigo, mais do que frisar suas críticas ao controle judicial, Waldron estabelece uma série de elementos que uma sociedade democrática deve conter para que não haja necessidade de se ter um controle judicial forte. Segundo Waldron (2006, p. 1353), “meu argumento contra a revisão judicial não é incondicional, mas depende de certas características institucionais e políticas das democracias liberais modernas”, ou seja, *depende* de certos critérios que “tornam seus argumentos em favor de procedimentos majoritários”, legítimos (MORBACH, 2021, p. 258). A validade da crítica depende

<sup>15</sup> “*Moral epistemology*” (DWORKIN, 2011, p. 12).

desses elementos que, ao meu ver, tornam-se suficientes a comprovar a inexistência de uma discussão propriamente dita.

Segundo Waldron (2006, p. 1360), “minha alegação será de que o argumento contra o *judicial review* é condicional; se qualquer uma das condições falhar, o argumento pode não ser válido”, portanto, para que a proposta faça sentido, é preciso que, sinteticamente, (1) as instituições democráticas de representatividade estejam razoavelmente sólidas, (2) as instituições judiciárias estejam, igualmente, razoavelmente sólidas<sup>16</sup>, (3) haja comprometimento da maioria com os direitos de minorias, e, finalmente, (4) é necessário que os desacordos sobre direitos sejam de boa-fé, *i.e.*, “discordância persistente, substancial e de boa fé sobre direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos”. O *insight* decorre de Gilberto Morbach, ao afirmar que “uma sociedade *nessas condições* será mais democrática se a resolução desses desacordos couber às instituições legislativas” (2021, p. 258), logo, perceptível que as exigências impostas por Waldron em sua teoria derivam de uma exigência principal: a necessidade de uma *solidez democrática*. Afinal, uma sociedade nessas condições não precisa(ria) de um *judicial review* forte, porque ela própria é comprometida com os preceitos que uma democracia necessita. Waldron trilha um caminho *à la* Rosenberg (2008, p. 31)<sup>17</sup> chegando a aceitar a ideia de um *judicial review* fraco (“*weak*”)<sup>18</sup>, tal qual cortes constrangidas.

É possível argumentar que as condições de uma democracia sólida apresentadas partem, talvez, das mesmas premissas de um *dworkiniano*, na medida em que a concepção majoritária de democracia de Waldron demanda de condições, estas condições podem ser aproximadas por um ideal proveniente do próprio Dworkin, o que já comprovaria o *ponto de conexão*. Por exemplo, podemos reconhecer que em países com democracia consolidada, cuja população majoritária possua histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando e respeitando os direitos das minorias, poder-se-ia cogitar o *judicial review* mais fraco, o próprio Dworkin traz a possibilidade em *Justice for Hedgehogs* (2011, p. 398) — e aqui, neste ponto, encontramos o *ponto de conexão* entre os autores e, exatamente por isso, proponho a hipótese de que não existe uma discussão propriamente dita, mas sim argumentações que chegam à mesma ideia. Se for este, de fato, o entendimento, podemos cogitar que sequer existe discussão entre os autores, uma vez que ambos concordam que para dar preferência ao Legislativo, deve-se ter uma democracia bem consolidada e

---

<sup>16</sup> “Reasonably good order” (WALDRON, 2006, p. 1354).

<sup>17</sup> Gerald Rosenberg (2008, p. 2-3) desenvolveu a ideia de que há duas espécies de tribunais em uma democracia; (i) *the dynamic court* — trata-se de sistemas judiciais fortes e dinâmicos como protetor das minorias e das liberdades perante a oposição da maioria; (ii) *the constrained court* — já esta visão defende uma corte mais constrangida, limitando sua atuação e permitindo que o povo seja livre para governar si próprio sem a interferência dos oficiais não eleitos. Para Rosenberg (2008, p. 31), um tribunal mais limitado pode produzir uma reforma social mais significativa.

<sup>18</sup> “My target is strong judicial review” (WALDRON, 2006, p. 1346).

sólida, com instituições igualmente sólidas. A pergunta que fica é; estamos em uma democracia desse porte? Se a resposta for “sim”, não há que se falar em *judicial review* “forte”. E ambos concordam quanto a isso, o que posso dizer é que não há nenhum tipo de debate, discussão entre os filósofos, mas sim *pontos de conexão*, partindo, logicamente, de ideias distintas, que chegam a um mesmo fim.

Na medida que se estabelece a ideia de que Waldron discorda de Dworkin quanto ao *judicial review*, mas *condiciona* seu argumento a uma série de requisitos que uma sociedade democrática deve ter, questiono se o Brasil, por exemplo, poderia ser um país com uma democracia consolidada, nos moldes propostos por Waldron, para abarcar sua tese. Meu argumento é de que *não ainda*, uma vez que o Brasil vem sofrendo com problemas democráticos há muito tempo.

Dessa forma, acredito que as críticas *waldronianas* ao *judicial review* funcionam em sociedades cuja democracia é *estável*, mas não parece ser este o contexto atual de países da América Latina, sobretudo, o Brasil. Para Christian Lynch e Paulo Cassimiro (2022, p. 46), que em razão do histórico autoritário, países latino-americanos possuem fortes tendências a retomar discussões ultrapassadas, aprisionadas em um pesadelo, em uma verdadeira *viagem redonda*, vivendo sob constante ameaça de golpismos, como mais recentemente as ações desencadeadas pelo período lavajatista<sup>19</sup> e a deslegitimidade do Legislativo em conduzir a sociedade a futuros avanços diante dos casos de corrupção.

