

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

*Mateus de Campos Baldin*

**O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DA  
AUTORIDADE E DA LEGITIMIDADE DO DIREITO DEMOCRÁTICO  
SEGUNDO JEREMY WALDRON**

**PORTO ALEGRE**

**2015**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

*Mateus de Campos Baldin*

**O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DA  
AUTORIDADE E DA LEGITIMIDADE DO DIREITO DEMOCRÁTICO  
SEGUNDO JEREMY WALDRON**

Tese apresentada, sob orientação do Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

**PORTO ALEGRE**

**2015**

*A minha família!*

## AGRADECIMENTOS

Muitas coisas ocorreram nesses anos em que estive envolvido com o Doutorado, tanto em minha vida pessoal quanto na acadêmica; e muitos me ajudaram a levar a cabo meu curso de doutoramento, aos quais devo meu mais sincero agradecimento.

Gostaria inicialmente de agradecer àqueles que já não estão mais presentes para receberem os agradecimento. Em especial, quero agradecer a meu pai, Isaias, a quem devo mais que agradecimentos e cuja falta sempre se fará sentir. Gostaria de agradecer a minha avó, Margarida; a minha bisavó, Ibraima; a minha tia, Nelita; e a meus tios, Paulo e Nelson.

Agradeço a toda minha família, em especial a minha mãe, Sandra, e meu irmão, Cícero, que sempre estiveram presentes em minha vida e que sempre me ajudaram e apoiaram em tudo. Do mesmo modo, agradeço a meus avós, Honório e Nadir, e a minha tia-avó, Nair, que estiveram sempre dando seu apoio e me ajudando. Agradeço ainda a meus tios e tias, primos e primas pela presença e ajuda; em especial a minhas tias Solange, Seli, Salete e Lorivete; e a meus primos Paulo Henrique, Diego, Lucas, Júlio, Priscila e Gabriela. A minha família, agradeço o amor e o apoio. E, como não podia deixar de ser, agradeço também a minha cachorra, Mel, por me ajudar a não deixar de lado momentos de lazer.

Conheci a Julianna antes de entrar para o doutorado e nos casamos durante o curso. Ela sempre me incentivou e apoiou em minha jornada acadêmica. Sua dedicação ao próprio curso de doutorado (e, posteriormente, ao pós-doutorado) sempre me inspirou em todas as minhas decisões. A ela, meus agradecimentos e amor.

A todos os meus amigos, em especial, Dora e Eduardo, Ítallo e Karlinha, Marcelo, Márcia e Wagner, Rafael, Vanessa e William e Waldeliz, agradeço por toda a amizade e apoio, mesmo à distância, e pela ajuda, direta ou indireta, nos meus estudos.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul pela excelência no ensino, pesquisa e extensão, que me propiciou não apenas um excelente curso de doutoramento, como também a quase totalidade de minha formação acadêmica. Agradeço especialmente ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas e ao Departamento de Filosofia por toda a estrutura e serviços.

Durante o período de 2012/2 e 2013/1, fui professor substituto de Filosofia Política, ministrando as cadeiras de Introdução à Filosofia, Filosofia Política e Temas de Filosofia Política. Agradeço à UFRGS e ao IFCH por essa oportunidade, na qual mais aprendi do que ensinei. Agradeço em especial ao Departamento de Filosofia e seus funcionários e professores pelo apoio. Devo agradecer aos alunos que ensinei nas disciplinas acima mencionadas, que muito contribuíram para minha formação acadêmica e para o desenvolvimento de meu curso de doutorado.

Devo agradecer, em especial, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, que propiciou o melhor ambiente acadêmico que poderia desejar para o doutorado. Agradeço aos professores e funcionários do PPGFil por toda a ajuda dada. Em especial, gostaria de agradecer à funcionária Sandra por todo o apoio logístico, ao Prof. Nelson Fernando Boeira pela ajuda pelas excelentes aulas. Agradeço ainda aos professores André Nilo Klaudat, Anna Carolina Regner, Gerson Luiz Louzado, Jaime Parera Rebello, José Pinheiro Pertille, José Alexandre Durry Guerzoni, Lia Levy, Paulo Francisco Estrella Faria, Priscilla Tesch Spinelli e Silvia Altmann, que, muitas vezes sem nem mesmo saber, me ajudaram nessa jornada do doutoramento.

Ao Prof. José Guilherme Giacomuzzi, agradeço todo o apoio, as discussões, as perguntas e sugestões, bem como a amizade nesses anos de doutoramento.

Quero agradecer ao Prof. Cláudio Ari de Mello por todo o apoio, pelas perguntas, sugestões, críticas e ensinamentos, bem como pelas valiosíssimas sugestões e críticas dadas durante minha qualificação, sem as quais este trabalho seria impensável. Agradeço ainda seu apoio e amizade.

Sou grato ao Prof. Alfredo Storck por tudo o que fez para me ajudar. O Prof. Alfredo sempre foi um modelo a ser seguido enquanto professor. Agradeço a ele a excelente Coordenação do PPG e as aulas, mas, em especial, as discussões, as perguntas, os questionamentos, as explicações e a amizade. Agradeço, ainda, sua participação em minha banca de qualificação. Suas críticas e sugestões foram fundamentais para este trabalho.

Gostaria de dar um agradecimento especial ao Prof. Andrés Rosler, que foi fundamental para minha formação acadêmica e pessoal. Em suas visitas a Porto Alegre, o Prof. Andrés foi sempre solícito em me ajudar em tudo o que lhe pedi. E no período de dois meses que passei em Buenos Aires, o Prof. Andrés se mostrou mais que um professor e mais que um amigo. O Prof. Andrés me apoiou não apenas em meus estudos, com uma imensa ajuda na elaboração deste texto que aqui apresento – foram tantas as sugestões, críticas e comentários – e na bibliografia necessária para sua elaboração, como também com seu apoio logístico e amizade, bem como com suas excelentes aulas na Universidade de Buenos Aires. Não tenho como expressar meus agradecimentos ao Prof. Andrés e sua esposa por toda a ajuda dada.

Gostaria de agradecer a todos os meus colegas e amigos do doutorado, especialmente aos colegas das cadeiras que fiz durante o curso. Em especial, agradeço a ajuda e amizade dos colegas Alexandre Telles, Alfons Carles Salellas Bosch, Antonio Augusto Caldasso Couto, Antônio Carlos de Madalena Genz, Arthur Viana Lopes, Bruno Malavolta e Silva, Cristiano Moraes Junta, Eduardo Augusto Pohlmann, Eduardo Ruttke Von Saltiel, Eduardo Vicentini de Medeiros, Gabriel Goldmeier, Gabriel Vieira Bilhalva, Giovanni Rolla, Gustavo Coelho, Luis

Gustavo Razzera Maciel, Marloren Lopes Miranda, Matheus Martins Silva, Mitieli Seixas da Silva, Nikolay Steffens, Nykolas Correa Motta, Patrícia Graeff, Pedro Konzen Capra.

Aos colegas Mariana Kuhn de Oliveira, Paulo Baptista Caruso MacDonald, e Ramiro de Ávila Peres, devo um agradecimento especial por toda a amizade e ajuda, bem como pelas correções e sugestões que tanto contribuíram para esse trabalho. Paulo MacDonald é hoje professor na Faculdade de Direito da UFRGS e agradeço a ele também a oportunidade de participar das aulas e discussões da disciplina de Temas de Teoria do Direito, nas quais muito aprendi. Agradeço ainda aos alunos dessa disciplina.

Gostaria de dar um agradecimento especial ao Prof. Wladimir Barreto Lisboa não só pela orientação e amizade, mas por toda a paciência e apoio em praticamente toda minha vida acadêmica (e muitas vezes também na minha vida pessoal) durante esses anos. Foi o Prof. Wladimir quem me ajudou a especificar o tema de minha tese e a ir além do projeto com o qual entrei no curso de doutorado. Foi ele, ainda, quem pacientemente discutiu, semana após semana, meus avanços na pesquisa e na redação da tese. Como orientador, devo quase tudo a ele; como amigo, ainda mais.

Agradeço também ao Primeiro Motor Imóvel e a todos os que me ajudaram nesses anos de doutorado e que, por minha displicência, deixei de mencionar acima.

Por fim, agradeço à CAPES pela bolsa concedida, sem a qual nada em minha formação de doutorado teria sido possível.

一人で大勢は助けられないが、  
大勢は一人が助けられる。  
(ことわざ)

Uma multidão não pode ser salva por uma pessoa,  
mas uma multidão pode salvar uma pessoa.  
(provérbio japonês)



## RESUMO

Em seu *Law and Disagreement*, Jeremy Waldron apresenta o que denomina de uma teoria democrática do direito, uma teoria normativa sobre a autoridade do direito baseada em sua legitimidade democrática. Para Waldron é a legitimidade do direito enquanto fruto de um processo de deliberação e votação majoritária que sustenta sua autoridade. Esse trabalho busca explicar a teoria democrática do direito de Waldron apresentando-a no contexto do liberalismo e do positivismo normativo. Dada a importância da legitimidade para a autoridade do direito em Waldron, esse trabalho discute também o que Waldron entende por legitimidade e sua distinção em relação à justificação, e defende a teoria de Waldron acerca da legitimidade como superior a outra teoria semelhante, defendida por John Simmons. Esse trabalho apresenta a teoria democrática do direito de Waldron no contexto das denominadas circunstâncias da política – a necessidade sentida de uma decisão comum e o desacordo sobre qual deve ser essa decisão. Essa tese defende que Waldron apresenta dois argumentos distintos em defesa de sua teoria: a) um argumento epistêmico, baseado na tese da justificação normal da autoridade, de Joseph Raz, adaptada ao contexto das decisões majoritárias, e que está suscetível a certos tipos de crítica, e b) um argumento de equidade, que recorre à igual consideração e respeito nas circunstâncias da política, o qual está suscetível a outros tipos de crítica. Essa tese defenderá que, dependendo do argumento, a posição de Waldron levará a distintos resultados teóricos e práticos (normativos).

Palavras-chave: Jeremy Waldron, teoria democrática do direito, positivismo normativo, liberalismo, autoridade do direito, justificação e legitimidade, circunstâncias da política, desacordo, democracia, princípio majoritário, tese da justificação normal da autoridade, sabedoria da multidão, equidade, igual consideração e respeito.

## ABSTRACT

In his *Law and Disagreement*, Jeremy Waldron presents what he names a democratic jurisprudence, a normative theory about the authority of law based in his democratic legitimacy. To Waldron, it is the legitimacy of law as a result of a process of deliberation and majoritarian voting that sustains its authority. This work seeks to explain Waldron's democratic jurisprudence presenting it in the context of liberalism and normative positivism. Since legitimacy is important to the authority of law, this work also discuss what Waldron understands by legitimacy and its distinction from justification, and defends that Waldron's theory about legitimacy is superior to another similar theory, defended by John Simmons. This work presents Waldron's democratic jurisprudence in the context of the said circumstances of politics - the felt need for a common decision and the disagreement about what ought to be this decision. This thesis defends that Waldron presents two distinct arguments in defense of his theory: a) an epistemic argument, that is based on the normal justification thesis of Joseph Raz adapted to the context of majoritarian decision, and that is susceptible to certain kinds of critic, and b) an argument of fairness, that calls for equal considerations and respect in the circumstances of politics, and that is susceptible to other kinds of critic. This thesis will defend that, depending on the argument, Waldron's position will lead to distinct theoretical and practical (normative) results.

Key-words: Jeremy Waldron, democratic jurisprudence, normative positivism, authority of law, justification and legitimacy, circumstances of politics, disagreement, democracy, majoritarian

principle, normal justification thesis, wisdom of the multitude, fairness, equal considerations and respect.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>I O PROJETO DE WALDRON.....</b>	<b>30</b>
<b>I.1 O LIBERALISMO DE WALDRON.....</b>	<b>31</b>
<b>I.2 UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO DIREITO.....</b>	<b>35</b>
<b>I.1.2 Filosofia Política e Teoria do Direito.....</b>	<b>35</b>
<b>I.1.3 Positivismo jurídico e a Teoria Democrática do Direito .....</b>	<b>41</b>
<b>I.1.4 O positivismo normativo .....</b>	<b>46</b>
<b>II JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE.....</b>	<b>52</b>
<b>II.1 WALDRON SOBRE JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE .....</b>	<b>56</b>
<b>II.2 JUSTIÇA E EQUIDADE.....</b>	<b>62</b>
<b>II.2.1 Razões para decisão e razões para ação política.....</b>	<b>62</b>
<b>II.2.2 Justiça e equidade, justificação e legitimidade .....</b>	<b>64</b>
<b>II.2.3 Justificação, legitimidade e as tarefas da Filosofia Política.....</b>	<b>68</b>
<b>III A AUTORIDADE DO DIREITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA .....</b>	<b>70</b>
<b>III.1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA.....</b>	<b>72</b>
<b>III.2 A AUTORIDADE DO DIREITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA .....</b>	<b>84</b>
<b>III.3 O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO.....</b>	<b>92</b>
<b>III.4 A DEMOCRACIA E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO.....</b>	<b>103</b>
<b>IV O ARGUMENTO EPISTÊMICO .....</b>	<b>108</b>
<b>IV.1.1 A DEMOCRACIA BENTHAMIANA E A VERSÃO UTILITARISTA DO ARGUMENTO     EPISTÊMICO.....</b>	<b>109</b>
<b>IV.1.2 O ARGUMENTO EPISTÊMICO EM <i>LIBERAL RIGHTS</i>.....</b>	<b>113</b>
<b>IV.2.2 O ARGUMENTO EPISTÊMICO EM <i>LAW AND DISAGREEMENT</i> E <i>THE DIGNITY OF     LEGISLATION</i>.....</b>	<b>117</b>
<b>IV.1.3 CRÍTICAS AO ARGUMENTO EPISTÊMICO .....</b>	<b>128</b>
<b>V O ARGUMENTO DA EQUIDADE .....</b>	<b>134</b>
<b>V.1 IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA.....</b>	<b>136</b>

<b>V.2 JUSTIÇA, EQUIDADE E INTEGRIDADE .....</b>	<b>141</b>
<b>V.3 DECISÃO MAJORITÁRIA E DIREITOS .....</b>	<b>147</b>
<b>V.4 JUSTIÇA, EQUIDADE E SOCIEDADE BEM-ORDENADA.....</b>	<b>155</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>162</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>167</b>

## INTRODUÇÃO

No início da primeira década do século XXI, houve um debate no Brasil sobre se as pessoas deveriam ou não ter o direito de possuir armas de fogo (AGÊNCIA SENADO, 2005a; AGÊNCIA SENADO, 2005b; REFERENDO, 2014). Havia uma campanha oficial incentivando o desarmamento da população, mas o debate em si se deu em torno da entrada ou não em vigor do art. 35 do chamado Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826 de 23 de dezembro de 2003), cuja aplicação estava suspensa até a realização de um referendo. O art. 35 tinha a seguinte redação: *art. 35 - É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei* (BRASIL, 2003). Após um grande debate popular, com participação de partidos políticos, jornais e revistas, artistas e entidades civis, entre outros, foi realizado o referendo em 23 de outubro de 2005. Nessa votação, os cidadãos deveriam responder “sim” ou “não” à seguinte pergunta: *O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?* Como resultado da votação, 63,94% dos votos válidos optaram pela não aprovação do art. 35, enquanto 36,06% optaram pela aprovação do referido artigo.

Esse foi apenas um de uma série de debates políticos que tem ocorrido no Brasil nas últimas décadas. Abundam na imprensa, nos tribunais e no Legislativo discussões sobre direitos envolvendo assuntos tão variados como constitucionalidade do racionamento de energia elétrica (BRASIL 2001), permissão de eventos com violência contra animais como brigas de galo e a farra do boi (BRASIL, 1997; BRASIL, 2005; BRASIL 2011a.), coleta forçada de material para exame de paternidade por meio de DNA (BRASIL 1994), obrigatoriedade estatal

de fornecimento de medicamentos para pessoas com problemas de saúde (BRASIL, 2010), legalidade de manifestações a favor da descriminalização de entorpecentes (BRASIL 2011b),<sup>1</sup> prisão do depositário infiel (BRASIL, 2008a), reconhecimento de casais formados por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares com todos os direitos concedidos pela Constituição e pela legislação (BRASIL, 2011c), aborto de fetos anencéfalos (BRASIL, 2012), utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (BRASIL, 2008b ), entre outros.

Muitos veem esses debates como expressões de diferentes concepções de vida boa entre os diferentes grupos na sociedade. O mesmo tipo de desacordo é frequentemente mencionado por filósofos políticos e teóricos do direito. John Rawls, por exemplo, faz diversas observações sobre esses desacordos. Entre elas, observa que:

Uma sociedade democrática moderna é caracterizada não simplesmente por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais compreensivas, mas por um pluralismo de doutrinas compreensivas razoáveis, mas incompatíveis (RAWLS, 1996, p. xvi).

Desse modo, podemos perceber como tanto em sua prática quanto nas diferentes teorias a seu respeito, a democracia atual aparece como ligada ao fato do pluralismo de valores e concepções de vida boa.

Mas esses debates antes mencionados podem ser vistos não apenas como desacordos entre diferentes concepções de vida boa, mas também como expressões de desacordos mais fundamentais sobre as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum.<sup>2</sup> O jusfilósofo

---

<sup>1</sup> O debate sobre a descriminalização de entorpecentes, especialmente da maconha, em si é antigo e recorrente, tendo nos debates acerca da possibilidade de manifestações em prol dessa descriminalização seu episódio recente mais notório.

<sup>2</sup> A expressão “justiça, direitos e bem comum” é recorrente no *Liberal Rights* de Jeremy Waldron (1993) e serve para enfatizar um âmbito de normatividade especial que, ao afetar nossa vida em comum, e não apenas nossa vida privada, expressando três conceitos normativos centrais para a avaliação moral da vida em comum. Por essa razão, irei adotá-la quando me referir a questões normativas que afetam nossa vida em comum.



neozelandês Jeremy Waldron enfatiza que o desacordo é uma das características recorrentes das sociedades modernas. Filósofos políticos, teriam feito um bom trabalho ao identificar os desacordos sobre concepções do bem ou da vida boa e ao considerá-los não apenas como características das sociedades modernas, mas também como características de uma sociedade bem ordenada.<sup>3</sup> Mas Waldron se ressentia de que esses mesmos filósofos políticos tenham feito um trabalho mais empobrecido no que diz respeito aos desacordos sobre justiça, direitos e bem comum, preocupando-se mais em teorizar sobre os conceitos em si do que em teorizar sobre como se deve fazer para resolver os desacordos a respeito do que é exigido por eles (WALDRON 1999a, pp. 1, 152 e WALDRON 1999b, pp. 154-155).

Waldron inicia seu *Law and Disagreement* com afirmando o seguinte:

Há muitos de nós, e discordamos sobre a justiça. Isto é, não apenas discordamos sobre a existência de Deus ou o sentido da vida; discordamos sobre o que conta como termos de cooperação equitativos (*fair*) entre pessoas que discordam sobre a existência de Deus e o sentido da vida. Discordamos sobre o que devemos uns aos outros no que diz respeito à tolerância, à indulgência, ao respeito, à cooperação e à ajuda mútua. Liberais discordam de conservadores; socialistas discordam de economistas de mercado; o partido da liberdade discorda do partido da comunidade e ambos discordam do partido da igualdade; feministas discordam daqueles que querem que o governo proteja os “valores da família”; os últimos defensores do Estado de bem-estar discordam dos triunfantes oponentes da tributação; e pragmatistas e utilitaristas discordam daqueles que pensam que a tarefa do direito é justificar as pretensões de ordem, retribuição e merecimento (WALDRON, 1999a, p. 1).

Como observa Rawls, *Que uma democracia seja marcada pelo fato do pluralismo como tal, não é uma surpresa* (RAWLS, 1996, pp. 63-64). E, para Waldron, também não é surpresa que

---

<sup>3</sup> A expressão “sociedade bem ordenada” (*well-ordered society*) tornou-se famosa com a obra de John Rawls (1999, pp. 4-5, 397-399). Voltarei a tratar mais adiante dessa ideia.

as pessoas continuem discordando sobre as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum, i.e., sobre as questões fundamentais de princípio moral e político que dizem respeito a nossa vida em comum.

Esse fato também é reconhecido por filósofos políticos e teóricos do direito e é, por vezes, ligado à ideia de incomensurabilidade das premissas básicas ou primeiros princípios a partir dos quais partem as diferentes visões sobre o bem e a justiça:

Cada um dos argumentos é logicamente válido ou pode ser facilmente expandido de modo a assim se tornar; as conclusões de fato se seguem das premissas. Mas as premissas rivais são tais que não possuímos meio racional de pesar as afirmações de uma contra a outra. Pois cada premissa emprega certos conceitos normativos ou avaliativos diferentes das outras, de modo que as afirmações que nos são feitas são de tipos diferentes. [...] premissas que invocam justiça e inocência estão em conflito com premissas que invocam sucesso e sobrevivência; [...] premissas que invocam direitos estão em conflito com aquelas que invocam universabilidade; [...] é a afirmação de igualdade que é contraposta àquela de liberdade. É precisamente porque nossa sociedade não tem um meio estabelecido de decidir entre essas afirmações que o argumento moral parece ser necessariamente interminável (MACINTYRE, 2007, pp.).

Há ainda outro conflito fundamental em nossas sociedades; um conflito interno ao Estado Democrático de Direito que muitas vezes passa despercebido (ver, v.g., CANOTILHO, 1999, pp. 10 et seq.). Na medida em que um Estado é democrático, esperamos que suas decisões políticas centrais sejam tomadas com base no princípio majoritário, i.e., sejam decididas por meio de votação na qual a maioria dos votos determine a decisão a ser tomada. Isso não é de se estranhar, dada a pluralidade de concepções de vida boa e também de visões sobre a justiça, os direitos e o bem comum, como vimos acima. No entanto, em uma democracia majoritária, há sempre a possibilidade de que a decisão majoritária acabe por violar algum ou alguns direitos.

Esse é o conhecido argumento da tirania da maioria, geralmente levantado contra uma concepção majoritária de democracia. Por outro lado, se um Estado é um estado de direito, espera-se, entre outras coisas, que haja um respeito aos direitos humanos fundamentais e que as estruturas estatais sejam organizadas de tal modo a garantir o maior respeito possível a esses direitos. Assim, em um Estado organizado em torno da ideia de direitos humanos fundamentais, há sempre a possibilidade de que a decisão democrática majoritária seja barrada em nome desses direitos. Esse é o conhecido argumento contramajoritário, levantado geralmente contra a revisão judicial – também chamada entre nós de controle de constitucionalidade.<sup>4</sup>

Como resolver esse conflito interno? Alguns autores, como Ronald Dworkin (1985, pp. 9 et seq.; 1996, pp. 15 et seq.; 2000, pp. 184 et seq.; e 2011, pp. 382 et seq.), propõem a uma concepção de democracia que incorpore em si as noções de direitos humanos fundamentais protegidos por limitações institucionais à decisão majoritária. Posições semelhantes parecem ser a tendência mais comum na Teoria do Direito contemporânea.

De fato, Waldron (1999b, p. 1) nos lembra que a legislação e as legislaturas, marcas características de uma democracia majoritária, tem péssima fama na Filosofia Política e na Teoria do Direito. E essa fama não é tão nova quanto podemos pensar. Waldron (1999b, pp. 7-9) menciona autores dos séculos XVIII e XIX, como William Blackstone (1897, pp. 2-3), John Robert Seeley (apud WALDRON, 1999b, p. 8), Henry Summer Maine (apud WALDRON, 1999b, pp. 8, 167, n. 8) e Walter Bagehot (2001, p. 119), os quais teriam criticado a influência cada vez maior das leis na vida jurídica dos Estados modernos.

---

<sup>4</sup> Prefiro uma tradução literal de “*judicial review*” por “revisão judicial” por acreditar que esse termo seja menos carregado valorativamente que nossa expressão “controle de constitucionalidade”, que, em si, já traz um sentido positivo de controlar uma decisão política ou lei para que esta se adeque à Constituição. Como exporei mais adiante nesse trabalho, Waldron contesta esse sentido positivo e essa real adequação à Constituição dos mecanismos de *judicial review*. Além disso, chama-se *judicial review* a formas de revisão, pelo Judiciário, de atos executivos e legislativos que não estão diretamente ligadas à análise da constitucionalidade (adequação à Constituição).

De modo especial, Waldron (1999b, pp. 9-11) se detêm em uma citação de Christopher Columbus Langdell em uma resenha ao livro *The Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* de A. V. Dicey. Langdell reclama que o título do livro de Dicey é enganador, pois não seria um livro sobre direito (*Law*), e sim sobre legislação. *O que alguém pode querer dizer quando afirma que a legislação não é direito?* (WALDRON, 1999b, p. 10), pergunta-se Waldron. A ideia por detrás dessas críticas antigas ao direito legislado parece ser a de que a lei se coloca sem qualquer herança ou tradição, rompendo com o direito anterior e com todo o lento trabalho de construção de regras jurídicas pelos costumes e tribunais (WALDRON, 1999b, pp. 9-12). É como se a lei nos dissesse: *Esqueça o que o direito tem sido por todo esse tempo. Isso é o que ele será agora* (WALDRON, 1999b, p. 12).

Waldron (1999b, pp. 17-21) cita aqui como exemplos Michael Oakeshott (OAKESHOTT, 1962, pp. 1-36 passim), que vê na ascensão da legislação uma tentativa de controlar e modificar consciente e deliberadamente a sociedade, e Friedrich Hayek (1982, pp. 72 et seq.),<sup>5</sup> que considera o direito como implícito nas práticas de uma sociedade livre, ao contrário da lei, planejada e orquestrada pela vontade de um legislador (para a relação entre vontade e razão na lei segundo pensadores dos séculos XVIII e XIX, ver, NOVAIS, 1987, pp. 86 et seq.).

Essa ideia da lei como expressão de uma vontade está ligada a uma tendência persistente na interpretação jurídica: o recurso à chamada intenção ou vontade do legislador (WALDRON, 1999b, p. 26). Segundo essa visão, para entendermos o real significado de uma lei, precisamos recorrer ao que o legislador pensou ou teria pensado ao expressar-se por meio da lei.

Mas, ao falarmos em interpretação jurídica, já deixamos de lado a dimensão diretamente política do direito para entrar no raciocínio judicial. E é o foco da Teoria do Direito no raciocínio judicial, mais do que as críticas teóricas à ideia de legislação, que moldam o

---

<sup>5</sup> Para a discussão de Waldron sobre Hayek, ver WALDRON, 1999b, pp. 21-23.

pensamento, ou falta de pensamento, jusfilosófico atual sobre a legislação. Podemos contrastar o silêncio da Teoria do Direito com relação à legislação, à autoridade da legislação e, principalmente, à origem da legislação, com o muito que se fala sobre tribunais, decisão judicial, argumentação jurídica, interpretação jurídica, raciocínio judicial e temas afins (WALDRON, 1999a, pp. 8-10; WALDRON, 1999b, pp. 1-2). Fala-se muito em raciocínio judicial e pouco em procedimentos legislativos.

Mas esse desprestígio da legislação na Filosofia Política e na Teoria do Direito,<sup>6</sup> se por um lado revela uma tendência à valorização do trabalho dos tribunais, esconde, por outro, um desconforto dessas com a ideia de democracia majoritária (WALDRON, 1999a, p. 8). Isso porque a legislação não é apenas deliberada e intencional, mas principalmente produto de uma assembleia popular democraticamente eleita. E o fato de ser produzida a muitas mãos, por muitas vozes, por assim dizer, é visto como um empecilho à racionalidade daquilo que produzem, i.e., a legislação. (WALDRON, 1999b, p. 31). A legislação não seria vista, assim, como um procedimento plenamente racional de tomada de decisão política.

E esse desconforto com a democracia majoritária está aliado, no pensamento jurídico contemporâneo, ao que Waldron denomina de “um silêncio constrangedor” sobre as dificuldades contramajoritárias da prática e da teoria jurídicas contemporâneas (WALDRON, 1999b, p. 2).

Tome-se, e.g., a seguinte defesa da revisão judicial, feita por Michael S. Moore listando quatro argumentos:

---

<sup>6</sup> Como veremos adiante, no Cap. I, Waldron entende que a Teoria ou Filosofia do Direito é uma parte da Filosofia Política, razão pela qual, neste trabalho, quando me referir à *Filosofia Política*, o leitor deve entender também aí a Filosofia do Direito, do mesmo modo, quando me referir à *Teoria do Direito*, o leitor deve entender essa enquanto parte central da Filosofia Política. Irei usar os termos *Teoria do Direito*, *Filosofia Jurídica* e *Filosofia do Direito* como sinônimos. Por vezes, utilizarei também a expressão *Filosofia Política e Jurídica*.

(1) os juízes estão melhor posicionados para esse tipo de *insight* moral do que as legislaturas, porque os juízes têm experimentos de pensamento morais apresentados a eles todos os dias com o tipo de detalhe e envolvimento pessoal concreto necessário para o *insight* moral. [...] Pode-se bem pensar que o *insight* moral é melhor gerado no nível dos casos particulares, dando às crenças judiciais maior autoridade epistêmica do que a possuída pelas crenças legislativas sobre o mesmo assunto. (2) O treinamento judicial é um treinamento em generalidade com princípio, de modo que mesmo no nível mais abstrato pode-se pensar que os juízes levam a vantagem. [...] (3) As características institucionais do ofício judicial – notavelmente a segurança de emprego – tornam os juízes mais aptos a focar sua deliberação nos aspectos morais de qualquer problema, colocando de lado questões de expediente político com as quais os legisladores devem lidar. Por essa razão, apenas os juízes podem se dar ao luxo de tomar a visão demorada que o *insight* moral demanda. (4) O temperamento judicial é mais adequado para avaliar questões morais do que o temperamento daqueles que são legisladores (MOORE, 1992, pp. 230-231).

Na realidade, a ideia de que opinião majoritária deva prevalecer em uma democracia costuma ser mal vista na Filosofia Política e Jurídica (WALDRON, 1999b, pp. 31 et seq.). Por vezes, é o número de participantes em uma votação majoritária que preocupa. Outras vezes, sua susceptibilidade a paixões, influências retóricas nocivas e tumultos (WALDRON, 1999b, pp. 32-33). Porém, esse desconforto vai muito além dessa desconfiança quanto às capacidades de legislação racional da multidão democrática. Roberto Mangabeira Unger o expressa nos seguintes termos:

Os dois segredinhos sujos da Teoria do Direito contemporânea – Teoria do Direito na era da análise jurídica racionalizante – são sua dependência de uma visão direitista hegeliana da história social e jurídica e seu desconforto com a democracia: o culto do triunfo histórico e o medo da ação popular. O hegelianismo direitista encontra expressão numa prática diária enfatizando a destreza da história em desenvolver ordem racional –

avanços em direção à alocação eficiente, ou clarificações de responsabilidades institucionais, ou princípios de justo moral e político – a partir de materiais pouco promissores de conflitos e compromissos históricos. O desconforto com a democracia aparece em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na identificação incessante de restrições à regra de maioria, ao invés de restrições contra o poder de minorias dominantes, como a suprema responsabilidade de juízes e juristas; na consequente hipertrofia de práticas e arranjos contramajoritários; na oposição a todas as reformas institucionais, particularmente àquelas designadas a aumentar o nível de engajamento político popular, como ameaças a um regime de direitos; na relação entre os direitos de propriedade com os direitos de dissenso; no esforço de obter dos juízes, sob o disfarce de melhorar a interpretação, os avanços que a política popular falha em alcançar; no abandono da reconstrução institucional a raros e mágicos momentos de refundação nacional; no foco unidirecional sobre os juízes superiores e sua seleção como a parte mais importante da política democrática; em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo em estilo de uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala decorada ao estilo oitocentista; e, ocasionalmente, no tratamento explícito do governo partidário como um subsidiário, último recurso na evolução jurídica, a ser tolerado quando nenhum dos modos mais refinados de resolução jurídica se aplicar. Medo e repugnância do povo sempre ameaçam se tornar as paixões dominantes dessa cultura jurídica. Longe de serem confinadas a variantes conservadoras da doutrina jurídica contemporânea, essas paixões têm deixado sua parca no pensamento jurídico centrista e progressista (UNGER, 1996, pp. 72-73).

Esse tratamento dado pela Teoria do Direito à legislação é não só problemático como também, de certa forma, surpreendente: ninguém pode duvidar que as leis produzidas por assembleias democraticamente eleitas sejam parte central de nosso direito. Mas, lembra-nos Waldron:

As únicas estruturas que interessam aos filósofos do direito contemporâneos são as estruturas do raciocínio judicial. Eles estão embriagados com cortes e cegos a praticamente qualquer outra coisa pelos deleites da jurisdição constitucional. O

embaraçoso é que eles correm perigo de prolongar essa embriaguez por tempos depois de que seus colegas não filósofos tenham-se movido para uma compreensão mais realista das fontes do direito (WALDRON, 1999a, p. 9).

É de se notar que a ligação entre participação popular, boas leis e cultura da liberdade já foi mencionada há séculos por Maquiavel ao discorrer sobre as causas da grandeza da República Romana:

Não se pode chamar, de modo algum, com razão, uma república desordenada, onde são tantos os exemplos de virtude, porque os bons exemplos nascem da boa educação, a boa educação, das boas leis; e as boas leis, daqueles tumultos que muitos inconsideradamente condenam: porque quem examinar bem o resultado desses, não encontrará que eles tenham levado a algum exílio ou violência em desfavor do bem comum, mas leis e ordens em benefício da liberdade pública (MACHIAVELLI, *Discurso sopra la prima deca di Tito Livio*, livro I, cap. IV, 2003, p. 11).<sup>7</sup>

Segundo Mangabeira Unger (1996, p. 115), então, é tarefa da Filosofia do Direito contemporânea o desenvolvimento de uma Teoria do Direito que se sinta confortável com a democracia majoritária. Daí a questão que Waldron (1999a, p. 9) se coloca, em resposta ao desafio de Unger: *Como seria imaginar uma Teoria do Direito que estivesse confortável com a democracia?* Ou, numa outra forma de colocar a mesma questão, de modo mais detalhado:

Como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, em sua normatividade, talvez em sua ingenuidade, certamente em sua qualidade de aspiração,

---

<sup>7</sup> É interessante ligar essa observação de Maquiavel com o fato de que Waldron fala em geral do funcionamento normal e cotidiano das democracias modernas, e não tanto de momentos constituintes (como a promulgação de uma nova constituição) ou momentos intermediários, como nos plebiscitos e referendos. A observação de Maquiavel parece se aplicar mais a esses momentos do que ao funcionamento diário normal de um Parlamento democrático. Mais adiante, no texto, tecerei mais comentários sobre esse ponto.



ao retrato dos tribunais – ‘o fórum do princípio’, etc. – que apresentamos nos momentos mais elevados de nossa Teoria Jurídica Constitucional? (WALDRON, 1999b, p. 2).

Assim, um dos grandes propósitos de Waldron (1999a, p. viii; 1999b, p. 2) em seus dois livros de 1999, *The Dignity of Legislation* e *Law and Disagreement*, é a defesa da legislação democrática como *um modo de governança dignificado e uma fonte respeitável de direito*. O que precisamos, na visão de Waldron (1999a, p. 9; 1999b, pp. 2-3), é de uma teoria normativa do direito que coloque o desacordo e a decisão majoritária no seu centro, bem como de uma teoria que foque no funcionamento e “raciocínio” legislativo ao invés de focar no raciocínio judicial.

Há diversas questões que se colocam para essa Teoria Jurídica democrática da legislação: relação entre votação majoritária e produção de leis, relação entre direitos e votação majoritária, relação entre direitos e leis, relação entre representação política e soberania popular, autoridade do direito, limitações constitucionais a decisões majoritárias, interpretação das leis etc.

