



**APENAS UM RETRATO RÓSEO? UMA LEITURA CRÍTICA DE “A DIGNIDADE DA  
LEGISLAÇÃO” DE JEREMY WALDRON**

IS IT JUST A ROSY PICTURE? A CRITICAL READING ON JEREMY WALDRON'S  
"THE DIGNITY OF LEGISLATION"

*Francysco Pablo Feitosa Gonçalves<sup>1</sup>*

**RESUMO**

Este ensaio tem por objetivo fazer uma leitura crítica do livro *A dignidade da legislação*, de Jeremy Waldron, para a consecução desse objetivo, o ensaio começa com uma contextualização do paradigma neoconstitucionalista contemporâneo, no qual uma obra voltada para as legislaturas pode soar anacrônica, na sequência, é feita uma breve apresentação de Jeremy Waldron, seguida da análise do livro propriamente dita, em diálogo com outros estudos, do próprio Waldron e de outros autores, procurando, quando possível, avaliar se a obra de Waldron pode contribuir para uma reflexão sobre o nosso próprio Judiciário. Waldron inicia seu livro declarando que pretende fazer um retrato róseo da legislação, o presente ensaio procura identificar se ele foi bem sucedido e se seu discurso é apenas um positivismo anacrônico em um mundo *constitucionalizado*, ou se ele Waldron realmente tem algo importante a nos dizer.

**PALAVRAS-CHAVE:** Leitura Crítica; Jeremy Waldron, Dignidade da legislação.

**ABSTRACT**

The purpose of this paper is to make a brief and critical review on Jeremy Waldron's book *The dignity of legislation*, to achieve this goal, it begins contextualizing the contemporary neoconstitutionalist paradigm, in which a book about legislatures may sounds anachronistic. Then, there is a is a brief presentation of Jeremy Waldron, followed by the analysis of the book itself, which is made in dialogue with other studies, of Waldron and others authors, looking to evaluate if Waldron's book can contribute to a reflection on our own judiciary. Waldron begins his book by stating that he wants to make a rosy picture of the legislation, this essay tries to identify if he was successful and if his discourse is just a positivism anachronism in a constitutionalized world or if Waldron really has something important to tell.

**KEYWORDS:** Critical reading; Jeremy Waldron, Dignity of legislation.

<sup>1</sup>Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA; Especialista em Direito da Administração Municipal pela Faculdade de Juazeiro do Norte - FJN; Especialista em Sociologia e História pela Universidade Regional do Cariri - URCA (onde também atuou como Professor Colaborador); Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP; Professor da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central – FACHUSC; Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Advogado. E-mail: feitosagoncalves@gmail.com

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nós, ocidentais, vivemos em um mundo constitucionalizado. Ainda que estejamos em uma época em que as Constituições não se realizam, e mesmo que poucos assumam espontaneamente o rótulo e o eventual estigma de *neoconstitucionalista*,<sup>2</sup> ainda assim, essa frase que abre o presente ensaio não parece ser exagerada. Após a segunda Grande Guerra, é inegável que os debates jurídicos — e boa parte dos debates políticos — do ocidente sempre acabam girando em torno da Constituição. Debatermos o que é a Constituição, o que ela diz, a necessidade que temos de realizá-la...

Como não poderia deixar de ser, nesse mundo, existe toda uma ideologia, reproduzida em um discurso que dignifica a Constituição e o judiciário como seu intérprete autorizado, o que, por sua vez, pressupõe uma certa desconfiança em relação aos demais poderes.<sup>3</sup> Em meio a todos esses debates temos as questões referentes à revisão judicial das leis ordinárias, em um panorama onde quem se propõe a defender executivo e, sobretudo, o legislativo, acaba soando anacrônico, um *positivista-legalista* pregando em um mundo *constitucionalizado*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> O termo *neoconstitucionalismo* é um tanto controvertido, mas sem a pretensão de rotular nenhum autor em especial, queremos nos referir ao neoconstitucionalismo, apenas para os fins do presente trabalho, como o paradigma constitucional dominante na contemporaneidade e que pode ser traduzido na perspectiva que se opõe — declaradamente ou não — ao positivismo, com base na rejeição da tese da separação entre direito e moral, e que se manifesta no discurso que direta ou indiretamente legitima as práticas assumidas pelo Judiciário com base, sobretudo, no argumento dos princípios.

Nesse sentido, Mauro Barberis (2001, p. 326) entende que é possível fazer coincidir o surgimento do neoconstitucionalismo com o ataque de Dworkin ao positivismo de Hart, um ataque que envolve a questão da discricionariedade diante das lacunas, da abertura do direito à moral e se baseia, principalmente, na questão dos princípios. Além de Barberis, para aportes explicativos, sobre a classificação das normas em regras e princípios como sendo o cerne da crítica ao positivismo, cf. Hart, 2009, p. 334; Dworkin, 2001, p. 22; Dutra, 2008; Gonçalves, 2011a, 2011b.

