

# **O REPUBLICANISMO DE *CASS SUNSTEIN* E O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE *RONALD DWORKIN*. UMA ANÁLISE À LUZ DA FUNÇÃO EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS**

**Loiane Prado Verbicaro\***

**RESUMO:** O trabalho analisa o movimento de aproximação entre duas correntes do pensamento jurídico-político aparentemente antitéticas e inconciliáveis: o pensamento republicano e uma certa corrente do pensamento liberal, o liberalismo igualitário. Parte-se da análise da função exercida pelos tribunais nas democracias contemporâneas, na visão de dois teóricos: *Cass Sunstein* (republicano) e *Ronald Dworkin* (liberal igualitário). Ambos abordam o papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, mas o fazem sob perspectivas distintas. Cada um dos dois teóricos, por razões diversas, tem compreensões dissonantes das do outro acerca da relação existente entre democracia, direitos humanos e poder judiciário, o que retrata a própria diferença de paradigma e referencial teórico existente entre ambos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário; Republicanismo; Liberalismo igualitário.

## **THE REPUBLICANISM OF *CASS SUNSTEIN* AND THE EQUALITARIAN LIBERALISM OF *RONALD DWORKIN*: AN ANALYSIS UNDER THE LIGHT OF THE FUNCTION EXERTED BY COURTS IN THE CONTEMPORARIES DEMOCRACIES**

---

\*Docente nas disciplinas Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito e do Pensamento Jurídico do Centro Universitário do Pará – CEUPA; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA; Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). E-mail: loianeverbicaro@uol.com.br

**ABSTRACT:** This paper analyzes the approaching movement between two lines of juridical-political thoughts apparently antithetical and irreconcilable: the republican one and a kind of line of liberal thought, named the equalitarian liberalism. It starts from the analysis of the function exerted by courts in contemporary democracies, in the vision of two theoreticians: Cass Sunstein (republican) and Ronald Dworkin (equalitarian-liberal). Both approaches the role of the Judiciary Power in the contemporary democracies, but make it under distinct perspectives. Each theoretician, for different reasons, has dissonant understanding of the other one concerning the existing relation among democracy, human rights and judiciary power, which describes the difference of paradigm and referential theoretical existing between both.

**KEYWORDS:** Judiciary; Republicanism; Equalitarian liberalism.

## INTRODUÇÃO

Em finais do século XX, a corrente de pensamento republicana inicia um processo de (re)florecimento, especialmente a partir de trabalhos desenvolvidos por historiadores preocupados em rastrear as origens teóricas da tradição político-institucional anglo-americana. Esse revisionismo histórico pretendeu desafiar a crença até então compartilhada segundo a qual as principais influências intelectuais da cultura política anglo-americana se vinculavam, quase exclusivamente, ao pensamento liberal e individualista. Autores liberais igualitários viram com simpatia este ressurgimento do republicanismo e utilizaram-no como uma fonte inspiradora de críticas ao liberalismo clássico conservador e individualista (GARGARELLA, 2006).

Disso resulta um movimento de aproximação entre correntes de pensamento aparentemente antitéticas e inconciliáveis: o pensamento republicano e uma certa corrente do pensamento liberal, o liberalismo igualitário. Ante essa contigüidade apontada por historiadores, indaga-se: a corrente de pensamento republicana e o liberalismo igualitário são, na realidade, harmônicos ou dissonantes entre si?

Para a análise desta temática, ter-se-á como ponto de partida e corte metodológico a análise da função exercida pelos tribunais nas democracias contemporâneas, na visão de dois teóricos: *Cass Sunstein* (republicano) e *Ronald Dworkin* (liberal igualitário). O trabalho fará, pois, uma análise republicana e liberal igualitária acerca das distintas

formas de concepção do Judiciário como poder estatal capaz de realizar os direitos humanos e o sentido mais pleno de democracia.