Dentre essas questões, destacam-se as questões da justificação e da legitimidade da autoridade do direito. Essas são questões centrais para o projeto de Waldron, pois tanto sua crítica à revisão judicial quanto sua valorização da legislação como fonte digna de direito, bem como nossa obrigação de aceitar e seguir a lei e o direito, dependem, em última instância, de que o direito democrático tenha autoridade legítima. Certamente a questão da revisão judicial é a que mais aparece na obra de Waldron. Essa questão, porém, está relacionada com a autoridade legítima do direito<sup>8</sup> legislado: se o direito legislado é mais legítimo que as construções jurisprudenciais, então a atividade judicial de revisão da legislação é menos

---

<sup>8</sup> A expressão “autoridade legítima do direito” é de Raz, não sendo usada por Waldron. Mas, como veremos a seguir, ela captura perfeitamente a relação que Waldron vê entre a autoridade e a legitimidade do direito.

legítima que a própria legislação e, se for assim, não possui autoridade legítima e deve ser abandonada ao menos no mais das vezes.

Algo semelhante ocorre com a questão da obrigação de seguir o direito. Perguntar sobre a autoridade legítima do direito é perguntar: “que autoridade, se é que há alguma, o direito tem para reivindicar nossa fidelidade e obediência?” Essa questão pode ser reformulada da seguinte maneira: “Que características o direito deve ter para que devamos conferir-lhe autoridade legítima sobre nós, e para que estejamos legitimamente obrigados a aceitá-lo, segui-lo e obedecê-lo?”. Desse modo, se o direito legislado não possui autoridade legítima, não há de se perguntar sobre nossa obrigação de segui-lo.<sup>9</sup>

A questão que esse trabalho irá focar será a da legitimidade da autoridade do direito legislado fruto de deliberações majoritárias democráticas, ou, mais resumidamente, a questão da autoridade legítima do direito democrático.<sup>10</sup> A teoria da autoridade que pretendo analisar deve ser normativa, porque tem que explicar não apenas por que, de fato, conferimos autoridade ao direito, mas principalmente por que é bom conferirmos autoridade ao direito democrático e seguir suas diretivas. Mais especificamente, focarei na análise da teoria da autoridade legítima do direito democrático apresentada por Jeremy Waldron.

Com a publicação de *Law and Disagreement* e *The Dignity of Legislation* em 1999, Jeremy Waldron, se converteu em dos grandes nomes do pensamento jurídico e político contemporâneo (GARGARELLA y MARTÍ, 2005, pp. XIII-XV). *Law and Disagreement*

---

<sup>9</sup> Muito embora a legitimidade da autoridade do direito possa ser apenas uma e não a única condição para que estejamos obrigados a segui-lo. O problema da obrigação de seguir o direito, e o problema da obrigação política em geral, são, porém questões que não irei abordar aqui. Apenas os mencionei para destacar a importância da questão da legitimidade da autoridade do direito.

<sup>10</sup> A expressão “autoridade do direito democrático” se encontra na descrição que GARGARELLA Y MARTÍ, 2005, p. XIII fazem do trabalho de Waldron acerca da autoridade do direito legislado, e parece acertadamente uma boa designação, motivo pelo qual a irei utilizar no que se segue quando me referir ao problema central da autoridade legítima do direito democraticamente produzido por meio de votações majoritárias, seja num Parlamento ou Congresso eleito, seja por meio de consultas populares diretas, como plebiscitos e referendos.

recolhe sua produção recente sobre legislação, autoridade do direito, o papel dos desacordos na política e na determinação do direito, a noção de direitos liberais e sua proteção, e a questão da revisão judicial (WALDRON, 1999a, pp. vii-viii). Já *The Dignity of Legislation* é um trabalho que reúne as John Robert Seeley Lectures que Waldron apresentou na Universidade de Cambridge em 1996. Nessa obra, Waldron recorre a autores clássicos em Filosofia Política (Kant, Locke, Aristóteles e Hobbes), procurando explorar nas fontes de nosso pensamento político e jurídico os recursos para pensarmos os temas da legislação, da autoridade legítima do direito e do princípio majoritário. De modo especial, Waldron (1999b, pp. 1-3) procura aqui mostrar que pensadores que em geral associamos com ideias de limitação legislativa e predomínio de virtudes e autodeterminação, como Aristóteles, Locke e Kant, possuem sólidas teorias sobre o valor da legislação, a deliberação política e a votação majoritária.

Mas já em 1993, Waldron (1993, p. 1) apresentava um trabalho em Filosofia Política, o seu *Liberal Rights*, onde reunia artigos em torno da noção de direitos a partir de uma perspectiva liberal. Interessante notar que essa obra já apresentava o mesmo tipo de argumento em favor da democracia majoritária, da autoridade do direito democrático e contra a revisão judicial da legislação que caracterizariam sua obra futura.

Desse modo, justifica-se a escolha do jusfilósofo neozelandês como autor central a ser analisado em um trabalho que versa sobre autoridade do direito. Tentarei, assim, reconstruir, a partir dos livros *Law and Disagreement*, *The Dignity of Legislation* e *Liberal Rights*, bem como de artigos, a visão de Waldron sobre a autoridade legítima do direito democrático. Ao fazer essa reconstrução, defenderei a tese de que Waldron apresenta não uma, mas duas teses sobre a fundamentação da autoridade legítima do direito democrático, uma tese baseada em argumentos epistêmicos e outra baseada em argumentos de equidade. Ambas as teorias estão sujeitas a diferentes tipos de críticas, i.e., as críticas que se aplicam à tese baseada em argumentos epistêmicos não se aplicam à tese baseada em argumentos de equidade, e vice-versa. Defenderei

ainda que, com certas modificações, a teoria de Waldron se apresenta como uma boa resposta ao desafio proposto por Unger.

Defenderei, além disso, que há na teoria da autoridade do direito de Waldron, a pressuposição de um certo tipo de sociedade com um certo tipo de cidadão, a qual pode ser descrita como uma visão do que seria, nos termos de John Rawls, uma sociedade ou comunidade política bem ordenada, na qual os atos de coerção e a distribuição do poder político estão ordenados de tal modo a serem legítimos e a terem autoridade sobre os cidadãos.

Retornando agora, brevemente, aos debates mencionados no início desta introdução, pode ser feita uma observação que antes poderia não despertar grande interesse: no caso da existência ou não do direito de possuir armas de fogo, a estratégia de resolução do debate no Brasil foi muito diferente dos demais casos citados. Enquanto nos demais a controvérsia se deu nos tribunais, sendo decidida no Supremo Tribunal Federal, no caso do direito à posse de armas de fogo, a resolução foi deixada para votação popular majoritária por meio de referendo. De fato, tratou-se do primeiro referendo da história constitucional brasileira (AGÊNCIA SENADO, 2005a). Esse trabalho pretende, em parte, entender a diferença, em termos de legitimidade, desses dois modos de resolução de desacordos sobre direitos a partir do pensamento de Jeremy Waldron.

Já foi dito que a maior influência no pensamento de Jeremy Waldron foi a obra de Thomas Hobbes (GARGARELLA Y MARTÍ, 2005, p. XVII). A própria epígrafe de *Law and Disagreement* é uma citação de Hobbes (WALDRON, 1999a, p. v). Mas não apenas isso. Assim como Hobbes, Waldron enfatiza o fato do desacordo durável e pervasivo na sociedade. Enfatiza também o fato de que não temos um método infalível para chegarmos à resposta correta nas questões que nos dividem. E afirma que os desacordos não permanecem no nível de questões de vida boa ou políticas públicas, alcançando questões básicas de estrutura política e direitos individuais (EISGRUBER, 2002, pp. 35-36). Por fim, como Hobbes, Waldron pretende

chamar-nos ao realismo e a sensatez, fugindo de qualquer idealização de nossos sistemas políticos e jurídicos (GARGARELLA Y MARTÍ, 2005, p. XVII).

Esse argumento segue mais ou menos assim:

Todos os homens e mulheres pensam que sabem o que é a justiça, mas têm visões diferentes sobre ela. Seus desacordos sobre a justiça fazem com que eles lutem uns com os outros. Essa luta é destrutiva. Estaríamos melhor se ela parasse. Deveríamos, portanto, concordar que é melhor resolver nossas diferenças pacificamente do que insistir em encontrar a resposta correta. O que precisamos é de alguém para tomar decisões – qualquer um. O ponto chave é ter alguém que tome decisões, de modo que a luta pare e possamos seguir com vida (EISBRUGER, 2002, pp. 35-36).

Mas Waldron adiciona, a partir desse ponto, outros elementos ausentes em Hobbes. A influência de Aristóteles, Locke, Kant e Stuart Mill não é menor que a de Hobbes (GARGARELLA Y MARTÍ, p. XVII). Então, o truque para interpretar o livro de Waldron é entender como ele chega, a partir de inícios hobbesianos a uma conclusão bem diferente (EISBRUGER, 2002, p. 36). Esse trabalho pretende seguir esse caminho semi-hobbesiano de Waldron apontando as críticas feitas e as possíveis respostas a elas.

A tese será dividida em sete capítulos. O primeiro deles será uma apresentação geral do pensamento e obra de Jeremy Waldron, focando em seu liberalismo, seu positivismo e sua teoria democrática do direito, tal qual apresentada em *Law and Disagreement* e *The Dignity of Legislation*. O Segundo Capítulo será um breve interlúdio no qual buscarei distinguir os conceitos de autoridade, obrigação política e obrigação de seguir o direito, apontando a relação entre esses conceitos, de modo a focar, a partir de então, na análise da autoridade do direito. O tema do capítulo seguinte será a distinção entre os conceitos e justificação e legitimidade na obra de Waldron, focando no conceito de legitimidade. O Quarto Capítulo terá como

preocupação central o estudo das circunstâncias da política, a partir das quais Waldron busca explicar tanto a autoridade quanto a legitimidade do direito democrático.

A partir daí, abordarei a tese central que aqui defendo, a de que Waldron possui duas linhas argumentativas distintas a partir das quais fundamenta a autoridade legítima do direito democrático. O Quinto Capítulo focará na primeira delas: o argumento epistêmico, que se baseia na ideia de que o resultado da votação majoritária está mais provavelmente correto do que as deliberações individuais dos cidadãos a respeito da justiça, dos direitos e do bem comum, de modo que a decisão majoritária é mais autoritativa e mais legítima que decisões individuais.

O Sexto Capítulo focará no outro argumento, o argumento da equidade. Por esse argumento, o resultado da votação majoritária é mais autoritativo e mais legítimo porque o procedimento de decisão utilizado é mais equitativo que quaisquer outros procedimentos possíveis de serem adotados nas circunstâncias da política. O Sétimo Capítulo é um epílogo, desenvolvendo a tese de que a teoria de Waldron, especialmente a partir do argumento epistêmico, pressupõe um certo tipo de sociedade bem ordenada para que possamos aceitar a autoridade e a legitimidade do direito democrático tal qual por ele expostas.

## I O PROJETO DE WALDRON

A questão da autoridade legítima do direito é parte central do projeto filosófico de Jeremy Waldron. Para um autor que se insere na tradição política liberal, é importante tratar de questões relacionadas com a justificação e a legitimidade do poder político. Para tanto, questões como as da tolerância, dos direitos e da obrigação política aparecem ligadas, de algum modo, com a questão da autoridade do direito, de modo que se torna importante esclarecer como Waldron entende tais relações. Mas, para entendermos como Waldron pensa essa relação, devemos antes entender as bases de seu pensamento político e jurídico. Em especial, dois pontos se destacam aqui, as duas tradições teóricas nas quais Waldron se insere: a tradição política do liberalismo e a tradição jurídica do positivismo. Pretendo aqui esclarecer a relação dessas bases filosóficas com os principais objetivos de suas obras de Filosofia Política e Teoria do Direito.

Este Primeiro Capítulo terá como objetivo expor as bases teóricas do pensamento de Jeremy Waldron para a seguir podermos compreender melhor os conceitos centrais para sua teoria da autoridade legítima do direito. Iniciarei (I.1) expondo resumidamente a visão de Waldron sobre o liberalismo político. A seguir (I.2) passarei para a análise da teoria democrática do direito pretendida por Waldron. Primeiramente (I.2.1) exporei sua visão sobre a relação entre Filosofia Política e Teoria ou Filosofia do Direito. Na sequência (I.2.2) analisarei a relação entre o positivismo jurídico o projeto de uma Teoria Democrática do Direito defendido por Waldron. Por fim (I.2.3), analisarei o positivismo normativo (ou ético) de Waldron.

## I.1 O LIBERALISMO DE WALDRON

Waldron (1993, pp. 36-37) considera o liberalismo enquanto tradição política como estando comprometido com uma concepção de liberdade e respeito pela capacidade de ação de homens e mulheres individuais, e isso gera o compromisso de que todos os aspectos da vida social sejam ou tornados aceitáveis ou passíveis de se tornarem aceitáveis para todos e cada um dos indivíduos.

Pode-se ver nesse ideal uma face positiva e uma face negativa. Positivamente, envolve a ideia de que a constituição de uma sociedade é mais bem representada como algo que foi escolhido pelas pessoas vivendo sob ela, do mesmo modo como a organização de um clube é melhor descrita como tendo sido feita por seus membros fundadores. O consentimento individual é a base para a legitimidade e para a obrigação política.<sup>11</sup> Negativamente, envolve a negação da ideia de que ser governado é o estado natural do homem. Deve-se ter razões para se assentir ao governo por parte de outros, i.e., para consentir com o governo civil, e nada há de perverso em colocar-se fora da ordem social e avaliá-la criticamente (WALDRON, 1993, pp. 45-46).

A influência dessa ideia na teoria da autoridade do direito de Waldron ficará clara a seguir. De fato, a imagem de uma sociedade liberal, na visão de Waldron, é a de homens e mulheres de grande espírito e ideias elevados:

---

<sup>11</sup> Essa ideia reaparecerá nos capítulos seguintes.



uma sociedade que compreende homens e mulheres de espírito elevado e ideais elevados, cada um vivendo a vida em seus próprios termos, nenhum deles se preocupando muito com o embaraço ou a desaprovação dos outros à medida que exercitam autônoma, criativa e, até mesmo, provocativamente seus poderes de razão prática. A sociedade considerada nesse tipo de liberalismo tem seus radicais, seus heréticos, seus blasfemadores e seus desenraizados apóstatas. Ela não pede que seus dissidentes se fechem em si mesmos consumindo-se em alguma cuidadosamente construída esfera privada; pelo contrário, ela espera que seus dissidentes apareçam subitamente em público para desafiar e desconcertar aqueles que estão levando as coisas com base na fé ou na moda. Ela tolera tudo isso, não apenas porque espera que a sociedade progrida por si mesma, mas porque leva a sério o truísmo de que o mundo que compartilhamos é o mundo no qual cada um de nós deve levar sua vida. Somos seres sociais, nós, indivíduos, e as vidas que temos que levar devem ser vividas à luz do dia, não escondidas para acalmar as sensibilidades de cada um (WALDRON, 1993, p. 2).

Outro tema central do pensamento liberal é a estrutura de direitos que regula e impõe limites à ação em sociedade. Waldron concede que a estrutura de direitos não é constitutiva da vida social. Mas nem por isso é menos fundamental, devendo ser entendida como uma posição de segurança à qual se pode voltar e com a qual se pode contar caso os outros elementos constitutivos de uma relação social desapareçam (WALDRON, 1993, pp. 374-375). A tradição liberal aponta, assim, para a necessidade de uma estrutura de direitos que fique de fora dos laços comunais ou pessoais e com a qual as pessoas possam contar como base segura para ação, independentemente do que venha a acontecer com esses laços (WALDRON, 1993, p. 379).

Um outro tema recorrente na tradição liberal, aparecendo frequentemente nos textos de Waldron, é a questão da tolerância. Os liberais geralmente celebram o pluralismo de estilos de vida éticos e religiosos de nossas comunidades modernas. Uma sociedade liberal é vista como uma sociedade na qual as pessoas perseguirão ideais e estilos de vida radicalmente diferentes e

incomensuráveis. Todos buscam um ideal de vida boa e, embora não compartilhem o mesmo ideal, podem compartilhar um sentido do que é buscar um ideal de vida boa; eles podem reconhecer isso em outros e focar nisso como algo para o qual a justificação política deve ser dirigida (WALDRON, 1993, pp. 55-56).

Mas Waldron (1993, p. 2) também é liberal no sentido americano: defende políticas públicas que combatam a desigualdade social, racial e sexual, a regulação do trabalho, a promoção dos bens públicos, enfim, o acesso universal à satisfação de necessidades elementares da vida material. Tanto as questões de individualidade e justificação política quanto as de satisfação das necessidades materiais elementares podem ser colocadas em termos de direitos morais individuais (WALDRON, 1993, pp. 5 et seq.). Invocar um direito é chamar atenção para um interesse individual que merece ser protegido ou promovido por ser considerado como moralmente relevante. Desse modo, um compromisso com o ideal liberal exige a percepção dos diferentes modos pelos quais ele pode ser frustrado na vida dos indivíduos: interferência indevida na vida alheia; falta de suporte e assistência por parte de outras pessoas; necessidade de ter assegurado suporte para tempos difíceis, etc. (WALDRON, 1993, pp. 11-12.). Na realidade, questões de individualidade também estão em jogo quando se trata de direitos de segunda geração – saúde, educação, trabalho, moradia. Não se pode levar a sério a autonomia individual sem levar em conta as vicissitudes da pobreza, fome, doença, insegurança material etc. (WALDRON, 1993, pp. 33-34).

Desse modo, na obra de Waldron abundam escritos sobre questões típicas do pensamento liberal, como tolerância, neutralidade, bem-estar social, limitação do poder estatal, etc. Estão presentes debates com outros autores liberais sobre questões disputadas dentro dessa tradição. Mas também estão presentes debates com críticos do liberalismo, tanto em suas vertentes libertárias como Robert Nozick, quanto comunitaristas como Michael Sandel e Alasdair MacIntyre (Ver, e.g., WALDRON, 1993, pp. 225-391). Porém, focarei aqui não nesses

debates externos, mas principalmente em debates internos ao liberalismo no que diz respeito à autoridade e à legitimidade do direito democrático.

## **I.2 UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO DIREITO**

Para os propósitos de uma investigação da autoridade do direito, essas observações bastam para situar Waldron no quadro da tradição liberal de busca de justificação do poder político perante os membros individuais da comunidade. Ficará claro como o liberalismo influencia a teoria da autoridade do direito que Waldron busca apresentar. Mas antes, uma questão: como o positivismo pode ser útil na elaboração de uma teoria política normativa sobre a autoridade do direito? Para entendermos isso, precisamos entender não só o positivismo de Waldron, mas também a relação que Waldron vê entre a Filosofia Política e a Teoria do Direito.

### **I.1.2 Filosofia Política e Teoria do Direito**

Em algumas ocasiões, Waldron apresentou sua visão sobre as tarefas centrais da Filosofia Política e da Teoria ou Filosofia do Direito, bem como sua visão sobre a relação entre essas disciplinas. Os principais textos de Waldron nos quais aparecem esses temas são o capítulo inicial de *Law and Disagreement*, de 1999 (WALDRON, 1999a, pp. 1-17), e a sua *Oxford Inaugural Lecture* intitulada *Political Political Theory*, de 2012, embora outras observações semelhantes apareçam em outros trechos de seus escritos.

Waldron (1999a, p. 227) parte do princípio de que os debates e dificuldades teóricas em Filosofia Política devem ter um impacto em controvérsias políticas substantivas. Essas controvérsias dizem respeito principalmente a questões substantivas de justiça, direitos e bem comum. Waldron apresenta uma lista não exaustiva de problemas centrais nas controvérsias políticas dos Estados Unidos e no mundo em geral. Essa lista inclui questões como aborto,

ações afirmativas, financiamento de campanha, uso de drogas em cerimônias religiosas, controle da posse e comércio de armas de fogo, discurso de ódio e liberdade de expressão, falta de moradia e liberdade dos sem-teto, direitos dos imigrantes, restrições ao uso da terra, pornografia, entre outras (WALDRON, 1999a, p. 227). Sabemos que esses temas têm grande repercussão na vida social e política moderna. E temos opiniões formadas sobre ao menos alguns desses temas (WALDRON, 1999a, p. 228).

É um erro pensar que essas discussões políticas populares são distintas das discussões teóricas em Filosofia Política. Os filósofos se orgulham de que suas discussões e exposições são mais articuladas e profundas. Mas isso é exatamente o que é esperado, pois essa é a tarefa que cabe aos filósofos políticos na divisão do trabalho social. Mas, ainda assim, a Filosofia Política pode ser vista como um debate cívico consciencioso sem uma data-limite para terminar (WALDRON, 1999a, p. 229). Desse modo, *deveríamos pensar nos desacordos teóricos que temos entre nós [filósofos] como versões particularmente civis, refletidas e prolongadas dos desacordos que têm lugar entre os cidadãos na esfera pública* (WALDRON, 1999a, p. 229).

Mas a Filosofia Política não só reproduz os debates cívicos de nossas sociedades em um modo mais refletivo, articulado, profundo e prolongado. Isso corresponde a uma de suas tarefas centrais. O fato do desacordo nos leva a outras tarefas para a Filosofia Política, que também estão ligadas ao debate público mais geral. Nos debates populares duas outras questões ficam evidentes: o caráter e a virtude política daqueles que participam do debate como cidadãos ou como ocupantes de posições políticas no governo e/ou na legislatura, e as instituições através das quais os debates se organizam e podem-se organizar de modo a que uma decisão possa ser tomada em nome da comunidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, em seu *Political Political Theory*, Waldron aponta três tarefas distintas que cabem à Filosofia Política teorizar sobre:

A questão agora é se devemos direcionar nossa energia para questões sobre (1) as virtudes de indivíduos requeridas pela boa governança, ou (2) as instituições políticas que são necessárias em uma boa sociedade formada por homens ao invés de anjos, ou (3) os fins e ideais que uma boa sociedade deve buscar promover (WALDRON, 2012a, p. 5).

Mas em *Law and Disagreement*, Waldron (1999a, p. 3) apontava apenas duas tarefas para a Filosofia Política: *Então, há ao menos duas tarefas para a Filosofia Política: (i) teorizar sobre justiça (e direitos, e o bem comum etc.), e (ii) teorizar sobre a política.*

Pode-se pensar que a primeira tarefa apontada em *Law and Disagreement* corresponde tanto à tarefa (1) quanto à (3) apontadas em *Political Political Theory*. O próprio Waldron (2012a, p. 5, n. 15) está consciente do problema, mas enfatiza que justiça aqui não deve ser entendida como virtude individual – o que entraria como objeto da tarefa (1) – mas como virtude das instituições políticas no sentido rawlsiano. Por exclusão, devemos concluir que *teorizar sobre a política* aqui equivale a teorizar sobre as instituições políticas.

Nas primeiras páginas de *Law and Disagreement*, Waldron (1999a, pp. 1-2) observa que os filósofos políticos têm contribuído para a discordância sobre a justiça, cada qual oferecendo sua visão sobre a justiça e os direitos, sem incorporar o desacordo dentro do quadro de suas próprias teorias políticas. Essa teorização sobre a justiça corresponde à primeira tarefa da Filosofia Política. Apesar dessas diferentes teorias, as instituições e decisões políticas existem e reivindicam lealdade em face do desacordo. Espera-se que o filósofo político tenha algo a dizer sobre isso (WALDRON, 1999a, pp. 2-3). E ao reconhecer e teorizar sobre a importância desse desacordo para as instituições políticas, o filósofo político afasta-se da teorização sobre a justiça para entrar em um tipo diferente de teorização, que envolve a teorização sobre as instituições políticas através da ótica da autoridade, da obrigação política e dos procedimentos

decisórios, analisando os desacordos não do ponto de vista de uma teoria da justiça, mas do ponto de vista da organização política e da ação social (WALDRON, 1999a, pp. 3-4).

As duas tarefas da Filosofia Política apontadas em *Law and Disagreement* correspondem às tarefas de teorização sobre (3) os fins e ideais políticos e (2) as instituições políticas do *Political Political Theory*. Fica claro agora, também, a relação entre teorização sobre instituições políticas e os problemas filosóficos da autoridade, da obrigação política e dos procedimentos decisórios.

Deixando de lado a teorização sobre as virtudes, a tarefa (1) da Filosofia Política, poderíamos dizer que a Filosofia do Direito se aproxima das outras duas tarefas, i.e., a teorização sobre a justiça e a teorização sobre as instituições políticas? Waldron acredita que sim. Na realidade, *a Filosofia do Direito pode ser considerada como um grande subcampo da Filosofia Política* (WALDRON, 1999a, p. 4).

Uma parte dessa conexão entre Filosofia Política e Filosofia do Direito parece óbvia: embora o direito não seja tudo o que há na política, o direito diz respeito à justiça e esta é claramente uma parte central da teorização política. Há uma conexão entre teorizar sobre a justiça e os direitos e teorizar sobre os fundamentos e formas do direito (WALDRON, 1999a, p. 4). Waldron vê essa ligação de dois modos, um no que diz respeito à Teoria Especial do Direito e outro no que diz respeito à Teoria Geral do Direito.

A chamada Teoria Especial do Direito foca em tópicos jurídicos específicos, como responsabilidade civil e crime, entre outros, podendo ser considerada como parte de um projeto mais amplo de teorização sobre a justiça, os direitos e o bem comum (WALDRON, 1999a, p. 4; WALDRON, 2008a, p. 5). Quando se reflete sobre se tentativas de crime devem receber ou não a mesma punição que o crime consumado, está-se refletindo sobre o que seria justo ou certo nessa questão; e as propostas de um jurista podem ser entendidas como fragmentos de uma teoria da justiça (WALDRON, 1999a, p. 4). Do mesmo modo, quando o filósofo político reflete

sobre a justiça das instituições, ele está refletindo sobre como a legislação deveria ser (WALDRON, 1999a, pp. 21-22). Desse modo, a Teoria Especial do Direito está ligada à tarefa (i) ou (a) da Filosofia Política: teorizar sobre a justiça, os direitos e o bem comum.

Mas o jurista, exceto em poucos casos de revisão radical ou proposta legislativa ou interpretativa, não lida com essas questões como se fizesse um novo começo, e sim considerando as doutrinas jurídicas, decisões dos tribunais e textos legais como tão importantes para o sucesso de seu projeto teórico quanto considerações abstratas de justiça e moralidade (WALDRON 1999a, pp. 4-5).

Pode-se entender o uso dessas doutrinas e decisões passadas do seguinte modo: defende-se uma nova visão mostrando que ela não somente é atrativa em si, como também não é incongruente com julgamentos e doutrinas passados, de que relutamos em abrir mão (WALDRON 1999a, p. 5). Isso indica que a argumentação jurídica em Teoria Especial do Direito está ligada não apenas com a teorização sobre a justiça, mas também com a teorização sobre a política (WALDRON, 1999a, p. 5) – a tarefa (ii) da Filosofia Política em *Law and Disagreement* e a tarefa (2) em *Political Political Theory*.

Ignorar as decisões políticas passadas da comunidade e proceder do zero a partir de uma visão sobre a justiça equivale a deixar de se engajar na tarefa da Teoria Especial do Direito e entrar completamente na teorização abstrata sobre a justiça. A Teoria Especial do Direito busca fazer o melhor dos princípios de justiça já presentes nos arranjos políticos e jurídicos da comunidade, quer estes estejam ou não de acordo com a teoria da justiça defendida pelo jusfilósofo (WALDRON, 1999a, pp. 5-6.).

Portanto, a Teoria Especial do Direito está ligada às duas tarefas centrais da Filosofia Política. Envolve, assim como a teorização sobre a política e as instituições, um respeito pela doutrina, jurisprudência e legislação existentes, mesmo quando o teórico as considera erradas. Mas envolve também, como a teorização sobre os fins da política (justiça, direitos e bem



comum), a busca pelo modo bom e justo de organizar os arranjos em uma questão particular (WALDRON, 1999a, p. 6).

O outro ramo da Filosofia do Direito está ligado diretamente à teorização sobre a política (WALDRON, 1999a, p. 6). As exigências que o direito faz – sobre nossa atenção, respeito e anuência – são exigências de um quadro existente e em desenvolvimento ordenando nossas ações e interações em circunstâncias em que discordamos uns dos outros sobre como nossas ações e interações devem ser ordenadas. E esse desacordo não é somente a do tipo que nos faz procurar os tribunais para decidir uma disputa: o direito pretende, entre outras coisas, decidir esses conflitos e ter autoridade para essas decisões por meio de princípios que são controversos na sociedade. E isso reconhecendo tais controvérsias e requerendo aceitação mesmo por parte daqueles que dele discordam (WALDRON, 1999a, p. 7).

Waldron reconhece que é possível que uma Teoria Geral do Direito seja desenvolvida inteiramente como parte ou implicação de uma teoria particular da justiça. Mas esse tipo de Teoria do Direito serviria apenas para uma sociedade em que todos compartilham a mesma visão geral sobre a justiça. Nossas sociedades são de um tipo diferente, de modo que qualquer Teoria do Direito que se pretenda aplicável deve partir de pressupostos mais realistas (WALDRON, 1999a, p. 8).<sup>12</sup>

Então, a Teoria Geral do Direito para nossos sistemas jurídicos pode ser bem compreendida como parte da tarefa maior de teorização sobre a política e instituições políticas empreendida pela Filosofia Política. Compreendemos aqui, também, porque Waldron enquadra seu projeto tanto como um exercício em Teoria do Direito quanto como um exercício em Filosofia Política.

---

<sup>12</sup> Uma questão que pode aparecer é se a teoria de Waldron não poderia ser considerada ela mesma como uma teoria particular da justiça. Enfrentaremos essa questão no último Capítulo desse trabalho.

### **I.1.3 Positivismo jurídico e a Teoria Democrática do Direito**

Uma Teoria do Direito pode ser geral, especial ou particular. Uma Teoria Geral do Direito diz respeito ao estudo das características necessárias do direito, de qualquer sistema jurídico, e aos problemas relativos ao conceito de direito. Uma Teoria Especial do Direito diz respeito ao estudo de problemas específicos de áreas específicas do direito, como obrigações jurídicas, contratos, crimes etc. Uma Teoria Particular do Direito diz respeito ao estudo de sistemas jurídicos particulares. Exemplos de Teoria Particular do Direito são a Teoria do Direito Romano, a Teoria do Direito Canônico, a Teoria da *Common Law* etc. (WALDRON, 2008a, p. 5).

É preciso uma Teoria Geral do Direito para que se possa ter uma Teoria Especial do Direito e uma Teoria Particular do Direito. Mas do ponto de vista do estudo do direito, nem sempre é necessário iniciar a pesquisa pela Teoria Geral do Direito. Pode-se comparar os contratos no *Common Law* com os contratos no direito continental sem que para isso seja necessário o estudo abstrato do conceito de direito. De fato, muitos juristas e práticos do direito iniciam os estudos pelo direito positivo de um determinado sistema jurídico (WALDRON, 2008a, pp. 5-6).

O projeto de uma Teoria Democrática do Direito pode, então, ser entendido como o projeto de uma Teoria Especial do Direito, que trata do estudo de tópicos como eleição, financiamento de campanha, consulta popular, etc., i.e., regras e dispositivos relacionados ao sistema político democrático. Mas pode ser também o projeto de uma Teoria Particular do Direito, uma teoria dos sistemas jurídicos democráticos, em contraste com sistemas jurídicos monárquicos, ditatoriais etc. (WALDRON, 2008a, p. 7).

É claro que, mesmo uma Teoria Democrática do Direito, entendida como Teoria Particular do Direito, deverá lidar com tópicos como processos decisórios e outros semelhantes. Mas os verá não tanto em si mesmos, mas sim quanto à ideia de que tais processos e sua função

podem iluminar a compreensão do direito e do espírito do direito em geral nos sistemas democráticos (WALDRON, 2008a, p. 9).

Waldron (2008a, pp. 7-8) pretende construir uma Teoria Democrática do Direito. Porém, ele não pretende proceder a partir de uma Teoria Geral do Direito que seja abstrata para depois estudar as particularidades que esse gênero assume em sua espécie democrática. Waldron pretende que os conceitos jurídicos da Teoria Geral do Direito possam ser entendidos a partir da análise da democracia. Desse modo, a Teoria Democrática do Direito de Waldron se encontra em um nível de abstração maior que uma Teoria Particular do Direito, mas menor que uma Teoria Geral do Direito com preocupações exclusivamente analíticas.

Uma Teoria do Direito pode ser puramente descritiva, confinando-se a descrever instituições práticas e deixando para a Filosofia Política a tarefa de arguir sobre seus méritos e deméritos. Isso é possível em uma Teoria Geral do Direito abstrata, mas possivelmente impraticável em uma Teoria Particular do Direito que busca conciliar o valor da democracia com o conceito de direito. Para o tipo de projeto que é uma Teoria Democrática do Direito, a análise puramente descritiva é empobrecedora. Desse modo, Waldron (2008a, pp. 10-11) pretende que a Teoria Democrática do Direito seja uma teoria normativa. Muito embora possa por vezes se referir a questões particulares de certos sistemas jurídicos existentes, a Teoria Democrática do Direito de Waldron (2008a, p. 52) será um construto teórico visando à apresentação de um ideal normativo, e não uma abstração descritiva a partir de modelos empíricos.

É possível construir uma Teoria Democrática do Direito com bases não positivistas. Mas, como positivista, Waldron (2008, p. 13) pensa que uma Teoria Democrática do Direito pode não só ser iluminada por uma abordagem positivista, mas também ajudar a iluminar certos pontos ou características do positivismo jurídico.

A primeira dessas características é a preocupação positivista com as fontes institucionais das normas: de onde vêm as normas jurídicas, quem as fez e por meio de quais procedimentos? Para o positivista, a resposta a essas questões é central para o reconhecimento de uma norma como jurídica (WALDRON, 2008a, p. 13). Essa preocupação também é central para a democracia. É importante, para a autoridade das normas jurídicas e para a legitimidade política, que as normas jurídicas possam ser distintas das demais regras sociais. Um democrata deve sempre se perguntar sobre quem e por meio de quais procedimentos a norma veio a existir. É importante que possa responder também à questão de quem participou na decisão política que deu origem à norma (WALDRON, 2008a, pp. 18, 20).

Essa é uma questão de princípio para qualquer um comprometido com a democracia, pois o democrata está comprometido com que todos tenham direito de participar em termos iguais na determinação das decisões políticas da comunidade. O democrata acredita que cada sociedade deve estabelecer instituições políticas tais que incorporem esse comprometimento de princípio (WALDRON, 2008a, pp. 20-21). Desse modo, o democrata está interessado nas mesmas questões que o positivista: ao julgar a legitimidade e a correção do reconhecimento e aplicação da norma, o democrata não pode ignorar a questão das fontes (WALDRON, 2008a, p. 22-24).

Uma Teoria Democrática do Direito deve, então, se preocupar com as fontes, especialmente com os procedimentos pelos quais as normas jurídicas surgem. Importa aqui não apenas que as normas venham da fonte correta, mas também o modo como elas vêm da fonte correta. Essa ênfase no procedimento e nas formalidades é característica central do tipo de Teoria Democrática do Direito que Waldron (2008a, pp. 24-25) pretende construir.

Uma segunda característica do positivismo é a ênfase no reconhecimento de normas jurídicas como uma atividade governada por regras (WALDRON, 2008a, p. 13). Essa característica também está presente na teoria democrática. O democrata está comprometido

principalmente com os processos de decisão política que resultam na lei. Uma Teoria Democrática do Direito estará comprometida com o reconhecimento das decisões políticas majoritárias como sendo direito. E isso através de uma compreensão disseminada na comunidade sobre como operam as regras e instituições responsáveis pela criação do direito (WALDRON, 2008a, p. 29). Desse modo, uma Teoria Democrática do Direito deve enfatizar a legislação como fonte de direito e a legislatura democrática e seus procedimentos como o *locus* por excelência da criação do direito (WALDRON, 2008a, pp. 27-28).