A propósito, sempre é válido lembrar que a tese dos princípios de Dworkin, radicalmente contrária à discricionariedade judicial, acaba sendo apropriada/distorcida para fundamentar decisões *contra legem*.

<sup>3</sup> No Brasil isso fica claro no discurso dos membros do próprio judiciário, podemos mencionar especificamente a entrevista da ex-ministra Ellen Gracie quando ela diz que o judiciário está fazendo “política ampla, de desenvolvimento nacional, de contribuição ao crescimento do país, de atenção às realidades nacionais”, e, sobretudo, quando diz que *o judiciário é o menos corrupto dos poderes*. (GRACIE, 2011, p. 23)

Embora entendamos que, pela sua própria posição no campo jurídico, Ellen Gracie não pudesse falar diferente, somos céticos sobre essa afirmação de que o judiciário seria o menos corrupto dos poderes, seja pela inexistência — impossibilidade? — de uma pesquisa empírica que verifique essa afirmação, seja porque o entendimento de Thomas Jefferson, na sua carta a William Charles Jarvis, em 1820, nos parece muito mais lúcido, disse ele na ocasião: “Nossos juizes são tão honestos como os outros homens, e não mais. [Our judges are as honest as other men, and not more so.]” (JEFFERSON, 1854, p. 177, *traduzimos*)

<sup>4</sup> O discurso *neoconstitucionalista*, aliás, geralmente se manifesta numa retórica no mínimo interessante. Ele costuma adotar um tom polêmico, se dizendo de vanguarda, contra os supostos males do positivismo jurídico — que aliás é um conceito ainda mais vago e confuso do que neoconstitucionalismo.

Ora, considerando que esse já é o discurso majoritário pelo menos desde os anos 90, é no mínimo curioso que os autores ainda adotem a retórica de combatentes contra o positivismo que, o que quer que seja, já foi derrotado há

O Judiciário é mais legítimo que o Legislativo? Que argumentos, afinal, poderiam ser levantados em favor das legislaturas? Os debates acalorados? A honestidade e a capacidade questionável de nossos legisladores? A sua pretensão em inovar o direito apenas com base na decisão majoritária? Uma decisão que, aliás, apesar de majoritária pode muito bem ser antidemocrática. Dentre os autores que se preocupam com essas questões, Jeremy Waldron merece destaque justamente por destoar do lugar comum do discurso neoconstitucionalista.

O presente trabalho tem por objetivo, portanto, fazer uma leitura crítica de uma de suas obras mais importantes: *A dignidade da legislação*, na qual — como veremos — Waldron declara que pretende fazer um *retrato róseo* da legislação. Nas linhas que se seguem, apresentaremos brevemente quem é Jeremy Waldron e tentaremos situar o livro em questão em relação à obra de Waldron e a um contexto teórico mais amplo com o qual o autor dialoga e a partir do qual constrói sua obra.

Ao longo desse exercício teórico, procuraremos fazer, quando cabível, observações sobre como a obra de Waldron pode contribuir para uma reflexão sobre o nosso próprio Judiciário. Faremos, em suma, a partir da leitura de uma obra em diálogo com uma pesquisa bibliográfica mais ampla, reflexão crítica sobre o livro de Waldron, tentando responder à seguinte pergunta de partida: será que seu discurso é apenas um positivismo anacrônico em um mundo *constitucionalizado*, ou será que Waldron realmente tem algo importante a nos dizer?

## 1. POR QUE LER JEREMY WALDRON?

A obra de Waldron nos revela que ele é liberal e positivista, mas esses rótulos e o estigma que eles carregam não podem ser empregados para desmerecer sua obra. Mesmo que não subscrevamos sua justificação da propriedade privada ou não estejamos tão interessados na filosofia política e jurídica de John Locke, somos forçados a reconhecer a coerência dos argumentos de Waldron e a sua capacidade de encontrar — e desenvolver — aspectos que não percebemos em autores e obras clássicas. Waldron é daqueles autores que lemos com muito interesse, mesmo que discordemos completamente do que sua obra propõe, seja porque seu

---

um bom tempo. Além disso, se Bourdieu (2012, p. 242) estiver certo quando diz que “A pertença dos magistrados à classe dominante está atestada em toda a parte”, é no mínimo curioso que esse discurso progressista, na prática, se preste justamente a legitimar o judiciário.

discurso é leve — e em muitas passagens bem humorado — seja porque é igualmente bem construído e nos força a questionar nossas próprias concepções e pressupostos teóricos.

Waldron, que atualmente leciona na Universidade de Nova York, nasceu e cresceu na Nova Zelândia, onde estudou filosofia e direito na Universidade de Otago e fez seu doutorado em filosofia do direito em Oxford — onde foi aluno de Dworkin. Waldron lecionou em diversas instituições importantes, como a própria Oxford, no Lincoln College, nas Universidades de Edimburgo, Princeton e na Faculdade de Direito de Columbia. Mesmo com esse currículo notável e com a tradução de alguns de seus trabalhos para a língua portuguesa, permanece pouco conhecido no Brasil, talvez porque suas ideias pareçam um tanto antipáticas diante do discurso neoconstitucionalista dominante.