## **2 REPUBLICANISMO E LIBERALISMO IGUALITÁRIO: APROXIMAÇÕES**

O tradicional antagonismo teórico entre republicanos e liberais manifesta-se especialmente quando está em questão a faceta mais clássica e conservadora do liberalismo individualista. Em se tratando de um liberalismo igualitário, as discrepâncias e antíteses abrem espaço a evidentes pontos de consenso.

O liberalismo igualitário parece coincidir com o republicanismo, ou ao menos não negá-lo (e vice-versa) em muitos dos seus aspectos mais relevantes. Explicitam-se alguns pontos de consonância entre as duas correntes (GARGARELLA, 2006):

1) O liberalismo igualitário, ao contrário do liberalismo conservador e de acordo com o republicanismo, não é insensível às condições materiais que são necessárias para aproximar a sociedade aos desejados ideais igualitários. Não parte, pois, de um niilismo e/ou neutralidade de fins e de motivações necessárias para a vida igualitária em sociedade. Ao contrário, teóricos liberais igualitários (Rawls, por exemplo) reconhecem a necessidade de que os indivíduos possuam um sentido efetivo de justiça e, sobretudo, um desejo de sujeitar-se ao cumprimento destes princípios, como condição necessária para se chegar a uma sociedade justa.

2) Os liberais igualitários não desconhecem a importância dos deveres dos cidadãos para com a comunidade. A ferrenha defesa que os liberais fazem dos direitos dos indivíduos não nega a existência de deveres a serem cumpridos pelos cidadãos integrantes da sociedade.

3) O ideal de autogoverno defendido pelo republicanismo não parece chocar diretamente com algumas das principais preocupações do igualitarismo. Assim, os ideais republicanos de que os cidadãos tenham maior controle sobre os destinos da comunidade, o reforço à influência da cidadania na política, a valorização da importância da igualdade cívica, a necessidade de se reduzirem os riscos de comportamentos corruptos, a afirmação de um modelo deliberativo de democracia com canais abertos à participação ativa da comunidade, são também, em grande medida, ideais compartilhados pelos liberais igualitários.

4) A preocupação do liberalismo igualitário com a liberdade positiva (e não apenas com a liberdade negativa, típica dos liberais individualistas) conduz à afirmação de que é responsabilidade do Estado prover certos bens básicos a cada indivíduo como forma de garantir substancialmente a liberdade individual. Esta idéia aproxima-se do ideal republicano de que o Estado é responsável por garantir efetivamente a autonomia e liberdade dos indivíduos.

Estes são alguns dos pontos harmônicos existentes nas duas teorias em análise; contudo, há evidentes aspectos antitéticos, como o possível conflito entre a perspectiva liberal de defender, antes de tudo, a autonomia individual e a pretensão republicana de assegurar, o mais amplamente possível, a existência de um autogoverno compartilhado. Não obstante as eventuais divergências, a linha investigativa do trabalho em análise centra-se nas dissonantes concepções acerca da função exercida pelo Judiciário nas democracias contemporâneas, questão que será a seguir analisada.

### **3 REPUBLICANISMO E LIBERALISMO IGUALITÁRIO: DISSONANTES CONCEPÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO EXERCIDA PELO JUDICIÁRIO**

Para uma melhor compreensão das teorias republicanas e liberais igualitárias, selecionaram-se dois teóricos: Cass Sunstein, republicano, e Ronald Dworkin, liberal igualitário. Ambos abordam o papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, mas o fazem sob perspectivas distintas. Cada teórico, por razões diversas, tem compreensões dissonantes das do outro acerca da relação existente entre democracia, direitos humanos e poder judiciário, o que retrata a própria diferença de paradigma e referencial teórico existente entre ambos.

#### **3.1 A CONCEPÇÃO REPUBLICANA DE CASS SUNSTEIN**

Cass R. Sunstein defende a limitação do papel das cortes - minimalismo judicial. Segundo ele, o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais, que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador. Três problemas são de especial relevância: 1) democracia, cidadania e compromisso; 2) eficácia; 3) foco limitado da adjudicação.