O positivismo jurídico aqui também aparece como uma posição filosófica capaz de orientar essa preocupação democrática. Isso porque o positivismo dá ao democrata o tipo de informação que precisa para estar consciente de certos perigos associados com o direito como modo de governança: aqueles que fazem e podem reconhecer as regras jurídicas podem também usar essa capacidade e seu conhecimento especializado em detrimento do resto da comunidade, podendo exacerbar formas de exploração e hierarquia existentes e principalmente criar novas formas de opressão inimagináveis sem o direito. A mera existência de normas jurídicas já significa um risco real e sério de facilitar injustiças (WALDRON, 2008a, pp. 31-32). Como afirma H. L. A. Hart:

o passo a partir da forma simples de sociedade, na qual regras primárias de obrigação eram o único meio de controle social, para o mundo jurídico com sua legislatura organizada centralmente, seus tribunais, seus oficiais e suas sanções traz seus ganhos sólidos com um certo custo. Os ganhos são aqueles da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e esses são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado centralmente possa bem ser usado para a opressão de vários daqueles cujo suporte ele

possa dispensar, de um modo como o regime mais simples de regras primárias não poderia fazer (HART, 1994, p. 202).<sup>13</sup>

Uma Teoria Democrática do Direito leva a sério esse perigo: a ignorância das pessoas em relação ao direito, principalmente às instituições, regras e procedimentos responsáveis pela origem do direito, é incompatível com o tipo de papel que o direito deve ter em uma democracia (WALDRON, 2008a, pp. 32-33).

Uma terceira característica do positivismo jurídico que também deve parte de uma Teoria Democrática do Direito é a tese da separabilidade entre direito e moral: que uma dada norma seja ou não jurídica não depende da qualidade moral de seu conteúdo (WALDRON, 2008a, pp. 13-14). O positivismo ensina que não podemos assumir de antemão que o direito terá um dado conteúdo ou que seu conteúdo terá qualquer qualidade moral. Normas que identificamos como direito em nossa comunidade podem ser moralmente erradas ou injustas, de modo que não podemos usar nosso senso moral como guia da validade jurídica (WALDRON, 2008a, pp. 33-34).

Como os democratas devem ser sensíveis aos desacordos morais, acreditando que eles devam ser resolvidos politicamente por meio dos procedimentos de deliberação e votação, eles têm boas razões para acreditar que uma dada norma jurídica será considerada injusta por alguns membros da comunidade e justa por outros. Dado que as pessoas possuem diferentes visões sobre qual conteúdo o direito deve ter, o democrata não pode se comprometer com a identificação do direito pelo seu conteúdo. Assim, o democrata possui sua própria versão normativa da tese da separabilidade (WALDRON, 2008a, pp. 37-38).

---

<sup>13</sup>: [...] *the step from the simple form of society, where primary rules of obligation are the only means of social control, into the legal world with its centrally organized legislature, courts, officials, and sanctions brings its solid gains at a certain cost. The gains are those of adaptability to change, certainty, and efficiency, and these are immense; the cost is the risk that the centrally organized power may well be used for the oppression of numbers with whose support it can dispense, in a way that the simpler regime of primary rules could not.*

As normas devem funcionar não tanto como comandos de um soberano ou regras reconhecidas pelos participantes de uma prática social, mas principalmente como normas que estão aí em nome de toda a comunidade política e que dizem respeito a questões importantes para toda a comunidade (WALDRON, 2008a, pp. 14, 39). Ao invés de se comprometer com a ideia de que nada é direito a não ser que promova a justiça ou o bem comum, uma Teoria Democrática do Direito se compromete com que nada seja direito a não ser que seja posta com vistas a promover a justiça e o bem comum (WALDRON, 2008a, pp. 41-43). Isso porque o direito *representa a solução pública para problemas públicos, modos públicos de lidar com questões públicas* (WALDRON, 2008a, p. 43).<sup>14</sup> E assim, é fácil perceber o desconforto de uma Teoria Democrática do Direito com qualquer critério que se baseia no conteúdo da norma para seu reconhecimento como direito.

Existem, portanto, boas razões para que uma Teoria Democrática do Direito seja construída a partir de uma perspectiva positivista. E Waldron pretende fazer justamente isso ao construir sua teoria. Mas que positivismo é esse que serve de base para uma teoria normativa e não descritiva sobre o direito? Waldron o chama de positivismo normativo ou ético.

#### **I.1.4 O positivismo normativo**

O positivismo jurídico tem sido tradicionalmente compreendido como uma tese conceitual sobre a separação entre os conceitos de direito e moral. Supõe-se que isso signifique que não há uma conexão necessária entre julgamentos jurídicos e julgamentos morais (WALDRON, 2001a, p. 411). Essa é a chamada tese da separabilidade e foi resumida por John Austin em seu *The Province of Jurisprudence Determined*:

---

<sup>14</sup> Isso não significa que o direito privado deva, em uma democracia ser deixado intocado pela decisão política popular. Os problemas do direito privado são problemas públicos, pois dizem respeito ao que deve ser feito em nome da comunidade em questões entre partes privadas. Ver WALDRON, 2008a, pp. 46-47.

A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ele é ou não é, é uma pesquisa; se ele é ou não é conforme um padrão assumido, é outra pesquisa. Uma lei que realmente existe, é direito, embora possa ser o caso que não gostemos dela... (John Austin, **The Province of Jurisprudence Determined**, Lecture V, Note [AUSTIN, 1995, p. 157]).<sup>15</sup>

Tradicionalmente, os positivistas têm sustentado a tese da separabilidade por razões conceituais (WALDRON, 1999a, p. 165). Mas o positivismo jurídico pode ser compreendido não apenas como uma tese conceitual, mas também como uma tese normativa ou ética sobre o direito: a tese de que é bom mantermos julgamentos jurídicos e julgamentos morais separados i.e., temos boas razões morais para manter a tese da separabilidade (WALDRON, 1999a, pp. 165-166; WALDRON, 2001, pp. 411-412). Waldron (1999a, p. 166) chama o primeiro de positivismo descritivo e o segundo de positivismo normativo.<sup>16</sup>

O positivista normativo vai mais além do positivista descritivo e afirma que há um valor moral importante na separação entre direito e moral: precisamos de algo que possa ser identificado como direito precisamente porque o julgamento moral nos divide e nos coloca em conflito em situações que pedem a coordenação da ação social (WALDRON, 2008a, p. 35).

Para os propósitos desse trabalho, devemos ressaltar que Waldron é um defensor do positivismo jurídico normativo.<sup>17</sup> Ele afirma que quer apresentar:

---

<sup>15</sup>: *The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it...*

<sup>16</sup> Outra terminologia utilizada, mas que Waldron considera menos adequada é a de “positivismo ético”, ver WALDRON, 2001, pp. 411-412.

<sup>17</sup> WALDRON, 2001a, p. 411ss. cita outros autores que compartilham de sua visão, entre eles Gerald Postema, Tom Campbell, Neil MacCormick, Stephen Perry e Joseph Raz.



a tese de que essa separabilidade entre direito e moralidade, ou separabilidade entre julgamentos jurídicos e julgamentos morais, é uma coisa boa, talvez mesmo indispensável (de um ponto de vista moral, social ou político), e certamente algo a ser valorizado e encorajado (WALDRON, 2001a, p. 411).

Waldron ressalta, ainda, que o positivismo normativo não é uma novidade na Filosofia do Direito, aparecendo já em autores como Thomas Hobbes, David Hume e Jeremy Bentham. Para esses filósofos, a principal razão moral para manter a separação entre direito e moral diz respeito à certeza, à segurança de expectativas – conhecida entre nós por vezes como “segurança jurídica” – e ao conhecimento do que se requer juridicamente que os oficiais façam. Se o exercício do julgamento moral fosse necessário para o exercício das funções dos oficiais, então não teríamos como prever antecipadamente as ações desses oficiais; em outras palavras, essas ações seriam arbitrárias e, portanto, ilegítimas (WALDRON, 1999a, p. 167-168).

Waldron cita uma passagem da crítica de Bentham à retroatividade inerente ao *common law*, ilustrando como um sistema que confunde julgamentos jurídicos e morais leva à insegurança quanto a expectativas:

São os juízes [...] que fazem o *common law*. Sabes como eles o fazem? Do mesmo modo como um homem faz leis para seu cão. Quando teu cão faz algo que não queres que ele faça, tu esperas até que ele o faça, e então bates nele. Esse é o modo como fazes leis para teu cão; e esse é o modo como os juízes fazem direito para ti e para mim. Eles não dizem a um homem de antemão o que ele *não deve fazer* – eles nem mesmo permitem que lhe digam: eles esperam até que ele faça algo que eles dizem que ele não *deveria ter feito* e então o enforcam por isso (Jeremy Bentham, Truth versus Ashhurst, In: **The Works of Jeremy Bentham**, John Bowring, 1843 [Apud WANDRON, 2009a, pp. 11-12]).

Waldron (2001a, p. 432) acredita que o positivismo normativo impede o positivismo de ser uma *tese semântica ou conceitual estéril*. Isso é assim porque, para uma teoria ser inteligível, ela deve ser motivada. Então, para a tese da separabilidade ser inteligível, ele deve ter um motivo de ser: devemos ser capazes de ver o ponto de se fazer esse tipo de separação (WALDRON, 2001a, pp. 432-433).

É claro que isso não significa que o positivista tenha de colocar uma agenda moral ou política no estudo analítico do direito. Nem mesmo significa que o positivista tenha uma visão do direito como um bem humano sem qualificação. Waldron (2001a, p. 429) aponta para como H. L. A. Hart (1994, pp. 91-99), ao apresentar o surgimento de um sistema jurídico a partir de uma sociedade pré-jurídica sofrendo mudanças estruturais, menciona tanto vantagens como perigos de se criar um sistema jurídico. Assim, mesmo Hart pode ser lido como alguém que apresenta uma análise conceitual avaliativa, e não neutra, do direito.

Mas, exceto para os anarquistas, a maioria dos teóricos jurídicos tende a focar nas vantagens, e não nos perigos de um sistema jurídico (WALDRON, 2001a, p. 430). Um positivista normativo, como Waldron, não é aqui uma exceção. Focando nas vantagens do direito, ele defende que tais vantagens não podem ser alcançadas *a menos que ele [o direito] seja estabelecido de um modo que permita às pessoas, de maneira geral, determinar o que o direito diz sobre certo assunto sem ter de exercitar julgamentos morais* (WALDRON 2001a, p. 430). Em outras palavras, *o direito não pode prover qualquer benefício para contrabalançar os custos que acompanham sua introdução a menos que seja estabelecido em um modo positivista* (WALDRON 2001a, p. 431). Como afirma Waldron:

A menos que nossa Teoria do Direito seja uma bagunça completa, devemos esperar que o que temos a dizer sobre *o que o direito é* esteja ligado de alguma forma a *por que o direito é visto como um importante modo ou aspecto distinto de governança*. E na

medida em que ela tenha alguma conexão assim, ela não pode ser inteiramente não normativa (WALDRON, 2001a, p. 420, grifo no original).

O próprio conceito de direito é em si normativo, e não se pode entendê-lo aparte da participação em uma forma de vida que arranje as práticas políticas de certo modo, atribuindo importância moral, social e política à distinção entre governar por meio do direito e outras formas de governança (WALDRON, 2001a, p. 426). O ponto é que não se pode entender corretamente o direito sem entendermos também o objetivo ou função das instituições jurídicas (WALDRON, 2001a, p. 425).

Entender isso é parte importante da compreensão do projeto filosófico de Waldron, que busca justamente encontrar o ponto de se governar por meio do direito democrático legislado (em contraposição com outras formas de direito, como o direito criado pelos juízes) e por que ele tem autoridade legítima sobre nós.

O positivismo normativo é, assim, uma tese moral que considera *a contaminação de decisões jurídicas por julgamentos morais como uma desvantagem moral* (WALDRON, 1999a, p. 167). Mas, se é assim, podemos realmente distinguir o jusnaturalismo do positivismo normativo? Waldron pensa que a melhor resposta é "não", desde que o jusnaturalismo seja entendido como uma abordagem sobre a função e o papel moral e político do direito, e não como uma tese sobre a validade das regras jurídicas. A clássica oposição entre jusnaturalismo e positivismo já está tão desgastada que seu desaparecimento não deve ser considerado uma perda, e sim uma consequência bem vinda do positivismo normativo (WALDRON, 2001a, pp. 416-418). Waldron afirma que:

...a melhor abordagem da natureza e da importância do direito positivo vem dos jusnaturalistas. São os jusnaturalistas que explicam por que, mesmo nas suposições mais otimistas sobre nossa habilidade de apreender os princípios da lei natural, mesmo

nas suposições mais otimistas sobre nossa capacidade de pensar através de sua orientação sobre os problemas da vida social, econômica e política, ainda precisamos do direito positivo para estabelecer uma ordem entre nós e para tornar os efeitos práticos desses princípios em uma forma mais determinada – uma forma que possa ser compartilhada entre nós e administrada como um ponto comum de orientação em nossa vida juntos (WALDRON, 2010, p. 1).

De fato, afirma Waldron (2001a, p. 418), a única diferença notável entre jusnaturalismo e positivismo normativo parece ser que esse último não se compromete com qualquer abordagem metaética, enquanto o jusnaturalismo tradicionalmente adota uma metaética objetivista e cognitiva.

O positivismo normativo, então, busca defender uma posição política sobre as fontes do direito: a ideia de que é melhor que as fontes do direito sejam claramente estabelecidas e distintas sem levar em conta a moralidade e a justiça do conteúdo das normas, de modo a que os cidadãos possam saber de antemão quais regras se aplicam a eles enquanto cidadãos. Daí a tese de Waldron ser uma tese positivista normativa, pois o autor defende que o melhor modo de levar a cabo esse ideal é por meio de um direito legislado democraticamente produzido por meio de votações majoritárias. Daí também a importância da autoridade do direito democrático, ponto que veremos a seguir.

## II JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE

A abordagem dominante sobre a valoração moral da autoridade entre os pensadores políticos e jurídicos parece confundir duas noções: justificação e legitimidade. Desse modo, os critérios pelos quais uma ação, decisão ou instituição política é julgada como justificada são os mesmos pelos quais essa mesma ação, decisão ou instituição é julgada como legítima (SIMMONS, 2001, pp. 122 e 141).

John Rawls, p.ex., diz que: *em matérias de essenciais constitucionais e justiça básica, a estrutura básica e suas políticas públicas devem ser justificadas para todos os cidadãos, tal como requer o princípio da legitimidade política* (RAWLS, 1996, p. 224). Seguindo a mesma linha, Leslie Green afirma que: *Um Estado é legítimo apenas se, consideradas todas as coisas, seu governo é moralmente justificado* (GREEN, 1990, p. 5).

John Simmons (2001, p. 141) aponta uma passagem em Ronald Dworkin que parece seguir a mesma abordagem geral:

Uma concepção de direito deve explicar como o que toma como sendo direito provê uma justificação geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado, uma justificação que se mantém exceto em casos especiais quando algum argumento contrário é especialmente forte. O centro organizado de cada concepção é a explicação que ela oferece para essa força justificativa. [...]

Esse é o clássico problema da legitimidade do poder coercitivo (DWORKIN, 1986, pp. 190-191).

Mesmo Thomas Nagel (1991, p. 330) não distinguiu bem as duas noções ao afirmar que *a tarefa de descobrir as condições de legitimidade é tradicionalmente concebida como aquela de encontrar um modo de justificar um sistema político para todos os que se requer que vivam sob ele*. Não é que Nagel se equivoque. De fato a noção de legitimidade no pensamento político contemporâneo é confundida com a noção de justificação. Porém, segundo Simmons, essa não era a abordagem tradicional de certos pensadores políticos clássicos, como John Locke. E Simmons pretende trazer a distinção entre justificação e legitimidade ao centro do pensamento político contemporâneo.

Ainda que se argumente que, nessas citações, os termos “justificação” e “legitimidade” estejam sendo usados em outro sentido, ainda assim permanece que elas apontam para o fato de que os autores citados compartilham uma visão de que o julgamento normativo de instituições, suas práticas e/ou suas ações políticas se dá em apenas uma dimensão ou estágio. Por esse tipo de abordagem, os critérios de justificação são distintos dos critérios de legitimidade (SIMMONS, 2001, pp. 142 et seq.). Assim, não importa como se usem os termos, há duas questões distintas que são confundidas pelos pensadores políticos contemporâneos, especialmente os de orientação kantiana.

Mas Simmons não foi o primeiro a fazer essa distinção. Antes que um lockeano como Simmons se pronunciasse sobre a questão, Jeremy Waldron já apresentara uma distinção entre justificação e legitimidade no último capítulo de seu *Liberal Rights*, procurando chamar a atenção dos filósofos políticos.

No que diz respeito ao objeto deste estudo, interessa-nos não tanto a abordagem de Simmons, mas essencialmente o modo como Waldron compreende a distinção entre justificação e legitimidade em política. O problema a ser abordado nesse Capítulo diz respeito, então, aos conceitos de justificação e legitimidade políticas. O problema será abordado a partir do modo como Jeremy Waldron compreende ambos os conceitos enquanto formas de

juízo moral de decisões políticas capazes de fundamentar diferentes atitudes em diferentes momentos da vida política e jurídica.

Para desenvolver esse tema, utilizarei as observações de Waldron no Capítulo 16 de *Liberal Rights*. Procurarei também fazer uma comparação entre a distinção entre justificação e legitimidade tal como feita por Waldron e a mesma distinção tal como feita por John Simmons em *Justification and Legitimacy*. Defenderei que a distinção de Waldron é mais tênue que a de Simmons, e diz respeito principalmente ao juízo de decisões políticas, mais que ao juízo de instituições políticas. Como Waldron, no mais das vezes, não segue diretamente Locke, sua abordagem é não só distinta da de Simmons, como também passível de ser aceita por não lockeanos. Defenderei, então, que a abordagem de Waldron é superior à de Simmons.

Iniciarei (III.1) mostrando a distinção feita por Waldron tal como presente em *Liberal Rights*, comparando-o com a distinção similar feita por John Simmons. E, em seguida (III.2), apresentarei a tese de que a distinção de Waldron entre justificação e legitimidade, em contraposição à distinção de Simmons, pode ser compreendida a partir da distinção entre justiça e equidade (*fairness*)<sup>18</sup> feita por Dworkin.

Antes, porém, uma breve observação sobre o conceito normativo de legitimidade. Dada a prevalência, entre nós, da visão weberiana sobre legitimidade,<sup>19</sup> é necessário mencionar que o conceito de legitimidade tratado aqui por Waldron (e também por Simmons) não pode ser confundido com o conceito descritivo weberiano de legitimidade.

Para Weber: *A “legitimidade” de uma dominação deve naturalmente ser considerada apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal* (Weber, Max. **Economia e sociedade**, Cap. III, 1, § 1, 3, 2000, p. 140, grifo no original).

---

<sup>18</sup> Ao falar em equidade ao longo do texto, estarei me referindo ao que inglês se denomina *fairness*. Sigo aqui diversas traduções em língua portuguesa que traduzem aqui *fairness* por equidade.

<sup>19</sup> Veja-se, e.g., BOBBIO, 2000, pp. 130-132, no cenário internacional, e BONAVIDES, 2003, Cap. 8 passim, no cenário nacional.

Waldron adota explicitamente uma visão não weberiana da legitimidade: *Não estou usando 'legitimidade' no sentido weberiano de algo que, como uma questão de fato, é amplamente aprovado e aceito como válido* (WALDRON, 1993, p. 468, n. 1). E podemos perceber por que ele o faz explicitando alguns problemas que essa noção de legitimidade trará se aplicada à questão da autoridade legítima do direito: se legitimidade, como aponta a noção weberiana, significa o grau de lealdade para com a autoridade *de facto*, então ela não serve de modo algum como noção normativa a partir da qual se pode avaliar moralmente uma autoridade *de facto*.

Como lembra Simmons, a questão da legitimidade se põe primordialmente como um modo de julgar normativamente um poder, dominação ou instituição:

Chamar um Estado de legítimo é certamente dizer alguma coisa sobre ele, sobre os direitos que ele possui ou o escopo de sua autoridade. As atitudes dos súditos do Estado podem no máximo ser parte do que sustenta sua legitimidade, não aquilo no que sua legitimidade consiste (SIMMONS, 2001, p. 133).

As considerações acima bastam para que entendamos por que Waldron não adota a noção weberiana de legitimidade. Mas se essa noção será abandonada, que noção de legitimidade Waldron adota?



## II.1 WALDRON SOBRE JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE

Waldron introduz a distinção entre justificação e legitimidade no Capítulo 16 de seu *Liberal Rights*, de 1993. Essa distinção é apresentada em apenas um parágrafo de seu texto. Eis o parágrafo:

O contraste entre justificação e legitimidade pode parecer desconcertante a princípio, dado que ambas são usadas aqui em um sentido normativo. Perguntar se uma decisão é justificada é perguntar sobre se ela é, em seus méritos, a decisão correta; é olhar para as razões pesando a favor do curso de ação que foi decidido. Perguntar se uma decisão é politicamente legítima é levantar uma questão mais procedimental; é perguntar se ela foi tomada do modo como tais decisões devem ser tomadas. Precisamos de uma distinção entre justificação e legitimidade, particularmente em um contexto democrático, porque precisamos de um modo de distinguir entre as razões que os votantes têm para votar como votam e das razões que os oficiais têm para implementar uma certa decisão após os votos terem sido contados. Eu posso votar em uma iniciativa popular para a Califórnia ter um limite de velocidade maior porque penso que salvar vidas importa menos do que carros velozes; isso é o que penso sobre justificação. Mas acredito que o limite de velocidade deva permanecer como está se a maioria das pessoas no Estado discorda de mim; isso é o que penso sobre legitimidade. O fato de que a maioria aprova algo não é uma boa razão para alguém votar em seu favor (de fato, se todos votarem com base em razões como essa – “eu voto pelo que a maioria pensa” – a votação iria colapsar como prática). Razões para apoiar uma dada proposta são logicamente distintas de razões para agir em política com base no fato de que as pessoas suportam tal proposta. Ambas são normativas, mas capturam diferentes estágios ou

níveis de normatividade em relação à tomada de decisão política (WALDRON, 1993, p. 393).

Há muitas ideias e distinções presentes nesse parágrafo e em suas notas. Inicialmente, Waldron distingue dois modos de julgamento político, i.e., distingue os critérios pelos quais julgamos a justificção dos critérios pelos quais julgamos a legitimidade política. Ambos os modos de julgamento são apresentados como normativos, ou seja, referem-se ao que deve ser o caso, ao que deve ser feito, não sendo julgamentos descritivos (como a legitimidade weberiana).

Fica claro também que a preocupação central de Waldron é com a justificção e a legitimidade de decisões democráticas consubstanciadas na legislação e tomadas por meio de votação majoritária. Sua distinção se aplica primordialmente a decisões políticas, e não a instituições ou organizações políticas. E aqui está uma diferença de ênfase em relação a outro autor que, como antes mencionado, também apresenta a mesma distinção entre justificção e legitimidade, John Simmons. Defenderei que a distinção de Waldron é superior à de Simmons.

Simmons apresenta as noções de justificção e de legitimidade como dois modos, dimensões ou estágios distintos de avaliação moral das ações e instituições políticas, especialmente do Estado (SIMMONS, 2001, pp. 122, 135, 156-157). Dizer que uma instituição, ação ou prática é legítima equivale a atribuir-lhe o direito de impor novos deveres, i.e., o direito a ser obedecido (SIMMONS, 2001, p. 137). Justificar uma instituição, ação ou prática equivale a mostrar que ela é prudencialmente racional, moralmente aceitável ou as duas coisas (SIMMONS, 2001, p. 123). Simmons distingue dois modos ou abordagens básicas através das quais se pode pensar a relação entre justificção e legitimidade: a) uma abordagem que chama de lockeana e b) outra abordagem que chama de kantiana (SIMMONS, 2001, p. 122). Enquanto critica a segunda, Simmons defende a primeira abordagem.

A partir de uma leitura do *Dois tratados sobre o governo civil* de John Locke, Simmons extrai um tipo de abordagem, por ele nomeada de abordagem lockeana, a qual se caracteriza essencialmente por distinguir os critérios pelos quais se julga a legitimidade dos critérios pelos quais se julga a justificação de instituições (SIMMONS, 2001, pp. 127 et seq.). Essa abordagem se caracteriza por separar justificação e legitimidade como dois estágios, cada qual com seus próprios critérios de julgamento, de uma avaliação moral das instituições, de suas práticas e de suas ações políticas (SIMMONS, 2001, pp. 135-136). A qualidade e as virtudes de uma instituição, suas prática ou suas ação política são algo distinto da natureza de seus direitos sobre alguma pessoa sujeita e eles: o fato de que um Estado, p.ex., tenha virtudes que apelem para justificar moralmente sua existência não lhe dá nenhum direito especial sobre um indivíduo ou conjunto de indivíduos quaisquer (SIMMONS, 2001, p. 136).

Pela abordagem lockeana, o tipo de obrigação gerado pela justificação é diferente daquele gerado pela legitimidade. A legitimidade é vista como uma relação especial entre o Estado e o sujeito (SIMMONS, 2001, p. 137). O fato de um Estado ser justificado gera em nós obrigações morais em relação a ele – a obrigação de não conspirar contra sua existência, p.ex. –, mas não gera, por si só, qualquer relação moral especial que envolva uma obrigação de submetermo-nos a suas diretivas pelo simples fato de serem diretivas desse Estado (SIMMONS, 2001, p. 137). A legitimidade, e os consequentes direito a governar do Estado e obrigação de obediência do súdito, por essa abordagem, somente vêm com o consentimento expresso dos súditos (SIMMONS, 2001, pp. 128 et seq.).

A abordagem kantiana, por outro lado, se caracteriza essencialmente por considerar que os critérios pelos quais se julga a legitimidade são os mesmos critérios pelos quais se julga a justificação de instituições políticas, como o Estado. Enquanto para Locke, na leitura de Simmons, a justificação do governo civil não implicaria nenhuma obrigação de se entrar nele, a qual somente vem com o consentimento expresso, para Kant, na leitura de Simmons, a própria

justificação do Estado seria também o fundamento da obrigação de ingressar em sociedade civil. A própria justificação do Estado gera a obrigação de obediência daqueles que estão a ele submetidos. A partir dessas observações, Simmons nomeia de abordagem kantiana a abordagem segundo a qual os critérios de justificação coincidem com os critérios de legitimidade (SIMMONS, 2001, p. 140).

Podemos perceber as semelhanças da abordagem de Waldron com relação à que Simmons denomina de lockeana. Em ambas, justificação e legitimidade são diferentes modos de julgamento político: justificação diz respeito à qualidade substantiva de uma decisão ou instituição política, enquanto legitimidade diz respeito à aceitabilidade e autoridade moral de uma decisão ou instituição política. Para Waldron, porém, julgamentos de justificação dizem respeito à justiça substantiva de uma decisão política e desempenham uma função essencial no momento da tomada de decisão política, enquanto julgamentos de legitimidade dizem respeito à adequação formal ou equidade da tomada de decisão e desempenham uma função essencial no momento de ação conjunta com base na decisão política já tomada (WALDRON, 1993, p. 393).

Assim, a preocupação de Waldron é primariamente quanto à justificação e legitimidade de decisões políticas, e apenas secundariamente preocupa-se com a justificação e legitimidade de instituições políticas. Já a preocupação central de Simmons é quanto à justificação de legitimidade de instituições políticas, principalmente do Estado.

Embora, para julgarmos decisões políticas possa realmente ser necessário levar em conta instituições políticas, as instituições políticas que são o foco da distinção de Waldron são mais concretas e sociologicamente determináveis que o Estado. As instituições que interessam para a decisão política são essencialmente as instituições da votação majoritária e os procedimentos de deliberação em assembleias democráticas.

Pela abordagem lockeana de Simmons, a princípio, poderíamos pensar na legitimidade de um Estado ditatorial ou uma monarquia absoluta, desde que todos os cidadãos dessem seu consentimento para tal organização política. Para Waldron, porém, que foca nas decisões políticas, ainda que se possa dar o consentimento para tais organizações, suas decisões e ações políticas careceriam de legitimidade, pois o julgamento da legitimidade das decisões políticas diz respeito primordialmente a quem as tomou. Se se pode falar em consentimento na abordagem waldroniana, esse será sempre um consentimento ponto a ponto, decisão a decisão, por assim dizer; i.e., será o consentimento expresso pela participação na prática da votação majoritária que determinará a legitimidade de uma decisão política particular e do direito legislado como um todo (entendido como resultado de diversas decisões particulares tomadas por meio de votação majoritária).<sup>20</sup>

O ponto de Waldron é também mais próximo ao modo como o cidadão se aproxima das decisões políticas consubstanciadas na lei. Exceto em casos de sedição e combate à instituição estatal em si, os cidadãos criticam ou apoiam as leis por seu conteúdo e pelo modo como foram estabelecidas, pouco lhes importando se uma lei ilegítima é fruto de um Estado ao qual deram seu consentimento ou não. Ademais, a própria ideia de dar consentimento a um Estado parece estranha do ponto de vista do cidadão, que dificilmente se defronta com tal possibilidade de escolha. A escolha que se apresenta ao cidadão é a escolha das políticas, dos planos de governo e do conteúdo a ser dado às leis (seja diretamente, em plebiscitos e referendos, seja indiretamente, por meio da escolha de seus representantes); a justificação e a legitimidade que importam ao cidadão são, então, a justificação e a legitimidade das decisões políticas.

A distinção de Waldron, focando em decisões políticas particulares, não cai nos problemas de Simmons, para o qual justificação e legitimidade são dois vínculos morais que se pode ter com o Estado, de modo que, apesar de Estado ou governo ilegítimo não poder emitir

---

<sup>20</sup> Esse ponto restará mais claro no próximo capítulo.

diretivas autoritativas legítimas, um Estado ou governo legítimo pode emitir diretivas ilegítimas sem que o vínculo moral da legitimidade se quebre (SIMMONS, 2001, pp. 129 et seq.). Waldron, que foca nas decisões, pouco importa o vínculo moral com o Estado, e sim a autoridade moral ou legítima das decisões políticas em si mesmas. Com isso, Waldron se aproxima dos problemas da autoridade do direito e da obrigação política de seguir o direito de um ponto de vista mais particular, sem acrescentar o elemento adicional do vínculo moral com o Estado. Ademais, o fundamento da legitimidade, em Waldron, não é tanto o consentimento, mas sim a equidade, como veremos a seguir..

## **II.2 JUSTIÇA E EQUIDADE**

Outra questão apontada na passagem de Waldron (1993, p. 393), acima citada, diz respeito à base na qual sua distinção entre justificação e legitimidade repousa. Já vimos como sua distinção tem lugar central no julgamento de decisões políticas, mais que de instituições ou organizações políticas, ao contrário da distinção de Simmons. Defenderei agora que a distinção de Waldron se ampara em duas diferentes virtudes políticas, a justiça e a equidade.

### **II.2.1 Razões para decisão e razões para ação política**

As noções de justificação e legitimidade, como modos diferentes de julgamento político, implicam diferentes critérios de julgamento normativo de decisões políticas, de modo que a própria distinção entre justificação e legitimidade está sustentada em uma distinção entre tipos de razões distintos, com finalidades distintas.

Como expresso na citação de Waldron acima (1993, p. 393), a distinção entre julgamentos de justificação e julgamentos de legitimidade encontra sua razão de ser numa necessidade de que as democracias distingam entre a) razões para os cidadãos votarem em uma medida e b) razões para os cidadãos e os oficiais agirem de acordo com a medida decidida majoritariamente. Essa distinção corresponde à distinção entre a) as razões que levam ou devem levar alguém a apoiar uma proposta política e b) as razões que levam ou devem levar alguém a agir com base na decisão política tomada.

Como razões para decidir em política são distintas de razões para agir com base em uma decisão já tomada, não há contradição entre, seguindo o exemplo de Waldron, defender a

opinião de que o limite de velocidade nas rodovias deva ser aumentado e votar com base nessa opinião, por um lado, e defender que devemos seguir respeitando o limite inferior ao que penso ser correto porque essa foi a decisão da comunidade consubstanciada em uma lei. As razões que me levam a defender uma opinião e votar com base nela são logicamente distintas das que me levam a agir com base em uma decisão política já tomada. Essa é a mesma distinção capturada pela distinção de Waldron entre justificação e legitimidade.

Legitimidade diz respeito às razões para se obedecer e seguir decisões políticas. Razões de legitimidade são boas razões para obedecermos às diretivas autoritativas. Por consequência, são essas razões que nos dão os critérios pelos quais podemos julgar uma decisão política como legítima. Como se depreende da citação de Waldron acima, em uma democracia, boas razões para se seguir uma decisão política dizem respeito ao modo como tal decisão política foi feita. Razões de legitimidade se encontram na forma ou procedimento de decisão, e não em seu conteúdo (WALDRON, 1993, p. 393).

E como devem ser tomadas as decisões políticas? O ponto Waldron será, veremos adiante, o de que a decisão majoritária é a razão político, por excelência, para se seguir decisões políticas tomadas por meio de votação majoritária. Assim, se a maioria decide implementar uma certa diretiva, essa é uma boa razão para considerá-la legítima, para segui-la e para agir com base nela.

Justificação, por outro lado, diz respeito a razões para se adotar uma certa proposta política, i.e., para torná-la o conteúdo da decisão. Os critérios de justificação de uma decisão política dizem respeito, então, às razões para se adotar a proposta que foi adotada com a decisão, i.e., ao mérito da decisão (WALDRON, 1993, p. 393).

Razões de legitimidade não são boas razões para defendermos uma posição política substancial, i.e., defendermos uma certa proposta política ao invés de outra. Que a maioria apoie uma certa proposta não é uma boa razão para votar nela, pois, como afirma Waldron (1993, p.



393): *se todos votarem com base em razões como essa – “eu voto pelo que a maioria pensa” – a votação iria colapsar como prática.* Boas razões para se defender uma posição política e votar por ela devem ser encontradas entre as razões de justificação. Se for assim, justificação está ligada ao conteúdo da decisão, e não a sua forma ou procedimento de adoção.

Assim, quando defendemos que uma decisão política é justa ou correta, estamos defendendo que ela é justificada. Mas ainda não teremos dito nada sobre a legitimidade dessa decisão. O tipo de razão capaz de tornar uma decisão justificada é distinto do tipo de razão capaz de tornar uma decisão legítima. Que tipos de razões são esses?

## **II.2.2 Justiça e equidade, justificação e legitimidade**

Em uma nota de fim de texto referente a esse parágrafo, Waldron afirma: *Minha distinção entre justificação e legitimidade é similar à distinção de Ronald Dworkin entre justiça e equidade em Law’s Empire* (WALDRON, 1993, p. 468, n. 2). Irei agora explorar um pouco mais a relação entre justiça e justificação, por um lado, e equidade e legitimidade, por outro.

Como Waldron pretende que a distinção Mas para isso, terei de dar conta de duas questões: o que Dworkin entende por justiça? E o que entende por equidade? Defenderei que a posição de Waldron sobre o que são justiça e equidade é idêntica à de Dworkin, exceto por uma diferença central: para Waldron, esse ideais ou virtudes políticas estão em níveis distintos, enquanto para Dworkin, encontram-se no mesmo nível. Em outras palavras, os conceitos são similares mas as abordagens são diferentes.