Essa hipótese para a pouca atenção que a obra de Waldron vem despertando ganha mais relevância quando lembramos o que registramos em linhas anteriores, sobre o fato de que quem contraria o discurso neoconstitucionalista dominante acaba soando como um positivista anacrônico. Diante disso, antes de fazer nossa leitura crítica, invariavelmente consideramos: Será possível evitar esse *pré-conceito* em relação a um livro intitulado *A dignidade da legislação*? O que podemos esperar de um livro com um título desses? Em tempos de tantos escândalos envolvendo o nosso próprio Legislativo, o que essa leitura poderá acrescentar?

Waldron é consciente da má fama que as legislaturas possuem, ele também está ciente das extravagâncias dos parlamentares — e ele menciona expressamente a Câmara dos Comuns britânica e o Congresso dos EUA —, mas esses problemas, que parecem ter levado outros autores a apoiar incondicionalmente o judiciário, produziram um efeito diverso em Waldron, fizeram ele atentar para o fato de que não temos teorias referentes à legislação como as temos em relação ao judiciário. (cf. WALDRON, 2003, p. 1-2)

*A dignidade da legislação* faz parte de um projeto mais amplo, a preocupação de Waldron de colocar as legislaturas no centro do pensamento jurídico-filosófico, e isso pressupõe uma crítica à Constituição e ao *judicial review*, uma crítica que aparece de forma mais incisiva em outros trabalhos do próprio Waldron,<sup>5</sup> mas isso não significa que ela não esteja presente na dignidade da legislação, ela está subjacente em todo o trabalho, e, em

---

<sup>5</sup> Em “A dignidade da legislação” Waldron diz que não intenciona argumentar contra a revisão judicial (cf. 2003, p. 5). Sobre essa crítica, citamos, apenas a título de exemplo, *Judicial Review and the Conditions of Democracy* (WALDRON, 1998, p. 335 – 355 e WALDRON, 1999).

alguns momentos, aparece até de forma bem humorada, como quando fala nas *perucas*, *cerimônias* e *togas* características dos tribunais (cf. WALDRON, 2005, p. 5 e 105)

O fato de os problemas das legislaturas não terem levado Waldron ao senso comum de abandoná-las, depositando todas as esperanças no Judiciário,<sup>6</sup> já sugere que ele tem algo interessante a nos dizer, e quando percebemos que ele aborda as razões porque não acreditamos na legislatura e que nos levam a acreditar no judiciário, como por exemplo o fato de os tribunais mascararem as suas inovações, inclusive com o simbolismo de suas *perucas*, *cerimônias* e *togas*, percebemos que Waldron pode contribuir para uma reflexão crítica sobre nossa própria atitude em relação ao Legislativo e Judiciário. Esse pensamento inicial não é suficiente para restaurar nossa fé nas legislaturas, mas certamente nos mostra que vale a pena esquecer os eventuais estigmas de liberal e positivista e fazer uma leitura crítica de Jeremy Waldron.

## 2. UM RETRATO RÓSEO DA LEGISLAÇÃO?

Sobre o livro, especificamente, o autor registra em várias passagens que seu objetivo é fazer um *retrato róseo* da legislação. Se ele será, ou não, bem sucedido, avaliaremos oportunamente, por ora cabe anotar que a busca dessa meta se realiza em cinco capítulos, no primeiro, convenientemente intitulado *A indignidade da legislação*, vemos o aprofundamento das questões já levantadas na introdução — que mencionamos acima — sobre as razões que fariam com que as legislaturas não gozassem de tanto prestígio quanto os tribunais, e Waldron faz algumas considerações interessantes, como por exemplo a de que os tribunais nos dariam a impressão de que apenas sedimentam e revelam o direito costumeiro, as nossas tradições, enquanto as leis parecem irromper de forma abrupta:

Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está *descobrimdo* o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador. Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa

---

<sup>6</sup> Sobre o protagonismo do judiciário, Ingeborg Maus faz uma interessante *análise* do caso alemão, que pode servir de base para que pensemos criticamente o papel do nosso próprio judiciário e que expectativas depositamos nele. Para Maus, o Judiciário alemão vem aumentando progressivamente suas funções, assumindo a figura paterna que a Monarquia desempenhou no passado. Essa figura paterna representa, segundo a autora, o papel de um *superego coletivo* para uma *sociedade órfã*. (cf. MAUS, 2000)

mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se o conteúdo for revisionista. A legislatura, por contraste, tem a imprudência de de dizer: “Esqueçam o que o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora.” E supõem-se que a lei foi mudada — mudada, como digo, *descaradamente* — em virtude do reconhecimento pela comunidade da intenção deliberada do corpo legislador de fazer exatamente isso. (WALDRON, 2005, p. 13-14, *grifos do original*)

Esta é, certamente, uma característica marcante, e de certa forma incômoda,<sup>7</sup> do legislativo: a clareza na inovação. As considerações de Waldron, baseadas, sobretudo, na realidade do *common law*, e mais especificamente no Reino Unido, podem ser úteis para nos fazer refletir sobre nossa própria realidade, sobretudo na época atual, em que lidamos diariamente com a judicialização da política e percebemos a cúpula do judiciário (re)criando normas, através da mutação constitucional, direito sumular, etc.