No primeiro caso, a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças, de duas maneiras: desvia energia e recursos da política, excluindo as conquistas alcançadas pelos próprios

cidadãos, o que pode gerar prejuízos à democracia. Os processos democráticos de formação da vontade política mobilizam os indivíduos, que passam a ser sujeitos ativos na condução das políticas públicas, aguçando, assim, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Uma ênfase no Judiciário compromete esses valores.

No que tange à eficácia, conforme Sunstein (1994), as decisões judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais. Exemplifica o autor utilizando-se do caso *Brown v. Board of Education* (1954). Nesse julgamento ocorrido nos EUA, a Suprema Corte deu início às reformas anti-racistas, ao julgar que a segregação de alunos negros nas escolas norte-americanas, mesmo atribuindo-lhes condições e direitos iguais aos dos brancos, era intrinsecamente desigual e, por conseqüência, inconstitucional. Essa decisão da Suprema Corte é aclamada por ter mostrado a habilidade do Judiciário em reformar grandes instituições sociais e de ter abolido, formalmente, o *apartheid* nos EUA. Mas, para Sunstein (1994), esse caso confirma a fraca posição institucional do Judiciário. Segundo ele, anos após a decisão, poucas crianças negras do Sul estudavam em escolas que haviam abolido a segregação. Para ele, é possível afirmar que as ações do Legislativo e do Executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*, mas mesmo isto é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha, efetivamente, dado um ímpeto à ação política.

No terceiro caso, o problema é que a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala. O foco no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão em toda a sua complexidade e abrangência.<sup>1</sup>

Apresentados esses três problemas na participação das cortes em políticas públicas, o autor afirma que o *status quo* deve, em regra, ser sujeito à democracia - não sendo afastado da deliberação democrática. Somente em raros casos é que as cortes devem interferir em políticas aprovadas por processos democráticos. Assim, as cortes devem ter um papel agressivo especialmente em dois casos.

O primeiro envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política. De acordo com

---

<sup>1</sup> Uma decisão requerendo despesas em transporte escolar pode, por exemplo, dirigir recursos de uma área com uma igual ou maior necessidade para outros setores, o que pode gerar desequilíbrio entre os recursos destinados aos gastos sociais. Sustenta o autor que os procedimentos legais estão em maior conformidade com idéias desenvolvidas fora da tradição da justiça compensatória típica dos tribunais, que são precariamente adaptadas para o alcance da reforma social, razão pela qual o Judiciário deve ceder ante os processos democráticos de formação da vontade política (SUNSTEIN, 1994, p. 142-149).

o autor, a interferência governamental no direito de voto e de expressão pede ativa proteção judicial para viabilizar para a cidadania as condições de deliberação e igualdade política. Nestes casos, as cortes não devem adotar a atitude de deferência ao processo legislativo.

O segundo caso envolve grupos ou interesses que, pela natureza, são incompatíveis com uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias). Aduz o autor que se um grupo – por exemplo, o dos homossexuais - se depara com obstáculos para sua organização, como preconceito e/ou hostilidade, seria errado permitir uma comum suposição em favor dos resultados democráticos. As cortes devem, nesses casos, decidir sobre atitudes governamentais. Tal exame é justificado no interesse da própria democracia (SUNSTEIN, 1994).

Segundo Sunstein (1994), devem-se desenvolver princípios interpretativos da Constituição, a fim de que se garanta a realização bem-sucedida da democracia procedimental deliberativa.<sup>2</sup> Esses princípios são deliberação política, cidadania, acordos como ideal regulatório e igualdade política.

1- O princípio da deliberação política significa que os resultados políticos não devem ser reflexo de interesses próprios de grupos privados bem-organizados, pelo contrário, devem ser produzidos a partir de um extenso processo de deliberação e discussão, em que novas informações e perspectivas são sempre relevantes, como influência dos cidadãos, inclusive das minorias, nos destinos da comunidade.