Portanto, somente em países com um sistema democrático mais ou menos coerente e minimamente respeitoso, que não conviva sob fortes ameaças reacionárias de um retorno a um regime obsoleto, é que a proposta de Waldron pode funcionar — e, me parece ser justamente essa a posição dos precursores *waldronianos*. Como vimos, somente com as instituições democráticas efetivamente bem consolidadas e em bom funcionamento é que podemos cogitar dar o benefício da *última* palavra aos legisladores, como foi observado, enfatizando esse ponto. A questão agora é saber se tal proposta terá sucesso, já que pela *história*, diante da prevalência cultural utilitária e dos registros colonialistas, dificilmente uma sociedade formada por uma elite majoritária irá se preocupar, veementemente, com os direitos das minorias.

Assim, reconheço que as críticas ao *judicial review* são extremamente válidas, porém, este argumento somente pode ser possível quando, em uma sociedade séria, as instituições democráticas estão aceitavelmente *sólidas*. Ao que me parece, a função contramajoritária não foi devidamente observada por Waldron. Um sistema jurídico deve sim observar as funções proclamadas pelo parlamento, justamente porque representa a população, mas não se pode negar a força que um tribunal possui nas tratativas de casos

<sup>19</sup> O lavajatismo representa, na terminologia empregada por Lynch e Cassimiro (2022, p. 35), um fenômeno supostamente democrático com objetivos de regenerar a República (“perdida”) pela aplicação “destemida da lei por um grupo de patrióticos operadores jurídicos”, no caso brasileiro, materializado pela Operação Lava Jato. Ocorre que tal problema foi operado por meio de grupos de grandes massas elitistas mediante instrumentos judiciários, desenvolvendo um conservadorismo do tipo reacionário.

envolvendo interesses de minorias, especialmente, em contextos históricos de instabilidade democrática, quando deve a corte conter os arbítrios dos governantes.

## Conclusão

Em síntese, vimos que para Waldron: (i) o modelo do *judicial review*, uma vez que vivemos sob um regime democrático, tribunais ter a “última” palavra seria incoerente com a própria finalidade de democracia; (ii) em razão da inexistência de uma metodologia que permita reconhecer a valores objetivos, diante dessa ausência epistemológica, não há como se creditar ao Judiciário a *última* palavra, portanto, é *irrelevante* se há objetividade moral, logo, (iii) Waldron prefere *evitar* que o embate moral seja travado por juízes e concebe uma sociedade *democraticamente* majoritária pautada nos requisitos funcionais por ele próprio assinalado. Vimos que para Dworkin, (i) ainda que existam tais problemas evidenciados por Waldron, a decisão da maioria não observa, em diversas vezes, a dignidade humana das minorias, não abarcando os direitos de grupos sociais minoritários, sua liberdade positiva e negativa, sua responsabilidade pela vida humana e o reconhecimento desses cidadãos como partícipes da comunidade política, (ii) razão pela qual Dworkin credita aos juízes a defesa de direitos enquanto *trunfos* e seu embate travado no fórum de princípios, (iii) sendo o tribunal de Hércules o melhor local para desacordos morais, porque ali será observada a *melhor* interpretação possível para o caso.

Por fim, entendo que a crítica feita por Waldron é excepcional, mas não vislumbro um debate propriamente dito, ao que me parece — e principalmente a partir do *paper* de 2006 de Waldron — o filósofo entende sua teoria como cabível em uma sociedade democrática *estável*, já que o próprio autor *condiciona* sua crítica a uma série de requisitos, o que não parece ser o caso, *e.g.* de grande parte dos países da América Latina, em especial, ao caso brasileiro. Bem como, o próprio Dworkin chegou a aceitar a hipótese, em *Justice for Hedgehogs*, de que uma sociedade democrática, cuja maioria se preocupa efetivamente com os direitos das minorias, poder-se-ia cogitar um controle judicial mais “fraco”. Os autores condicionam seus argumentos a premissas compartilhadas. Assim, há *pontos de conexão*, pontos esses que são bem maiores do que uma discordância em si, pontos firmes o bastante para afirmar que não há que se falar em um *debate par excellence*.

## Referências

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox**: an essay on Tolstoy’s view of history. Second edition edited by Henry Hardy, foreword by Michael Ignatieff. Princeton: Princeton University Press, 2013.

BIX, Brian H. **Teoria do Direito**: fundamentos e contextos. Trad. Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGGION, Andrea. Democracia Liberal vs. Neo-Feudalismo Libertário. **Estado da Arte**, São Paulo, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/democracia-liberal-vs-neo-feudalismo-libertario/> Acesso em: 23 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Pluralismo Moral e Raciocínio Prático. **Revista Natureza Humana**, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 77-96, 2019.

FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins, 2009.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **Populismo Reacionário**: ascensão e legado do bolsonarismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin e a teoria do direito**: o direito em desacordo. São Paulo: Almedina, 2022.

MORBACH, Gilberto. **Entre Positivismo e Interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_. Lon Fuller e a moralidade que torna o Direito possível. **Consultor Jurídico**, 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-23/diario-classe-lon-fuller-moralidade-torna-direito-possivel> Acesso em: 23 dez. 2022.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**: can courts bring about social change? 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 9, p. 95-133, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

\_\_\_\_\_. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, n. 08-50, set./nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Stare Decisis and the Rule of Law: a layered approach. **Michigan Law Review**, v. 111, nº 1, 2012.

\_\_\_\_\_. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WILLIAMS, Bernard. **Moral**: uma introdução à ética. Trad. Remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**Recebido em: 23/01/2023**

**Aceito em: 12/04/2023**