Dentre as reflexões do mesmo capítulo, outra que merece ser lembrada — e que se relaciona intimamente com a que citamos acima — é a relacionada à credibilidade e autoridade que os juízes nos passam, em paralelo ao fato de que vemos pouco ou nada de especial no legislador:

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma *assembléia* — os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequenos de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número — talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador *nato*. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o direito? (WALDRON, 2005, p. 37, *grifos do original*)

Percebemos, mais uma vez, o direcionamento das palavras de Waldron à realidade do Reino Unido, mas, também nesta última citação, temos o mote para reflexões voltadas à nossa própria realidade, sobretudo em uma época em que elegemos para o nosso legislativo

---

<sup>7</sup> Esse incômodo às vezes também afeta o judiciário, quando as decisões avançam, quando não conseguem ser suficientemente revestidas de tradicionalismo e o judiciário é interpretado como um agente inovador na produção do direito, como exemplo recente temos a decisão das uniões homoafetivas no STF e a comoção que ela provocou em certos setores da sociedade.

pessoas de cuja vocação e capacidade política duvidamos.<sup>8</sup> Mais do que isso, esse fenômeno ocorre em uma época em que juristas e cientistas sociais em geral são unânimes em reconhecer o papel de destaque que o judiciário vem assumindo na política.

Haveria, na realidade brasileira, alguma correlação entre o descrédito no legislativo e a ascensão do judiciário? Isso o livro de Waldron certamente não tem como responder, mas, como estamos vendo, ele nos é extremamente útil em mostrar porque não damos o devido crédito às legislaturas e, sobretudo, porque deveríamos valorizá-las. Waldron demonstra a preocupação de construir *A dignidade da legislação* não com base nos teóricos clássicos do tema — *p.ex.* Rousseau, Bentham, Locke —, mas, efetuando uma releitura de Aristóteles, Kant e Locke, que não são lembrados como grandes defensores da legislação, e com isso ele contribui, também, para que o referencial teórico sobre as legislaturas saia do lugar comum.

No segundo capítulo, intitulado *O positivismo de Kant*, Waldron lembra que Kant geralmente é lembrado como um autor que contribuiu para as reflexões sobre o que a lei deve ser, e que chamar alguém de kantiano é sugerir que esse alguém “dá grande importância ao pensamento moral individual e usa isso, em vez dos comandos do Estado ou das tradições do direito consuetudinário, como ponto de orientação para pensar sobre direitos e justiça.” (WALDRON, 2003, p. 48)

Mas Waldron nos lembra que nas reflexões de Kant também existe a preocupação com o dissenso e o fato de que todos nós temos interesses conflitantes e diferentes concepções do que é direito, e daí decorre a necessidade do estabelecimento de um posicionamento que possamos identificar como sendo a opinião da comunidade, e, conseqüentemente, a necessidade de um processo político que determine esse posicionamento.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> E teríamos, contribuindo para o descrédito no legislativo, tanto os políticos envolvidos em escândalos quanto os artistas, cuja capacidade questionamos, mas que mesmo assim elegemos.

<sup>9</sup> Waldron recorre, em especial, à seguinte passagem de Kant: “A experiência nos ensina a máxima de que os seres humanos agem de maneira violenta e malevolente e que tendem a lutar entre si até que sobrevenha uma legislação coerciva externa. Mas não é a experiência nem qualquer tipo de conhecimento factual que torna necessária a coerção jurídica pública. Pelo contrário, mesmo se imaginarmos os homens tão benevolentes e respeitadores da lei quanto possível, a idéia racional *a priori* de um Estado não lícito ainda nos dirá que, antes de ser estabelecido um Estado público e jurídico, os homens, os povos e os Estados nunca podem ter segurança quanto a atos de violência mútuos, já que todos terão seu próprio direito de fazer *o que lhes parece correto e bom para eles*, independentemente da opinião dos outros. Assim, a primeira decisão que o indivíduo é obrigado a tomar, se não deseja renunciar a todos os conceitos do direito, será adotar o princípio de que devemos abandonar o estado de natureza, no qual seguem os próprios desejos, e unirmo-nos a todos os outros (com os quais não podemos evitar o intercâmbio) para submetemo-nos à coerção externa, pública e lícita. Ele deve, portanto, entrar em um Estado em que aquilo que é reconhecido como pertencente a cada pessoa é reservado a ela *por lei* e garantido a ela por um poder externo que não é o seu próprio, mas exterior a ela). Em outras palavras ela deve, a todo custo, entrar em um Estado de sociedade civil.” (KANT *apud* WALDRON, 2003, p. 50-