2- O princípio da cidadania procura garantir que os resultados políticos se beneficiem da ampla participação do povo - real representatividade dos atores sociais. O comprometimento com a cidadania requer que as pessoas tenham um amplo grau de segurança e independência em relação ao Estado; e não uma postura de submissão e de comodismo em relação a um Estado grandioso e paternalista.

3- O princípio dos acordos como ideal regulatório consiste em um compromisso ou consenso entre cidadãos livres e iguais, acerca de um ideal de desenvolvimento social. Só após a formação do consenso é que se pode conceber a realização de um processo democrático.

4- O princípio do compromisso com igualdade política proíbe grandes disparidades na influência política detida por diferentes grupos sociais.

---

<sup>2</sup> De acordo com a teoria dos princípios interpretativos de Sunstein, os princípios interpretativos podem ser semânticos, que são aqueles que têm como foco o simples sentido das palavras, a partir de uma interpretação formalista, sem entrar no mérito do conteúdo de justiça presente no caso; ou podem ser substanciais, que são aqueles que se pautam nos princípios da democracia deliberativa, atendendo a um critério de justiça substantiva.

Uma garantia da igualdade política não se traduz, porém, em garantia de total igualdade econômica (igualitarismo). A rejeição ao igualitarismo é baseada em três objetivos principais: promover a liberdade; prover incentivos para o trabalho produtivo e recompensar e reconhecer realizações e padrões de qualidade.

Essa insistência na igualdade política como condição necessária à realização da democracia deliberativa acaba tendo ligações com o que ocorre na esfera econômica. Essa ligação ajuda a identificar e fazer inteligíveis três concepções de igualdade.

A primeira concepção de igualdade é a crença em ser livre da miséria. Trata-se do mínimo de direitos que devem ser reconhecidos e assegurados para se garantir a cidadania. Assim, ninguém deve ser privado de adequada proteção policial, de comida, moradia ou assistência médica – o mínimo existencial.<sup>3</sup> Estas são necessidades humanas universais, a serem encontradas em qualquer sociedade justa. Este princípio é dificilmente igualitário, visto que ele permite uma grande variação nos padrões de vida; mas ele protege as pessoas de existirem abaixo de uma condição mínima específica. Este compromisso está ligado à crença na democracia deliberativa e ao comprometimento com a cidadania.

A segunda concepção é uma oposição ao sistema de castas. Os sistemas de castas são tradicionalmente desfavoráveis e incoerentes com a democracia deliberativa, pois negam os princípios da cidadania e da igualdade política.

A terceira e última concepção envolve aproximada igualdade de oportunidades. Tendo-se rejeitado o igualitarismo, pode-se, todavia, insistir na idéia de igualdade de oportunidades. É inevitável que, em uma sociedade liberal, diferentes famílias tenham diferentes recursos e educação, e essas diferenças imporão uma aguda restrição nos princípios básicos. Todavia, há muita coisa que o governo pode fazer para ajudar, como, por exemplo, garantir disponibilidade de boa educação para todos (SUNSTEIN, 1994).

Conforme o pensamento de Sunstein, voltado para a valorização de uma noção de democracia deliberativa na qual a Suprema Corte deve assumir um novo papel - o de, por meio do minimalismo judicial, deixar questões abertas sem, contudo, ignorar o seu fundamental ofício de garantia do núcleo de compromissos democráticos - o Judiciário deve adotar uma postura ativa tão-só na proteção procedimental da democracia deliberativa (SUNSTEIN, 1994).

---

<sup>3</sup> Em respeito a um ideal republicano e democrático, o mínimo existencial deve ser definido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, poderes que possuem legitimidade representativa e democrática.

### 3.2 A CONCEPÇÃO LIBERAL IGUALITÁRIA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin (2001), ao contrário, é enfático, em suas abordagens sobre o tema, em recusar que o Poder Judiciário exerça um papel passivo nas democracias contemporâneas. Adota o autor posição progressista ao concebê-lo como um poder estratégico, capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos, através da Suprema Corte (Corte norte-americana), que atua como o principal fórum capaz de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos nas democracias contemporâneas.<sup>4</sup>

Sunstein (1994) critica a defesa de Ronald Dworkin (2001) acerca do papel de destaque reservado ao Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo ele, Dworkin defende um papel ativo ao Judiciário a partir da teoria de que a Suprema Corte é o “fórum principal” para atuar em prol dos interesses de grupos políticos.