A passagem de *Law’s Empire* mencionada por Waldron é a seguinte:

Conflitos entre ideais são comuns em política. Mesmo que rejeitemos a integridade e baseemos nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo procedimental, encontraríamos as duas primeiras virtudes por vezes levando a direções opostas. Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre

justiça e equidade porque acreditam que uma dessas virtudes, no fim das contas, deriva da outra. Alguns dizem que a justiça não tem sentido aparte da equidade, que em política, como na roleta, o que quer que ocorra por meio de procedimentos equitativos é justo. Essa é a ideia extrema chamada de justiça como equidade. Outros pensam que o único teste de equidade em política é o teste do resultado, que nenhum procedimento é equitativo a menos que seja provável que produza decisões políticas que estejam de acordo com algum teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, da equidade como justiça. A maioria dos filósofos – e a maioria das pessoas, penso – toma a visão intermediária de que equidade e justiça são até certo grau independentes uma da outra, de modo que instituições equitativas por vezes produzem decisões injustas e instituições não equitativas, por vezes, justas.

Se é assim, então, na política ordinária, devemos por vezes escolher entre as duas virtudes ao decidir quais programas políticos apoiar. Podemos pensar que a regra majoritária é o procedimento de decisão mais equitativamente viável em política, mas sabemos que a maioria por vezes, talvez frequentemente, toma decisões injustas sobre direitos de indivíduos. [...] Essas questões difíceis surgem porque a equidade e a justiça por vezes conflitam (DWORKIN, 1986, pp. 177-178).

Essa passagem nos revela algumas coisas. Em primeiro lugar, ela aponta justamente o mesmo ponto notado por Waldron. Há uma notável semelhança entre a distinção dworkiniana entre justiça e equidade, por um lado, e a distinção waldroniana entre justificação e legitimidade, por outro. Além disso, a justiça e a equidade em Dworkin, assim como a justificação e a legitimidade em Waldron, têm papel central no julgamento normativo de decisões políticas.

Em segundo lugar, a passagem mostra que Dworkin, ao contrário do que afirma Simmons (2001, p. 141) parece estar consciente da existência de duas abordagens possíveis no julgamento político, apenas não as denomina de “justificação” e “legitimidade”, mas de “justiça” e “equidade”. As duas posições extremas que Dworkin menciona, a que vê a justiça como equidade e a que vê a equidade como justiça são justamente casos do que Simmons denomina

de abordagem kantiana, enquanto a posição moderada, que vê justiça e equidade como independentes até certo grau, se aproxima da posição que Simmons denomina de lockeana.<sup>21</sup>

Em terceiro lugar, a citação de Dworkin nos mostra que devemos esperar a existência conflitos entre dois tipos de critérios de julgamento de decisões políticas. Assim como em Waldron, como as razões que entram em jogo em cada tipo de julgamento são distintas, podemos esperar algum tipo de conflito, embora não um conflito lógico. Mas há mais a ser dito sobre esse tipo de conflito e, embora aqui apareçam semelhanças, a solução desses conflitos é distinta em Dworkin e Waldron, justamente pelo fato de que, para o primeiro, justiça e equidade estão no mesmo nível de julgamento, enquanto para o segundo, estão em níveis distintos.

Porém, o que essa passagem não nos mostra é aquilo que Waldron necessitaria para manter a afirmação de que sua distinção entre justificação e legitimidade é similar o bastante à distinção entre justiça e equidade: o que Dworkin, no fim das contas, entende por justiça e por equidade? Sem isso, a concordância poderia ser apenas nominal.

Para responder a essa questão teremos de recorrer a outras passagens do texto de Dworkin. E *Law's Empire* possui diversas passagens nas quais Dworkin explica o que entende por justiça e por equidade. A primeira delas é a seguinte:

A política ordinária compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política equitativa, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo (*equitable*) de aplicação de regras e regulações que as estabelecem. Irei chamá-los, por brevidade, das virtudes da equidade, justiça e devido processo procedimental. [...] A equidade em política é uma questão de encontrar procedimentos políticos – métodos de eleger oficiais e tornar suas decisões responsáveis

---

<sup>21</sup> Essa equivalência é só em relação à distinção abstrata entre justificação e legitimidade. Dworkin não compartilha com Simmons a visão de que o julgamento da legitimidade (equidade) se dá por meio do consentimento. Para Dworkin, o procedimento e o resultado contam mais que o consentimento para julgamentos de equidade (legitimidade).

perante o eleitorado – que distribuem o poder político de um modo correto. Isso é agora geralmente entendido, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha ao menos, como significando procedimentos ou práticas que dão aos cidadãos mais ou menos igual influência nas decisões os governam. A justiça, pelo contrário, diz respeito a decisões que as instituições políticas existentes, quer tenham ou não sido equitativamente escolhidas, devem tomar. Se aceitamos a justiça como virtude política, queremos que nossos legisladores e outros oficiais distribuam recursos materiais e protejam liberdades civis de modo a assegurar resultados moralmente defensáveis. O devido processo procedimental é uma questão de procedimentos corretos para se julgar se alguns cidadãos violaram leis estabelecidas pelos procedimentos políticos [...] (DWORKIN, 1986, pp. 164-165)

Em outra passagem ele nos mostra claramente qual o ponto de fazer tal distinção entre virtudes e ideais políticos:

Justiça, como dissemos, é uma questão do resultado correto de um sistema político: a correta distribuição de bens, oportunidades e outros recursos. Equidade é uma questão da estrutura correta para aquele sistema, a estrutura que distribua a influência sobre as decisões políticas do modo correto. Devido processo procedimental é uma questão de procedimentos corretos para aplicar as regras e regulações que o sistema produziu (DWORKIN, 1986, pp. 404-405).

Então, para Dworkin, justiça e equidade, ao lado do que ele denomina devido processo procedimental (e também da integridade, que não aparece nessa citação), aparecem como ideais ou virtudes políticas compartilhadas pela teoria política e pela prática política.

Deixando de lado o devido processo jurídico, podemos ver que a justiça está ligada às decisões que devem ser tomadas quanto à distribuição de recursos, oportunidades e liberdades,

enquanto a equidade está ligada aos procedimentos e às estruturas políticas que levam a uma tomada de decisão sobre tal distribuição.

Em outras palavras, podemos dizer que a justiça diz respeito ao mérito ou ao resultado das decisões políticas (DWORKIN, 1986, p. 180), enquanto a equidade diz respeito à forma ou procedimento que leva à tomada de decisões políticas.<sup>22</sup> A equidade está, então, ligada a instituições políticas específicas ou, mais precisamente, à forma que assumem tais instituições; já a justiça é uma virtude que se pode abstrair das instituições políticas ou, ao menos, da forma como elas assumem (DWORKIN, 1986, p. 406).

Sendo assim, se justiça e equidade são virtudes políticas, podemos dizer que a justiça é a virtude ligada à justificação, visto que razões de justiça dizem respeito ao mérito, conteúdo ou resultado de decisões políticas. Decisões políticas são justas se são corretas quanto aos méritos e/ou aos resultados. A justiça é, portanto, o critério para julgamentos de justificação de decisões políticas. Pela mesma linha de raciocínio, a virtude política ligada à legitimidade é a equidade. Razões de equidade dizem respeito à correção procedimental, mais especificamente à igualdade de participação na tomada de decisões políticas.

Afirmo que, em Waldron, a distinção entre justiça e equidade é idêntica à de Dworkin, exceto por entender ambos os ideais ou virtudes políticas como estando em níveis distintos. Para Waldron, as circunstâncias da justiça são distintas das circunstâncias da equidade. E não apenas distintas, as circunstâncias da equidade pressupõem as da justiça, de modo que a equidade como virtude ou ideal político apenas aparece quando há conflito entre diferentes concepções ou visões sobre a justiça. Veremos isso no capítulo seguinte.

### **II.2.3 Justificação, legitimidade e as tarefas da Filosofia Política**

---

<sup>22</sup> Talvez não por acaso, Waldron não trabalhe com o que Dworkin denomina de “devido processo procedimental”. Talvez essa terceira virtude ou ideal político dworkiniano possa ser visto como parte do ideal da equidade.

Podemos ver agora, também, uma ligação entre os conceitos de justificação e legitimidade e as tarefas da Filosofia Política apontadas por Waldron em *Law and Disagreement*. Para Waldron, a Filosofia Política têm duas grandes tarefas: teorizar sobre a justiça e teorizar sobre a política ou instituições políticas – além da terceira tarefa mencionada em *Political Political Theory*, teorizar sobre virtudes políticas.

Dado que a justificação em política representa um julgamento acerca da justiça de uma decisão política, a primeira tarefa da Filosofia Política – teorizar sobre a justiça – está ligada à justificação. Teorizar sobre a justiça em política é teorizar sobre os critérios pelos quais decisões (ou ações, ou práticas ou instituições) políticas podem ser julgadas como justificadas, bem como teorizar sobre as razões que nos devem levar a apoiar, defender, aprovar e implementar propostas políticas.

Já a segunda tarefa da Filosofia Política – teorizar sobre a política, ou sobre instituições políticas segundo *Political Political Theory* – está ligada à legitimidade, visto que legitimidade diz respeito julgamentos de adequação procedimental ou formal e decisões políticas. Teorizar sobre equidade em política é teorizar sobre os critérios pelos quais devemos julgar o modo no qual as decisões políticas são tomadas, bem como as razões que nos devem levar a adotar certos procedimentos e instituições para tomada de decisões políticas.

### III A AUTORIDADE DO DIREITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA

Para Waldron, a autoridade do direito, e mais especificamente a da legislação, deve ser compreendida a partir do que denomina de “as circunstâncias da política” e de como, em tais circunstâncias, surge a necessidade de um procedimento decisório técnico e imparcial:

Uma ideia que quero explorar é de que a dignidade da legislação, a base de sua autoridade, e sua exigência de ser por nós respeitada têm a ver com o tipo de *conquista* que ela é. Nosso respeito pela legislação é, em parte, o tributo que temos que pagar pela conquista de ação combinada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna (WALDRON, 1999a, p. 101).

Assim, para compreender a relação entre a autoridade do direito e as circunstâncias da política, iniciarei explicando as circunstâncias da política segundo Waldron (III.1). Defenderei que as condições de surgimento do direito se confundem e incluem em parte as circunstâncias da política. Para sustentar essa afirmação, recorrerei (III.1.1) às observações que Waldron faz a respeito da teoria de H. L. A. Hart sobre o direito como união entre regras primárias e secundárias, e defenderei que na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico se encontra a chave de compreensão do direito como resultado das decisões políticas. Buscarei, portanto,

mostrar como a passagem do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico se dá justamente quando as circunstâncias da política se tornam presentes.<sup>23</sup>

A seguir, passarei à explicação da autoridade do direito a partir das circunstâncias da política (III.2). Para entender melhor como as circunstâncias da política ajudam a explicar a autoridade do direito, irei fazer uma breve menção a alguns tipos de problemas que se pode ter na coordenação de ações coletivas. Em específico, irei mencionar os três jogos citados por Waldron em *Law and Disagreement* (pp. 103-105): o dilema do prisioneiro, os jogos de coordenação simples e a batalha dos sexos. Para Waldron, esse último jogo é o que melhor explica as circunstâncias da política

Na sequência do texto, procurarei expor como o princípio majoritário aparece como o método mais legítimo de tomada de decisão nas circunstâncias da política (III.3). Finalizarei (III.4) expondo duas linhas argumentativas a partir das quais Waldron fundamenta a legitimidade da autoridade do direito democraticamente elaborado nas circunstâncias da política: a) um recurso a uma variação da tese da justificação normal da autoridade, que denominarei de argumento epistêmico e b) um recurso à ideia de equidade num sentido dworkiniano, que denominarei de argumento da equidade.

---

<sup>23</sup> Essa tese não é comum entre os positivistas de linha hartiana. Em especial, Andrei Marmor, que é criticado por Waldron no Cap. 6 de *Law and Disagreement*, não parece aceitar essa tese.



### III.1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA

Em sua exposição sobre a autoridade do direito, Waldron se ressentiu de que poucos filósofos políticos contemporâneos tenham prestado atenção ao que chama de “circunstâncias da política”:

As circunstâncias da política merecem muito mais atenção do que têm recebido na Filosofia Jurídica e Política. Creio que elas são essenciais para se entender muitas das distintas virtudes políticas, tais como a civilidade, a tolerância do dissenso, a prática da oposição leal, e – não menos importante – o estado de direito. Certamente elas são indispensáveis para nosso entendimento das regras de decisão procedimentais, como a decisão majoritária, e as concomitantes ideias de autoridade, obrigação e respeito (WALDRON, 1999a, p. 102).

Assim como a justiça, a política também necessita de certas condições que Waldron chama de circunstâncias, nas quais sua instituição pode fazer sentido, sendo, por assim dizer, as condições de existência da política. Fora de tais circunstâncias, a política como atividade humana deixa de fazer sentido, enquanto sob tais circunstâncias, a política como empreendimento é não apenas possível, mas necessária. Essa ideia foi exposta inicialmente por Benjamin Barber, em uma passagem mencionada por Waldron em seu *Law and Disagreement* (p. 102, n.42):

a necessidade da política surge quando alguma ação de consequência pública se torna necessária e quando os homens devem, então, fazer uma escolha pública que seja

razoável em face do conflito, apesar da ausência de uma base independente de julgamento (BARBER, 1984, p. 122).

Mas a ideia central do que Waldron chama de “circunstâncias da política” é uma adaptação à política da ideia presente nas “circunstâncias da justiça” tal como apresentadas por John Rawls a partir das observações de David Hume (RAWLS, 1999, pp. 109-112; WALDRON, 1999a, p. 102).<sup>24</sup> A ideia de circunstâncias da justiça ocupa o papel argumentativo de explicar tanto a possibilidade quanto a necessidade do surgimento de regras e princípios de justiça em uma sociedade de homens e mulheres em condições de escassez moderada e altruísmo limitado. Como vimos, esse mesmo papel é ocupado pelas circunstâncias da política na argumentação sobre a autoridade do direito democrático, (WALDRON, 1999a, pp. 102).

Eis o modo como Waldron introduz essa ideia em *Law and Disagreement*:

Considere a ideia de “as circunstâncias da política”, uma ideia adaptada da discussão de John Rawls sobre “as circunstâncias da justiça”. As circunstâncias da justiça são aqueles aspectos da condição humana, tais como a escassez moderada e o altruísmo limitado dos indivíduos, que tornam a justiça como uma virtude e uma prática tanto possível quanto necessária (WALDRON, 1999a, p. 102; 1999b, p. 154).

Quais, então, são as circunstâncias da política? *Como a escassez e o altruísmo limitado no caso da justiça, as circunstâncias da política vêm como um par* (WALDRON, 1999a, p. 102). Esse par é composto a) pela necessidade, sentida por um grupo de pessoas, de um esquema, decisão ou ação comum e b) pelo desacordo sobre qual deve ser esse esquema, decisão ou ação comum:

---

<sup>24</sup>. O próprio Rawls (RAWLS, 1999, p. 109, n.3) não pretende originalidade quanto às ideias, remetendo seu uso de Hume a Hart (HART, 1994, pp. 191-200) e J. R. Lucas. Em Hume, ver **Tratado da natureza humana**, Livro III, Parte II, Seção ii (HUME, 2009, pp. 736-765) e **Um estudo acerca dos princípios da moral**, Seção III, Parte I (HUME, sd , pp. 11-17).

Podemos dizer, em linhas similares, que a necessidade, sentida entre os membros de um certo grupo, de um esquema ou decisão ou curso de ação comum em alguma matéria, mesmo em face do desacordo sobre qual esquema, decisão ou ação deveria se dar, são as *circunstâncias da política*. (WALDRON, 1999a, p. 102; 1999b, p. 154).

A necessidade de um esquema, decisão ou curso de ação comum é facilmente tida como uma das condições da política. Se a política diz respeito à ação da comunidade política, então ela deve estar ligada ao fato de que esse tipo de ação se faz necessário. Há muitas coisas que somente podem ser alcançadas se cada um dentro de um grupo de pessoas fizer sua parte em um esquema comum de ação coletiva. Coisas como proteger o meio ambiente, operar um sistema da saúde, assegurar condições operacionais para a economia, manter uma base para a resolução pacífica de disputas etc. somente podem ser realizadas se as pessoas agirem conjuntamente, seguindo regras, participando de práticas e estabelecendo instituições (WALDRON, 1999a, pp. 101-102; 1999b, pp. 156-157).

Waldron certamente exagera ao dizer que certas ações políticas são impossíveis se cada um não fizer sua parte. Se certas pessoas devem ser punidas por não cumprirem com sua parte num esquema de ação comum, isso não quer dizer que a ação não possa acontecer sem essas pessoas. É certo que, se a maioria das pessoas não se preocupar em separar o lixo e não jogá-lo no chão, p.ex., dificilmente teremos uma cidade limpa. Mas também é certo que, se apenas um pequeno número (100 em 1 milhão, p.ex.) não fizer isso, ainda assim a cidade pode permanecer limpa. E o mesmo se dá com os outros exemplos citados por Waldron. O ponto geral, porém, permanece: há ações coletivas que precisam da participação de um grande número de pessoas, i.e., de muitos membros da comunidade, para poderem acontecer. E a necessidade de tais ações pode ser sentida ao menos por um grande número dos membros da comunidade.

Cabe destacar aqui que a primeira circunstância da política não trata tanto de uma necessidade existente, mas sim de uma necessidade sentida pelos membros individuais do grupo: pelas mais diversas razões, um grande número de pessoas acredita que é necessário agir ou organizar as coisas conjuntamente (WALDRON, 1999a, p. 101; 1999b, p. 156).

Essa ênfase no fato de a necessidade ser sentida é de suma importância aqui, pois um grupo pode ter necessidade de agir conjuntamente mas não sentir ou perceber tal necessidade, de modo que a política como empreendimento humano não se torna possível, apenas de poder ser vista, de um ponto de vista externo ao grupo, como necessária para a continuidade da existência do grupo.<sup>25</sup>

Waldron se detém muito mais na análise da segunda circunstância da política. Como vimos na Introdução, o desacordo é uma condição comumente citada entre diferentes autores liberais, como John Rawls, como um fator positivo: os modelos republicanos e democráticos liberais reconhecem e veem valor na existência, na sociedade, de diferentes visões religiosas, éticas e filosóficas. Porém, Waldron se recusa de que esses mesmos autores não reconhecem o desacordo sobre justiça, direitos, bem comum e moralidade política como igualmente valiosos e essenciais em seus modelos políticos. Para Waldron é justamente no calor do desacordo, e não em uma concepção de consenso ideal, que aconteceram e acontecem os avanços e mudanças nas democracias modernas, como a proibição do trabalho infantil, a limitação da jornada de trabalho, o desmantelamento da segregação racial, etc. Essas mudanças são feitas nas circunstâncias da política, i.e., sob o pano de fundo do desacordo (WALDRON, 1999a, pp. 105-106; 1999b, pp. 154-155).

---

<sup>25</sup> Esse detalhe terá uma consequência fundamental no modo como a autoridade e a legitimidade do direito serão concebidas: argumentos de equidade não terão apelo para aqueles que não veem a ação em conjunto como necessária, e, conseqüentemente, para esses, a obrigação política será vista de um modo inteiramente diferente do que por aqueles que sentem a necessidade da ação coletiva. Veremos isso no último capítulo.

Waldron parte da ideia de que os seres humanos são capazes de discordar uns dos outros em questões de justiça e política mesmo depois da deliberação e, portanto, podemos insistir que qualquer teoria normativa adequada do direito e da política deve levar em conta a discordância na construção da distinção entre procedimentos decisórios arbitrários e não arbitrários. Essa pressuposição se pretende realista. A perspectiva de o acordo persistir deveria, então, ser considerada como uma das condições elementares da política moderna (WALDRON, 1999b, p. 153).

Para sustentar essa tese, Waldron chama a atenção para outra ideia tirada de Rawls, a dos “fardos do julgamento”: a ideia de que há muitos empecilhos ao correto e consciencioso exercício dos poderes de razão e julgamento no curso ordinário da vida política, os quais se colocam no caminho de qualquer expectativa de acordo mesmo entre pessoas razoáveis. A vida humana envolve múltiplos valores e é natural e plausível esperar que as pessoas irão discordar ao seu balanço ou priorização. Diferentes posições, perspectivas e experiências de vida das pessoas as darão bases diferentes sob as quais fazer o julgamento nessas questões. Essas diferentes posições, perspectivas e experiências de vida, combinadas com a complexidade dos assuntos em questão significa que pessoas razoáveis podem discordar não apenas sobre como é o mundo, mas também sobre o peso e relevância que deve ser dado aos diversos insights que elas têm a sua disposição, mesmo após um debate livre e racional. O desacordo de boa-fé não é apenas possível, mas previsível.

Essa ideia de Rawls pode ser usada para caracterizar nossa deliberação política, incluindo nossa deliberação sobre os direitos, a justiça e o bem comum. As circunstâncias sob as quais as pessoas fazem julgamentos sobre questões como a legalização do aborto, os limites da liberdade de discurso, a extensão das provisões de bem-estar, etc. são exatamente o tipo de circunstâncias em que devemos esperar que pessoas razoáveis irão discordar (WALDRON, 1999a, pp. 112-113).

O desacordo, então, está fundado nos fardos do julgamento. Mas sobre o que é o desacordo? É sobre os princípios de justiça (os direitos e sua interpretação ou sobre as opções de ação política? Bem, certamente é razoável esperarmos que o desacordo ocorra em todos esses níveis.<sup>26</sup> Porém, devemos notar que desacordos sobre princípios não necessariamente se traduzirão em desacordos sobre escolhas políticas. Assim, Waldron nos lembra como um católico de esquerda pode se sentir mais em casa com as escolhas políticas de um marxista ateu do que com as de um católico conservador e defensor da economia de mercado, muito embora, em questões de princípio moral e justiça abstrata, ambos os católicos compartilhem as mesmas ideias básicas e se posicionem contra os princípios do marxista ateu (WALDRON, 1999a, pp. 149-150).

No que diz respeito às circunstâncias da política, apesar de o desacordo em questões de princípio ser importante, o mais determinante parece ser justamente o desacordo sobre escolhas políticas. Desse modo, o desacordo relevante enquanto circunstância da política é o desacordo sobre qual esquema, decisão ou ação deve ser tomado em nome da comunidade política quando há a necessidade sentida de um esquema, decisão ou ação comum.

Há uma relação de dependência mútua entre as duas circunstâncias da política:

O desacordo não importaria se não houvesse a necessidade de se ter um curso de ação combinado; e a necessidade de um curso comum de ação não daria origem à política como a conhecemos se não houvesse ao menos o potencial para o desacordo sobre qual deveria ser o curso de ação combinado (WALDRON, 1999a, pp. 102-103).

---

<sup>26</sup> Como as próprias circunstâncias da justiça, a escassez moderada e o altruísmo limitado, estão ligadas tanto com a política quanto com a moral, visto que altruísmo pode ser considerado como uma noção moral, é de se esperar que a própria constatação das circunstâncias da justiça esteja aberta a desacordos morais do tipo que caracterizam as circunstâncias da política.

Podemos notar que, nessa citação, o desacordo é mencionado como “ao menos” potencial. Isso implica que o desacordo sobre o curso de ação comum que caracteriza as circunstâncias da política pode não ocorrer como um desacordo realmente existente na sociedade no momento da decisão coletiva, mas ao menos ter existido ou poder ter existido em algum momento. Assim, Waldron parece não excluir aqui o consenso unânime como uma possibilidade em política, apenas não o vê como o centro da política enquanto atividade humana.

Waldron acredita que a unanimidade e o consenso não são bons ideais a serem buscados em política. E isso não apenas por uma questão de deferência para com a realidade, mas também por razões normativas: veremos mais adiante como Waldron busca em Aristóteles (e Stuart Mill) o que ele chama de “doutrina da sabedoria da multidão”, segundo a qual os muitos reunidos, deliberando e decidindo em conjunto, podem superar em sabedoria mesmo os mais sábios dentro desse grupo (WALDRON, 1999b, pp. 92 et seq.); e para a deliberação ocorrer, a unanimidade e o consenso não devem imperar.

### **III.1.1 A passagem do mundo pré-jurídico ao jurídico e as circunstâncias da política**

Hart considerava a susceptibilidade a mudanças deliberadas como uma das características centrais do direito. É característica de um sistema jurídico que novas regras possam ser introduzidas e regras antigas possam ser alteradas deliberadamente, enquanto regras e princípios morais, culturais, de etiqueta, etc. não o podem. Uma sociedade passa a ter um sistema jurídico quando algumas de suas regras primárias passam a ser modificadas ou extintas deliberadamente. Daí a necessidade do aparato das regras secundárias para se falar em sistema jurídico; os membros da comunidade não mais conhecem as regras “instintivamente” em virtude de sua socialização e educação; eles necessitam de uma regra que diga quais regras fazem parte do sistema (HART, 1994, pp. 91 et seq.; WALDRON, 1999b, pp. 12-14).

Com a finalidade de fornecer as bases para a apresentação do direito como a união de regras primárias e secundárias, Hart introduz a sua descrição de um mundo pré-jurídico, i.e., sem a presença dessa união de regras, logo após ter feito algumas distinções conceituais no segundo ponto do Capítulo V de *O conceito de direito*. Hart inicia, pois, sua apresentação do mundo pré-jurídico pedindo-nos para imaginarmos um certo mundo social:

É claro que é possível imaginar uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie. Na verdade, há muitos estudos de comunidades primitivas que não só sustentam que esta possibilidade ocorreu, mas descrevem em detalhe a vida de uma sociedade na qual o único meio de controle social é a atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, em termos daquilo que caracterizámos como regras de obrigação. [...] referir-nos-emos a tal estrutura social como uma estrutura integrada por regras primárias de obrigação (HART, 1994, p. 91 [1995, p. 101]).

Em uma sociedade pré-jurídica, o controle social é governado por regras primárias de obrigação. As regras primárias são aquelas que dizem respeito a ações que devem ou não ser praticadas, enquanto as regras secundárias são regras que dizem respeito a outras regras, no caso, a regras primárias. Se a isso acrescentarmos a nota da forte pressão social, chegamos ao que Hart chama de “regras primárias de obrigação”, as quais constituem a totalidade das regras presentes no mundo pré-jurídico (HART, 1994, p. 91).

É claro existem certas condições de existência desse mundo pré-jurídico:

A primeira dessas condições é a de as regras deverem conter, de alguma forma, restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude a que os seres humanos estão tentados, mas que devem em geral reprimir, se pretendem coexistir em estreita proximidade uns com os outros (HART, 1994, p. 91 [1995, p. 101]).



Essas restrições estão diretamente ligadas ao que Hart chamará de “conteúdo mínimo do direito natural” Esse conteúdo diz respeito à sobrevivência dos seres humanos. Sem tal conteúdo, as regras sociais não podem estar a serviço do propósito mínimo da sobrevivência, que os seres humanos têm em viver em um grupo social. Pois estariam ausentes quaisquer razões para obedecerem voluntariamente a regras, sem o que a pressão social necessária para coerção daqueles que não se submetem às regras não pode existir. E, sem pressão social suficientemente forte, não há de se falar em regras de obrigação (HART, 1994, pp 193 et seq.).

Mas é importante destacar que não é preciso que os habitantes do mundo pré-jurídico tenham consciência de que as regras existem para sua sobrevivência. Basta que as regras existam. Isso porque a conexão entre as condições naturais (no caso, a necessidade de sobrevivência) e as regras não é mediada necessariamente por razões (HART, 1994, p. 194).

A segunda condição para a existência de um mundo social composto apenas de regras primárias de obrigação diz respeito à aceitação das regras:

Em segundo lugar, embora tal sociedade possa mostrar a tensão, já descrita, entre os que aceitam as regras e os que as rejeitam, é evidente que os últimos não podem deixar de ser uma minoria, se uma sociedade de pessoas organizada de forma tão rudimentar e em que todas elas são aproximadamente iguais em força física, pretender manter-se; pois, de outro modo, os que rejeitam as regras, teriam uma pressão social demasiado pequena a temer (HART, 1994, pp. 91-92 [1995, p. 101]).

Para que haja pressão suficiente para podermos falar em regras de obrigação, é preciso que o número de pessoas que não aceitam as regras seja bem menor do que o número de pessoas que as aceitam. Assim, embora possa haver dissidentes e transgressores, a maioria dentro do grupo social vive segundo as regras, observando-as e agindo conforme elas prescrevem (HART, 1995, p. 92).

Assim, *só uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças e fixada num ambiente estável poderia viver com êxito em tal regime de regras não oficiais* (HART, 1995, p. 92 [1995, p. 102]). Nesse tipo de mundo social ocorre pouco intercâmbio econômico com outros grupos familiares, e as pessoas são unidas por sentimentos, crenças e costumes comuns, dificilmente surgindo conflitos sérios, pois a pressão social é forte e eficaz para fazer com que os transgressores sejam poucos.

Apenas um mundo social assim composto pode manter o tipo de pressão social necessária para se viver apenas com regras primárias de obrigação. De fato, Hart afirma que: *Em quaisquer outras circunstâncias, uma tão simples forma de controle social deverá revelar-se deficiente e exigirá um complemento de diferentes modos* (HART 1994, p. 92 [1995, p.102]). Em outras circunstâncias, tal mundo social, ou evoluiria para um regime misto de regras primárias e regras secundárias, ou se desintegraria. E é justamente aqui que se encontra o vínculo com as circunstâncias da política.

Um mundo social composto apenas de regras primárias de obrigação pode se desintegrar facilmente caso haja alguma mudança social ou ambiental que crie nesse grupo tipos de conflitos antes inexistentes. E três características do mundo pré-jurídico aqui se tornarão defeitos que precisam ser sanados para que o grupo não se desintegre: a incerteza quanto às regras, o caráter extático das regras e a ineficácia da pressão social difusa (HART, 1994, pp. 92-94). É a segunda característica ou defeito do mundo social composto apenas de regras primárias que vai interessar em nossa análise de Waldron.

A alteração das regras num mundo pré-jurídico ocorre apenas por meio de dois processos involuntários. O primeiro modo é o lento processo de crescimento, através do qual comportamentos tidos como facultativos lentamente se tornam hábitos e, depois, lentamente passam a ser tidos como obrigatórios. O segundo modo é o processo inverso de enfraquecimento, no qual os desvios punidos com severidade recebem lentamente tratamentos

mais brandos até o ponto de serem tolerados e, depois, passarem despercebidos. Não há meio de adaptar-se deliberadamente às circunstâncias em mutação, porque a possibilidade de alteração deliberada das regras pressupõe um tipo de regra diferente das regras primárias de obrigação (HART, 1994, pp. 92-93; ver também WALDRON, 1999b, p. 12-14).

Para haver alteração deliberada das regras primárias de obrigação é preciso que existam regras secundárias de alteração, cuja forma mais simples é a de conferir poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias e eliminar regras antigas (HART, 1994, pp. 95-96). A transição para o governo do direito envolve, então, o estabelecimento de regras secundárias, especialmente de regras de alteração (WALDRON, 1999b, p. 14).

Porém, essa transição só ocorre, como vimos, diante de uma crise no mundo pré-jurídico, uma mudança social e/ou ambiental que torna necessária a alteração das regras existentes. E essa mudança em geral está acompanhada de desacordos sobre quais devem ser as novas regras a serem estabelecidas, conjuntamente com uma necessidade sentida de que existam novas regras para que a comunidade permaneça. E essas são justamente as circunstâncias da política.

Por definição, não pode haver desacordos sobre quais devem ser as regras primárias de obrigação no mundo pré-jurídico. Quando as regras existentes são descumpridas significa que ou elas foram ignoradas, ou não foram aceitas por um indivíduo. A existência de desacordos persistentes sobre quais devem ser as regras de obrigação levaria necessariamente ao colapso do mundo pré-jurídico com sua conseqüente desintegração ou adoção de um regime jurídico de regras primárias e secundárias.

A existência do direito é, em si, evidência dos desacordos morais dentro da comunidade política. Usando terminologia hartiana, podemos dizer que a existência de regras secundárias é evidência do desacordo sobre quais devem ser as regras primárias e secundárias do sistema jurídico da comunidade política.

### III.2 A AUTORIDADE DO DIREITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA

A explicação da autoridade do direito nas circunstâncias da política, para Waldron (1999a, p. 103-105), é melhor feita no contexto da teoria dos jogos, especialmente do jogo conhecido como batalha dos sexos. A estrutura da teoria dos jogos nos convida a contrastar dois tipos de problemas da ação coletiva: o dilema do prisioneiro e os problemas de coordenação puros (WALDRON, 1999a, p. 103).<sup>27</sup> O dilema do prisioneiro pode ser resumido da seguinte forma:

Dois suspeitos são levados em custódia e separados. O promotor está certo de que são culpados de um crime específico, mas não têm evidências adequadas para condená-los em um julgamento. Ele aponta para cada prisioneiro duas alternativas: confessar o crime que a polícia está certa de que eles cometeram, ou não confessar. Se ambos não confessarem, então o promotor afirma que irá fichá-los por uma infração menor como furto ou posse ilegal de arma, e ambos receberão uma punição menor; se ambos confessarem, serão processados, mas ele recomendará uma sentença menor que a pena máxima; se um confessar e o outro não, então quem confessar receberá um tratamento brando por cooperar fornecendo evidências enquanto o outro receberá a pena máxima (LUCE and RAIFFA, 1957, p. 95).

Tomando os resultados P, Q, R e S de modo que P seja melhor que Q, Q seja melhor que R, e R por sua vez seja melhor que S, teremos a seguinte tabela explicativa dos resultados das

---

<sup>27</sup> O próprio dilema do prisioneiro poderia ser considerado como um problema de coordenação. Ao não fazê-lo aqui, sigo Waldron (1999a, p. 103).

decisões individuais, no qual as colunas representam as possíveis decisões de um prisioneiro e as linhas, as de outro (WALDRON, 1999a, p. 103):

	<b>Cooperação</b>	<b>Não cooperação</b>
<b>Cooperação</b>	Q, Q	S, P
<b>Não Cooperação</b>	P, S	R, R

Vendo a tabela acima, fica claro por que o dilema do prisioneiro não é uma boa representação da situação que temos nas circunstâncias da política. O ponto todo do dilema do prisioneiro só ocorre porque aqui o peso das razões para cooperação está em situação muito próxima do peso das razões para a não cooperação. E isso se dá porque desde o início os presos são mantidos separados, de modo que não há diálogo e debate entre eles para que possam decidir qual a melhor estratégia a seguir. Mais importante que isso, para a diferença em relação às circunstâncias da política, porém, é o fato de que o possível desacordo de opinião entre ambos sobre qual estratégia adotar não tem nenhum papel relevante no jogo.

Waldron (1999a, p. 103) procura, então, uma forma pura de problema de coordenação com duas pessoas como jogo alternativo na explicação das circunstâncias da política. Enquanto no dilema do prisioneiro a comunicação não ocorria entre os participantes do jogo, aqui temos uma situação em que pode ocorrer diálogo e debate entre eles. Aqui, ambos os participantes preferem o resultado cooperativo do que o não cooperativo, como mostra a tabela a seguir, na qual, novamente, as colunas representam as possíveis escolhas de um participante enquanto as linhas, do outro:

	<b>Fazer X</b>	<b>Fazer Y</b>
<b>Fazer X</b>	P, P	Q, Q
<b>Fazer Y</b>	Q, Q	P, P

Dada a preferência pelo resultado cooperativo, podemos entender aqui a necessidade sentida de um esquema, decisão ou ação comum, uma das circunstâncias da política. Certamente há casos em que a decisão política e as regras jurídicas dela resultantes podem ser explicadas por esses problemas de coordenação. Esse é o caso, por exemplo, de certas regras trânsito. Precisamos saber por que lado da rua dirigir, e é melhor a cooperação que a não cooperação. Pode muito bem ser o caso de que a autoridade de certas regras de trânsito derive de sua capacidade de coordenar ações em casos semelhantes.