na transição da filosofia moral para a filosofia política, Kant insiste em que agora nos demos conta do fato de que há outros no mundo além de nós. E insiste em que devemos ver os outros não apenas como objetos de interesse ou respeito moral, mas como *outras mentes, outros intelectos, outros agentes de pensamento moral, coordenados em competição com os nossos*. Quando penso em justiça, devo reconhecer que os outros estão pensando em justiça e que minha confiança na qualidade objetiva das minhas conclusões correspondem à confiança deles na qualidade objetiva das suas. A circunstância do direito e da política é que essa simetria de farisaísmo não corresponde a nenhuma convergência em substância, em que cada um dos dois *oponentes* pode acreditar que está certo. Se há, porém, razões para pensar que a sociedade precisa apenas de *uma* visão de certa questão específica a qual todos devem dar preferência, pelo menos no que diz respeito a suas interações externas, então, deve haver uma maneira de identificar uma visão como a visão da comunidade e um fundamento para a nossa fidelidade a ela não baseado em nenhum juízo que tivéssemos de fazer quanto à sua retidão. Essa, afirmo, é a base da doutrina de direito positivo de Kant, e é porque ele chama atenção para essa circunstância e essa necessidade que o cito como um dos campeões da dignidade da legislação humana. (WALDRON, 2003, p. 76, *grifos do original*)

Como é evidente, para Waldron é a legislatura que deve estabelecer *aquela visão a qual todos devem dar preferência*, o que certamente vai por em dúvida a legitimidade do *judicial review*.<sup>10</sup> Examinando *a legislatura de Locke (e a de Rawls)*, Waldron lembra que “em um estado de natureza, os objetos de propriedade podem ser definidos frouxamente” e adiante ele complementa que “a função da legislatura é fixar mais precisamente as regras e as distribuições que já existem de forma tosca no direito e no estado de natureza. E esta seria uma função valiosa porque é justamente nessas questões que é mais provável que as pessoas entrem em conflito.” (WALDRON, 2003, p. 81)

Temos, portanto, um forte argumento em favor das leis: elas nos proporcionariam *estabilidade*. A defesa das leis esbarra, entretanto, nos problemas referentes à sua interpretação, e Waldron lembra o posicionamento dos *realistas jurídicos*, para quem a lei não pode trazer estabilidade, já que sua interpretação é permeada pelos problemas inerentes à linguagem e pelas idiossincrasias dos intérpretes. Ele observa também que Locke esteve inclinado a dizer isso também, mas sua visão, afinal,

---

51. Para uma versão diferente da mesma passagem, cf. KANT, *A metafísica dos costumes*. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 154-155)

<sup>10</sup> Sobre isso, ele inicia o capítulo terceiro lembrando que, enquanto para Rawls a revisão judicial é algo óbvio, cerca de trezentos anos antes, para Locke, ela não era. (cf. WALDRON, 2003, p. 77)

parece ter sido a de que, entre um grupo de indivíduos bem intencionados, o que se pode esperar razoavelmente é que, mesmo levando em conta certas dificuldades de interpretação, as pessoas terão uma visão melhor de onde se encontram sob um conjunto de leis positivas válidas, que eles ou seus representantes decretaram, do que se tiverem de confiar no raciocínio individual de cada uma quanto à lei da natureza. (WALDRON, 2003, p. 94)

Aqui talvez haja uma deficiência no livro de Waldron, ele fica devendo uma resposta mais incisiva aos *realistas linguísticos*, tal resposta certamente seria um desvio na linha de raciocínio que Waldron segue em “A dignidade...”, mas como fazer um retrato róseo da legislação sem vencer os problemas linguísticos? Sentimos, portanto, falta de uma abordagem mais incisiva de Waldron sobre o tema, talvez acrescentando outro capítulo à obra, o que poderia ser feito a partir de outros trabalhos do próprio Waldron, que é conhecedor das questões relativas à filosofia da linguagem e sua repercussão no direito.<sup>11</sup>

Waldron prossegue em sua leitura de Locke, interpretando argumentos que podem ser empregados contra a revisão judicial das leis:

Admito que Locke não considera a possibilidade com a qual *nós* estamos familiarizados — que um corpo pode ter a supremacia de propor e decretar leis, ao passo que um outro tem a supremacia apenas no que diz respeito a revê-las e derrubá-las. Mas, embora Locke não *considere* essa possibilidade, seu argumento institucional realmente a rejeita com eficácia. Pois o que penso que ele quer dizer é que, sempre que há controvérsias a respeito do direito natural, é importante que uma assembleia *representativa* as solucione. Na teoria, podem ser solucionadas por um monarca ou por uma junta, e os membros da junta podem até usar perucas e togas; na teoria, o poder legislativo pode caber de direito a uma pessoa ou a algumas. Mas, na prática, isso não será prudente. (WALDRON, 2003, p. 105, *grifos do original*)