Não obstante, segundo Sunstein (1994), a Suprema Corte não é a única instituição fundada em princípios éticos e morais.<sup>5</sup> Pelo contrário, a maioria dos reflexos de deliberações fundadas nos princípios na história norte-americana tem vindo do Congresso e do Presidente, e não das Cortes. A crença nas políticas deliberativas tem sido central ao constitucionalismo americano desde seu início. Não há razão suficiente para abandonar essa crença agora. Para ele, uma Suprema Corte agressiva é o adicional de um produto sem ambigüidade (SUNSTEIN, 1994).

Dworkin (2001), analisando a importância das decisões judiciais - em comparação às decisões legislativas – para a construção do ideal democrático, sustenta não haver razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, prejudicará o ideal democrático da igualdade de poder político. Segundo ele, os legisladores não estão institucionalmente em melhor posição do que os

---

<sup>4</sup> Em “Juizes Legisladores?”, Cappelletti afirma que a idéia de representatividade plena por parte dos poderes políticos é verdadeira utopia, e que os tribunais podem contribuir, de forma efetiva, para a representatividade do sistema político ao possibilitar amplo acesso ao processo judicial. Cappelletti defende, assim, que o Poder Judiciário seja (como de fato o é) detentor de uma postura mais ativa e criativa no sistema democrático e que passe a intervir, de forma plena, não apenas em conflitos de natureza privada, mas no controle dos poderes políticos, em defesa dos princípios democráticos. (CAPPELLETTI, 1999, p. 92-107).

<sup>5</sup> Para Dworkin, o Direito possui tanto um caráter instrumental como uma “dimensão moral substantiva que se revela na existência de princípios que, ao lado das normas, o integram. Esses princípios, caracterizados como exigências da moralidade política são representados pelos seguintes ideais: uma estrutura política justa; uma justa distribuição de recursos e oportunidades e, finalmente, um processo equitativo de fixação das normas que os estabelecem.” (apud CITTADINO, 2004, p. 152-153).

juízes para decidir sobre questões de direitos; ao contrário, podem os juízes ser o elemento propulsor desse ideal.

Para o autor, faltam argumentos para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos tenham mais probabilidade de ser corretas do que decisões judiciais. Sustenta ele que a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores.

Sustenta, ainda, que, em muitos momentos, os legisladores estão sujeitos a pressões políticas a que não estão sujeitos os juízes. Os magistrados, prescindindo de apoio político para a manutenção de seu poder, não temem a insatisfação popular gerada pelo seu desempenho, ao contrário do que ocorre com os membros do Poder Legislativo (DWORKIN, 2001).

Para Dworkin (2001), numa democracia, sem dúvida, o poder está nas mãos do povo; mas há imperfeições no caráter igualitário da democracia que são parcialmente irremediáveis - como as minorias que não são contempladas pelos processos democráticos de formação da vontade política. Para corrigir essas imperfeições, verifica-se a transferência de atribuições institucionais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário - conferindo-se, assim, poder político a alguns indivíduos outrora excluídos desse processo.

Isso ocorre porque, numa democracia concebida nos moldes Dworkinianos, os cidadãos têm o direito de exigir “um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos a despeito de nenhum parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los” (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

A transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário é, em regra, mais benéfica a setores pouco integrados na tradição democrática - os hipossuficientes econômicos (pobres) e as minorias.<sup>6</sup> Normalmente, os ricos exercem mais poder - influência - sobre o Poder Legislativo, o que lhes proporciona maiores vantagens, em detrimento da camada social oposta; do mesmo modo, o viés majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra as minorias, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum.