Mas Joseph Raz nos lembra que, embora possa explicar a autoridade de alguns casos centrais de normas jurídicas, os problemas de coordenação são incapazes de explicar a autoridade do direito em si, porque nem todas as normas jurídicas podem ser descritas como desempenhando uma função semelhante (RAZ, 1995, p. 343 et seq.).

Mesmo se deixarmos de lado as objeções de Raz, os problemas de coordenação puros falham em capturar o desacordo como circunstância da política, falhando, portanto, enquanto explicação da autoridade do direito nas circunstâncias da política.<sup>28</sup>

A forma das circunstâncias da política é melhor capturada por um tipo específico de jogo de conflito parcial conhecido como batalha dos sexos, no qual cada participante prefere o resultado cooperativo ao resultado não cooperativo, embora discordem sobre qual resultado cooperativo deve ser buscado (WALDRON, 1999a, pp. 103-104). Esse jogo pode ser assim formulado:

---

<sup>28</sup> Essa, é claro, não é uma falha do jogo em si, mas da tentativa de explicar as circunstâncias da política e a autoridade do direito em tais circunstâncias por meio desse jogo.

Um homem, jogador 1, e uma mulher, jogado 2, têm duas escolhas para um entretenimento noturno. Cada um pode ir ou a uma luta esportiva [...] ou ao balé [...]. Seguindo o estereótipo cultural, o homem prefere mais a luta e a mulher prefere mais o balé; porém, para ambos é mais importante irem justos do que cada um ir ver seu entretenimento preferido (LUCE and RAIFFA, 1957, p. 91).

Esse jogo é expresso na seguinte tabela:

	Fazer X	Fazer Y
Fazer X	P, Q	R, R
Fazer Y	S, S	Q, P

Jogos de conflito parcial como a batalha dos sexos expressam melhor a situação das circunstâncias da política e, assim, ajudam na compreensão da autoridade do direito como fruto de decisões políticas (WALDRON, 1999a, p. 104). É claro que, no jogo são dois participantes, enquanto nas circunstâncias da política temos toda uma comunidade, com centenas, milhares, talvez milhões de pessoas. Porém, a situação é aproximadamente a mesma: sentimos necessidade de um esquema, decisão ou ação comum em face do desacordo sobre qual deve ser esse esquema, decisão ou ação comum.

Não é o caso de que devemos respeitar o direito apenas porque ele resolve o conflito parcial. Um sistema jurídico pode, de fato, fazer contribuições ao associar sanções apenas a uma das opções coordenativas e, assim, diminuir a diferença entre P e Q para um dos jogadores mesmo no dilema do prisioneiro. Mas antes que ele possa fazer isso, a sociedade deve decidir qual dos resultados coordenativos selecionar como sendo ligado a uma sanção. E decidir isso é



uma grande conquista que merece nosso respeito. É exatamente essa decisão nas circunstâncias da política que dá ao direito sua autoridade (WALDRON, 1999a, p. 104).

A objeção de Raz à compreensão da autoridade do direito por meio dos problemas de coordenação não poderia ser repetida aqui contra o conflito parcial do tipo representado pela batalha dos sexos? Não há muitas regras jurídicas que não podem ser explicadas pelos conflitos parciais. O exemplo fornecido por Raz (1995, p. 349) para negar que as principais regras jurídicas possam ser explicadas por problemas de coordenação, a proibição legal ao estupro, pode ser compreendido como um conflito parcial do tipo batalha dos sexos.

Realmente, não é o caso de que alguns queiram que o estupro seja o modo pelo qual agiremos em conjunto enquanto outros preferem um esquema de ação conjunta que o proíbe. Waldron (1999a, p. 105) concorda com isso: devemos nos sentir horrorizados ao pensar que a razão para que alguém deixe de estuprar é o respeito que tem para com a lei. No caso do estupro, bem como no de outros, como o assassinato, a autoridade legítima da lei que os proíbe não parece ser bem explicada como um conflito parcial. Mas isso não signifique que essa autoridade não possa ser explicada pelas circunstâncias da política.

Claramente as proibições do estupro e do assassinato não tem a ver com a ação coletiva coordenada, pois são ações erradas (e consideradas erradas) mesmo em sociedades em que são amplamente praticadas. Certamente existem leis e proibições, como a proibição ao estupro e ao assassinato, que todos apoiam independentemente de suas visões políticas e ideológicas (WALDRON, 1990, p. 12). Assim, uma análise da legislação sobre o estupro ou o assassinato em termos de algum tipo de problema de coordenação não parece muito promissora (RAZ 1995, pp. 349 et seq.).

Mas o assunto se torna mais complexo quando consideramos difícil o consenso sobre alguns aspectos controversos das disposições jurídicas sobre o estupro e o assassinato, como o estupro presumido, o estupro marital, o estupro homossexual, as bases pelas quais o

consentimento pode ser inferido, os erros em relação ao consentimento etc., em um caso, a legítima defesa, o estado de necessidade, a presença de fortes emoções ou relevante fim social, o suicídio assistido, o dolo eventual etc., no outro. Ao considerarmos esses aspectos controversos, podemos perceber que pessoas razoáveis podem ter grandes discordâncias no que se refere ao estupro e ao assassinato, não obstante um núcleo de consenso.

Apesar dessas discordâncias, cada pessoa pode ter um interesse em compartilhar com o resto da sociedade um esquema jurídico comum sobre o estupro e sobre o assassinato que aborde todas essas questões: um esquema que especifique uma idade para o estupro presumido, as condições específicas da configuração do dolo eventual etc. E esse interesse em um esquema comum, mesmo quando não é o esquema que teria sido preferido por muitos, pode superar a alternativa de não haver nenhum esquema sobre esses casos controversos. Essa preferência tem a ver, em parte, com o fato de que a administração da justiça não pode existir apenas para casos não-controversos. Quando deslocamos o foco de uma simples proibição do estupro ou assassinato para o arranjo complexo de regras aí envolvidas, vemos que a maioria dos assuntos que o direito aborda pode ser associada ao formato do conflito parcial tal qual expresso pelo jogo da “batalha dos sexos” (WALDRON, 1999a, pp. 103-105). E quando voltamos aos princípios fundamentais – justiça, direitos, bem comum, etc. – nos vemos diante de uma dificuldade ainda maior de encontrar qualquer consenso (WALDRON, 1990, pp. 12-13).

O direito surge a partir de decisões tomadas em nome da comunidade em tais circunstâncias. O direito, ele mesmo, é o resultado de um processo político:

O sistema jurídico nos afeta a todos porque seu propósito é regular muitos de nossos comportamentos e prover um esquema [comum] para muitas de nossas interações na vida pessoal, social e econômica. Mais que isso, o direito também é a expressão deliberada e articulada de nossas tomadas de decisão políticas; o sistema jurídico é parte do sistema político (WALDRON, 1990, p. 1).

Assim, a autoridade e a legitimidade do direito estão ligadas à autoridade e à legitimidade do processo político do qual teve origem. Por essa visão, a dignidade da legislação e as bases de sua autoridade e sua exigência de respeito por parte dos cidadãos estão ligadas ao respeito devido ao tipo de conquista que ela é: a ação coletiva coordenada, cooperativa ou combinada nas circunstâncias da política. A ação em conjunto não é fácil, especialmente diante das circunstâncias da necessidade sentida de um esquema, decisão ou ação comum e do desacordo sobre qual deve ser esse esquema, decisão ou ação comum. Assim, a ação em conjunto é uma grande conquista humana: se a ação em conjunto pode falhar mesmo quando todos estão de acordo quanto ao fim desejado e aos meios a serem utilizados, muito maior a conquista quando a ação ocorre em circunstâncias em que há discordância quanto ao que deve ser feito. (WALDRON, 1999a, p. 101-102; 1999b, p. 156-157).

Uma escolha coletiva precisa ser feita, apesar do desacordo, entre uma série de opções propostas pelos membros individuais, pois esperar pelo consenso equivale simplesmente abdicar da possibilidade de decisão comum nas matérias de dissenso (WALDRON, 1990, p. 13). Essa escolha deve ser feita com base em nada além da visão dos indivíduos. Embora algumas dessas visões possam ser objetivamente erradas, tudo com o que se pode contar aqui são visões de indivíduos sobre isso, pois não há nenhum teste objetivo aceito por todos por meio do qual verificar qual dessas posições é a mais acertada. Então, todos concordam que uma decisão deve ser tomada entre as opções propostas e deve ser tomada com referência a nada mais que suas visões. Essa decisão deve ser tomada, todos concordam, apesar do fato de que estão em desacordo sobre qual decisão deve ser tomada: ou seja, a decisão deve ser tomada apesar do fato de que não será possível a unanimidade (WALDRON, 1999b, pp. 146-148). Essas são as ideias base para a explicação da autoridade do direito legislado segundo Waldron.

O que chamamos de direito é, então, a medida identificada no fim do processo de tomada de decisão nas circunstâncias da política, i.e., a decisão política consubstanciada na lei. Então, a situação ou estado no qual as pessoas se submetem a tal decisão é o que chamamos de estado de direito. O estado de direito não é apenas o princípio de que os oficiais e cidadãos devem aplicar e obedecer ao direito mesmo quando vá contra seus próprios interesses. É o princípio de que os oficiais e cidadãos devem fazer isso mesmo quando a lei é, em sua opinião, injusta, imoral e errada. A aprovação da medida como lei é evidência da existência de uma visão diferente sobre a justiça, a moralidade e a desiderabilidade política: alguém deve ter sido a favor dessa medida e pensado que ela era uma boa ideia para que ela se tornasse direito. A falha do oficial em aplicar a lei porque acredita que ela é injusta, e a recusa do cidadão em seguir a lei pelo mesmo motivo equivale, então, a abandonar a própria ideia de direito, a ideia de que uma comunidade possa tomar uma posição sobre um assunto quando seus membros discordam sobre qual a posição que deve prevalecer (WALDRON, 1999b, pp. 37-38).

A autoridade do direito, então, está ligada ao senso de necessidade de um esquema, decisão ou ação comum – e necessidade de que essa decisão seja tomada dentro de um prazo mais ou menos específico, e não protelada indefinidamente – conjugada com o desacordo sobre qual deve ser esse esquema, decisão ou ação comum. Há porém, muitos procedimentos e maneiras de se tomar decisões nas circunstâncias da política. E nem todos poderão ser adjetivados de legítimos e democráticos. Sendo assim, o argumento de Waldron ainda não está completo, e ele deve nos dizer por que o direito é mais legítimo e tem, portanto, mais autoridade (legítima), quando provém de votações democráticas majoritárias.

### III.3 O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

O principal problema na compreensão da decisão majoritária como forma de criação de direito está em sua arbitrariedade. As questões abordadas nas leis envolvem importantes interesses individuais, e se não se tomar bastante cuidado, alguém poderá ser oprimido ou tratado injustamente. No entanto, a votação parece o oposto do tipo de cuidado que a justiça exige. Os projetos de lei não adquirem autoridade jurídica em virtude de um raciocínio corretamente fundamentado ou de uma apreensão direta da lei natural. Adquirem-na por nada mais que números a seu lado em uma votação majoritária. A decisão política por meio da votação majoritária não parece, então, tão arbitrária quanto uma decisão por cara-ou-coroa? Como, então, esperar que se leve a sério a legislação (WALDRON, 1999a, pp. 89 et seq.; 1999b, pp. 126 et seq.)? Como tanto as legislaturas quanto os tribunais se valem do princípio majoritário em decisões finais, se esse método de tomada de decisão levar a resultados sempre arbitrários, então a quase totalidade do direito moderno pode ser acusado de ser carecer de bases racionais (WALDRON, 1999a, pp. 128-129).

A situação é ainda pior quando a essa preocupação com a arbitrariedade acabamos juntando preocupações com respeito à inconstância e à incoerência de leis resultantes do confronto de facções parlamentares rivais disputando a superioridade numérica (WALDRON, 1990, pp. 17 et seq.; 1999b, pp. 127-128).

A relação entre o direito e a política partidária pode ser compreendida de dois modos inteiramente distintos:

Colocando de maneira grosseira: podemos pensar no direito como partidário, como nada mais que a expressão em termos legislativos da ideologia ou política particular de um partido político; ou podemos pensar no direito como neutro, como algo que se coloca acima da política partidária, ao menos no sentido de que, uma vez promulgado, ele deve exigir a obediência e o respeito por parte de todos (WALDRON, 1990, p. 12).

Se pensarmos no direito, ao menos no direito legislado, como partidário, chegaremos em algum tipo de visão da lei como indigna. A lei se coloca diante de nós como uma intrusa, como resultado de uma maioria transitória, com algo de arbitrária (WALDRON, 1999b, pp. 9-11) e, pior ainda, opressora da minoria.<sup>29</sup> Se, pelo contrário, adotarmos a visão de que o direito está aí em nome de toda a comunidade política, poderemos ver no princípio majoritário, enquanto método de tomada de decisão nas circunstâncias da política, as bases para sua autoridade.

Mas como uma lei pode ser neutra e estando aí em nome da comunidade como um todo se é fruto da visão do partido vencedor na votação parlamentar? A neutralidade legislativa pode ser compreendida tanto como algo relacionado com as consequências de uma lei quanto com algo relacionado às intenções do legislador (WALDRON, 1993, pp. 149-150). Porém, nenhuma das posições é muito promissora aqui. A neutralidade das consequências da lei é, no máximo, uma utopia (a lei sempre acabara tendo consequências que afetarão mais umas pessoas do que outras), enquanto a neutralidade das intenções do legislador é, no mínimo, irrelevante institucionalmente (embora não moralmente) em um contexto de votação majoritária.

Mas talvez possamos compreender a neutralidade de que fala Waldron, a partir de sua visão sobre a dignidade e a autoridade da legislação no contexto de votação majoritária, como uma neutralidade procedimental. A adoção de um procedimento que não privilegia de antemão

---

<sup>29</sup> A ideia de que a lei está aí apenas em nome do partido ou facção vencedora tem clara ligação com o argumento da tirania da maioria.

qualquer das visões em conflito pode ser vista justamente como a base para a neutralidade da legislação, ainda que a lei em si adote claramente uma posição defendida por um ou mais partidos em oposição a outras posições defendidas por outros partidos.

Para entendermos isso, precisamos entender o modo de funcionamento da decisão majoritária e sua relação com os procedimentos legislativos. Waldron ofereceu duas explicações sobre o mecanismo da votação majoritária, uma no último capítulo de *The Dignity of Legislation*, em que recorre a Locke e Hobbes, e outra no Capítulo 6 de *Law and Disagreement*, no qual recorre à metáfora da máquina democrática de Richard Wolheim. Começemos por Locke e Hobbes.

Waldron leva adiante sua discussão sobre o mecanismo da votação majoritária a partir de uma passagem do *Segundo Tratado* de Locke:

Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria; pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o consentimento da maioria; do contrário, torna-se impossível que aja ou se mantenha como um corpo único, uma comunidade única, tal como o consentimento de cada indivíduo que nela ingresso concordou que devesse ser; e, então, todos estão obrigados por esse consentimento a agirem de acordo com a maioria. E, portanto, vemos que, nas assembleias que têm poder para agir segundo leis positivas, em que nenhum número é fixado por aquela lei positiva que lhe confere poder, o ato da maioria passa por ato de todos e, é claro, determina, pela

lei da natureza e da razão, o poder do todo. (LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**, Capítulo VIII, § 96 [LOCKE, 2003, p. 142]).<sup>30</sup>

Dessa passagem, podemos retirar três pressupostos da votação majoritária: a) a de que o corpo político (comunidade) não se fragmentará, o que implica que, mesmo derrotada na votação, a minoria não escolherá a secessão (o que fragmentaria a comunidade), b) a de que o corpo político (comunidade) se moverá numa ou noutra direção empurrado pelas forças partidárias, e não num vetor da direção de seus elementos, o que significa que o resultado da votação será a aprovação ou rejeição da proposta, e não uma terceira opção, e c) a de que cada uma das partes aplica ao corpo político (comunidade) a mesma quantidade de força, variando apenas a direção da força, o que significa que todos os indivíduos têm a mesma força política na votação (WALDRON, 1999b, pp. 129-132).

Esses pressupostos serão melhor entendidos a partir da rejeição de duas possíveis interpretações da passagem de Locke. A primeira, denominada por Waldron de interpretação fiscalista, vê o corpo político como um corpo físico, realmente movido por forças físicas. A segunda, denominada de interpretação militarista, vê a votação majoritária como substituto civilizado do combate armado real. Ambas falham em capturar a lógica do consentimento. Mas não apenas isso, falham também em capturar as pressuposições para a explicação do princípio majoritário: nada numa interpretação fiscalista ou militarista pode explicar porque o corpo não se fragmenta, por que não se move em um vetor ou solução de compromisso, e por que o poder político de cada indivíduo deve ser igual ao de cada um dos demais (WALDRON, 1999b, pp. 129-136 passim).

---

<sup>30</sup> Utilizei também a tradução presente em LOCKE, 2005, p. 469, embora tenha feito algumas modificações de modo a permanecer o mais literal possível.



Um princípio de explicação da votação majoritária pode ser encontrado ao notarmos duas exortações de Locke na passagem acima. A primeira é de que se deve seguir a opinião majoritária, vencedora na votação; a segunda é a de que os derrotados não devem se revoltar e devem fazer a sua parte para manter o corpo coeso. E Waldron nota que a primeira exortação pressupõe a segunda: alguém que não esteja convencido de que deve esforçar-se para manter o corpo coeso não poderá se convencer de que deve, enquanto membro da minoria derrotada na votação, seguir a opinião da maioria (WALDRON, 1999b, pp. 133-134).

Certamente a explicação dessas exortações não pode recorrer a argumentos de força física ou militar. Não apenas esses argumentos falham enquanto argumentos normativos, i.e., não explicam por que *devemos* seguir as exortações, mas principalmente, falham enquanto argumentos propriamente ditos. Como nos diz Rousseau, um argumento baseado na força não tem a capacidade, na deliberação prática, de se opor a qualquer razão que alguém tenha para resistir à força em questão: se temos que obedecer por causa de uma força, então não temos dever algum de obedecer (ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**, Livro I, Cap. 3 [ROUSSEAU, 1796, pp. 14-16]).

O que Locke afirma no que se refere à decisão majoritária é que é o consentimento dos indivíduos que compõem a comunidade, como membros, que move o corpo político (comunidade). E o consentimento dado pelo voto carrega força moral, e não física ou militar (WALDRON, 1999b, p. 136). Essa força moral é justamente o que dará legitimidade à decisão majoritária e ao direito legislado assim elaborado.

O consentimento ajuda a explicar o segundo pressuposto da decisão majoritária, o de que o corpo não se moveria em uma terceira direção. A pressuposição de Locke, de que o que move a comunidade política é apenas o consentimento de seus membros, deve nos levar à ideia de que nada além do consentimento dos indivíduos determinará o escopo de opções para a decisão política. Assim, temos que cada uma das possibilidades que formam o leque de opções

entre as quais devemos escolher como comunidade somente pode ser proposto por membros individuais de nossa comunidade. Assim, uma solução de compromisso somente poderá figurar entre as opções se for apresentada como proposta por algum indivíduo membro da comunidade. Então, o corpo político não poderá se mover a não ser para uma direção proposta e consentida por algum de seus membros. Ele não se moverá em uma direção que não foi proposta por ninguém (WALDRON, 1999b, pp. 141-142).

Locke exige o consentimento unânime para a formação da comunidade por meio do contrato social, isso explica o primeiro pressuposto da decisão majoritária, o de que o corpo político não se fragmentará. Mas não deve esperar que haja ou deva haver consentimento unânime para cada decisão da comunidade política, dados os diferentes interesses e opiniões dos indivíduos. Daí a necessidade de um método legítimo de tomada de decisão, o que encontra no princípio de votação majoritária. Ao ingressar em comunidade sabendo que não se deve esperar a unanimidade em todas as decisões, o indivíduo dá também seu consentimento para que a decisão tomada pela maioria deva guiar a ação política. E isso implica dar o consentimento para que o corpo político possa legitimamente se mover em uma direção contrária a que um indivíduo particular (ou muitos deles) gostaria que se movesse (WALDRON, 1999b, pp. 138-139).

A base para esse consentimento encontra-se justamente no pressuposto da igualdade. Negar o consentimento à decisão majoritária e, portanto, negar-se a seguir as duas exortações lockeanas, equivale a negar o pressuposto da igualdade de poder político entre os membros da comunidade, o que é dado justamente pelo ingresso no contrato social (WALDRON, 1999b, p. 139).<sup>31</sup> A igualdade de forças é bem compreendida a partir do consentimento. O voto é a

---

<sup>31</sup> Para Locke, que opera com o esquema conceitual de uma lei natural que estabelece os limites morais daquilo para que um indivíduo pode dar seu consentimento, essa explicação parece funcionar perfeitamente. Mas para Waldron, que reconhece as dificuldades de acesso à lei natural nas circunstâncias da política, como pode o

expressão do consentimento do indivíduo. Se aquilo que move a comunidade é o consentimento dos indivíduos dado pelo voto, e se o consentimento (ao contrário da intenção, da vontade, do desejo etc.) não é algo capaz de variar em grau (quando damos nosso consentimento a um contrato civil, estamos por ele vinculados mesmo quando não estamos muito certos de que era isso o que queríamos), então entendemos por que o poder político de cada indivíduo deve ser igual ao de cada um dos demais indivíduos membros da comunidade (WALDRON, 1999b, pp. 142-144).

Mas como essa discussão a partir de Locke nos ajuda a entender nosso problema inicial, o de como a legislação pode ser neutra e estar aí em nome da comunidade como um todo, e não apenas da maioria? Para mostrar isso, Waldron recorre a Hobbes:

Se o representante for constituído por muitos homens, a voz do maior número deverá ser considerada como a voz de todos eles. Porque se o menor número se pronunciar (por exemplo) pela afirmativa, e o maior número pela negativa, haverá negativas mais do que suficientes para destruir as afirmativas. E assim o excesso de negativas, não recebendo contradição, é a única voz do representante (HOBBS, Thomas. **Leviathan**, Livro I, Cap. 16 [HOBBS, 1985, p. 221]).<sup>32</sup>

A imagem hobbesiana é a de que, uma a uma, as negativas (votos contra a aprovação de uma proposta ou projeto de lei) são canceladas por uma afirmativa (voto em favor da aprovação) correspondente, até que sobre ao menos uma negativa sem ser contradita. O que está aqui implícito aqui são justamente as circunstâncias da política (necessidade sentida de uma decisão, esquema ou ação comum e desacordo sobre qual deve ser essa decisão, ação ou esquema)

---

consentimento operar legitimamente? Certamente Waldron precisará recorrer a argumentos não lockeanos aqui. A análise de tais argumentos será parte do que farei nos três capítulos seguintes.

<sup>32</sup> Utilizei também a tradução presente em HOBBS, 1979 p. 98, embora tenha feito modificações de modo a permanecer o mais literal possível.

conjugadas com os pressupostos da decisão majoritária (não fragmentação da comunidade, decisão de acordo com uma proposta de um membro do grupo e nada além disso, igualdade de poder político entre os membros do grupo):

Os membros acreditam que a decisão deve ser uma função de nada além das suas visões individuais. Eles entendem que as suas visões são relevantes para a decisão do grupo dessa maneira porque o grupo não pode agir legitimamente sem o seu consentimento. Mas eles entendem também que o grupo deve chegar a uma decisão sobre essa questão mesmo que as visões individuais não sejam unânimes; cada um deles já está comprometido com isso. Eles aceitam, finalmente, que, para os propósitos da legitimidade da ação grupal, o consentimento de um membro é tão bom quanto o de outro: embora variam um pouco na sua capacidade e na sua experiência, eles aceitam que são iguais uns aos outros no que diz respeito à exigência de consentimento (WALDRON, 1999b, p. 149).

A preocupação inicial era de que a legislação parece arbitrária e partidária quando é apresentada como resultado de uma decisão majoritária. Como podemos considerar as decisões legislativas como fonte dignificada de direito se são baseadas em nada além da autoridade dos números? Waldron respondeu até agora conectando o trabalho de contar cabeças com as exigências da legitimidade e da equidade. Quando estamos decidindo uma questão que precisa de uma decisão comum e há visões individuais diferentes sobre qual decisão deve ser tomada, a decisão majoritária pode ser tornada respeitável, ao invés de um procedimento político arbitrário (WALDRON, 1999b, p. 151).

Dado que os membros do grupo aceitam as circunstâncias da política e os pressupostos da votação majoritária, o consentimento (expresso pelo voto) de que a medida seja aprovada dado por um membro tem o mesmo valor que o consentimento (expresso pelo voto) de que a medida seja rejeitada dado por outro membro e, portanto, os consentimentos (expressos pelos

votos) se anulam mutuamente, restando apenas consentimentos (votos) não anulados por um voto contraditório. E essa será a decisão do grupo como um todo, a única voz do grupo; e não a decisão ou voz apenas da maioria dos membros do grupo.

Vimos antes como, nas circunstâncias da política, há a necessidade de um procedimento decisório. Agora podemos adicionar a observação de que esse procedimento deve ser arbitrário em relação às posições substanciais que os membros do grupo têm a respeito da decisão que entendem que deve ser tomada. Isso porque se assim não o for, uma posição será necessariamente privilegiada em detrimento de outra, e assim, nega-se o pressuposto da igualdade.

Assumimos que a legislação é o produto de grandes assembleias que compreendem um grande número de pessoas que diferem radicalmente quanto a seus objetivos, interesses etc. Nessas condições, as provisões específicas de uma lei particular são frequentemente o resultado de votos de compromisso.

Já vimos que votos de compromisso devem ser entendidos como propostas às quais ao menos alguns indivíduos dão seu consentimento, e não como um vetor entre duas forças opostas. Mas Waldron pretende defender a ideia mais radical de que a legislação deve ser concebida como uma decisão da comunidade, mas não como intenção dos legisladores. Com isso, a posição de que a legislação deve ser vista como partidária e o aparentado argumento da tirania da maioria sofrerão um duro golpe.

Para fazer essa crítica final, Waldron busca mostrar que é perfeitamente possível imaginar que uma lei não reflita os propósitos ou intenções de nenhum dos indivíduos que, juntos, a aprovaram. Se é assim, a lei, fruto da decisão majoritária, não será partidária em nenhum sentido relevante.

Waldron inicia a argumentação com o exemplo de um fictício Ato dos Veículos no Parque:

*Ato dos Veículos no Parque de 1993.* (1) Com a exceção de bicicletas e ambulâncias, nenhum veículo será permitido entrar em qualquer parque municipal ou estadual. (2) Qualquer pessoa que trazer um veículo a um parque municipal ou estadual estará sujeito a uma multa de não mais que \$ 100 (WALDRON, 1999a, p.124).

Em seu exemplo (WALDRON, 1999a, pp. 124-126), esse texto legal foi resultado de um processo de deliberação e três votações sucessivas no qual existiam três diferentes facções que estavam divididas quanto a três questões: a) a exceção para as bicicletas, b) a exceção para as ambulâncias, e c) a inclusão de parques estaduais tanto quanto parques municipais. As facções estavam assim divididas:

	<b>Facção 1</b>	<b>Facção 2</b>	<b>Facção 3</b>
<b>Incluir a exceção às bicicletas</b>	X	X	
<b>Incluir a exceção as ambulâncias</b>	X		X
<b>Incluir parques estaduais</b>		X	X

Ocorrendo a votação da primeira questão, saem vencedoras as Facções 1 e 2: inclui-se a exceção às bicicletas na redação final do Ato. Na votação da segunda questão, saíram vencedoras as Facções 1 e 3: incluiu-se a exceção às ambulâncias na redação final do Ato. E na terceira e última votação, saíram vencedoras as Facções 2 e 3: incluíram-se os parques estaduais. O resultado final, porém, i.e., a redação do Ato como um todo, não era uma posição defendida por nenhum das facções.

Esse exemplo fictício mostra, portanto, que é perfeitamente possível que uma lei (como um todo) não reflita a posição de nenhum dos membros da comunidade, muito menos da maioria, muito embora tenha sido resultado de um procedimento majoritário de decisão. Isso ocorre justamente porque a decisão majoritária é um procedimento técnico e arbitrário em relação às posições daqueles que participam da votação.<sup>33</sup> Sendo assim, a lei não pode ser vista como meramente partidária.

---

<sup>33</sup> É claro que em muitos sistemas políticos modernos, há mecanismos de votação do texto completo da lei, e não só da lei “parte por parte”. Isso, porém, é uma característica específica de nossos sistemas políticos modernos, e não uma característica necessária de procedimentos de votação majoritária (ver WALDRON, 1999a, p. 127).

### III.4 A DEMOCRACIA E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

Para explicar o funcionamento da decisão majoritária, Waldron se valeu das observações de Locke e Hobbes, e, conjugado com as circunstâncias da política, armou a defesa da legitimidade e autoridade do direito democrático. Mas não restou claro, ainda, por que o princípio majoritário é o mais adequado para a tomada de decisões nas circunstâncias da política. A princípio, dada a necessidade sentida de uma decisão, esquema ou ação comum e o desacordo sobre qual deve ser essa decisão, ação ou esquema, qualquer método de tomada de decisão poderia ser bem vindo:

Nas circunstâncias da política, jogar uma moeda pode ser um modo de estabelecer um curso comum de ação. Se o prazo para a ação estiver próximo demais e a necessidade para a ação em conjunto for suficientemente persuasiva, podemos adotar qualquer método arbitrário que torne um curso de ação mais saliente. Se o assunto for particularmente grave, podemos mesmo *admirar* tais métodos, em um tipo de espírito nitzscheano ou existencialista [...] (WALDRON, 1999a, p. 107).

É isso tudo o que se pode dizer sobre o fundamento da decisão majoritária? É nesse espírito que devemos entender a autoridade e a legitimidade do direito democrático? Waldron pensa que não. E tem boas razões para isso. Devemos entender o julgamento de legitimidade de uma decisão política como algo capaz de admitir diferentes graus. Sendo assim, não podemos julgar um método qualquer de tomada de decisões nas circunstâncias da política como tão legítimo quanto outro método. Há métodos mais legítimos e métodos menos legítimos de tomada de



decisão nas circunstâncias da política. Waldron deve, então, explicar por que o princípio majoritário é o método de tomada de decisão mais legítimo nas circunstâncias da política, sob pena de admitir que outros métodos decisórios darão mais autoridade legítima ao direito, o que, a princípio, poderia levar à conclusão de que existem formas de produção de direito mais legítimas e autoritativas que a forma democrática da decisão majoritária. Waldron (1999a, pp. 109ss passim) compara o princípio majoritário com dois outros métodos (mais radicais) de tomada de decisão nas circunstâncias da política: cara-ou-coroa (um método completamente aleatório) e legislador monárquico único (um método baseado na sabedoria do decisor).

A princípio, nenhum desses métodos parece muito democrático. Mas devemos lembrar que a tomada de decisão política baseada na igualdade de poder político entre os membros de uma comunidade pode se dar de muitos modos: *credenciais democráticas vêm em todas as formas e tamanhos* (WALDRON, 1999a, p. 54). Por exemplo, podemos imaginar que o legislador monárquico único é alguém eleito por voto popular direto, como um presidente, e deve suas credenciais democráticas ao apoio da maioria da população (WALDRON, 1999a, p. 54); ou podemos imaginar que as opções do jogo de cara-ou-coroa são determinadas pelos cidadãos, de modo que suas credenciais democráticas vêm da participação direta dos cidadãos na elaboração das alternativas (WALDRON, 1999a, p. 113).

Também devemos lembrar que a decisão majoritária, muito embora tenha surgido na democracia ateniense, não é necessariamente democrática:

Embora a democracia direta de Atenas tenha desaparecido, o princípio majoritário tem permanecido e prevalecido em praticamente todos os contextos em que decisões são feitas por corpos compreendendo mais de dois ou três indivíduos que consideram uns aos outros como iguais. Os *comitia* romanos o usaram; os padres da Igreja e colégios de bispos os usaram; assim fez o senado da República de Veneza; assim fizeram os concílios da Florença de Maquiavel; assim fizeram os *parlamentos* medievais; assim

fizeram os cidadãos da Genebra e Rousseau; assim fizeram os revolucionários americanos. Enquanto construímos essa lista, devemos nos lembrar de que não há nada de particularmente democrático na decisão majoritária. Por si mesmo, o princípio não implica nada sobre o sufrágio. A corrupta Câmara dos Comuns, comprada e vendida por proprietários oitocentistas ingleses, usava a decisão majoritária. Os juízes da Suprema Corte dos EUA a usam quando discordam sobre se derrubam ou não uma peça de legislação democrática. Os corpos governantes de clubes de aristocratas a usam para escolher entre esquemas rivais para esconder a natureza exclusiva de sua filiação. Pelo que sabemos, conselhos de terroristas a usam para selecionar seus alvos, quando discordam sobre quem devem ser suas próximas vítimas (WALDRON, 1999b, p. 125).

A argumentação em favor do princípio majoritário como método mais legítimo de tomada de decisão nas circunstâncias da política e como fundamento para a autoridade do direito democrático, então, tem de dar conta de por que o princípio majoritário é também o mais democrático método de tomada de decisão nas circunstâncias da política.

O argumento de Waldron parte agora para essa defesa do princípio majoritário em contraposição a métodos completamente aleatórios (cara-ou-coroa, p.ex.) e métodos baseados na sabedoria do decisor (legislador monárquico único, p.ex.).<sup>34</sup> Para tanto, Waldron fundamenta sua teoria da autoridade em dois grandes argumentos democráticos autônomos: a) um argumento epistêmico (V.1), que sustenta que decisões majoritárias em contextos de participação democrática tem mais probabilidade de serem corretas que decisões tomadas com

---

<sup>34</sup> Deve ficar claro aqui que nenhum desses métodos é o alvo central do ataque de Waldron. Waldron combate especificamente a revisão judicial nas circunstâncias da política. Se, por um lado, a revisão judicial se aproxima do método do legislador único, dado que ambos se baseiam na ideia de sabedoria do decisor, por outro ela se aproxima da votação majoritária democrática, pois, nas instâncias superiores, a decisão se dá por votação majoritária dos juízes ou ministros. Mas o ponto de Waldron permanece, se o princípio majoritário aplicado em contextos democráticos é mais legítimo que a revisão judicial, a autoridade do direito legislado é superior à do direito construído pelos juízes ao revisar a legislação.

base em outros métodos de tomada de decisão política, e b) um argumento de equidade (V.2), que sustenta que o princípio majoritário quando em contextos democráticos é mais equitativo (e, portanto, formalmente justo) que outros tipos de procedimento decisório.

Em uma de suas observações sobre as legislaturas, Waldron deixa claro que a explicação de nossa preferência por assembleias de representantes tem outros fundamentos que não suas bases democráticas:<sup>35</sup>

Tal como acontece, a preferência por largas assembleias legislativas é muito mais antiga que a democracia, ao menos muito mais antiga que as formas de democracia com as quais estamos familiarizados. [...] Embora no mundo moderno associemos o caráter da legislatura como uma *assembleia* com a ideia de representação democrática, em um entendimento mais antigo – um entendimento que pode *enriquecer* a teoria democrática do direito ao invés de ser simplesmente uma elaboração dela – a criação do direito estava associada com um processo que relacionava a proposta legislativa à complexidade e multiplicidade de pessoas, regiões, relações e circunstâncias, com aquilo que a lei proposta teria de lidar (WALDRON, 1999a, p. 55).