A passagem que acabamos de citar é importante porque mostra que Locke, embora seja um dos teóricos do direito natural, atribui grande valor às legislaturas<sup>12</sup> e seus argumentos

---

<sup>11</sup> Sendo conhecedor da obra de Hart, Waldron não poderia desconhecer a filosofia da linguagem, que permeia vários de seus trabalhos, por exemplo, um dos capítulos de *Law and Disagreement* é sugestivamente denominado de “*Text and Poliphony*” e este capítulo possui uma breve seção que é denominada, de forma ainda mais sugestiva, de “*words and meanings*”. O trabalho mais interessante de Waldron sobre a linguagem, em nossa opinião, é “*Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*” (WALDRON, 1994).

<sup>12</sup> E os argumentos de Locke, segundo nos parece, realmente podem ser empregados em defesa do legislativo e contra o *judicial review*: “Quando o legislativo é alterado. Sendo a sociedade civil definida como um estado de paz, onde os associados excluam o estado de guerra, confiando o papel de árbitro ao poder legislativo, para que este ponha fim a todas as diferenças que podem surgir entre eles, é no legislativo que os membros de uma comunidade civil estão unidos e combinados em conjunto para formar um único organismo vivo e homogêneo. Esta é a alma que dá à comunidade civil sua forma, sua vida e sua unidade. Daí procedem a influência, a simpatia e a conexão mútua entre seus vários membros. Por isso, quando o legislativo é rompido ou dissolvido,

podem não ser compatíveis com o *judicial review*. Adiante, e ainda preocupado com o legislativo, Waldron estabelece um interessante diálogo com Rawls:

Curiosamente, há recursos — tristemente inexplorados — a favor de uma visão similar na argumentação de John Rawls. Rawls diz que a justiça exige que *todos* os indivíduos (adultos, sãos) tenha o direito de participar, diretamente ou por meio de seus representantes, das leis e de outras decisões referentes à estruturação da sociedade. (WALDRON, 2003, p. 106, *grifos do original*)

Ainda em sua busca pela construção de um retrato róseo da legislação, Waldron inicia o capítulo seguinte com a proposta de exagerar uma passagem da *Política* de Aristóteles, que, segundo ele, não teria recebido a devida atenção.<sup>13</sup> A passagem em questão contém o que Waldron vai denominar de *Doutrina da Sabedoria da Multidão (DSM)*. O raciocínio por trás da *DSM* é tão simples quanto sedutor: a capacidade de decisão do povo, como um todo, é superior à capacidade de decisão do melhor homem.

Na decisão do grupo temos a perspectiva de cada um dos indivíduos sendo somada, resultando no discernimento da coletividade. Na decisão do melhor homem só podemos contar com suas faculdades individuais — e por mais que elas sejam superiores às de qualquer membro do grupo considerado isoladamente — elas invariavelmente perdem, em relação à decisão tomada pela coletividade, que irá considerar as perspectivas que o melhor homem não considerou, os pontos cegos que ele não foi capaz de ver.

Dessa constatação decorrem, para Waldron, duas formulações da *doutrina da sabedoria da multidão*:

---

seguem-se a dissolução e a morte. *Como a essência e a união da sociedade consistem em se ter uma vontade, o legislativo, uma vez estabelecido, é encarregado de declarar esta vontade e, por assim dizer, guardá-la.* A constituição do legislativo é o ato primeiro e fundamental da sociedade; em virtude desse ato, os associados prevêem a manutenção de sua união, remetendo-se ao consentimento do povo e a sua escolha para designar as pessoas que os governarão e para habilitar as pessoas que farão as leis que regerão seus atos, *de maneira que nenhum indivíduo, nenhum grupo entre eles tenha o poder de legislar por outros procedimentos.*” (LOCKE, 1994, p.214, *grifamos*)

<sup>13</sup> Ressalvadas as diferenças das traduções, a passagem a que se refere Waldron é a seguinte: “Atribuir la soberanía a la multitud antes que a los hombres distinguidos, que están siempre en minoría, puede parecer una solución equitativa y verdadera de la cuestión, aunque aún no resuelva todas las dificultades. Puede, en efecto, admitirse que la mayoría, cuyos miembros tomados separadamente no son hombres notables, está, sin embargo, por cima de los hombres superiores, si no individualmente, por lo menos en masa, a la manera que una comida a escote es más espléndida que la que pueda dar un particular a sus solas expensas. En esta multitud, cada individuo tiene su parte de virtud y de ilustración, y todos reunidos forman, por decirlo así, un solo hombre, que tiene manos, pies, sentidos innumerables, un carácter moral y una inteligencia en proporción. Por esto la multitud juzga con exactitud las composiciones musicales y poéticas; éste da su parecer sobre un punto, aquél sobre otro, y la reunión entera juzga el conjunto de la obra.” (ARISTÓTELES, *s/d*)

DSM<sub>1</sub>: O povo, atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que qualquer membro individual do corpo, por mais excelente que seja, é capaz de tomar sozinho.