Assim, a via de acesso ao Judiciário contribui para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos minoritários a possibilidade de lutar pela preservação dos seus direitos. Tal consideração baseia-se na idéia de que os direitos e liberdades

---

<sup>6</sup> “Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.” (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

são, em alguns momentos, desrespeitados pela vontade da maioria, ocasionando, assim, ameaças e prejuízos aos direitos das minorias.

Dworkin (1997) aduz que o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento que é viável e se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana. Trata-se de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide e assegurar que os direitos individuais - um pré-requisito da legitimidade da democracia - não serão violados.

Segundo Dworkin (2001), com o redimensionamento das funções do Poder Judiciário, o direito assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas. Trata-se da judicialização da política<sup>7 8</sup> - transfere-se às cortes o papel de resolver conflitos políticos antes adstritos a outros poderes do Estado.<sup>9 10</sup>

O fundamento desse processo de judicialização da política reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin - Constituição como integridade<sup>11</sup> -, que garante a indisponibilidade dos direitos e das liberdades fundamentais. Em nome da integridade da Constituição e dos direitos nas democracias contemporâneas admite-se, assim, o instituto

<sup>7</sup> Essa terminologia “judicialização da política” não é usada, de maneira explícita, por Dworkin. O autor fala em transferência de questões políticas ao Poder Judiciário; ou transferência de questões do campo da batalha política de poder para o fórum do princípio, o que nada mais é, em essência, do que o fenômeno da judicialização da política.

<sup>8</sup> Segundo Dworkin, chegou-se “a um equilíbrio em que o tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal.” Sustenta o autor que o melhor que se tem a fazer é “trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito” (DWORKIN, 2001, p. 103).

<sup>9</sup> “A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura” (DWORKIN, 2001, p. 102).

<sup>10</sup> Dworkin considera que um dos principais objetivos do sistema jurídico seja controlar e limitar a ação do governo ante a preservação dos direitos - o que significa a própria preservação da democracia.

<sup>11</sup> São duas as virtudes da moral política - valores que o direito visa a materializar: justiça (dimensão substantiva das decisões políticas) e equidade (dimensão procedimental das decisões políticas). Em alguns casos esses dois tipos de juízo caminharão juntos, em outros, porém, tomarão rumos diferentes. Ressalte-se que não há um padrão que estabeleça a prevalência da justiça sobre a equidade nem da equidade sobre a justiça. Para resolver eventuais contraposições entre justiça e equidade, é que o Direito como integridade surge para dirimir esse conflito. Haverá momentos em que a justiça prevalecerá sobre a equidade; em outros, prevalecerá a equidade em detrimento da justiça. Essa é a concretização do ideal de integridade: a prevalência

da revisão judicial (*judicial review*),<sup>12</sup> que autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas - advindas de processos políticos deliberativos - que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na Constituição. Ao efetuar esse controle de constitucionalidade, em muitos momentos, os tribunais acabam por adentrar em questões eminentemente políticas - mas para a própria garantia dos direitos fundamentais, o que é uma exigência da democracia.<sup>13</sup>

Assim, o instituto da revisão judicial não afronta os ideais democráticos por atuar, em algumas ocasiões, até mesmo contra os processos majoritários de formação da vontade política. Ao contrário, esse instituto garante a própria democracia ao efetuar o controle de constitucionalidade de normas que desrespeitam os direitos garantidos constitucionalmente. Esse poder dos tribunais decorre da garantia de preservação dos direitos fundamentais do próprio povo.<sup>14</sup>

A partir dessa perspectiva, quaisquer diretrizes políticas ou objetivos sociais coletivos que porventura contrariem preceitos constitucionais sofrerão o controle do Poder Judiciário. As cortes passam a atuar em aspectos centrais da nação - inclusive em assuntos políticos - para a garantia dos princípios e das instituições democráticas.

Assim, ao invés de ofensiva à democracia, a atuação do Poder Judiciário em questões políticas passa a ser fundamental à sua própria preservação, na medida em que propicia um debate norteado por princípios, e não simplesmente por valores forjados através de eventuais maiorias. As cortes passam a desempenhar, dessa maneira, um papel de destaque na construção de uma democracia que esteja em consonância com a preservação e o respeito aos direitos dos cidadãos.