Mas temos que lembrar que Waldron simplesmente não discute o tema da representação política nesse contexto (ver, e.g. WALDRON, 1999a, p. 109, n. 60). Quando trabalha com as legislaturas, Waldron o faz pressupondo que sua teoria terá o mesmo impacto tanto em decisões democráticas diretas quanto em um sistema representativo. De fato, Waldron parece trabalhar com o modelo da democracia direta quando aborda a fundamentação da autoridade do direito legislado:

---

<sup>35</sup> O estudo dessa questão, porém, foge ao objeto dessa tese. Mencionei aqui essa observação pois devemos tê-la em mente quando analisarmos os argumentos epistemológico e da equidade.

Embora nosso tópico seja a legislação, será mais fácil explicar os pontos que quero desenvolver sobre o respeito em termos de decisão majoritária em uma democracia direta, ao invés de decisão majoritária em uma legislatura representativa. Assumo que no último contexto, a exigência por respeito de um representante é em larga medida uma função da exigência por respeito de seus constituintes; ignorá-lo, desdenhá-lo ou deixar de lado suas visões é um modo de ignorar, desdenhar ou deixar de lado eles (WALDRON, 1999a, p. 109).

#### IV O ARGUMENTO EPISTÊMICO

O primeiro dos argumentos, o argumento epistêmico, foi o primeiro a ser desenvolvido por Waldron. Ele pode ser resumido da seguinte forma: uma peça legislativa, elaborada por meio de votação majoritária, tem autoridade porque o resultado da votação majoritária é mais provavelmente correto do que o resultado de qualquer outro método de tomada de decisão nas circunstâncias da política.

Se tivermos de dar razões para por que fazemos melhor respeitando e seguindo o resultado da votação majoritária, isto é, a legislação democrática, devemos demonstrar que as pessoas fazem melhor respeitando e seguindo as provisões do direito em certos assuntos do que tentando por si mesmas descobrir como devem agir em relação a esses assuntos. É isso o que busca fazer o argumento epistêmico de Waldron.

Esse argumento aparece, em uma versão preliminar, no Capítulo 16 de *Liberal Rights*, em que Waldron contrasta uma versão utilitarista com uma versão rousseauiana de democracia, ligando a última ao Teorema do Júri de Condorcet. Ele reaparece, numa versão mais completa em *Law and Disagreement*, onde Waldron introduz a ideia aristotélica de sabedoria da multidão, tanto como um complemento ao argumento baseado no Teorema do Júri quanto como um argumento por direito próprio. Os detalhes da ideia de sabedoria da multidão são explorados em *The Dignity of Legislation*, que contém uma versão do argumento epistêmico que não recorre nem à justificação normal nem ao Teorema do Júri.

#### IV.1.1 A DEMOCRACIA BENTHAMIANA E A VERSÃO UTILITARISTA DO ARGUMENTO EPISTÊMICO

O argumento epistêmico pode ser baseado numa visão benthamiana<sup>36</sup> (ou utilitarista) da democracia ou numa visão rousseauiana da democracia. Pela visão utilitarista, o “mais provavelmente correto” equivale à maior felicidade do maior número possível de pessoas. O argumento utilitarista em favor da democracia tem sido o de que o procedimento de decisão majoritária no nível da escolha pública pode modelar uma função agregativa de bem-estar social no nível da moralidade utilitarista. Tanto para a moralidade utilitarista quanto para o procedimento de decisão majoritária, o fato de que um curso de ação promove a satisfação de algumas preferências conta como razão a seu favor, e quando se torna claro que nem todas as preferências podem ser satisfeitas, adota-se o curso de ação que satisfaz o maior número possível delas (WALDRON, 1999a, p. 133). Para tanto, o voto tem de ser entendido como um guia confiável da felicidade individual:

Suponha que os votos dados sobre algum assunto representem preferências individuais. Alguns cursos alternativos de ação podem ser tomados, e como bons democratas, decidimos adotar o curso de ação que atraia o maior número de votos. Isso pode soar um pouco como tentar maximizar a satisfação do eleitorado, sob uma fórmula utilitarista

---

<sup>36</sup> Waldron (1993, pp. 394ss) atribui essa tese a Bentham (muito embora ela não apareça na *Introdução aos princípios da moral e da legislação*) e defende que ela está na base da concepção dworkiniana da democracia. Para nossos propósitos aqui, basta entender a visão que ele denomina benthamiana como um tipo ideal ou modelo ideal de compreensão da democracia (ver WALDRON, 1993, pp. 399-400), não sendo necessário entrar na discussão sobre se essa é ou não a melhor interpretação de Bentham ou de Dworkin.

familiar. Em ambos os casos, o fato de que um curso de ação promove a satisfação de algumas preferências conta a seu favor; e quando se torna aparente que nem todas as preferências podem ser satisfeitas, optamos por satisfazer tantas quanto podemos, dada a escolha que enfrentamos. Como democratas, seguimos a vontade da maioria; como utilitaristas, tentamos promover a maior felicidade do maior número. Ambos podem equivaler à mesma coisa se os votos forem um guia confiável da felicidade individual (WALDRON, 1993, p. 394).

Então, uma visão benthamiana ou utilitarista da democracia vê o voto como uma expressão desse auto-interesse e, portanto, um guia seguro para a ação que levará à felicidade do indivíduo votante. A soma dose, portanto, a decisão majoritária é, assim, um guia seguro para a maior felicidade do maior número possível de indivíduos membros da comunidade política.

Podemos aqui entender como seria a autoridade do direito a partir dessa visão benthamiana do princípio majoritário como método de tomada de decisão política e criação do direito nas circunstâncias da política: se um indivíduo sabe que seus cálculos da utilidade social são ainda menos precisos do que o resultado obtido pela soma dos votos, e talvez comprometidos por uma tendência a favorecer as próprias preferências, pode ser mais sábio para ele seguir os resultados da decisão como guia daquilo que exige a felicidade geral. Nessas circunstâncias, qualquer um que aceite o utilitarismo como verdade tem boas razões para tomar os resultados da máquina como autoritativos no sentido da tese J (WALDRON, 1999a, p. 134).

Mas essa visão está sujeita a algumas dificuldades. A primeira delas está justamente na equivalência da felicidade do maior número (utilidade geral ou social) com a felicidade individual daquele votante membro da maioria vencedora. Pelo argumento utilitarista, cada um vota de acordo com seu interesse, mas a autoridade resultante é baseada no interesse geral. As razões que levaram alguém a votar como votou não são as mesmas razões que ele tem para respeitar o resultado. O resultado deve ser respeitado porque incorpora uma conclusão sobre a

utilidade social, enquanto o voto incorpora a utilidade individual (ou de um grupo de votantes). Nos casos mais simples, podemos dizer que o interesse comum é compartilhado pela maioria dos votantes (como na escolha entre uma rodovia ou um porto, p.ex.). Mas casos como esse são raros. Quando a escolha é complexa, quando os custos e benefícios são indiretos tanto quanto imediatos e quando o interesse geral exigir alguma forma de compromisso, a equivalência entre a utilidade geral (felicidade do maior número) e a felicidade do membro individual da maioria vencedora desaparece (WALDRON, 1999a, p. 139).

E há dificuldades ainda maiores para a democracia benthamiana. Uma delas diz respeito ao próprio voto como guia da felicidade individual. A visão benthamiana exposta por Waldron ignora que muitas vezes pode ser o caso de que o indivíduo não seja um bom juiz da própria felicidade e dos próprios interesses. Mesmo os utilitaristas reconhecem que as pessoas não são confiavelmente prudentes quanto à própria felicidade e interesses, o que nos leva a esperar que as decisões majoritárias sejam distorcidas por essa falta de prudência. Além disso, os votos são expressões, por assim dizer, “de tudo ou nada”, e não algo capaz de expressar as muitas variações de intensidade a que estão sujeitas as preferências dos indivíduos (WALDRON, 1993, p. 396).

Um problema mais grave ainda está na ideia de que os votos sejam expressões de interesses ou opiniões sobre o auto-interesse. As pessoas não tomam decisões baseadas apenas em seu auto-interesse; por vezes as pessoas são motivadas por simpatia para com outras pessoas, por alguma ideia sobre o que seria o bem comum, por algum ideal moral (mesmo que utilitarista), e assim por diante. Mas é apenas na medida em que os votantes decidam com base em seu auto-interesse que o resultado final corresponderá à maior felicidade do maior número. Se um certo número de votantes votar com base no que pensa ser a decisão que trará maior felicidade para o maior número, então todo o sistema entra em colapso. Se alguns votam com base no auto-interesse enquanto outros votam com base no ideal moral utilitarista o resultado



refletirá algo diferente da satisfação do maior número. E se todos os votantes forem altruístas com base no que pensam ser a maior felicidade do maior número, não temos razões para pensar que a decisão majoritária pode acrescentar algo em nossa vida política. A soma de votos individuais como forma de garantir a felicidade do maior número só faz sentido em termos utilitaristas se os votantes não forem, eles próprios, utilitaristas (WALDRON, 1993, pp. 396-397).

#### IV.1.2 O ARGUMENTO EPISTÊMICO EM *LIBERAL RIGHTS*

Rejeitada versão utilitarista do argumento epistêmico, resta ver como Waldron irá construir tal argumento. Em *Liberal Rights*, Waldron busca a construção desse argumento com base em uma visão não utilitarista da democracia, denominada por ele de democracia rousseauiana. Waldron (1993, p. 398) se baseia na seguinte citação de Rousseau:

Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se lhes pergunta não é precisamente se eles aprovam a proposta ou a rejeitam, mas se ela está conforme ou não à vontade geral que é sua; cada um, ao dar seu sufrágio, dá sua opinião, e do cálculo dos votos se tira a declaração da vontade geral. Quando, então, domina a opinião contrária à minha, isso não prova senão que eu me enganara, e que aquilo que julgava ser a vontade geral não a era. Se minha opinião particular tivesse predominado, eu teria feito outra coisa e não aquilo que quisera; então é que não haveria sido livre (ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**, Livro IV, Cap. 2 [ROUSSEAU, 1796, pp. 242-243]).

Podemos perceber nessa citação os rudimentos do argumento epistêmico. Os votos expressam a opinião sobre a vontade geral e a decisão majoritária expressa, na lei, qual é a vontade geral. Assim, já que devo seguir a vontade geral, devo conferir autoridade à lei enquanto produto da votação majoritária.

Mas o que interessa a Waldron em Rousseau não é o conceito de vontade geral. Para seus propósitos, a expressão “vontade geral” poderia bem ser substituída pela expressão “as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum” sem nenhum prejuízo. O que interessa é

que o voto expressa não um interesse ou preferência individual, mas sim uma opinião capaz de estar certa ou errada (WALDRON, 1993, p. 398).<sup>37</sup>

No modelo benthamiano, o voto, enquanto expressão do auto-interesse não era algo capaz de estar certo ou errado. Já no modelo rousseauiano, o voto se apresenta como a opinião do cidadão individual sobre qual a decisão é correta aqui, i.e., sobre qual, sendo exigido pela justiça, direitos e bem comum, deve ser a decisão, esquema ou curso de ação a ser levado a cabo pela comunidade (pressupondo, claro, as circunstâncias da política).

Não que as pessoas não votem, muitas vezes, do modo previsto pelo modelo benthamiano, i.e, com base em interesses. Mas mesmo esses votos podem ser interpretados não como expressões diretas dos interesses, e sim como expressões de opiniões a respeito das exigências da justiça, dos direitos e do bem comum: opiniões de que, em assuntos como esse em votação, é justo que a questão seja decidida de acordo com os interesses da maioria. Isso porque o voto é aí uma opinião a respeito do que é justo e correto no que diz respeito às satisfações de interesses e preferências (WALDRON, 1993, pp. 407-409 e 413-414).

Se há necessidade de uma decisão comum e desacordo quanto a qual deve ser essa decisão, e se o voto expressa uma opinião a respeito desse de qual deve ser essa decisão, então os votos da maioria devem prevalecer (WALDRON, 1993, p. 412). É aqui que o argumento de Waldron se torna mais completo e temos a primeira formulação do argumento epistêmico em defesa do princípio majoritário em contextos democráticos:

O único argumento convincente em favor da regra de maioria consistente com o pensamento de Rousseau é o argumento desenvolvido por Condorcet: se os votantes estão lidando independentemente com uma questão que é suscetível de um resposta certa e uma errada, e se a probabilidade média de cada um votar para a resposta correta

---

<sup>37</sup> Devemos notar também como o uso que Waldron faz do contexto da democracia direta para argumentar em favor de sua teoria da autoridade do direito é um traço distintivamente rousseauiano.

é maior que 0,5, então a probabilidade de que a resposta determinada para o grupo pelo procedimento majoritário seja correta tenderá à certeza conforme o tamanho do grupo aumente (WALDRON, 1993, p. 412).<sup>38</sup>

De fato, o teorema de Condorcet pode ser usado como explicação para a convicção rousseauiana de que a vontade geral emerge da votação majoritária (WALDRON, 1993, p. 412). Ou numa formulação alternativa, mais próxima aos objetivos de Waldron, podemos dizer que o Teorema do Júri, ao ser conjugado com as observações sobre o modelo rousseauiano de democracia, completa a primeira versão do argumento epistêmico: dado que, se a probabilidade de que a opinião de cada um dos votantes acerca de qual a decisão correta a ser tomada pela comunidade estar correta for maior que 50%, então, quanto maior o número de votantes, mais provavelmente correta será a decisão tomada por meio da votação majoritária.

Mas podemos perceber uma limitação nesse argumento. O próprio Waldron (1993, p. 412-413) observa que o Teorema pode funcionar para justificar o inverso do que pretende. Dado que o Teorema se baseia na probabilidade de o votante individual médio estar certo, se essa probabilidade for menor que 50%, então, quanto maior o número de votantes, mais a decisão majoritária tenderá ao erro. E os adversários da votação majoritária, como vimos na Introdução, podem defender que, a medida que o grupo aumenta, a competência individual média para decidir sobre questões políticas diminui.

Como tentativa de solucionar o problema, Waldron (1993, pp. 412-413) inclui aqui a dinâmica da deliberação antes da votação. Quando uma proposta é apresentada, algumas pessoas ficam a favor dela, outras, contra. Nesse estágio, a distribuição de opiniões é mais ou menos aleatória. Não temos razões para crer que o lado com o maior número de apoiadores está

---

<sup>38</sup> Waldron se baseia em CONDORCET, Marquês de. **Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix.** [CONDORCET, 1785].

correto. Mas suponhamos que um debate aconteça e que as pessoas de um lado tentem convencer seus opositores com argumentos, e o mesmo se dê no sentido inverso. Se o assunto é tal que permite argumentação racional, se as pessoas envolvidas no debate são suscetíveis apenas de convencimento racional e imunes à retórica vazia e se elas não são motivadas por interesses particularistas, podemos esperar que, no final do debate, as chances de uma dada pessoa chegar à resposta correta são maiores do que no início, talvez mesmo maiores que 50% (WALDRON, 1993, pp. 412-413).<sup>39</sup>

Assim, o argumento engloba não apenas uma fundamentação do princípio majoritário, mas também sua aplicação no contexto da democracia: dado que o maior número de votante levará a uma maior probabilidade de a decisão ser correta, a decisão majoritária será mais legítima quanto mais cidadãos dela participarem. Podemos perceber, também, como o princípio majoritário é mais legítimo que os outros métodos com os quais Waldron o contrasta, cara-ou-coroa e legislador monárquico, pois nesses métodos, o direito é criado por um número menor de pessoas expressando suas opiniões (ou nenhuma pessoa, no caso do método completamente aleatório).

---

<sup>39</sup> E isso ao viola a condição de independência dos votantes que o próprio Condorcet estabelece: desde que a probabilidade de cada indivíduo chegar à resposta correta possa ser determinada de modo independente no final da deliberação e antes da votação, aquilo que ocorreu antes não altera essa probabilidade (ver WALDRON, 1993, p. 413)

#### IV.2.2 O ARGUMENTO EPISTÊMICO EM *LAW AND DISAGREEMENT* E *THE DIGNITY OF LEGISLATION*

No capítulos 6 de *Law and Disagreement*, Waldron repete o argumento epistêmico de uma forma diferente de sua apresentação em *Liberal Rights*. Em ambos os casos, Waldron não mais menciona Rousseau nem a democracia rousseauiana, e acrescenta ao argumento a ideia de sabedoria da multidão que encontra em Aristóteles.

Waldron (1999a, pp. 128ss) está explorando a ideia da votação democrática como método ou procedimento técnico. O passo seguinte do argumento é mostrar como a legislação assim produzida pode ter autoridade legítima. Isso é feito recorrendo-se ao argumento epistemológico baseado na teoria da autoridade de Raz. Waldron.

A autoridade legítima, segundo Raz, pode ser teórica ou prática, ou ambas. Uma afirmação de uma autoridade teórica é uma razão muito forte para se acreditar em algo. De modo similar, uma diretiva de uma autoridade prática é uma razão muito forte para se agir de certo modo (RAZ, 1995, p. 211). No que diz respeito à justificação da autoridade legítima, a teoria de Raz pode ser assim resumida:

A tese da justificação normal: O modo normal e primário de se estabelecer que se deve reconhecer uma pessoa como tendo autoridade sobre outra pessoa envolve mostrar que o alegado súdito provavelmente agirá melhor de acordo com as razões que se aplicam a ele (razões outras que as alegadas diretivas autoritativas), se aceitar as diretivas da alegada autoridade como autoritativamente vinculantes, e tentar segui-las, do que se tentasse seguir diretamente as razões que se aplicam a ele (RAZ, 1995, p. 214).

A aceitação da autoridade não pode ser confundida com uma obediência cega. Ela deve ser justificada. E esse é o papel da tese da justificação normal: a autoridade apenas pode ser justificada e legítima se seus alegados súditos fizerem melhor, quanto às razões que se aplicam a suas ações em determinada matéria, aceitando as diretivas da alegada autoridade legítima do que tentando descobrir por si mesmos o que fazer nas circunstâncias cobertas por tais diretivas (RAZ, 1995, pp. 214-215; WALDRON, 1999a, pp. 84-85 e 95-96).

Um exemplo (embora nesse caso seja de uma autoridade tanto teórica quanto prática) é o de considerarmos um cardiologista como autoridade no que diz respeito a nos informar sobre o que devemos fazer para não termos um infarto. Consideramos sua autoridade como legítima porque pensamos que fazemos melhor no que diz respeito às razões que se aplicam a nós em nossas ações se seguirmos os conselhos do cardiologista do que se tentarmos descobrir por nós mesmos o que devemos fazer para não termos um infarto.

Waldron (1999a, pp. 84-85) explica a teoria raziana com outro exemplo:

Eu reconheço o Estado de Nova Jersey como uma autoridade em velocidade no trânsito se reconheço que dirigirei de modo mais seguro e eficiente na Princeton Turnpike seguindo as instruções e limites de velocidade do Estado do que tentando descobrir por mim mesmo a combinação ótima entre segurança e eficiência em cada localidade (WALDRON, 1999a, pp. 84-85).

Então, Waldron (1999a, pp. 129-131) nos faz observar que, nessa formulação da tese da justificação normal, está implícito que são pessoas que têm autoridade sobre outras pessoas. E por essa interpretação, há uma relação bem forte e direta entre autoridade e autoria.<sup>40</sup> Mas essa

---

<sup>40</sup> Waldron (1999a, p. 130) não se sente seguro em atribuir essa tese a Raz, mas a atribui à interpretação que Andrei Marmor (2005, pp. 119ss passim) faz de Raz.

interpretação da tese da justificação normal parece problemática quando tentamos aplicá-la à autoridade de legislaturas, corpos compostos por centenas e mesmo milhares de pessoas. E isso quando não mencionamos a votação democrática direta (como nos casos de democracia direta, plebiscitos e referendos). Então, parece que essa concepção de autoridade também será problemática para o projeto de Waldron de apresentar a legislação democrática como uma fonte de direito digna que merece ter autoridade sobre nós.

As normas jurídicas podem ser vistas como diretivas, mas as legislaturas não podem ser corretamente vistas como agentes capazes de ter intenções e se comunicar com outros. Se trabalharmos tomando como caso paradigmático o modelo da democracia direta, como o faz Waldron, a atribuição de intenção a um corpo legislativo pode ser ainda mais problemática.

Waldron (1999a, pp. 126-129) compara as legislaturas com máquinas capazes de produzir leis a partir de votos individuais de seus membros, i.e., são programas ou métodos decisórios, e não entes capazes de ter intenções, seguindo o modelo da “máquina democrática” de Richard Wolheim:

Tendo feito essa assunção, agora quero seguir em frente e encarar a Democracia em termos de uma certa máquina que opera de acordo com [o seguinte] método ou regra. A máquina – que para nossa conveniência chamarei de máquina democrática – opera de modo descontínuo. Nela são alimentados, a intervalo fixos, as escolhas de cidadãos individuais. A máquina então os agrega de acordo com uma regra ou método pré-estabelecido, e, então, vem com o que pode ser chamado de uma “escolha” própria. Diz-se que o governo democrático é atingido se, por um período em que a máquina não está funcionando, se age de acordo com a maioria das escolhas recentes da máquina (WOLHEIM, 1962, pp. 75-76).

Waldron (1999a, pp. 126-128) pretende, com esse modelo, explicar como um procedimento em si não intencional pode dar origem à legislação autoritativa. O modelo da máquina democrática



explica o funcionamento procedimental da votação majoritária. Não sendo necessário imaginar uma intenção legislativa por detrás do texto legal produzido. Ou seja, a autoridade do direito não dependerá da autoridade daquelas pessoas que participaram de sua produção, e sim do procedimento por elas utilizado.

Sendo assim, Waldron precisa fazer algumas modificações na formulação raziana da tese da justificação normal da autoridade, de modo a que ela possa ser aplicada ao direito entendido como legislação democrática. Waldron nomeia essa modificação de “tese [J]”:

[J]: Uma lei (ou qualquer texto) S tem autoridade sobre uma pessoa Y apenas se é mais provável que a pessoa Y aja de acordo com as razões que se aplicam a ela ao seguir as provisões de S do que se tentasse seguir diretamente tais razões (WALDRON, 1999a, p. 131).

Com essa formulação, não importa se uma lei (ou texto) S tenha ou não um autor definido, nem importa se, tendo autor definido, seja ou não feita referência a ele. S satisfaz as condições da autoridade legítima *em virtude de características que não fazem referência à condição de especialista de pessoa alguma* (WALDRON, 1999a, p. 131).

Quais são essas características no caso da votação majoritária democrática? Para responder a essa questão, Waldron se vale de três linhas argumentativas. A primeira delas é justamente a linha utilitarista, que, como vimos acima, Waldron rejeita. As outras duas – o Teorema do Júri de Condorcet e a chamada doutrina da sabedoria da multidão de Aristóteles – são complementares.

Ao votar, os votante inserem na máquina democrática sua opinião sobre perguntas como “O que é melhor para todos, ou para a sociedade como um todo?” ou “o que é o justo aqui?”, i.e., o voto é entendido como expressando a visão de cada indivíduo sobre as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum. A aplicação do Teorema do Júri aqui é pura matemática:

Suponha que alguns votantes estão se colocando uma questão simples com duas respostas, uma correta e outra incorreta (por exemplo, eles são jurados decidindo se alguém cometeu ou não um roubo). Assuma que a probabilidade de cada votante escolher a resposta certa é maior do que 0,5, isto é, que cada um mais provavelmente acertará pensando sobre a matéria e então votando de acordo com seu melhor julgamento do que simplesmente jogando uma moeda. Então, contanto que os votos sejam dados independentemente uns dos outros, a probabilidade de que a resposta escolhida por uma simples maioria deles seja a resposta correta é de algum modo maior do que 0,5, e ela aumenta em direção ao limite da certeza na medida em que o tamanho do grupo de pessoas votando aumenta (WALDRON, 1999a, pp. 134-135).

Dessa forma, aplicando-se o Teorema do Júri como parte de um argumento epistêmico de raiz raziana, temos uma forte razão para aceitar a autoridade da legislação produzida como resultado pela máquina democrática: se um grande número de votantes se perguntar se têm uma chance melhor de estarem certos, então o cidadão ordinário faria melhor confiando na decisão gerada pela máquina democrática a partir de seus votos individuais, i.e., cada um faria melhor observando os resultados da máquina do que confiando em seu raciocínio individual que o levou a votar como votou (WALDRON, 1999a, pp. 135-136).<sup>41</sup>

Porém, já vimos a limitação do Teorema do Júri em contextos democráticos: se a probabilidade de acerto do votante médio cair abaixo de 50%, a matemática funciona da direção inversa e a probabilidade da decisão majoritária chegar à resposta correta diminui em direção a zero na medida em que o grupo de votantes aumenta. É por isso que, por si só, o Teorema de

---

<sup>41</sup> O Teorema de Condorcet nos ajuda a entender também a autoridade da legislação nas democracias representativas: quanto mais sábios considerarmos os legisladores, mais razão teremos em seguir suas diretivas dados por meio das votações majoritárias das quais se origina a lei do que teríamos em seguir as posições de um ou uns legisladores individuais, por mais sábios que sejam (ver WALDRON, 1999a. Pp. 140ss).

Condorcet não é capaz de manter o argumento epistêmico para a autoridade do direito democrático produzido por meio de votações majoritárias.

Além disso, o resultado obtido pelo Teorema é puramente matemático: podemos deixar de lado a justiça e a mesmo a objetividade, pois o mesmo tipo de raciocínio nos diz que, se jogarmos ao acaso bolas pretas e brancas para cima, caso mais da metade das bolas seja preta, há uma probabilidade maior de que as bolas que caírem numa urna aberta sejam pretas. Em suma, o Teorema de Condorcet não leva em conta as discussões e persuasões racionais características da deliberação política (WALDRON, 1999a, pp. 136).

Já vimos também como Waldron pensava em complementar o argumento epistêmico com uma defesa de que a deliberação que antecede a votação é capaz de aumentar a probabilidade de cada votante estar certo. A terceira linha argumentativa seguida por Waldron, a denominada de doutrina da sabedoria da multidão,<sup>42</sup> que encontra no Livro III da *Política* de Aristóteles, vem justamente com o propósito de introduzir essas ideias de uma forma mais completa no argumento epistêmico:

Para os muitos, nenhum deles sendo um homem bom, podem, não obstante, ser melhores do que os poucos homens bons quando se juntam. Não que cada um, por si mesmo, seja melhor, mas que, como um todo, eles serão, assim como refeições para as quais muitos tenham contribuído são melhores do que aquelas providenciadas por apenas um bolso. Pois cada um desses muitos pode possuir alguma parte da bondade e da sabedoria; e quando se juntam, assim como a massa pode ser um único homem com muitos pés, muitas mãos e muitos sentidos, assim também pode ser com relação a seu caráter e pensamento. É por isso que os muitos são melhores juízes dos trabalhos de música e poesia; alguns julgam uma parte, outros, outra, e todos juntos julgam o todo (Aristóteles, **Política** III,11, 1281b1-10 [ARISTOTLE, 1962, pp. 36-37]).

---

<sup>42</sup> A tradição de interpretação de Aristóteles por vezes denomina esse argumento de “argumento da soma”, o que Waldron (1999b, pp. 93 e 105-106) considera um equívoco, por evocar interpretações utilitaristas.

Ao contrário do Teorema do Júri, a assim chamada doutrina da sabedoria da multidão não se baseia em um mero argumento matemático, mas sim na operação real das legislaturas com muitos membros e capazes de produzir grandes peças legislativas (a democracia ateniense era uma democracia direta). Mas, como no caso do Teorema, aqui também é pressuposto que os votantes estejam se perguntando de boa-fé uma única pergunta sobre a justiça, os direitos e o bem comum (WALDRON, 1999a, p. 136).

Waldron remete sua explicação aqui ao Capítulo 4 de *Law and Disagreement* e ao Capítulo 5 de *The Dignity of Legislation*. No capítulo 4 de *Law and Disagreement*, após discutir sobre a necessidade de procedimentos e regras técnicas de condução da deliberação e votação, Waldron recorre à teoria da autoridade de Raz e à sabedoria da multidão para explicar a autoridade da legislação produzida por uma legislatura composta por uma assembleia multifacetada:

Uma razão para pensar que uma legislatura moderna satisfaz a fórmula de Raz para a autoridade é, como vimos, o argumento aristotélico sobre a junção de diversas perspectivas e experiências. É mais provável que uma assembleia legislativa venha com melhores respostas do que eu posso dar porque seu conjunto de membros torna possível uma gama mais ampla de experiências e insight do que posso acumular por mim mesmo (WALDRON, 1999a, p. 85).

Mas é no Capítulo 5 de *The Dignity of Legislation* que Waldron foca na análise da passagem aristotélica acima citada. Aqui, Waldron afirma a radicalidade da ideia aristotélica:

A afirmação como a entendo é essa. Se compararmos, no momento, a reivindicação de soberania do povo em geral (o corpo geral dos cidadãos) com a reivindicação de soberania de um indivíduo que é o mais hábil, o melhor e o mais sábio dos cidadãos,

podemos ainda dizer que a reivindicação do povo prevalece. Embora, considerados indivíduo a indivíduo, cada uma das pessoas é inferior ao homem mais sábio, consideradas como um corpo que é capaz de deliberações coletivas, o povo pode tomar melhores, mais sábias e mais hábeis decisões. Pois eles têm o benefício do conhecimento, da experiência, do julgamento e do *insight* de cada pessoa – que eles podem sintetizar em conhecimento, experiência, julgamento e *insight* coletivos – enquanto o melhor homem pode contar apenas com seus próprios recursos individuais (WALDRON, 1999a, p. 93).

Nessa formulação, a doutrina da sabedoria da multidão é uma afirmação da superioridade da decisão coletiva frente à decisão individual. Mas Waldron (1999b, pp. 94-95) nos lembra que o principal objetivo da discussão de Aristóteles era comparar a democracia não tanto com a monarquia, mas principalmente com aristocracia, de modo que uma leitura mais cuidadosa entenderia a sabedoria da multidão como uma afirmação da superioridade da decisão popular democrática frente à decisão de qualquer grupo menor de pessoas, por mais sábios que sejam os membros desse grupo:<sup>43</sup>

O povo agindo como um corpo é capaz de tomar melhores decisões, juntando seu conhecimento, experiência e *insight* que qualquer subgrupo de pessoas agindo como um corpo e juntando o conhecimento, experiência e *insight* dos membros do subgrupo (WALDRON, 1999b, p. 94).

O fundamento para essa defesa da superioridade da deliberação e decisão democrática frente a outras formas de decisão política é explicado por Aristóteles por meio de duas metáforas: a do banquete ao qual muitos contribuem e a do julgamento de música e poesia. O que está por trás

---

<sup>43</sup> Essa segunda formulação é também mais interessante para os propósitos de Waldron, principalmente para seu ataque à revisão judicial.

dessas metáforas é a ideia de que um grande número de indivíduos pode trazer uma diversidade de perspectivas em relação aos assuntos em consideração, sendo, assim, capazes de polir essas perspectivas de modo a se chegar a um resultado melhor do que cada uma delas (WALDRON, 1999b, pp. 101-103).

Usando o exemplo de Waldron (1999a, p. 137; 1999b, p. 102), suponhamos que a *ekklesia* (assembleia dos cidadãos atenienses) está considerando se monta ou não uma invasão à Sicília. Um homem pode conhecer a geografia da costa siciliana, outro pode conhecer o caráter de seus habitantes, outro pode ter experiência em expedições ambiciosas a outras regiões, outro pode conhecer o atual estado da frota naval ateniense, outro pode ser um ressentido veterano de catástrofes militares do passado, outro pode conhecer as riquezas a serem ganhas com a expedição, e assim por diante. Nenhuma pessoa tem sozinha todas as informações e experiências relevantes. A decisão mais racional é colocar juntas as informações e experiências desses vários indivíduos por meio da deliberação e votação na *ekklesia*.

É por isso que Aristóteles considera a marca da natureza política do homem a sua faculdade da fala. Cada um pode comunicar aos outros suas experiências, informações e *insights* que complementam ou qualificam aqueles que os outros possuem. E não só isso, cada um é capaz de fornecer argumentos e contra-argumentos em defesa de sua visão e contra as visões rivais. E quando isso ocorre através da densa interação de uma comunidade, o grupo se torna capaz, como um todo, de obter um grau de sabedoria e conhecimento prático que ultrapassa mesmo aqueles dos seus mais excelentes membros individuais (WALDRON, 1999a, pp. 136-137; ver também WALDRON, 1999b, pp. 105ss).

O confronto entre as posições a respeito da decisão política a ser tomada gera uma síntese de conhecimentos e experiências. E essa síntese pode ser dupla. Em primeiro lugar, pode ser a síntese individual, em que o indivíduo age como o filósofo moral na ética aristotélica: cada membro da assembleia, ouvindo atentamente as teses e argumentos apresentados pelos

defensores das diferentes posições, é capaz de formar sua própria posição sobre o assunto levando em conta as contribuições de todos os pontos de vista. E essa síntese é refletiva em seu voto individual. (ver WALDRON, 1999b, pp. 105-107 e WALDRON, 1999b, p. 137).

Mas essa síntese pode também emergir no nível da ação do grupo. Esse é a um modo de interpretar a questão que Waldron (1999a, pp. 137-138; 1999b, pp. 107-109) busca em John Stuart Mill:

A verdade, nas grandes preocupações práticas da vida, é tanto uma questão de reconciliar e combinar opostos que poucos têm mentes suficientemente capazes e imparciais para fazer os ajustes com uma aproximação à correção, e isso tem que ser feito pelo processo rude de uma briga entre combatentes lutando so bandeiras hostis (STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**, Cap. 2 [STUART MILL, 2006, p. 80]).

Para Mill, o confronto ético entre posições rivais – i.e., um confronto aberto entre ideias e opiniões sobre a natureza e as bases da vida boa, que inclua todo tipo de questões morais, religiosas, políticas e filosóficas – é desejável porque há respostas melhores e respostas piores para essas questões, de modo que é possível tanto a estagnação quanto o progresso moral. Isso porque o confronto ético contribui para o progresso moral tanto pelo surgimento de novas e melhores ideias através do paulatino refinamento das posições, quanto no modo como as pessoas se relacionam com suas posições morais, fazendo-as levar a sério suas posições (WALDRON, 1993, pp. 120-123).

O ponto dessa interpretação da doutrina da sabedoria da multidão é que ideias de certo modo incomensuráveis podem ter um efeito dialético umas nas outras de modo a que algo

melhor emerja da discussão, ainda que o ajuste entre as várias visões não tenha sido feito por meio da atividade sintetizadora de uma única mente individual (WALDRON, 1999a, p. 138).<sup>44</sup>

Por essa linha de argumentação agiremos mais de acordo com as razões que se aplicam a nós se nos submetermos à decisão majoritária, seguindo-o, do que se tentarmos descobrir por nós mesmos o que fazer. Se a multidão, através da deliberação coletiva e da votação majoritária, pode chegar a melhores decisões que mesmo os mais sábios dentro dela, então fazemos melhor seguindo a decisão majoritária do que seguindo nossas próprias deliberações (WALDRON, 1999a, pp. 138 e 141-142).

Com isso, temos a formulação definitiva do argumento epistêmico: a tese da justificação normal modificada em tese [J] nos diz como devemos conceder autoridade à legislação democraticamente produzida por meio de votação majoritária quando fizermos melhor seguindo-a do que tentando descobrir por nós mesmos como agir nas situações em que ela se aplica, o Teorema do Júri de Condorcet nos mostra que a legislação pode ter mais chances de acerto do que nossa deliberação individual, caso a competência média de cada votante seja maior que 50%, e a doutrina da sabedoria da multidão nos mostra como a competência média individual pode ser aumentada acima de 50% com o debate (por meio da síntese individual), bem como nos explica por que devemos considerar a decisão majoritária após o confronto deliberativo das posições rivais como sendo mais sábia que a decisão individual (em virtude da síntese coletiva).