(...)

DSM<sub>2</sub>: O povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que qualquer subconjunto de pessoas atuando como um corpo e reunindo o conhecimento, a experiência e o discernimento dos membros do subconjunto. (WALDRON, 2003, p. 115-116)

Waldron observa ainda que a sabedoria da multidão vai estar relacionada com a capacidade dos indivíduos de compartilhar “o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento conversando entre si, temos, então, uma interpretação natural de por que Aristóteles considerava a capacidade de discurso arrazoado como marca da natureza política do homem.” (WALDRON, 2003, p. 120)

Ao ler o capítulo em questão ficamos imaginando — e de certa forma sentindo falta — de reflexões mais aprofundadas sobre as práticas discursivas e suas possibilidades, inclusive éticas, ou sobre uma filosofia do consenso. Claro que esta não é a proposta de Waldron, mas não podemos deixar de pensar no mote que ele nos dá. Seu *exagero* da passagem aristotélica nos fornece algumas possibilidades interessantes de releitura e desenvolvimento do próprio Aristóteles e de outros autores, como por exemplo Perelman.

De qualquer forma, aceitamos que, numa determinada sociedade, a sabedoria do grupo é maior que a sabedoria isolada do melhor dos indivíduos. As implicações disso para a construção de uma dignidade da legislação são óbvias, como também são as implicações contra a revisão judicial desta mesma legislação. E se não temos, neste trabalho de Waldron, um desenvolvimento completo — na perspectiva de uma teoria retórica, ou considerando questões da filosofia da linguagem — de como essa sabedoria é atingida, temos, no capítulo seguinte, um interessante estudo da questão da *maioria* e da sua legitimidade.

Waldron inicia o último capítulo registrando a sua surpresa com a ausência de discussão contínua sobre o princípio da decisão majoritária, de análises da sua natureza, base e justificativa. “Há uma linha em Aristóteles, algumas linhas no *Leviatã*, uma página no *Segundo tratado do governo*, de Locke e alguns comentários esquivos e ambíguos no *Contrato Social* de Rousseau.” (WALDRON, 2003, p. 151, *grifos do original*)

O capítulo em questão contribui para suprir essa lacuna, nele Waldron faz uma breve revisão do que já foi dito sobre o princípio majoritário e uma última reflexão sobre os objetivos do livro como um todo. Ele principia lembrando que a decisão majoritária não é necessariamente democrática e cita como exemplo a corrupção na Câmara dos Comuns no séc XVIII, o seu uso nas supremas cortes, nos clubes de cavalheiros e até nos conselhos de terroristas (cf. WALDRON, 2003, p. 153).

Em sua análise da *física do consentimento* Waldron prossegue mostrando como pode ser equivocado considerar a decisão majoritária em analogia ao combate e às práticas esportivas, dentre outras razões porque nesses casos não necessariamente a maioria prevalece. Ele também lembra que pode ser um erro considerar a busca de decisão como vetores opostos atuando sobre um corpo, desconsiderando a possibilidade de fragmentar o corpo — e ilustramos isso com a imagem de um *cabo de guerra* em que a corda se parte.

Waldron também menciona que é possível que o corpo assuma a direção de um terceiro vetor, resultante da força dos dois primeiros — aqui, lamentavelmente, não nos ocorre outra imagem pra ilustrar além de uma pessoa pressionando um sabão com as palmas de suas mãos, e este, em vez de ceder apenas à pressão de uma das mãos desliza em uma terceira direção — e a forma como este capítulo é elaborado deixa claro que Waldron não está interessado nas perspectivas discursivas das quais havíamos sentido falta no capítulo anterior.

Este capítulo contém ainda pelo menos mais um forte argumento em favor da dignidade da legislação. Como vimos, as páginas iniciais do livro trazem um contraste entre as legislaturas — a multidão, o populacho — e o judiciário em seu esplendor, a forma como o legislativo de forma abrupta declara *criar direito novo* e o judiciário diz apenas declarar o que o direito *sempre teria sido*. O que as legislaturas teriam a seu favor? Apenas a representatividade e, sobretudo, o princípio majoritário que emerge dos debates? Waldron dá uma resposta bem interessante:

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez *especialmente* após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio do voto e da decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença quando uma questão é deslocada da legislatura para o

tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário. Como assinalam Dan Farber e Philip Frickey no excelente estudo *Law and Public Choice* [Direito e opção pública], se pensamos (por exemplo, por razões associadas aos paradoxos de escolha social) que “o caos e a incoerência são os resultados inevitáveis da votação majoritária, então, os tribunais de recursos ... foram igualmente à bancarrota ... Se aceitamos a tese no que diz respeito às legislaturas, não temos para onde nos voltar”. (WALDRON, 2003, p. 156-157, *grifos do original*)