Não obstante, à luz da teoria de Dworkin, nem sempre os casos apresentados ao Poder Judiciário terão a sua apreciação. Em algumas ocasiões as cortes os deixarão à arena política.<sup>15</sup>

---

da decisão mais coerente com o ordenamento jurídico a partir do cotejamento com decisões passadas (se as decisões passadas não mais se justificam devem ser alteradas em nome da própria integridade e coerência) e respeito aos ideais de equidade e justiça de uma comunidade.

<sup>12</sup> A revisão judicial “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois” (DWORKIN, 2001, p. 102).

<sup>13</sup> A Suprema Corte “tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição.” (DWORKIN, 1999, p. 4).

<sup>14</sup> “Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer.” (DWORKIN, 1999, p. 476).

<sup>15</sup> As cortes os deixarão à arena política, tal como defendem os passivistas. Segundo Dworkin,

Isso ocorre especialmente em casos que envolvam objetivos coletivos da comunidade.<sup>16</sup> Nesta hipótese, o Poder Judiciário será deferente à política, *i.e.*, aos processos majoritários de formação da vontade política. Segundo ele, o Poder Legislativo, eleito pelo povo, é o poder com melhores condições de traçar as diretrizes políticas gerais que o Estado deve seguir. Assim é o seu posicionamento:

Hércules não é um ativista. Ele ‘vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação’ (DWORKIN, 1999, p.474-475).

Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário traçar ou impor diretrizes políticas gerais ao Estado, mas apenas garantir os direitos e as liberdades fundamentais dos indivíduos presentes na Constituição;<sup>17</sup> <sup>18</sup> e para a sua proteção, atuará até mesmo no sentido de evitar que a

---

o juiz passivista só anula atos de outros poderes em último caso, uma vez que considera mais democrático deixar as questões de alcance concreto aos legisladores, que podem ser renovados a cada eleição, do que confiá-las à suprema corte. O passivismo supõe que a equidade é a principal virtude de uma prática constitucional e ignora que certas regras constitucionais têm precisamente a função de impedir que a maioria se faça valer contra a minoria em questões de justiça (DWORKIN, 1999, p. 441-453). Ressalte-se que Dworkin repudia o passivismo. Isso porque, em muitas situações, o Judiciário não deve subordinar-se às autoridades eleitas. Para a proteção da democracia, irá atuar até mesmo em sentido contrário àquele que seria tomado pelos representantes do povo. Será sua função, assim, a proteção dos indivíduos e das minorias, mesmo contra os representantes da maioria. Para tanto, Hércules não poderá adotar uma atitude passivista ante a violação desses bens que é de sua responsabilidade a proteção.

<sup>16</sup> A teoria de Dworkin é antiutilitarista e individualista. Na base das teorias utilitaristas se encontram fins coletivos aos quais devem ser subordinados os direitos individuais. Dworkin recusa o utilitarismo porque este não leva os direitos individuais a sério. Sustenta que os objetivos sociais apenas são legítimos se respeitam os direitos dos indivíduos. Uma verdadeira teoria do direito deve dar prioridade aos direitos individuais frente aos objetivos sociais.

<sup>17</sup> Ronald Dworkin é representante de um liberalismo progressista. Para ele, a garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. Mas o seu liberalismo não é do tipo conservador. A sua crítica ao positivismo jurídico - que é a manifestação por excelência da teoria jurídica liberal tradicional - e a crítica ao utilitarismo - que até hoje tem sido uma das manifestações da filosofia política liberal - o conduzem a um liberalismo progressista pautado em fundamentação igualitária, *i.e.*, liberalismo igualitário.

<sup>18</sup> Ressalte-se que Dworkin afasta a distinção usual entre liberais e conservadores. Segundo ele, é comum distinguir os juízes entre os que obedecem à constituição (conservadores) e os

implementação de diretrizes políticas e/ou objetivos sociais coletivos sobreponha-se à sua integridade, pois em muitas ocasiões verifica-se o processo de judicialização da política para a garantia da respeitabilidade desses direitos, que dão o próprio conteúdo à democracia.