---

<sup>44</sup> Devo mencionar que essa interpretação do argumento aristotélico não é, de modo algum unânime entre os intérpretes e já se afirmou que Waldron erra ao atribuir tais teses a Aristóteles ver KRAUT, , p. 402 e p. 402, n. 18; e MICHELON JR, 2006, pp. 147-148 e 151-152).



### IV.1.3 CRÍTICAS AO ARGUMENTO EPISTÊMICO

Com base no que chamei de argumento epistêmico, estendemos a aplicação da tese da justificação normal de Raz para além de pessoas, abarcando nela também a procedimentos, como a decisão majoritária. A tese da justificação normal pode considerar uma autoridade como legítima apenas quando seus súditos pensam que agem melhor de acordo com as razões que se aplicam a eles quando seguem o direito do que quando tentam deliberar por si mesmos. E a combinação do Teorema do Júri de Condorcet com a doutrina da sabedoria da multidão de Aristóteles interpretada a partir de algumas ideias de John Stuart Mill, dá a Waldron o argumento completo para defender por que a legislação democraticamente produzida por meio de votação majoritária satisfaz as condições exigidas pela justificação normal.

É fácil ver o apelo desse argumento diante da teoria democrática do direito de Waldron e do já vimos nos capítulos anteriores: sempre que procuramos basear a autoridade do direito em alguma visão particular da justiça, deixamos de levar a sério os desacordos que caracterizam as circunstâncias da política; a vantagem do argumento epistêmico é que, mesmo que discordemos sobre questões substantivas sobre como devemos escolher entre elas, podemos ser capazes de concordar com o tipo de procedimento que pode nos levar o mais próximo possível da resposta correta e garantir, assim, a autoridade do direito enquanto produto de tal procedimento.

O argumento epistêmico é exemplo de um tipo de argumentação que procura derivar a autoridade do direito de algum tipo de procedimento particular que procura resolver questões

políticas e morais por meio de apelos epistemológicos de probabilidade de correção (ver MICHELON JR, 2006, pp. 141-142 e 149-150).

Para entender teorias desse tipo, devemos lembrar da distinção entre autoridade teórica e autoridade prática. Uma autoridade teórica, como vimos, nos dá razões para acreditar em algo, enquanto uma autoridade prática nos dá razões para agir. Pelo argumento epistêmico, a autoridade prática do direito legislado é remetida à autoridade teórica do princípio majoritário aplicado em contextos democráticos.

Philip Soper (1989, pp. 216ss) procura criticar a teoria da autoridade de Raz demonstrando que tentativas de explicar a autoridade prática por meio do recurso à tese da justificação normal elimina a própria distinção entre autoridade teórica e autoridade prática. Mas, ao contrário do que pensa Soper, isso não é uma boa objeção, pois existem autoridades práticas com fundamento teórico, como o próprio exemplo do cardiologista que usei acima: se reconheço alguém como melhor capacitado teoricamente para me dizer o que fazer, reconheço-o ao mesmo tempo como uma autoridade teórica e uma autoridade prática para efeitos de minha ação. E é exatamente isso o que Waldron pretende fazer ao utilizar o argumento epistêmico para defender a autoridade prática do direito.

Já Michelon Jr. rejeita a argumentação de Waldron em dois outros pontos. Vejamos sua crítica:

Creio que esse argumento não prospera por ao menos duas razões diferentes: (a) ele implica que o agente prático seja colocado em uma posição inatingível e (b) ele se baseia em uma concepção incorreta do raciocínio prático (MICHELON JR., 2006, pp. 148-149).

A ideia por detrás da segunda dessas razões é que o tipo de raciocínio prático requerido pela deliberação política requer habilidades teóricas e práticas particulares e sensíveis que não são

inatas e, portanto, são mais desenvolvidas em uns indivíduos do que em outros (MICHELON JR., 2006, pp. 151-152). Michelin Jr. não menciona, mas o que está por trás de sua crítica aqui é a ideia, que podemos remeter a Condorcet, de que a capacidade do votante médio chegar à decisão correta em democráticos é menor que 50%, fazendo com que a matemática do Teorema de Condorcet funcione contra a autoridade da decisão majoritária.

É claro que Waldron poderia apelar para alguma noção jusnaturalistas de princípios de raciocínio prático inatos para defender a habilidade de seus votantes. Mas Waldron não faz isso. Talvez porque isso poderia comprometer sua ideia de que os desacordos que ocorrem nas circunstâncias da política devem ser entendidos como desacordos de boa-fé, e o apelo a noções de racionalidade deliberativa ou princípios de raciocínio inatos poderia nos levar muito próximo do tipo de teoria de unanimidade deliberativa que sua teoria procura rejeitar (ver WALDRON, 1999a, pp. 91-93).

Mas Waldron tem outra resposta a nos dar. Nas circunstâncias da política, podemos discordar não apenas quanto a nossas decisões políticas, mas também quanto aos princípios que as embasam. Em especial, podemos discordar sobre o que conta como um bom raciocínio prático nas circunstâncias da política. E aqui o ônus da explicação ficaria com seus críticos que, como Michelin Jr., defendem um tipo particular de concepção de racionalidade prática.

A segunda razão para a rejeição do argumento epistêmico é mais interessante. Michelin Jr. a expressa com um exemplo:

Virgínia se opõe fortemente ao projeto que aumenta um imposto. Ela tem numerosas razões para se opor ao aumento do imposto: ela acredita que dará menos incentivos à indústria e que o governo atual não usa sabiamente o dinheiro dos contribuintes. Mas há vários argumentos de diferentes ordens contra ela. Após seguir os procedimentos legislativos, a Assembleia vota em favor de aumentar o imposto. Agora, se Virgínia aceita o argumento epistêmico de Waldron, ela tem duas crenças relacionadas: (a) ela

deve acreditar que estava errada o tempo todo, visto que é mais provável que a assembleia acerte do que ela e (b) a razão principal que justifica a própria crença é o fato de que a lei foi aprovada em um ambiente polifônico (que é atingido quando todos seguem os procedimentos corretos).

Virgínia obedece o direito porque deve mudar seu pensamento sobre o assunto. Se ela persiste em manter suas antigas crenças, está sendo completamente irracional (qual razão alguém teria para insistir em uma opinião que acredita ser menos provavelmente certa do que a premissa que a contradiz?)

Isso significa que, ao menos quanto a um assunto particular, não há espaço para a polifonia depois de uma decisão legislativa ser tomada. Quanto a esse assunto, seria irracional para todos os que aceitam o argumento de Waldron discordarem. A legislação teria matado a polifonia. O assunto teria sido estabelecido de uma vez por todas e não haveria necessidade de voltar a ele, a menos que surgisse um novo fato (ex.: o PIB cai abruptamente após o imposto subir). A legislação estaria, então, em conflito com a própria polifonia que a sustenta (MICHELON JR., 2006, p. 152).

Waldron parece em parte consciente das implicações dessa objeção. Em sua *Holmes Lectures* de 2009, Waldron (2009d, pp. 12ss) cita um caso canadense de Hugh Owens que publicou em um jornal local e ofereceu a venda adesivos que proclamavam que ideia de que relações entre pessoas do mesmo sexo são ofensivas ao cristianismo e contrárias às prescrições da Bíblia. Após as queixas de três homens que se sentiram ofendidos com os adesivos, Owens foi processado e condenado a pagar uma multa.

O interessante, porém, é que Waldron nota que o processo e a condenação ocorreram após a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Canadá, enquanto o anúncio no jornal e os adesivos foram publicados e vendidos durante o debate político que precedeu a aprovação da lei. Waldron procura com esse exemplo ilustrar as diferenças entre a pluralidade esperada no debate político e a aceitação da lei após sua aprovação. E isso parece confirmar o

exemplo de Michelon Jr. de que, uma vez posta a decisão política por meio de votação majoritária, deixar de aceitá-la como verdade teórica é ser irracional.

Mas isso contraria justamente a ideia pluralista de Waldron, que aparece ao longo de *Liberal Rights* bem como de *Law and Disagreement*. Essa passagem é paradigmática:

Mas constituições, leis e decisões ou opiniões judiciais fazem demandas adicionais a nós como advogados, juristas, políticos e cidadãos ativos e opinativos. Quando algo é promulgado como direito ou como uma fonte de direito, creio que isso nos faz uma demanda de não imediatamente desacreditá-lo ou pensar em meios de anular ou passar por cima dele, ou mobilizar o sistema imunológico do *corpus iuris* de modo a resistir a sua incorporação. Isso deve ser dito cautelosamente, pois sistemas como os nossos também tornam disponíveis generosas estruturas de apelo, emenda constitucional, reversão legislativa, revisão judicial, eleições periódicas e assim por diante; então, em um sentido, nunca se exige de ninguém que aceite uma derrota política ou jurídica como final e irreversível (WALDRON, 1999a, p. 100).

Além disso, vimos acima como Waldron justifica a sabedoria da multidão com base no avanço moral contínuo devido ao conflito ético. E isso exige não só a tolerância das posições minoritárias como também a continuidade do debate mesmo após a decisão política.

Uma saída contra essa objeção seria justamente separar autoridade prática de autoridade teórica aqui. Mas isso não está disponível, pois, como vimos, pelo argumento epistêmico a autoridade prática do direito repousa justamente em sua autoridade teórica. Devemos, portanto, rejeitar o argumento epistêmico.

Ademais, a autoridade atribuída à decisão política é, em parte, como vimos no capítulo anterior, devida à necessidade de uma decisão mesmo diante do desacordo. E, se é assim, a força autoritativa da decisão não pode estar em sua verdade teórica: a decisão majoritária é necessária e possível justamente por que não temos condições, nas circunstâncias da política,

de ter acesso à verdade teórica sobre qual decisão é a correta a se tomar. E notamos isso justamente quando falei há pouco sobre a possível resposta de Waldron a Soper.

## V O ARGUMENTO DA EQUIDADE

Enquanto o capítulo anterior focou na linha argumentativa a partir da tese da justificação normal da autoridade e seus desdobramentos, este capítulo se centrará no argumento da equidade (fairness) em favor da autoridade do direito legislado como resultado da decisão majoritária nas circunstâncias da política.

Waldron (1999a, p. 100) defende que vejamos as normas jurídicas atuais não apenas como a opinião da maioria dos cidadãos, mas como algo que está aí em nome da comunidade política como um todo, independentemente do mérito de seu conteúdo. Essa exigência está no centro de sua teoria da autoridade, e parece apresentar uma concepção de autoridade que parece ser diferente da concepção raziana expressa pela tese da justificação normal.

Isso porque na concepção apresentada por Waldron (1999a, pp. 85-87 e 99-101), o direito possui autoridade para exigir obediência mesmo por parte daqueles que pensam que tem boas razões para não obedecê-lo, isto é, aqueles que não são convencidos pelo argumento epistêmico e estão convictos de a tese da justificação normal da autoridade não abarca o caso do direito, que fariam melhor deliberando e agindo por si mesmos ao invés de seguir as diretivas jurídicas.

O próprio Waldron reconhece a diferença desse argumento em relação ao argumento epistêmico baseado na tese da justificação normal:

[...] Irei defender que a concepção de Raz não é a única concepção de autoridade relevante nas circunstâncias do desacordo. Aqueles que discordam sobre quais razões

se aplicam a eles em alguma área da vida frequentemente têm um interesse comum em se submeter a uma determinação autoritativa única sobre quais são essas razões. Nessa concepção, o respeito pela autoridade legislativa é em parte reconhecimento da necessidade de uma solução comum e respeito pelas condições de equidade nas quais se chegou a uma solução comum entre aqueles que discordavam sobre qual deveria ser essa [solução comum] (WALDRON, 1999a, p. 85).

O argumento da equidade, encontrado principalmente em *Law and Disagreement*,<sup>45</sup> retoma a ideia que vimos quando analisei a distinção entre justificação e legitimidade: a de que julgamentos de legitimidade, i.e., razões para ação política, se baseiam em razões de equidade, e não de justiça substantiva. O argumento pode ser resumido do seguinte modo: a legislação produzida por meio de votação majoritária em contextos democráticos é autoritativa porque equitativa (V.2), i.e., porque se trata de uma conquista nas circunstâncias da política que não apenas trata a todos com igual consideração e respeito no processo de tomada de decisão, mas também dá a cada membro individual da comunidade o maior poder decisório possível compatível com um igual poder dado a cada um dos demais membros individuais (V.1), respeitando o direito à participação política como o “direito dos direitos” (V.3). Iniciarei expondo as diferentes partes dessa formulação para, em seguida, lidar com o argumento da tirania da maioria e as objeções de circularidade (V.4).

---

<sup>45</sup> Há vislumbres desse argumento no Capítulo 16 de *Liberal Rights* e no Capítulo 6 de *The Dignity of Legislation*, mas sua forma completa apenas aparece em diversas passagens de *Law and Disagreement*, especialmente nos Capítulos 4, 5, 9 e 11.



## V.1 IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DA POLÍTICA

No Capítulo II, vimos como o direito, enquanto decisão tomada nas circunstâncias da política, recebe sua autoridade da conjugação da necessidade sentida de uma decisão, ação ou esquema comum conjugado com o desacordo sobre qual deve ser essa decisão, ação ou esquema. Vimos também que o princípio majoritário enquanto método de tomada de decisão nas circunstâncias da política leva a sério a importância moral do consentimento dos membros da comunidade para com a decisão tomada. O que o argumento da equidade pretende mostrar é que o princípio majoritário é a forma mais equitativa de tratar a todos com igual consideração e respeito nas circunstâncias da política.

Seguindo o raciocínio de Waldron (1999a, p. 109), podemos nos pôr algumas questões: Como o princípio majoritário pode tratar os membros da comunidade com igual consideração e respeito se o voto de um indivíduo pode valer muito pouco ou quase nada frente a milhões de votos (se usarmos, como Waldron, o contexto de uma democracia direta ou de mecanismos de decisão popular direta, como plebiscitos e referendos)? A votação majoritária não faz, então, com que o indivíduo se perca na multidão? Se é assim, o voto individual não acaba ficando na mesma situação completamente arbitrária do cara-ou-coroa? E se é assim, por que conceder mais autoridade e legitimidade à decisão majoritária que à decisão completamente aleatória?

Waldron afirma que esses problemas não dizem respeito à decisão majoritária em si, mas sim à escala em que essas decisões são tomadas:

Não há alternativa: se o problema afeta milhões, então um procedimento decisório respeitoso requer que aqueles milhões ouçam uns aos outros e estabeleçam uma política comum de um modo que leve em conta a opinião de todos (WALDRON, 1999a, p. 110).

E a decisão majoritária é aí respeitosa porque respeita o fato de suas diferenças de opinião sobre a justiça, os direitos e o bem comum: ela não requer que a visão de ninguém seja excluída (WALDRON, 1999a, p. 111). O perigo aqui é o de se excluir a visão de alguém, tratando-a como inexistente ou como preconceituosa, auto-interessada, imoral ou baseada em visões equivocadas; e esse perigo é justamente o de desconsiderar o desacordo como circunstâncias da política (ver WALDRON, 1999a, pp. 91-93 e 111-112).

Então, em primeiro lugar, consideração e respeito têm a ver com o modo como tratamos as opiniões de cada pessoa sobre que decisão exigem a justiça, os direitos e o bem comum em circunstâncias nas quais uma decisão é tida como necessária mesmo em face do desacordo sobre qual deve ser essa decisão: tratar a todos com igual consideração e respeito implica, em primeiro lugar, não excluir da consideração a opinião de ninguém. E aqui podemos relembrar as observações sobre as circunstâncias da justiça, especialmente sobre o desacordo, que fiz no Capítulo II.

Mas mais importante ainda, podemos relembrar a visão de Waldron sobre a democracia rousseauiana, que expus quando analisei o argumento epistêmico. Podemos ver a democracia a) a partir de uma visão benthamiana, na qual os votos são expressões de auto-interesses ou b) a partir de uma visão rousseauiana, na qual os votos são expressões de opiniões a respeito das exigências da justiça, dos direitos e do bem comum.

Se adotamos uma visão benthamiana, é difícil encontrar razões para se tratar com igual consideração e respeito todas as posições políticas. Já vimos os problemas dessa visão benthamiana e o por que de devermos rejeitá-la. Ao adotarmos sua alternativa, uma visão

rousseauniana, entendemos a importância de se respeitar e levar em consideração cada uma das visões existentes na comunidade sobre a justiça, os direitos e o bem comum.

E podemos inclusive trazer de volta aqui as ideias de Stuart Mill sobre o conflito ético e o progresso moral, sem precisar incorporá-las a uma tese epistêmica. Basta afirmar que é importante tratar todas as visões com igual consideração e respeito para que a comunidade possa progredir moralmente. Se estou convicto da verdade de minha posição, não tenho por que temer participar como igual em um debate e votação e, mesmo que saia derrotado na votação, posso entender a importância desse processo para o avanço moral de minha sociedade e perceber que a decisão não é definitiva, embora seja necessária, e o debate pode vir a retornar no futuro.

Mas há um outro sentido no qual o princípio majoritário trata a todos com igual consideração e respeito. Pelo primeiro sentido, estaríamos tratando todos com igual consideração e respeito mesmo adotando um método decisório completamente aleatória (cara-ou-coroa) desde que as opções fossem decididas com base nas diferentes visões de cada um dos indivíduos, ou se adotássemos um monarca legislador único, desde que ele levasse em consideração cada uma das diferentes visões dos membros da comunidade na sua decisão (WALDRON, 1999a, pp. 113-114).

A decisão majoritária trata a todos com igual consideração e respeito porque dá a cada indivíduo o maior poder decisório possível, dando um peso positivo ao fato de que um dado indivíduo tem uma certa opinião sobre a decisão a ser tomada. O indivíduo ter uma posição sobre o assunto é uma razão para que a comunidade política decida da maneira como o indivíduo crê que deve decidir (WALDRON, 1999a, p. 113).

Isso é respeitado pela decisão majoritária, com o detalhe de que o mesmo vale para cada uma das opiniões de cada um dos indivíduos membros da comunidade: o princípio majoritário está comprometido em dar a cada indivíduo exatamente o mesmo poder decisório que dá a cada um dos demais indivíduos. E dá a cada um não só o mesmo poder, mas o máximo poder ou

peso decisório compatível com essa igualdade, o que só é possível por meio do voto individual e da posterior soma dos votos na qual votos afirmativos são cancelados por votos negativos (ver WALDRON, 1999a, p. 114; 1999b, pp. 148-150).

Isso é assim justamente porque a comunidade política é composta por vários (milhões, por vezes) cidadãos, e dar a cada um deles o maior poder decisório possível compatível só é possível por meio do voto como expressão da opinião individual. É isso o que está por trás do ditado democrático *one man, one vote* (um homem, um voto).

E a explicação da autoridade do direito legislado vem justamente da combinação das circunstâncias da política com a equidade do princípio majoritário como procedimento decisório em contextos democráticos:

[...] uma abordagem da decisão majoritária não pode por si só explicar a autoridade da legislação [...]. Essa explicação deve vir primeiramente de nosso senso de urgência moral e da importância dos problemas de que precisamos dar conta – as coisas que (moralmente) *precisam* ser feitas e devem ser feitas por nós, em nossos milhões, juntos, se elas são para serem feitas de algum jeito. [...] uma vez estabelecido esse senso de necessidade, então o que tem de ser dito sobre a respeitabilidade da decisão majoritária vem por si só; pois os problemas que enfrentamos se colocam urgentemente para nós *nas circunstâncias da política*, e em particular na circunstância do desacordo sobre qual seria uma solução justa, moral ou de qualquer modo apropriada. O apelo da decisão majoritária é que não apenas resolve a dificuldade que a circunstância gera, mas que o faz em um espírito respeitoso [...] (WALDRON, 1999a, pp. 117-118).

Como discordamos sobre as exigências da justiça, precisamos de princípios de equidade. E o princípio majoritário é o melhor princípio de equidade para nossas decisões políticas (WALDRON, 1999a, p. 188).

Waldron não diz explicitamente que aquelas instituições democráticas foram originalmente designadas para realizar o valor do respeito, ou que as seguimos agora para mostrar respeito. Mas é difícil ver como entender seu argumento de outra maneira [...] (SHAPIRO, 2011, p. 445, n. 1).

## V.2 JUSTIÇA, EQUIDADE E INTEGRIDADE

É claro que esse argumento depende de uma certa concepção de equidade que vê como respeitoso dar a cada um igual peso decisório. Mas essa não é a única concepção possível de equidade (*fairness*). Waldron (1999a, p. 115; 1999b, pp. 160-161) usa novamente Stuart Mill (Considerações sobre o governo representativo, Cap. 8 [STUART MILL, , pp. 163ss]) para ilustrar esse ponto: a equidade pode exigir que tratemos a opinião de cada um de acordo com aquilo que vale, mas não mais do que aquilo que vale. Dependendo da concepção de equidade, então, devemos estabelecer uma distinção entre as opiniões de diferentes pessoas. Talvez uma distinção baseada em alguma interpretação da tese da justificação normal, dando mais peso às opiniões daqueles que são mais sábios.

De fato, mesmo certas ditaduras utilizam algum princípio de equidade:

A ditadura eletiva é um princípio equitativo de um tipo diferente: ao invés de prescreverem um procedimento para resolver decisões em casos particulares, elas prescrevem um procedimento para estabelecer um indivíduo que terá o poder, por um certo período, de tomar decisões com base em seu próprio julgamento em nome de toda a sociedade (WALDRON, 1999a, p. 188).

Mas já vimos como o estabelecimento de um legislador único fere a igual consideração e respeito em seu segundo sentido. Ademais Waldron responde essa objeção apelando para as circunstâncias da política:

Se é possível, nas circunstâncias da política, justificar (ou concordar sobre) critérios de sabedoria etc., para os propósitos dessas diferenciações é outra história. Se a marca da sabedoria é ter vindo com decisões justas no passado, e as pessoas discordam sobre o que conta como uma decisão justa, então não está claro como podemos determinar quem é sábio e quem não é sem falhar em respeitar as pessoas no primeiro sentido estabelecido acima [i.e., sem excluir nenhuma visão] (WALDRON, 1999a, p. 115).

Mais sérias são objeções de que a igual consideração e respeito exigem não tanto uma participação no processo decisório, mas principalmente que o resultado desse processo trate a todos com igual consideração e respeito (ver WALDRON, 1999a, p. 116; 1999b, pp. 161-162). Essa posição tem raízes em Rawls – *O critério fundamental para se julgar qualquer procedimento é a justiça de seus prováveis resultados* (RAWLS, 1999, p. 230, n. 53) – e foi exposta de forma clara por Thomas Christiano:

Mas como os instrumentalistas [aqueles que, como Waldron, defendem concepções não substantivas de legitimidade da autoridade] defendem que o que os cidadãos pensam sobre o mérito dos arranjos jurídicos não é diretamente relevante para a questão da legitimidade, eles falham em dar expressão ao respeito pelos cidadãos como iguais em sua concepção de autoridade (CHRISTIANO, 2000, p. 516).

Em outras palavras, igual consideração e respeito seria uma exigência apenas ou primariamente de justiça, e não de equidade. E esse seria o problema com concepções procedimentalistas da autoridade e da legitimidade.

Deixando de lado a questão da confusão entre justificação e legitimidade nessas objeções, é possível usar a mesma resposta dada à objeção anterior:

Novamente, no entanto, podemos ver que essa noção ampla de respeito é inútil em nome da sociedade nas circunstâncias da política. É porque discordamos sobre o que conta como resultado respeitoso substantivo que precisamos de um procedimento decisório; nesse contexto, colocar a substância novamente no procedimento iria necessariamente privilegiar uma das visões controversas sobre o que o respeito implica e, conseqüentemente, falhar em respeitar os outros [no primeiro sentido] (WALDRON, 1999a, p. 116).

Essa ideia merece uma melhor elaboração à luz da relação entre justiça e equidade. Já falei em equidade no Capítulo II quando trabalhei com a distinção entre justificação e legitimidade e defendi que julgamentos de justificação são julgamentos de justiça enquanto julgamentos de legitimidade são julgamentos de equidade. Mostrei como equidade é uma virtude ou princípio político ligado aos procedimentos decisórios, enquanto justiça diz respeito ao conteúdo da decisão. Mostrei, ainda, como a justiça é necessária para a tomada de decisão: num espírito rousseauiano, para adotar a terminologia de Waldron, cada um vota de acordo com o que crê serem as exigências da justiça (o acréscimo da fórmula “dos direitos e do bem comum” pode ser visto como *bis in idem* para todos os efeitos). A equidade, por outro lado, é necessária para agirmos politicamente com base na decisão tomada, i.e., para conferirmos autoridade prática à decisão política e para compreendermos a obrigação política.

Mas, apesar da origem dworkiniana da distinção, Dworkin não entende a relação entre justiça e equidade do mesmo modo que Waldron. Em Dworkin (1986, p. 166ss), é o princípio ou virtude da integridade que é responsável por lidar com as várias exigências rivais da justiça e da equidade. E justiça, equidade e integridade (juntamente com o devido processo) são princípios ou virtudes jurídico-políticas que se encontram no mesmo nível. E a integridade exige que cada oficial apresente coerentemente o conjunto do direito da sociedade como se viesse de uma única visão coerente sobre a justiça.



Já para Waldron, justiça, equidade e integridade não apenas não estão no mesmo nível, como suas condições de possibilidade e necessidade (normativa) são tais que os desacordos sobre justiça são necessários para que possamos falar em haver equidade e integridade:

John Rawls descreveu a escassez moderada e o altruísmo limitado como *as circunstâncias da justiça*: eles estão entre as condições, ele disse, que explicam tanto a necessidade quanto a possibilidade de princípios governando a distribuição de bens primários. De modo similar, o fato do desacordo político combinado com a necessidade fortemente sentida de uma decisão social em certas matérias são “as circunstâncias da equidade”, ou [...] “as circunstâncias da política”. Elas definem o papel de princípios procedimentais que determinam a quais decisões (ou às de que partido) deve-se conceder autoridade política. Mais ou menos no mesmo sentido, a possibilidade de fragmentação política pode ser considerada como “a circunstância” de algo que Ronald Dworkin estabeleceu como um terceiro ideal: *integridade* (WALDRON, 1999a, p. 189).

Deixando de lado, por hora, a integridade, precisamos da equidade porque discordamos sobre a justiça. Se é assim, princípios de equidade atraentes não devem conferir autoridade decisória a nenhuma das concepções de justiça em competição (WALDRON, 1999a, p. 188).

Justiça, equidade e integridade são ideais presentes em três níveis distintos. A justiça está no nível da decisão política, daquilo que devemos fazer. Se a situação for tal que não nos encontremos nas circunstâncias da política por não haver desacordo sobre qual decisão, ação ou esquema devemos adotar, a justiça deve ser o único princípio a guiar nossa ação. Porém, em havendo desacordo, entra em cena o ideal da equidade: pois, nas circunstâncias da política, como vimos, não temos condições de, antes da aplicação de um procedimento decisório imparcial, decidir qual curso de ação tomar. A integridade, por sua vez, entra em cena como um terceiro ideal, quando, tomada a decisão e sendo esta incorporada ao sistema jurídico, precisamos tornar coerente nosso corpo de leis e regras jurídicas.

Ao colocar esses três ideais em três níveis distintos, temos uma melhor condição de ver o que está em jogo quando justiça, equidade e integridade parecem entrar em conflito: se me vejo diante de uma exigência de justiça (não aceitar o aumento de um imposto, para permanecer no exemplo de Michelin Jr.) e uma exigência de equidade (aceitá-lo em virtude da decisão majoritária que o estabeleceu), não estou diante de um conflito entre ideias morais de mesmo nível. Isso porque o que torna a exigência da equidade uma exigência normativa ou moral é justamente o fato de que a minha não é única visão sobre as exigências da justiça na comunidade da qual sou membro e a visão vencedora na votação deve ter sido a visão da maioria de meus concidadãos sobre o que a justiça exige que seja feito. E se é assim, para a maioria dos votantes, ao menos, não há conflito algum entre as exigências da justiça e as exigências da equidade (ver WALDRON, 1999a, pp. 195ss).

Podemos entender isso recorrendo à ideia de razões de segunda ordem ou exclusionárias na teoria da autoridade de Raz (1990, p. 39; 1979, pp. 17-18). Uma razão de segunda ordem ou exclusionária é uma razão para deixar de agir com base em razões de primeira ordem. E aqui Waldron conclui:

Agora, as visões de alguém sobre a justiça são geralmente conclusões sobre as razões de primeira ordem (i.e., os méritos substantivos) para a sociedade distribuir direitos e recursos de certos modos. Quando se fica consciente de que aquelas visões não são compartilhadas por todos na sociedade, se adquire uma razão de segunda ordem para não agir peremptoriamente – ao menos não em nome de toda a sociedade – com base em sua própria estimativa daquelas razões de primeira ordem. A justiça – certamente a justiça *social* – é algo que devemos assegurar juntos; ninguém pode fazê-lo sozinho. Nosso agir em conjunto como uma sociedade irá exigir que nós sigamos uma visão sobre o que é para ser feito (sobre a justiça) à luz de nossos desacordos a respeito das razões de primeira ordem que se aplicam à matéria em questão. Se decidirmos estabelecer o assunto por votação majoritária, estamos decidindo agir à luz de razões

que são de segunda ordem em relação às razões a partir das quais as pessoas propriamente agem ao formar suas visões substantivas (e ao decidir como votar) (WALDRON, 1999a, p. 196).

Ao negar que a justiça e a equidade possam estar em conflito, Waldron nega também a possibilidade de se sopesar no mesmo nível de raciocínio prático exigências da justiça com exigências da equidade. E isso está de acordo com o que vimos antes sobre a relação entre razões de justificação e razões de legitimidade.

### V.3 DECISÃO MAJORITÁRIA E DIREITOS

Essa visão sobre o papel da equidade nos ajuda a entender a resposta de Waldron a outra objeção: a da tirania da maioria. Waldron resume o argumento nas seguintes palavras:

A preocupação mais comumente expressada sobre a legislação é a de que os procedimentos legislativos podem dar expressão à tirania da maioria e que há o perigo constante de que as maiorias legislativas usurpem os direitos de indivíduos ou minorias (WALDRON, 1999a, p. 11).

Waldron (1999a, p. 13) chama de “mal-entendido” essa ideia de que minorias ou indivíduos estão em perigo constante de sofrer opressão por parte da maioria.

Mas o perigo da tirania da maioria é real em duas situações. A primeira é quando os votos não passam de expressões de auto-interesses dos votantes, como no modelo benthamiano. E é justamente isso que críticos de Waldron buscam ver na democracia majoritária:

[...] defenderei que não é tanto o pano de fundo do pluralismo que explica a necessidade de igual participação na política, mas, mais importante que isso, o pano de fundo da escassez e da competição por aqueles recursos sociais que, em última instância, constituem as condições da autonomia. [...] é o conflito de interesses, e não o conflito de julgamentos, que baseia a necessidade da democracia (MARMOR, 2003, p. 12).

Mas quando vemos a democracia a luz do modelo rousseauiano, i.e., quando vemos os votos como expressões de opiniões sobre as exigências da justiça, então essa objeção desaparece, já

que *nada de tirânico acontece a mim apenas em virtude de que a ação da comunidade da qual sou membro não se dará com base em minha opinião* (WALDRON, 1999a, p. 13; 2006, p. 1398), pois minha opinião foi levada em conta no estabelecimento da decisão da comunidade. De fato, minha opinião teve o maior peso decisório possível compatível com um igual peso conferido às opiniões de cada um dos demais membros individuais de minha comunidade.

Se a equidade tem como condição o desacordo sobre as exigências da justiça (e também sobre os direitos e o bem comum, que estão ligados à justiça), então não podemos adotar princípios de equidade que se utilizem de considerações de justiça:

Um exemplo de tal princípio é o seguinte, que chamarei de Majoritarianismo Modificado: *“Deixemos que prevaleça a maioria, exceto em casos em que a decisão majoritária ameace direitos individuais.”* Se as pessoas discordarem (como sabemos que fazem) sobre quais direitos temos ou sobre o que os ameaça, esses princípios serão inúteis. [...] *ambos* os lados reivindicarão vitória sob o princípio do Majoritarianismo Modificado, e eles não avançarão na tomada de decisão. Eles precisarão estabelecer *outro* princípio de procedimento político equitativa (digamos, o Majoritarianismo *Puro*) se eles quiseram tomar uma decisão social (WALDRON, 1999a, p. 198).

Uma outra forma de colocar a questão é recorrer à natureza dos direitos. Waldron (ver 1999a, pp. 243ss) trabalha com o conflito entre posições a respeito dos direitos: dado que discordamos sobre quais direitos temos e sobre que deveres os direitos geram, precisamos de um procedimento imparcial para decidir nosso conflito sobre direitos sem recorrer às questões substantivas de quais direitos temos e quais deveres tais direitos geram.

Mas quero avançar um pouco além de Waldron e defender que, mesmo que concordássemos (o que certamente não é o caso em nossas sociedades reais) a respeito de quais direitos temos e quais deveres são por eles gerados, ainda assim haveria um desacordo

fundamental sobre como implementar tais direitos. E desse desacordo podemos perceber a necessidade de um procedimento equitativo de tomada de decisão política.

Direitos são, entre outras coisas, interesses que, por considerarmos moralmente relevantes de uma forma ou de outras, merecem proteção especial por parte do direito (ver WALDRON, 1993, p. 205). E um direito de um indivíduo gera sempre um conjunto ou feixe de deveres que devem ser cumpridos por outros indivíduos, pela sociedade como um todo e pelo Estado. E devemos esperar que existam muitas situações nas quais não é possível realizar simultaneamente todos os deveres gerados por todos os direitos existentes (WALDRON, 1993, pp. 206-207), mesmo que concordemos quais sejam esses direitos e quais deveres eles geram.

Tomemos o exemplo dos direitos de bem-estar como o direito à saúde. Não é o caso que não seja possível assegurar o cumprimento de todos os deveres relacionados ao direito à saúde de um indivíduo. O problema surge quando são milhões de direitos individuais à saúde que precisam ter seus diferentes deveres cumpridos simultaneamente. Ou seja, o problema está na escassez de recursos para o cumprimento simultâneo de todos os deveres decorrentes dos direitos à saúde de cada um dos milhões de indivíduos membros da comunidade política. Some a isso os deveres gerados pelas dezenas de outros direitos que cada indivíduo têm, e teremos centenas de milhões de deveres gerados por direitos para serem cumpridos simultaneamente.

Estamos aqui, então, diante da escassez moderada de recursos enquanto circunstância da justiça, mesmo concordando a respeito de quais direitos temos e de quais deveres são por eles gerados, e do altruísmo limitado (porque não podemos esperar que todos abram mão de uma série de deveres decorrentes dos direitos que unanimemente acreditam ter). E estamos também diante da necessidade sentida de uma decisão a respeito de um esquema comum de distribuição de recursos para o cumprimento dos deveres decorrentes de cada um dos direitos, i.e., estamos diante da primeira circunstância da equidade (ou da política). Certamente seria ainda mais utópico esperar que, concordando sobre quais direitos temos e quais deveres são por

eles gerados, os membros da comunidade concordem também sobre qual decisão deve ser tomada a respeito do esquema de distribuição dos recursos para o cumprimento desses deveres.

Daí podermos afirmar que estamos diante das circunstâncias da equidade, mesmo concordando a respeito de quais direitos temos e de quais deveres são deles decorrentes. Nessas circunstâncias, privilegiar uma das visões a respeito de como se deve dar a distribuição de recursos para a satisfação dos deveres decorrentes dos direitos equivale a deixar de tratar a todos com igual consideração e respeito. É difícil, agora, defender que há uma tirania da maioria quando todos concordam a respeito dos direitos e dos deveres decorrentes dos direitos.