É um argumento forte, e nos remete a uma reflexão mais ampla voltada à nossa própria realidade, se as instituições faliram, teria mesmo o judiciário ficado à salvo da falência? Será que boa parte das críticas que usualmente são feitas ao legislativo e ao executivo não são cabíveis também ao judiciário? A que interesses realmente se vincula esse discurso de descrédito e de necessidade de ascensão do judiciário? São perguntas que deixamos em aberto, e é bem possível que elas sequer tenham uma resposta definitiva, de qualquer forma, merecem ser refletidas e o livro de Waldron nos nessa reflexão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dissemos, no início do presente ensaio, que faríamos uma leitura crítica procurando avaliar se o discurso de Waldron é apenas um positivismo anacrônico em um mundo *constitucionalizado*, ou será ele tem algo importante a nos dizer. Feita a leitura, fizemos nossas críticas, inclusive aos aspectos que o livro deixa de abordar — como as questões linguísticas inerentes à legislação — e apontamos alguns pontos interessantes e reflexões que Waldron proporciona.

Waldron inicia seu livro se propondo a fazer um *retrato róseo* da legislação, não nos parece que ele tenha sido bem sucedido, seu livro é muito crítico para construir um retrato tão idílico. Temos nossas dúvidas se um apologista do *judicial review* teria coragem de mencionar as extravagâncias do judiciário como Waldron menciona as do legislativo. Seu livro é bem sucedido, entretanto, em nos fazer repensar nossos próprios pré-conceitos em relação ao legislativo e questionar o *mundo constitucionalizado* em que vivemos.

Dissemos anteriormente que quem se propõe a defender o legislativo invariavelmente soa anacrônico, Waldron consegue contornar esse problema. É possível até não concordar com o que ele diz, mas é impossível terminar sua leitura sem que repensemos

as próprias convicções e concepções sobre o Legislativo e o Judiciário. A partir da leitura de Waldron podemos perceber claramente que o discurso — tão caro a muitos neoconstitucionalistas — que legitima o Judiciário a partir da crítica ao Legislativo é, na verdade, falacioso. Ele é na verdade um *non sequitur*. Se Waldron falha em pintar o retrato róseo e perfeito da legislação, ele nos mostra em suas linhas e entrelinhas que dos problemas do Legislativo *não se segue* a perfeição e a legitimidade do Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, **Política**. s/d. Disponível em [http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf]. Acesso em 02 set 2012.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. **Jurídica**: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N. 31. p. 325-340. 2001. Disponível em [http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=31]. Acesso em 20 ago 2012.
- BOURDIEU, Pierre. . **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- DUTRA, Delamar Volpato. **Manual de filosofia do direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. A textura aberta da linguagem é um obstáculo à classificação das normas em regras e princípios?. *In*: Virginia Colares (org.). **Direito, linguagem e sociedade**. Recife: APPODI, 2011a, p. 379-399.
- \_\_\_\_\_. Os princípios gerais da Administração Pública e o neoconstitucionalismo: Até onde a adesão à doutrina a alienígena é válida?. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. V. 100, p. 21-44, 2011b.
- GRACIE, Ellen. Não vejo no Supremo ninguém atrelado à linha do governo que o nomeou. (Entrevista concedida a Carlos Graieb e Paulo Celso Pereira). **Revista Veja**, edição 2232 – ano 44 – nº 35, 31 de agosto de 2011, p. 23, a passagem em questão também está disponível em [http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/ellen-gracie-nao-vejo-no-supremo-ninguem-atrelado-a-linha-do-governo-que-o-nomeou/] acesso em 01 set. 2011.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GONÇALVES, F. P. F. Apenas um retrato róseo? Uma leitura crítica de “a dignidade da legislação” de Jeremy Waldron.

JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson**: being his autobiography, correspondance, reports, messages, addresses, and other writings, official and private. Vol. VII. Washington: Taylor & Maury, 1854. Disponível em [https://play.google.com/store/books/details?id=1mIFAAAAQAAJ&rdid=book-1mIFAAAAQAAJ&rdot=1] acesso em 02 jun. 2013.

JEREMY WALDRON. Disponível em [http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/profile.cfm?section=bio&personID=26993] . Acesso em 02 set. 2013.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE**, n. 11, Recife, p. 125-156, 2000.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Judicial Review and the Conditions of Democracy *In: The Journal of Political Philosophy*. Vol. 6, N. 4, p. 335 – 355, 1998.

\_\_\_\_\_. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Remembering Ronald Dworkin**. Disponível em [http://chronicle.com/blogs/conversation/2013/02/19/remembering-ronald-dworkin/]. Acesso em 02 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. **California Law Review**, Vol. 82, nº. 3, p. 509-540, 1994.