Eis os pressupostos do liberalismo igualitário defendido por Ronald Dworkin: um modelo que contempla a proteção a um núcleo de direitos e liberdades fundamentais constantes na Constituição, que rejeita a interferência do Poder Judiciário em argumentos de política, aceitando, apenas, a sua interferência em argumentos de princípio (jurídicos).

#### 4 CONCLUSÃO

O republicanismo de Cass Sunstein, em consonância com seu referencial teórico, defende um minimalismo judicial; o liberalismo igualitário de Ronald Dworkin, ao contrário, sustenta uma defesa mais substancial do Poder Judiciário à realização da democracia e dos direitos fundamentais, evidenciando assim que, apesar das aproximações entre as duas correntes teóricas, há evidentes pontos dissonantes, especialmente em relação à importância atribuída às Cortes de Justiça nas democracias contemporâneas.

Fazendo uma análise das duas concepções, penso que os canais políticos é que possuem, por excelência, legitimidade democrática para selecionar os objetivos e meios necessários à realização dos interesses da comunidade.

O Poder Judiciário, por ausência de legitimidade e em virtude da própria lógica democrática, não é o poder institucionalmente autorizado a ser o primeiro, o permanente e o principal *locus* de elaboração de políticas públicas. Ocorre que se estabelece um *locus* legítimo para discussão de questões políticas por parte do Poder Judiciário para que haja o devido respeito aos direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade.

Isso autoriza o Judiciário a determinar que uma diretriz política não deva ser implementada, em razão da sua não-adequação à lógica garantista dos direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um

---

que tentam reformá-la segundo suas próprias convicções (liberais). Assim formulada, essa distinção carece tanto de fundamento, uma vez que nega a natureza interpretativa do Direito, como de utilidade. Propõe reformulá-la pela subdivisão dos compartimentos: 1) quanto à interpretação, em juízes conservadores, que buscam fidelidade às intenções dos fundadores ou dos juízes da tradição da suprema corte e liberais, que não buscam tal fidelidade; 2) quanto às convicções políticas assumidas pelos juízes, em juízes conservadores e liberais. Mesmo assim, é possível que algum juiz não seja completamente classificável em tais compartimentos (DWORKIN, 1999, p. 429-430).

controle, de uma compatibilização das diretrizes políticas aos valores contemplados no Estado Democrático de Direito.

Não se trata, pois, de uma substituição arbitrária e peremptória das vias democráticas pela via judicante. A intervenção do Judiciário em questões políticas é complementar, e não excludente, às vias políticas. Representa um reforço à lógica democrática, e não a negação de seus fundamentos e pressupostos.

As cortes devem, assim, assumir um papel destinado à realização das exigências de um direito material. As instituições democráticas e o respeito aos direitos fundamentais - individuais e sociais - não se realizam em sua plenitude sem um Judiciário capaz de garanti-los. O Judiciário constitui-se, dessa maneira, em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam o respeito aos direitos dos cidadãos, às instituições democráticas, viabilizando, assim, o sentido republicano de liberdade como ausência de dominação.

## REFERÊNCIA

BÉJAR Helena. **El Corazón de la República**. Avatares de la virtud política. Barcelona: Paidós, 2000.

BERTOMEU, María Julia; DOMÉNECH, Antoni; FRANCISCO, Andrés de. **Republicanismo y Democracia**. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CONILL, Jesús; CROCKER, David A (editores). **Republicanismo y Educación Cívica** ¿Más allá del Liberalismo? Granada: Editorial Comares, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DOMÉNECH, Antonio. **El eclipse de la fraternidad**. Una revisión republicana de la tradición socialista. Barcelona: Crítica, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**, 26 abr. 1997.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **Las Teorías de la Justicia después de Rawls**. Barcelona: Paidós, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.