É claro que Marmor pode responder afirmando que as diferentes visões a respeito da distribuição de recursos se devem, em última instância, a diferentes auto-interesses. Mas já vimos no capítulo anterior que não precisamos entender os votos, mesmo baseados em interesses, como expressões de auto-interesses, mas sim como expressões de opiniões sobre o que a justiça diz a respeito de quais auto-interesses merecem ser satisfeitos. Além disso, é difícil traduzir todas as diferentes posições políticas sobre distribuição de recursos em termos de auto-interesses e, aqui, o ônus da argumentação é de Marmor, não de Waldron.

Mas há uma outra situação na qual o perigo de uma tirania da maioria é real. Para explicar esse ponto, devemos notar, como Waldron que:

Instituições democráticas por vezes produzirão e imporão decisões incorretas sobre direitos. Isso significa que elas por vezes agirão de forma tirânica. Mas o mesmo é verdade de qualquer processo decisório. Os tribunais por vezes também agirão de forma tirânica. A tirania, na definição que estamos usando, é mais ou menos inevitável. [...] É a tirania política agravada pelo fato de que foi imposta por uma maioria? Deixo de lado o ponto pedante de que um tribunal também pode chegar a sua decisão por votação majoritária. É a tirania por um maioria popular (e.g., uma maioria de representantes eleitos, cada um apoiado por uma maioria de seus eleitores) uma forma particularmente flagrante de tirania: Não vejo como pode ser assim. Ou dizemos que tirania é tirania

independentemente de como (ou entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou dizemos – como é minha visão – que o aspecto majoritário realmente mitiga a tirania, porque ele indica que há pelo menos uma coisa não tirânica a respeito da decisão: ela não foi feita de um modo que tiranicamente excluiu certas pessoas de participação como iguais (WALDRON, 2006, p. 1396).

Então, o ponto aqui é que, se consideramos tirânica qualquer decisão que substantivamente fira direitos, então a tirania de uma decisão independe do método e a adoção do princípio majoritário em contextos democráticos de fato torna uma decisão um pouco menos tirânica do que seria se fosse tomada por meio de outro procedimento decisório.

Mas esse ponto é trivial. A questão é que os defensores do argumento da tirania da maioria veem o próprio fato de que uma maioria decida como algo em si tirânico. Mas esse tipo de visão se baseia em um equívoco terminológico. Como a decisão majoritária se baseia na implementação da decisão apoiada pela maioria dos membros de um comunidade contra a decisão apoiada pela minoria, confunde-se a maioria e a minoria decisórias – aquelas que se apresentam e se expressam pelo voto –, relevante para a decisão majoritária, com a maioria tópica – os grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em questão na decisão (WALDRON, 2006, p. 1397).

Um exemplo ajudará a compreender. Imagine que está sendo votado um projeto de lei proibindo sacrifícios de animais nas esquinas por motivos de saúde pública. Membros de religiões afro-brasileiras cujos rituais incorporam sacrifícios de animais podem ser vistos aqui como minorias tópicas, enquanto ateus e membros de religiões que não praticam sacrifícios de animais (cristãos, muçulmanos, budistas e judeus, p.ex.) fazem parte da maioria tópica. Apesar de membro de uma religião cujos ritos incorporam sacrifícios animais, posso entender que esses sacrifícios devem ser feitos em recintos apropriados e destinados a meu culto, e não nas ruas e,



assim, votar a favor da aprovação da lei. Não posso ser considerado, aqui como membro da minoria decisional, muito embora seja membro da minoria tópica.

Apenas quando os membros da minoria tópica e os da minoria decisional são sistemática e correntemente identificados é que podemos ter um caso de tirania da maioria.

Resumindo, é possível a tirania da maioria. Mas o termo não deve ser usado simplesmente para marcar a discordância do falante com o resultado de uma decisão majoritária. O modo mais frutífero de caracterizar a tirania da maioria é dizer que ela acontece quando minorias tópicas estão alinhadas com minorias decisoriais (WALDRON, 2006, p.1398).

E Waldron fornece um exemplo em *Liberal Rights*:

[Há uma] crescente regulação das ruas, metrô, parques e outros lugares públicos para restringir atividades que podem ser ali realizadas. O que está emergindo – e isso não é apenas uma questão de fantasia – é um estado de coisas em que um milhão ou mais de cidadãos não têm lugar para executar atividades humanas elementares como urinar, banhar-se, dormir, cozinhar, comer e ficar sem fazer nada. Legisladores eleitos por pessoas que possuem lugares privados nos quais podem fazer todas essas coisas estão cada vez mais decidindo tornar os lugares públicos acessíveis apenas para atividades outras que não tarefas humanas primárias. Os metrô e ruas, eles dizem, são para se deslocar da casa para o trabalho. Eles não são para dormir; dormir é algo que se faz em casa. Os parques são para atividades recreativas, como andar, jogar bola informalmente, coisas para as quais o próprio jardim é pequeno demais. Os parques não são para cozinhar ou urinar; novamente, essas coisas são para serem feitas em casa. Dado que o público e o privado são complementares, as atividades feitas em público são para serem complementadas por aquelas feitas em privado. Essa complementariedade funciona bem para aqueles que se beneficiam dos dois tipos de lugares. No entanto, ela é desastrosa para aqueles que tem de viver suas vidas inteiras no terreno comum. Se estou

certo sobre isso, esse é um dos mais insensíveis e tirânicos exercícios de poder nos tempos modernos por uma maioria (comparativamente) rica e complacente contra uma minoria de seus companheiros humanos (WALDRON, 1993, pp. 314-315).

Fora desses casos, falar em tirania da maioria não pode servir de objeção à legitimidade da decisão majoritária. E o raciocínio de Waldron (1999a, pp. 232ss) é concluído quando ele coloca a questão em termos de direitos: o direito à participação política é o “direito dos direitos”, o mais importante de todos os direitos.<sup>46</sup>

A própria ideia de direitos é baseada na visão de que o ser humano é um agente pensante dotado de habilidade de deliberação moral para transcender o ponto de vista individual e ver o mundo do ponto de vista do outro. Atribuir direitos às pessoas é, então, depositar fé na capacidade de pensamento moral de cada indivíduo (WALDRON, 1999a, p. 250), mesmo porque, direitos implicam também a possibilidade de agir moralmente errado em um certo âmbito de escolha, o que é importante para a construção moral o indivíduo (ver WALDRON, 1993, pp. 81-84).

E pessoas assim capazes devem estar cientes dos desacordos sobre os próprios direitos. *Isso significa que falar em direitos das pessoas é diferente de falar sobre direitos dos animais ou sobre a preservação de um prédio* (WALDRON, 1999a, p. 251). Quando falamos em direitos das pessoas, falamos em direitos de seres capazes de ter uma opinião a respeito de seus direitos.

Seria, então, incoerente não conceder a essas pessoas também o direito de resolver disputas a respeito de direitos (WALDRON, 1999a, pp. 232-254 passim). E o direito de resolver disputas a respeito de direitos seria, então, o “direito dos direitos”, porque é ele que está ligado

---

<sup>46</sup> Eisbruger (2002, pp. 38-39) entende que essa argumentação a partir dos direitos é um terceiro argumento, distinto do argumento da equidade. Não vejo, porém, por que fazer essa distinção, quando o ponto de se recorrer aos direitos é mostrar como o recurso à equidade é não apenas compatível, mas requerido, pela moralidade dos direitos.

ao modo como, enquanto comunidade, decidiremos disputas a respeito de quais direitos temos, quais deveres são por eles implicados, e como resolver casos em que há recursos escassos para a satisfação simultânea de todos esses deveres. E o direito à participação política se traduz justamente na exigência de equidade: a igual consideração e respeito devido a cada membro individual da comunidade na tomada de decisão política.

#### V.4 JUSTIÇA, EQUIDADE E SOCIEDADE BEM-ORDENADA

Essa discussão sobre a tirania da maioria nos leva aos últimos pontos que abordarei. A objeção que abordarei aqui diz respeito à preferência pelo princípio majoritário como método mais legítimo de tomada de decisão nas circunstâncias da política. Ela parte da ideia de que, nas circunstâncias da política, haverá desacordo não apenas sobre qual decisão, ação ou esquema substantivo deve ser adotado, mas também sobre o método adequado para tomada de decisão (ver EISBRUGER, 2002, pp. 37ss). Waldron responderia isso apelando para a neutralidade<sup>47</sup> da decisão majoritária como método superior de tomada de decisão nas circunstâncias da política – esse é o argumento da equidade. Seus críticos, porém, discordam dessa neutralidade:

É verdade que qualquer concepção de justiça procedimental [equidade] será controversa, e, então, privilegiará uma das posições em detrimento das outras. Mas não se segue que devemos abraçar a regra da maioria. Longe de ser neutra entre concepções de “igual respeito”, a regra de maioria é ela própria uma concepção desse ideal. Como tal, ela compete com outras interpretações do “igual respeito”. Então, aceitar a regra de maioria não evita privilegiar uma posição sobre outras; pelo contrário, ao fazer isso iremos privilegiar uma concepção particular que tem a distinção não atrativa de ser rejeitada por quase todo mundo (EISBRUGER, 2002, p. 37-38).

---

<sup>47</sup> Importante notar que o próprio Waldron não fala muito em neutralidade da decisão majoritária, mas sim em igual consideração e respeito. São seus críticos que colocam a discussão em termos de neutralidade.

Deixando de lado a observação fática equivocada de que a regra de maioria é rejeitada por quase todo mundo – nossos parlamentos e tribunais a adotam claramente –, essa objeção a Waldron toca em um ponto central: o da suposta neutralidade do princípio majoritário.

Antes de falar sobre a neutralidade, vejamos uma objeção similar a essa e pertencente à mesma “família” por assim dizer:

A existência inegável de desacordos sobre todas estas questões pacíficas pela ótica de Waldron nos permite constatar outro problema relacionado: a posição procedimentalista da legitimidade política que Waldron adota é instável, já que qualquer discrepância ou discussão acerca de qual é o melhor procedimento (o procedimento legítimo) para tomar decisões políticas, só pode responder a critérios (e portanto a desacordos) substantivos. Como ele mesmo adverte, o valor do procedimento democrático repousa no valor básico que outorgamos a todos os cidadãos, assim como na autonomia que reconhecemos neles. Mas Waldron comete o erro de crer que, como se trata de valores invocados também por aqueles que defendem enfoques substantivistas de proteção constitucional dos direitos individuais, sua proposta procedimental será pacífica (GARGARELLA Y MARTÍ, 2005, p. XXV-XXVI).

A questão, então, parece ser “o quanto de justiça substantiva é necessário para que um procedimento decisório seja equitativo?”. Quero defender que Waldron precisa sim de alguma noção substantiva para sustentar suas teses a respeito da legitimidade do direito, em especial para sustentar sua argumentação baseada na equidade. Ao fazer isso, estarei me aliando a alguns de seus críticos (como Gargarella). Porém, buscarei também mostrar que essa tese não é incompatível com o pensamento de Waldron e que podemos encontrar em *Liberal Rights* muitas de suas bases.

Sobre a questão da neutralidade, Waldron se posiciona não em *Law and Disagreement*, mas em *Liberal Rights*. O principal ponto aqui é que Waldron (1999a, pp. 156-159) trata a

neutralidade não como algo vinculado ao procedimento decisório, e sim como uma virtude moral do legislador de não tomar partido por uma das concepções de vida boa em detrimento de outra.

Parece problemático aplicar essa ideia à votação majoritária. O votante necessariamente toma partido por uma visão em detrimento de outra. Mas isso em relação às exigências da justiça, dos direitos e do bem comum. O que a virtude da neutralidade proíbe é privilegiar uma concepção de bem por um motivo outro que não uma visão sobre o que exige a justiça, os direitos e o bem comum “aqui e agora”, quanto a essa matéria sobre a qual se está deliberando.

Mas o ponto que quero chamar a atenção (de fato, um dos principais pontos de *Liberal Rights*) é o de que não se pode ser neutro nem tolerante em relação a visões e modos de vida intolerantes, que busquem excluir certas pessoas ou modos de vida da comunidade política (ver WALDRON, 1993, pp. 106ss, 152-153, entre outras). E isso é baseado justamente na visão de Stuart Mill a respeito do progresso moral: excluir posições da participação política fere o debate e o confronto ético necessários para o progresso moral da comunidade.

Mas, se é assim, então Waldron de fato pode ter alguma visão substantiva na base de sua preocupação com a equidade. Quero sustentar que essa visão substantiva pode ser encontrada em sua visão do que seria uma sociedade bem ordenada.

O principal *locus* no qual Waldron trata da ideia de um sociedade bem ordenada é em suas *Holmes Lectures* de 2009.<sup>48</sup> Waldron (2009b, pp. 1ss) está lidando ali com a questão da legitimidade de leis antidiscriminatórias proibindo discursos de ódio racial, religioso, sexual etc.; de modo especial, Waldron (2009d, pp. 3-6) procura criticar a defesa que Dworkin faz da inexistência de restrições aos discursos de ódio com base no direito à liberdade de expressão. Waldron busca defender a legitimidade das leis antidiscriminatórias com base na ideia que são uma condição de legitimidade para o direito como um todo.

---

<sup>48</sup> Também não devemos esquecer a citação de *Liberal Rights* (WALDRON, 1993, p. 2) que fiz no Capítulo I.

Mesmo sem entrar em detalhes do argumento, podemos perceber como a questão toda gira em torno de matérias substanciais como condições de legitimidade. E isso parece contradizer o conteúdo argumentativo da equidade. Porém, Waldron argumenta de tal forma que a questão substantiva é tida como parte da questão mais procedimental, como um pré-requisito para o bom funcionamento de uma democracia majoritária.

Waldron (2009d, p. 3) aponta para o fato de que restrições a discursos de ódio são estabelecidas justamente com o objetivo de modificar o caráter do debate público em circunstâncias em que é razoável acreditar que sem essas restrições, certas pessoas estariam correndo riscos não apenas de serem excluídas do debate (de fato, senão de direito), como também correndo riscos de serem fisicamente atacadas – Waldron (2009c, pp. 5ss) cita como o discurso de ódio contra a minoria étnica dos tutsis em Ruanda, divulgada nas rádios, precedeu o massacre de 800 mil pessoas em 1994.

Deixando de lado as dificuldades de diferenciar discurso de ódio e opinião radical (ver WALDRON, 1993, pp. 134ss; 2009b passim; 2009c passim; 2009d passim), podemos perceber como Waldron se vale do argumento substantivo aqui vendo o que ele tem a dizer sobre uma sociedade bem ordenada. E aqui Waldron (2009c, pp. 1ss) recorre a Rawls: à ideia de que uma sociedade bem ordenada é aquela cujas estruturas básicas são reguladas (e reconhece-se que são reguladas) pelos princípios de justiça e habitadas por pessoas com um senso de justiça, comprometidas com a realização da justiça.

É claro que, no caso de Waldron, haverá desacordos fundamentais a respeito das exigências da justiça. Porém Waldron parece defender que em uma sociedade bem-ordenada, haverá também consensos fundamentais, especialmente consensos a respeito de que tipo de discurso pode ser feito e que tipo de opiniões podem ser levantadas no debate público.

Entre as opiniões excluídas da participação no debate público, devem estar os discursos de ódio, pois eles minam as bases do debate democrático. De modo similar, outras posições

fundamentalmente intolerantes devem ser excluídas do debate em uma sociedade bem-ordenada (WALDRON, 1993, pp. 106ss). Mas mesmo essa exclusão se dá nas circunstâncias da política. Waldron (1999a, pp. 15-17) nos lembra que mesmo avanços como a abolição da escravidão, o voto feminino e a proibição ao trabalho infantil foram conquistas que ocorreram sob o pano de fundo do desacordo (o que não significa que as sociedades nas quais ocorreram, eram sociedades bem-ordenadas).

Esse recurso a consensos substantivos (ou ao menos consensos substantivos entre posições razoáveis de boa-fé, como interpreta ENOCH, 2006, pp. 23ss)<sup>49</sup> já apareceu quando Waldron respondia a Raz em sua discussão sobre a autoridade do direito fundada na coordenação social:

Considere a lei sobre estupro. Raz está certo em se sentir horrorizado por qualquer sugestão de que a razão para um homem deixar de estuprar tenha algo a ver com o respeito ao direito; ele deve fazer isso pelo respeito às mulheres. E isso claramente não tem nada em comum com a ação coletiva: o estupro é errado mesmo nas sociedades em que é uma prática comum (WALDRON, 1999a, p. 105).

A ideia é que há, em qualquer sociedade, leis cuja legitimidade independe de sua origem, visto que qualquer posição razoável de boa-fé concordaria com elas. Mas mesmo elas são apenas núcleos de concordância substantiva: como vimos no capítulo anterior, quando deixamos de lado regras específicas para passar para esquemas gerais (esquemas jurídicos de proteção contra o estupro, p.ex.), deixamos a concordância e entramos em grandes zonas de desacordos razoáveis de boa-fé (ver WALDRON, 1999a, p. 105).

---

<sup>49</sup> E aqui, novamente, podemos objetar dizendo que, nas circunstâncias da política, o que é ou não razoável é objeto de disputa.



Em particular, devemos notar como Waldron apresenta uma posição bem menos radical quanto à revisão judicial em seu artigo *The Core of the Case Against Judicial Review*. Aí, Waldron busca mostrar que a revisão judicial – e, portanto, a autoridade do direito derivado de outras fontes que não a decisão majoritária democrática – deve ser aceita como legítima e autoritativa em certas sociedades. Em uma passagem, ele descreve as pressuposições para que a revisão judicial deva ser rechaçada como ilegítima:

Temos que imaginar uma sociedade com (1) instituições democráticas em ordem de funcionamento razoavelmente boa, incluindo uma legislatura eleita com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em ordem razoavelmente boa, estabelecido em bases não representativas para ouvir processos, resolver disputas e fazer cumprir o estado de direito; (3) um comprometimento por parte da maioria dos membros da sociedade e a maioria de seus oficiais com a ideia de direitos individuais e minoritários; e (4) desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre os direitos (i.e., sobre o que de fato requer o compromisso com os direitos e quais suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2006, p. 1360).

Podemos perceber aí um conjunto de requisitos para uma sociedade bem-ordenada no sentido de Waldron. E, mais importante que isso, o ideal da democracia rousseauiana como incorporado na cultura política de uma sociedade bem ordenada.

Se virmos na sociedade bem ordenada a base substancial para justificar a equidade no sentido de Waldron, temos então o esboço de uma resposta aos críticos que, como Gargarella, o acusam de circularidade. A equidade estará amparada por um mínimo de justiça substantiva e, mesmo que a circularidade permaneça até certo ponto, não creio que poderemos vê-la como uma circularidade vazia. Mesmo porque, se a equidade deve ser vista como um ideal ou virtude política de segunda ordem, ela o será sempre apenas para o que diz respeito aos desacordos

substanciais sobre as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum; e não havendo tais desacordos, não há de se falar em equidade.

E isso nos leva a nosso último ponto: se é assim que, como penso que seja, que devemos compreender a teoria de Waldron, então ele estará mais próximo de Simmons do que poderia desejar. Se há algo como uma razoabilidade mínima exigida para os desacordos sobre justiça poderem estar na base da legitimidade e da autoridade do direito, e se estamos nas circunstâncias da política, então a legitimidade será não apenas uma questão de grau, mas também uma questão que varia de indivíduo a indivíduo. Explico com uma passagem de Waldron:

Tendo dito isso, devo enfatizar que indivíduos particulares podem descobrir seus sentimentos morais sobre algumas injustiças potenciais são tão intensos a ponto de superar qualquer compromisso continuado com o sistema político que iria requerer deles que estabelecessem um curso comum de ação com seus oponentes. Se esse é o caso, então as circunstâncias da equidade e também as da integridade não mais se aplicam a eles (e *pro tanto* elas não mais se aplicam a *toda* a sociedade). Pois as circunstâncias não são apenas aqueles em que há desacordo, mas também que há a necessidade sentida, compartilhada pelas partes em disputa, de ação comum apesar de tal desacordo. Tal necessidade sentida para ação comum pode ter seus limites. Se o tem, as pessoas em questão podem não mais sentir a si mesmas como parte da comunidade na qual o poder tem de ser compartilhado ou alternado com seus oponentes [...]

(WALDRON, 1999a, p. 207).

## CONCLUSÃO

Iniciei esse trabalho mostrando alguns exemplos de temas tratados pelo judiciário brasileiro que mostram grande desacordo na sociedade sobre qual deve ser a decisão. E mostrei também como em um caso, a saber a votação sobre o desarmamento, a decisão se deu por meio de consulta popular. Parte do objetivo da tese era explicar a diferença entre esses dois modos de decisão a partir da obra de Jeremy Waldron.

Vimos como, para Waldron, decisões majoritárias feitas em contextos de participação popular democrática têm mais legitimidade que decisões feitas de outras maneiras. Muito embora Waldron trabalhe sempre com a lei enquanto produto de uma legislatura representativa, sua argumentação parte e se dá no contexto da decisão popular direta. Waldron não explica muito bem as diferenças entre ambas em termos de legitimidade e autoridade e há apenas uma única referência ao tema em *Law and Disagreement: É claro que há também o princípio de equidade muito mais complicado que é incorporado em instituições de democracia representativa* (WALDRON, 1999a, p. 188). Ainda assim, se a legitimidade e a autoridade são questões de graus, uma legislatura eleita é mais legítima, à luz da teoria de Waldron, que os tribunais para decidir questões a respeito de ação política.

Comecei explicando as bases do pensamento de Waldron – seu liberalismo e seu positivismo normativo. Isso foi importante para entender seus objetivos centrais. Expliquei também qual a relação que Waldron vê entre Filosofia Política e Teoria do Direito.

No capítulo seguinte, abordei a distinção entre justificação e legitimidade como forma de explicar o que está em jogo na discussão de Waldron sobre a autoridade do direito. Sua tese

é de que a autoridade legítima deriva do procedimento adotado para se tomar decisões políticas – mais especificamente, da equidade de tal procedimento. Aí, comparei a distinção de Waldron com uma distinção similar feita por John Simmons.

No Capítulo III, abordei o tema da autoridade do direito democrático legislado, vendo como Waldron a entende a partir do que denomina de circunstâncias da política, um conceito que, vimos, perpassa a totalidade de sua obra sobre o tema e está na base de sua visão sobre a autoridade e a legitimidade do direito. Defendi aí, também, que a visão de Waldron a respeito do princípio majoritário se baseia na ideia de que, por meio do voto, expressamos nosso consentimento para com o resultado da decisão majoritária.

Passei, então, à análise dos dois argumentos que Waldron usa para sustentar sua tese a respeito da autoridade do direito: o que chamei de argumento epistêmico – que se baseia na ideia de que devemos conceder autoridade ao método que produz decisões mais provavelmente corretas a respeito de como deve ser nossa ação em conjunto – e o que chamei de argumento da equidade – que se baseia na ideia de que quanto mais equitativo, em termos de igual consideração e respeito procedimental, mais legítimo e autoritativo é o método de tomada de decisão política.

A principal tese que busquei defender aqui foi justamente a de que Waldron apresenta dois argumentos distintos e independentes para fundamentar sua teoria a respeito da autoridade do direito. Nos últimos dois capítulos, provei essa tese mostrando diferentes passagens do texto de Waldron e as diferentes formulações desses argumentos – em algumas das quais o próprio Waldron admite tratar-se de argumentos distintos.

Mostrei, ainda, como cada argumento provocou críticas distintas e não relacionados. O argumento epistêmico é criticado por colocar o agente prático numa situação insustentável, enquanto o argumento da equidade o é seja pelo apelo à ideia de tirania da maioria, seja pela

acusação de circularidade. Vimos como o argumento epistêmico, no fim das contas, acaba não tendo condições de responder às críticas.

Já as críticas ao argumento da equidade nos levaram a ver que Waldron compreende a equidade como um ideal de segunda ordem. Mas isso é justamente o que gera o problema da circularidade: ideais procedimentais de segunda ordem devem ter pressupostos substantivos. E vimos como Waldron parece aceitar muitos desses pressupostos substantivos como necessários à legitimidade do direito.

Vimos, por fim, que Waldron acaba admitindo que a legitimidade derivada da equidade é algo capaz de variar dependendo da pessoas. Aqueles que não aceitam como necessária uma decisão comum não se colocam nas circunstâncias da política e, portanto, para eles, o argumento da equidade e a própria teoria da autoridade legítima de Waldron não se aplica. Se é assim, no que diz respeito a esses indivíduos, podemos ainda dizer que o direito, ao menos as leis que digam respeito a essa matéria específica de sua discordância, ainda têm autoridade legítima?

Waldron não fornece uma resposta a isso. Talvez uma possível resposta o aproxime tanto de Simmons que deva concordar que, no fim das contas, é nosso consentimento que baseia a legitimidade da decisão majoritária, ao estar presente em uma das circunstâncias necessárias para a equidade como ideal político. Waldron certamente não quer seguir por esses caminhos, pois uma possível consequência seria justamente a de que, em sendo o consentimento o que baseia, em última instância a legitimidade da decisão majoritária, também ele poderia basear a legitimidade da revisão judicial.

Não vejo, porém, muitas outras alternativas a não ser reconhecer que nossos desacordos não são tão fundamentais a ponto acabar com qualquer ponto de consenso (se o fossem, nossas sociedades se fragmentariam enquanto comunidade política). Esse foi o ponto da citação em que Waldron fala sobre o estupro: nossos desacordos não são tão radicais a ponto de que a

autoridade de todas as nossas regras jurídicas (uma a uma) derive do tipo da aplicação da decisão majoritária democrática nas circunstâncias da política.

Talvez, porém, o principal ponto de Waldron seja justamente um chamado a uma cultura política liberal e democrática (no sentido rousseaiano), na qual devo pensar em minhas responsabilidades políticas não a partir de minha visão particular a respeito da justiça, dos direitos, do bem comum e do entendo como sendo o ideal de uma sociedade bem ordenada, mas a partir de um ponto de vista em que veja minhas próprias convicções como apenas uma visão entre outras dentro da sociedade quando há a necessidade de que uma, e apenas uma, posição seja aquela que guie nossas ações coletivas – e esta posição é aquela que está aí em nome da comunidade, consubstanciada na lei elaborada com a participação de todos no debate político e subsequente votação majoritária (ver WALDRON, 1999b, p. 91).

Não por acaso, a teoria de Waldron traz a luz a espécie de questões que temos de enfrentar se quisermos ter uma teoria do direito democraticamente responsável e uma teoria política comprometida seriamente com o ideal da democracia majoritária. E isso nos leva a um tema que não tratei aqui – e que Waldron pouco trata em suas três obras principais: o tema da obrigação política.

Se aceitamos que a autoridade e a legitimidade do direito derivam, mesmo que apenas em parte, de suas credenciais democráticas, como fica a questão da obrigação política e da obrigação de seguir o direito. Pode ser que, enquanto oficial (juiz, p.ex.), sendo a legislação legítima, tenha obrigação de segui-la. Mas enquanto ser humano, *all things considered*, ainda tenho essa obrigação quando minhas mais íntimas convicções apontam para uma injustiça gravíssima na lei?

Essas são questões interessantes que me parecem ser a sequência natural da teoria de Waldron. A preocupação de Waldron em criticar a revisão judicial, no entanto, acaba levando-o a seguir outros caminhos filosóficos e a deixar de lado essas interessantes questões de

Filosofia Política que emergem de sua própria teoria. Talvez, para respondê-las, tenhamos de nos afastar do pensamento de Waldron.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. 2005a. **Proibição de venda de armas é tema de primeiro referendo do Brasil**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2005/07/07/proibicao-de-venda-de-armas-e-tema-de-primeiro-referendo-do-brasil>> Acessado em 22 de março de 2014.

\_\_\_\_\_. 2005b. **Mobilização da sociedade garantiu referendo**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2005/07/07/mobilizacao-da-sociedade-garantiu-referendo>>. Acessado em 22 de março de 2014.

ARISTOTLE. 1962. **Politics: Books III and IV**. Translated with Introduction and Comments by Richard Robinson. Oxford: Clarendon Press.

AUSTIN, John. 1995. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.

BAGEHOT, Walter. 2001. **The English Constitution**. Editor: Miles Taylor. Oxford: Oxford University Press.

BARBER, Benjamin R. 1984. **Strong Democracy**. Los Angeles: University of California Press.

BLACKSTONE, William. 1897. **Commentaries on the Laws of England**. In One Volume. Edited by WM. Hardcastle Browne. St. Paul: West Publishing Co.

BOBBIO, Norberto. 2000. **Teoria Geral da Política**. 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus.

BONAVIDES, Paulo. 2003. **Ciência Política**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

BRASIL. 1994. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 71373 / RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%2Escla%2E+e+71373%2E+e&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 22 de março de 2014.

BRASIL. 1997. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 153.531 / SC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=re%>





BRASIL. 2011c. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 / RJ**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+ou+adpf%29%2Escla%2E+e+%284277+ou+132%29%2E+e+14-10-2011&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 22 de março de 2014.

BRASIL, 2012. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 / DF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf%2Escla%2E+e+54%2E+e+29%2E+e+14-10-2011&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c89x7yq>>. Acessado em: 22 de março de 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. 1999. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva.

CAPUSTIN, Mark. 2007. The Authority of Law in the Circumstances of Politics. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol 20, n 2, pp. 297-321.

CHRISTIANO, Thomas. Waldron on Law and Disagreement. **Law and Philosophy**, Vol. 9, pp. 513-543.

CONDORCET, Marquês de. 1785. **Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix**. Paris: Imprimerie Royale. In: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181>>. Acesado em novembro de 2014.

DWORKIN, Ronald. 1985. **A Matter of Principle**. Oxford: Oxford University Press.

DWORKIN, Ronald. 1986. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald. 1996. **Freedom's Law**. Oxford: Oxford University Press.

DWORKIN, Ronald. 2000. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

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

EISGRUBER, Christopher L. 2002. Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement. **Journal of Legislation and Public Policy**, Vol. 6, pp. 35-47.

GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. 2005. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre deasacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. 2005. **Derechos y desacuerdos**. Traducción de: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons.

- GREEN, Leslie. 1990. **The Authority of the State**. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. 1994. **The Concept of Law**. Second Edition. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H.L.A. 1995. **O conceito de direito**. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- HAYEK, Friedrich. 1982. **Law, Legislation and Liberty**. In one volume with corrections and revised preface. London: Routledge.
- HOBBS, Thomas. 1985. **Leviathan**. Edited with an Introduction by C. B. MacPherson. London: Penguin Books [reprinted from Pelican Books 1968 edition].
- HOBBS, Thomas. 1979. **Leviatã**. (Coleção Os Pensadores). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural.
- HUME, David. 2009. **A Treatise of Human Nature**. The Floating Press.
- HUME, David. sd. **An Enquiry Concerning The Principles Of Morals**. Vol ii of the Posthumous Edition of Hume's work published in 1777.
- KANT, Immanuel. 2003. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO.
- KRAUT, Richard. 2002. **Aristotle: Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press.
- LOCKE, John. 2003. **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. Edited by Ian Shapiro. New Haven: Yale University Press.
- LOCKE, John. 2005. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes.
- LUCE, R. Duncan; RAIFFA, Howard. 1957. **Games and Decisions**. New York: John Wiley & Sons, Inc.
- MACHIAVELLI, Niccolò. 2003. **Discorso sopra la prima deca di Tito Livio**. Modigliana: Associazione Mazziniana Italiana.
- MARMOR, Andrei. 2003. Authority, Equality and Democracy. **USC Public Policy Research Paper**, No. 03-15, pp. 1-34.
- MARMOR, Andrei. 2005. **Interpretation and Legal Theory**. Second Edition. Oxford: Hart Publishing.

- Michelon Jr, Cláudio. 2006. **Being Apart From Reason**. Dordrecht, Netherlands.
- NAGEL, Thomas. 1991. **Equality and Partiality**. Oxford: Oxford University Press.
- NOVAIS, Jorge Reis. 1987. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Separata do Volume XXIX.
- OAKESHOTT, Michael. 1962. **Rationalism in Politics and Other Essays**. London: Methuen & Co. Ltd.
- RAWLS, John. 1999. **A Theory of Justice**. Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS, John. 1996. **Political Liberalism**. Paperback Edition. New York: Columbia University Press.
- RAZ, Joseph. 1979. **The Authority of Law**. Oxford: Oxford university Press.
- RAZ, Joseph. 1990. **Practical Reason and Norms**. Second Edition. Princeton: Princeton University Press.
- RAZ, Joseph. 1995. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Revised Edition. Oxford: Clarendon Press.
- RAZ, Joseph. 2006. The Problem of Authority: Revising the Service Conception. **Minnesota Law Review**, Vol. 90, pp. 1003-1044.
- REFERENDO no Brasil em 2005**. 2014. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Referendo\\_no\\_Brasil\\_em\\_2005&oldid=38004624](http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Referendo_no_Brasil_em_2005&oldid=38004624)>. Acesso em: 22 de março de 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1796. **Du contrat social, ou Principes du droit politique**. Leipsic: Gerard Fleischer. In: <[http://books.google.com.br/books?id=8WAWAAAAYAAJ&redir\\_esc=y](http://books.google.com.br/books?id=8WAWAAAAYAAJ&redir_esc=y)>. Acessado em 10 de setembro de 2014.
- SHAPIRO, Scott. 2011. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SIMMONS, John. 2001. **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. Cambridge: Cambridge University Press.

SOPER, Philip. 1989. Legal Theory and the Claim of Authority. **Philosophy and Public Affairs**, 18, pp. 209-237.

STUART MILL, John. 2001. **On Representative Government**. London: The Electric Book Company.

STUART MILL, John. 2006. **On Liberty**. The Floating Press.

UNGER, Roberto Mangabeira. 1996. **What Should Legal Analysis Become?** London: Verso.

WALDRON, Jeremy. 1990. **The Law**. London: Routledge.

WALDRON, Jeremy. 1993. **Liberal Rights**. Cambridge: Cambridge University Press.

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

WALDRON, Jeremy. 1999b. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press.

WALDRON, Jeremy. 2001a. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, Jeremy. 2006. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *The Yale Law Journal*, No. 115, pp. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. 2008a. Can There Be a Democratic Jurisprudence?. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 08-35, pp. 1-57.

WALDRON, Jeremy. 2009a. Who Needs Rules of Recognition?. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 09-21, pp. 1-27.

WALDRON, Jeremy. 2009b Lecture 1: Why Call Hate Speech Group Libel? **Dignity and Defamation: The Visibility of Hate**. (Holmes Lectures). Harvard Law School. In: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_063313.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063313.pdf)>. Acessado em: 05 de abril de 2014.

WALDRON, Jeremy. 2009d. Lecture 2: What Does a Well-Ordered Society Look Like? **Dignity and Defamation: The Visibility of Hate**. (Holmes Lectures). Harvard Law School. In: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_063313.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063313.pdf)>. Acessado em: 05 de abril de 2014.

WALDRON, Jeremy. 2009d. Lecture 3: Libel and Legitimacy. **Dignity and Defamation: The Visibility of Hate.** (Holmes Lectures). Harvard Law School. In: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_063313.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063313.pdf)>. Acessado em: 05 de abril de 2014.

WALDRON, Jeremy. 2010. Torture, Suicide and *Determinatio*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 10-86, pp. 1-29.

WALDRON, Jeremy. 2012a. Political Political Theory: An Oxford Inaugural Lecture. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 12-26, pp. 1-23.

WOLHEIM, Richard. 1962. A paradox in the theory of democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W. G. (Ed.). **Philosophy, Politics and Society (Second Series)**. Oxford: Basil Blackwell.

WEBER, Max. 2000. **Economia e sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Esabe Barbosa. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília.