

A DEMOCRACIA NO BOTE SALVA-VIDAS: OS LIMITES DO MAJORITARISMO NAS CONCEPÇÕES DE PARCERIA E GOVERNO DA MAIORIA

DEMOCRACY IN THE LIFEBOAT: THE BOUNDARIES OF MAJORITARIANISM ACCORDING TO PARTNERSHIP'S AND MAJORITY-DECISION'S CONCEPTIONS

Vera Karam de Chueiri*
Deborah Dettmam**

Resumo: Este artigo discute as circunstâncias nas quais o procedimento majoritário pode se mostrar inadequado como princípio de decisão e as situações nas quais outros critérios de decisão, que não o majoritário, podem ser empregados sem comprometer seu caráter democrático. Para tanto, parte de um debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a alegoria do bote salva-vidas para, a partir desse caso, analisar as bases teóricas do majoritarismo e discutir se a democracia admite outros princípios de decisão que também podem ser considerados democraticamente legítimos. Identifica, ainda, elementos comuns e analisa os pontos de tensão entre as duas perspectivas distintas de democracia defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, demonstrando que nenhum dos autores está pronto a levar o majoritarismo às últimas consequências, ao mesmo tempo em que nem um nem outro nega o caráter vantajoso das decisões majoritárias em comparação a outros critérios de decisão disponíveis em um governo democrático.

Palavras-chave: Decisão majoritária. Majoritarismo. Igualdade política. Democracia.

Abstract: The article examines the circumstances in which the majority is inappropriate as the only decision-making principle in a democracy. Therefore, it begins with the debate between Ronald Dworkin and Jeremy Waldron about the lifeboat case, in order to analyze the theoretical basis of majoritarianism and discuss whether democracy admits other decision-making procedure that may also be considered democratically legitimate.

Keywords: Majority rule. Majoritarianism. Political equality. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais argumentos de legitimação do *judicial review* repousa na ideia de que as cortes protegem as minorias contra as pretensões tirânicas de uma maioria do povo, representada pela maioria parlamentar. Ainda que existam países, como a Inglaterra, onde a

* Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba-PR, Brasil. Professora Associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFPR (nos programas de graduação, mestrado e doutorado em Direito). Coordenadora do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em Filosofia pela New School for Social Research, EUA. Pesquisadora visitante na Yale Law School (2015-2016). E-mail: vera.karamdechueiri@yale.edu.

** Doutora em Direito na Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba-PR, Brasil. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília-UnB. Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade Federal do Piauí-UFPI. Pesquisadora do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. E-mail: deborahdettmam@ufpi.edu.br

teoria da separação de poderes não tenha concluído que a tirania da maioria pudesse ser controlada por juízes, mas por intermédio de um corpo legislativo bicameral consciente de seus deveres, controlado pelo povo e, em certa medida, pelo rei, tornou-se bastante popular creditar o controle externo do parlamento a um tribunal constitucional.

Concebido como um “reforço contra legisladores infiéis”,¹ o *judicial review*, desde sua concepção, foi defendido por Alexander Hamilton como uma proteção da parte minoritária da sociedade contra o mau-humor das maiorias conjuntas, de forma que a constituição atuaria como limite a maiorias circunstanciais.² Por outro lado, a decisão majoritária há séculos tem sido empregada e defendida como o melhor critério de tomada de decisão política. John Locke, ainda no século XVII, escrevia que a vontade do corpo político seria determinada pela maioria, sendo essa regra dada pela natureza e pela razão, de modo que consentir em viver em sociedade significaria consentir em acatar a decisão majoritária (ou outro número superior à maioria), sendo esta a expressão do ato do todo, já que seria impossível se exigir a unanimidade.³

O debate sobre a tirania da maioria, assim, transcende uma discussão entre legislativo e judiciário. Em última análise, essa discussão revela a tensão existente entre autoridade e liberdade, entre esfera pública e privada, e em quais circunstâncias seria possível que o princípio majoritário cedesse diante das liberdades da minoria sem perder o caráter democrático e livre de governo.

Este artigo pretende abordar essa problemática, discutindo os limites da decisão majoritária, a partir de duas concepções de democracia: a democracia majoritária, defendida por Jeremy Waldron, e a democracia por parceria, defendida por Ronald Dworkin. Os autores partem de um caso extremo, explicitado na alegoria do bote salva-vidas, para criticar e defender as bases teóricas do majoritarismo. Antecipando o final do debate, ambos os autores concordam que o exemplo não é decisivo, seja para impugnar, seja para legitimar a regra majoritária como critério de decisão intrinsecamente equitativo, mas a discussão subjacente ao exemplo dá subsídios teóricos para testar até que ponto a regra majoritária constitui um postulado necessário da igualdade política e da democracia.

A fim de problematizar essa controvérsia, este trabalho indaga se a igualdade política admite outros critérios de decisão, além da regra majoritária; se é legítimo admitir que a maioria possa fixar os limites da maioria e se há resposta, diante do reconhecimento do paradoxo, sobre como resolver controvérsias onde haja dissenso profundo acerca dos critérios de decisão disponíveis. Reconhece que Dworkin tem razão ao afirmar que não há uma

resposta a esta última indagação, pois a divergência sobre a adequação da decisão majoritária, do sorteio, ou de qualquer outro critério será controvertida do início ao fim, apesar dos esforços para estabelecer a decisão; todavia, reconhece que a crítica de Waldron também procede ao revelar o dissenso por trás de escolhas óbvias de decisão e ao demonstrar que, diferente do conceito democrático de parceria, há dissenso sobre igualdade política e sobre os limites da decisão majoritária. Conclui, assim, que nenhum desses autores defende o emprego irrestrito da decisão majoritária, fixando apenas requisitos diferenciados em relação a seu uso.

2 DEMOCRACIA E MAIORIA NA VISÃO DE DWORKIN

Na opinião de Ronald Dworkin⁴, o debate sobre a democracia gira em torno de uma definição supostamente neutra: “a democracia é o governo de acordo com a vontade da maioria, expressa em eleições razoavelmente frequentes, com direito de voto quase total após um debate político com liberdade de expressão e liberdade de imprensa”. Com base em definições como essas, muitos juristas e filósofos condenam a prática de um tribunal que nega efeito legal a uma lei contrária aos direitos constitucionais fundamentais por considerá-la ofensiva para a democracia, enquanto que outros, baseados no argumento de que a democracia não é o único valor, embora seja importante, acreditam que os juízes devem comprometer também com outros valores, como os direitos humanos.

Dworkin questiona se é correto entender democracia como governo da maioria ou como uma coisa válida em si mesma. Questiona, também, se uma política apoiada por um maior número de pessoas é mais justa ou melhor. Uma das formas de resolver o desacordo seria contar cabeças, mas Dworkin acha que este critério deve ser rejeitado como princípio universal de correção por não ser automaticamente verdadeiro. Ele dá o exemplo de um bote salva-vidas lotado, onde um passageiro precisa pular para salvar os demais; em casos assim, o voto da maioria seria um dos piores métodos para escolha da vítima, porque as relações pessoais e inimizades desempenhariam um papel indesejável, sendo o sorteio um método de decisão muito melhor.

A política, em uma escala bem maior ao bote salva-vidas, é repleta de antagonismos e isto torna duvidosa a ideia de que o voto da maioria é intrinsecamente ou automaticamente justo em situações como esta. Não obstante, se a democracia é governo da maioria e isto não é algo desejável em si, por qual razão, indaga Dworkin, deveríamos tanto procurar em protegê-la? Sua resposta é que a democracia é um conceito interpretativo e deve ser tratada como um

valor e não como definição neutra; que a estrutura e as decisões do governo devem reconhecer a importância igual das pessoas e a sua responsabilidade pessoal⁵. Ele repudia a postura dos filósofos que abandonam o debate devido à ampla discordância conceitual e considera fundamental considerar o sentido e o fundamento da democracia.

A estratégia de Dworkin consiste em abordar dois conceitos de democracia: a concepção majoritária e a concepção de parceria. O primeiro conceito defende que o autogoverno existe quando a maioria conserva um poder político fundamental, com eleições frequentes para que governantes sejam encorajados a fazer a vontade da maioria, sendo que, nesta concepção, não existe um comprometimento eleitoral majoritário na produção de um resultado justo, ao contrário, as leis podem inclusive ir de encontro a teorias agregativas de justiça, como o utilitarismo, produzindo leis contrárias ao bem-estar médio ou total. Esta primeira concepção não nega necessariamente a atuação de juízes para proteção do poder do povo ou da liberdade de expressão. Acredita, todavia, que o escrutínio judicial não é apto para decidir questões controversas como aborto ou pena de morte, sob pena de comprometer todo o sentido da democracia majoritária.⁶

Dworkin explica que a concepção majoritária de democracia vê na regra da maioria o único método equitativo de governo, por reconhecer que a decisão majoritária propicia a cada um dos participantes relevantes o direito moral de ser tratado como igual no processo.⁷ Dworkin refuta este argumento, inaugurando um famoso debate com Jeremy Waldron, duvidando que a decisão majoritária, como princípio geral de equidade processual aplicado independente do contexto, seja um processo intrinsecamente equitativo.

O dilema dos passageiros no bote salva-vidas não poderia ser resolvido por uma votação majoritária, pois a única forma de solução seria escolher o método mais justo. Entretanto, poderia existir, como levantou Waldron, um problema de discordância sobre qual seria o método mais justo, exigindo assim uma prévia votação para a escolha do método. Todavia, para Dworkin⁸, não haveria diferença em votar primeiro o método de decisão para depois votar o passageiro a ser atirado ao mar, já que as controvérsias sobre os processos mais justos serão controvertidas até o fim. Nesse caso, haveria uma solução óbvia: o sorteio.

A teoria de dignidade de Dworkin não é contrária à decisão majoritária e nem defende o sorteio em substituição àquela. Antes disso, acredita que a escolha de um critério de decisão política deve ser realizada a partir de uma concepção de parceria, isto é, os membros devem agir com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros, vinculando o governo democrático às suas condições substantivas de legitimidade. Logo, a regra

majoritária só tem autoridade moral para decidir se as instituições através das quais governa forem suficientemente legítimas. O *judicial review* surge como um mecanismo possível⁹ para reforçar a legitimidade do governo, pois ao defender a independência ética da minoria, reforça o direito moral da maioria em impor sua vontade em outros temas.¹⁰

Um dos argumentos contrários à concepção democrática de parceria seria o reconhecimento da igualdade política, sustentada por autores como Waldron. Dworkin, entretanto, explica que a igualdade política é um conceito interpretativo que pode ser definidos de três formas: i) todos os cidadãos adultos têm a mesma influência sobre decisões políticas (igualdade de influência); ii) todos os cidadãos adultos tem o mesmo peso¹¹ na decisão política (igualdade de impacto)¹², e iii) nenhum impacto político de um cidadão adulto é inferior ao de outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade (igualdade de atitude). As duas primeiras veem a igualdade como ideal matemático (pesos iguais), a terceira vê a igualdade política como uma questão de atitude (trata os cidadãos como iguais, sem dar pesos iguais).

O problema da igualdade de influência é que ela é irrealista (a opinião de um superstar é capaz de agregar mais pessoas que a opinião de um desconhecido) e indesejada (só poderia se concretizar em governos totalitários). O problema da igualdade de impacto é que, diferente do que ocorre em pequenas assembleias, o governo representativo, o sistema eleitoral e a separação de poderes diluem o valor de controle político para quase zero. O mero reconhecimento da igualdade do voto não é capaz de assegurar a igualdade de preferências na elaboração da lei ou da política, privilegiando pessoas como presidentes, primeiros-ministros, parlamentares ou juízes.¹³

Diante disso, Dworkin propõe uma distinção entre poder político e estatuto político, afirmando que a igualdade política está relacionada a este último. A desigualdade de impacto pode revelar um menor estatuto político, isto é, normalmente, a desigualdade do voto revela um desrespeito à determinada categoria ou raça. Porém, nas situações em que o desvio do peso de impacto não estiver pautado em um insulto ou redução do estatuto político, a igualdade de impacto pode não ser essencial.¹⁴ Assim, a forma aritmética de igualdade, defendida pela concepção majoritária, não tem qualquer valor em si mesma e o governo da maioria não é um processo de decisão intrinsecamente justo. Tampouco se mostra capaz em explicar sistemas constitucionais legítimos que admitem a desigualdade de impacto, mas que não ameaçam a dignidade, como o desigual impacto do Senado em relação à representação populacional (já que a composição é fixa por estado) e o colégio eleitoral para escolha do

Presidente da República. Desta maneira, a igualdade de impacto político dos votos pode servir como uma regra básica que admite exceções legítimas. Dworkin afirma que esta distinção pode ser democrática e certa se preencher duas condições, uma negativa (não pode pressupor que uns nascem para governar outros) e uma positiva (a quebra da igualdade de impacto reforça a legitimidade da comunidade).¹⁵

A concepção de parceria, como requisito negativo, não admite a quebra da igualdade de impacto para defender aristocracia de gênero, raça, etnia, casta, religião, riqueza ou talento. Dworkin acredita que mesmo nos Estados Unidos ainda existe resquícios de discriminação, como Illinois, que exigiu dos eleitores a carta de habilitação ou identidade com foto, excluindo pessoas desproporcionalmente pobres destituídas dessa identificação.¹⁶

Em relação ao segundo requisito, Dworkin analisa os argumentos majoritários para defesa do governo representativo. A concepção majoritária defende que a igualdade de impacto é mantida por um parlamento se existe liberdade de imprensa e eleições frequentes, propiciando que os governantes julguem de acordo com aquilo que a maioria deseja, tornando, os governantes, canais da vontade da maioria. Dworkin, não obstante, acha que existem diversas razões (além daquelas defendidas por Burke) menos respeitáveis para que os governantes ignorem a vontade e o interesse da maioria, como agradar aos grandes contribuintes, comprometendo a igualdade de impacto no governo representativo. Ele crê que sua concepção de parceria defende o governo representativo mais eficazmente que a majoritária. Sendo plausível que os governantes eleitos são mais capazes de proteger os direitos individuais das mudanças da opinião pública, não pode haver uma exigência geral de referendo nem acreditar que o governo representativo constitui um déficit automático na democracia. Assim, os dois requisitos, negativo e positivo, para o impacto político desigual são satisfeitos, ao menos em princípio.

Ao explicitar as deficiências conceituais da concepção majoritária e sua defesa da concepção de parceria, Dworkin¹⁷ volta à questão da legitimidade do *judicial review* e faz a seguinte indagação: juízes não eleitos podem negar aquilo que foi decidido pela maioria ou por seus representantes (cuja base majoritária é inegável) realizando um escrutínio judicial substantivo? Para a concepção majoritária, não, para a concepção de parceria, não necessariamente.

Quando a maioria dos juízes da Suprema Corte invalida uma lei, suas decisões possuem uma diferença de impacto em relação aos demais cidadãos, todavia, não agem por

discriminação de nascença ou de riqueza, satisfazendo a primeira condição. Resta saber se o escrutínio judicial reforça a legitimidade democrática em geral.

Para analisar o segundo requisito, Dworkin compara os juízes da Suprema Corte aos governantes¹⁸. Apesar de serem eleitos, os eleitores perdem o controle dos governantes durante o período em que eles exercem o mandato,¹⁹ concedendo-lhes muito mais poderes neste período do que juízes teriam por toda sua vida. Os juízes, diferentemente do Presidente, não têm poder para agir de forma independente, pois dependem de sua capacidade de atrair uma maioria de outros juízes para a sua opinião.

Um governo pode não precisar do escrutínio judicial para ser legítimo. Isso ocorre em países onde há maiorias estáveis que possuem um bom registro de proteção da legitimidade do seu governo, por identificarem e respeitarem os direitos individuais e das minorias. Contudo, mesmo países com esta tradição podem estar suscetíveis a cometer erros (como ocorreu nos Estados Unidos e Reino Unido após os ataques terroristas). Por outro lado, nada assegura que o escrutínio judicial tornará uma comunidade majoritária mais democrática e legítima. A história não ensina se o escrutínio judicial pode reforçar a legitimidade, mas ela mostra que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem uma contribuição histórica positiva, melhorando a democracia daquele país.²⁰

3 A MAIORIA NO BOTE SALVA-VIDAS: A RÉPLICA DE JEREMY WALDRON

Jeremy Waldron inicia seu artigo alterando a expressão de Dworkin de regra majoritária para decisão majoritária, citando Hannah Arendt: “Só onde a maioria, após a decisão ser tomada, procede a liquidar politicamente a oposição minoritária, o instrumento técnico da decisão majoritária degenera na regra majoritária”.²¹ Waldron afirma que os filósofos nunca superaram seu desdém pela democracia desde Sócrates. Dworkin parece seguir esta tradição, pois, apesar de defender a democracia, não é entusiasta de qualquer versão de democracia definida pelo uso da decisão majoritária. Ele diz: “É claro que a decisão majoritária não é necessariamente democrática”.²² Esse critério pode ser utilizado por uns poucos para resolver questões que afetam a vida de muitos. É o caso da votação da revisão judicial por parte dos juízes. Dworkin acredita que o *judicial review* é compatível com a democracia, mas não por causa da decisão majoritária; como todos os filósofos, ele não está muito interessado em saber como as cortes resolvem o seu desacordo. Seu ponto de vista revela vários problemas: i) mesmo no caso de lugares onde existe o *judicial review*, há

desacordo sobre quais direitos o povo tem; ii) não parece ser possível ultrapassar esses desacordos entre juízes para uma decisão da corte, a não ser usando um princípio de decisão. Waldron diz que há mais de vinte anos desafia os defensores do *judicial review* a explicar o uso do princípio majoritário pelas cortes que exercem uma revisão “contra-majoritária”; até hoje ele aguarda uma resposta honrosa.

Waldron supõe que Dworkin retirou o exemplo do bote salva-vidas do caso *United States v. Holmes*, de 1842, onde 14 passageiros foram lançados ao mar devido à superlotação do bote. Nesta ocasião, os passageiros masculinos foram lançados, permanecendo as mulheres e a tripulação. Posteriormente, houve um julgamento pelo evento e Holmes foi condenado por homicídio involuntário. O juiz do caso sustentou que a superioridade numérica da tripulação não tinha o direito de sacrificar os passageiros, o correto seria aplicar o princípio clássico da marinha, primeiro os marinheiros ao mar, ou ao menos o princípio de seleção por sorteio.²³ O argumento de Waldron, citando o advogado de defesa de Holmes, consiste em questionar a escolha do sorteio como critério “óbvio”, já que o seu uso despreza outras regras de humanidade, como a preservação de mulheres e crianças.

Desde o princípio, Waldron concorda com Dworkin que, naquela situação específica, a decisão majoritária não seria adequada, mas seu propósito é problematizar a posição de Dworkin. Para alcançar este propósito, Waldron questiona como se daria a escolha do princípio de sacrifício, ou seja, qual critério de sacrifício deveria ser previamente fixado dentre vários disponíveis: o sacrifício dos marinheiros, o sorteio, os que tivessem a saúde mais débil ou a decisão majoritária. Dworkin, como já mencionado, considera um argumento redundante propugnar legítima uma decisão majoritária como critério de sacrifício se o meio de escolha desse critério também se deu majoritariamente. Todavia, Dworkin não explica como os passageiros do bote salva-vidas deveriam decidir diante da multiplicidade de formas de sacrifício.

Waldron²⁴ afirma que a resposta de Dworkin foi dada em uma conversa. Ele sugeriu que os passageiros deveriam discutir o tema até que uma solução se sobressaísse. Isso é comum entre os democratas deliberativos que acreditam que uma longa discussão dissipa a necessidade de votação. Entretanto, na perspectiva de Dworkin, mesmo que a denúncia da falácia circular (uma votação majoritária para legitimar um processo de decisão majoritário) fosse afastada, imaginando que os passageiros só poderiam votar entre o critério de sacrifício do sorteio ou da saúde, ainda assim, a maioria não seria um critério de decisão aplicável para resolver o conflito entre dois critérios não majoritários.²⁵ Deste modo, com o exemplo do bote

salva-vidas, Dworkin conclui ser inadequado amarrar o conceito de democracia com a ideia de decisão majoritária, porém, o máximo que ele consegue é desacreditar a decisão majoritária como um procedimento particular de escolha entre vida e morte. Aqueles que vinculam as decisões majoritárias à democracia estão interessados em debater decisões substantivas de política e princípio, no seu âmbito apropriado, e não dentro de um bote decidindo casos individuais.

Apesar de Waldron reconhecer que a decisão majoritária não é sempre apropriada para resolver questões particulares (como também Dworkin acredita que o sorteio não é apropriado para resolver todas as questões públicas), ele igualmente reconhece que a decisão majoritária não está permanentemente banida de seu uso particular, como no caso do bote salva-vidas.²⁶ Sua indagação é descobrir por que Dworkin considera tão desagradável dar poder à maioria de decidir sobre vida e morte durante um naufrágio, mas não se incomodar com a maioria do tribunal ter esse mesmo poder de vida e morte na revisão de casos capitais.

No exemplo do bote salva-vidas, Dworkin afirma que as inimizades e as relações pessoais comprometem a decisão majoritária como justa e adequada. Para Waldron, a existência de predileção ou preconceito entre os passageiros são uma versão daquilo que Dworkin denominou de preferências externas, todavia, Dworkin anteriormente se utilizava das preferências externas para demonstrar a inadequação de seu emprego em um número limitado de casos e não como uma crítica geral ao majoritarismo, como coloca no caso do bote salva-vidas. O que o exemplo do bote salva-vidas ensina é que a decisão majoritária não é intrinsecamente justa neste caso, mas isso não permite concluir a inadequação do majoritarismo em geral, como não permite concluir que é uma tolice associá-lo à democracia.²⁷

Da mesma forma, Waldron²⁸ explica que uma das críticas do julgamento de *Holmes* era que o princípio de sacrifício eleito pelos tripulantes deveria ter sido declarado a todos os passageiros do bote. Situação semelhante ocorre no campo mais amplo da comunidade política, onde a decisão deve ser obtida por meio do comum acordo dos membros da sociedade. Exige-se não apenas que cada voz seja dada, ela também precisa ser contada e contada igualmente, com base em um acordo comum. O princípio da maioria (e apenas esse) satisfaz essas exigências.

Esta é a essência de um famoso argumento dado por Kenneth May: Se queremos uma decisão seja tomada por membros de um grupo entre duas opções, e se queremos que o processo de decisão que satisfaça as exigências de (i) decisividade, (ii) neutralidade, (iii) igualdade, e (iv) sensibilidade positiva (no nível mais alto

compatível com igualdade), assim o princípio majoritário é o único princípio a ser utilizado.²⁹

Com isso, o princípio majoritário não é moralmente insignificante porque as condições que o exigem não são moralmente insignificantes. Para Waldron, a crítica de Dworkin, ao valer-se das preferências externas, não apenas oferece um motivo para discordar dos resultados majoritários, como também oferece um motivo que prejudica uma das premissas pela qual se apela normalmente ao princípio majoritário (sensibilidade positiva). Dworkin também não aceita, como muitos constitucionalistas, a visão de que a decisão é em si neutra e indiferente a méritos morais, em sua concepção, as decisões devem ser pesadas e os direitos constitucionais possuem esta função.

Nenhuma dessas colocações, entretanto, ilustra ou responde o problema do bote salva-vidas, ao contrário, para Waldron, o exemplo do bote salva-vidas tanto pode revelar o inadequado emprego de uma concepção majoritária que “conta cabeças”, como também pode ser um exemplo de emprego de uma decisão majoritária, nada revelando sobre as circunstâncias que tornariam inadequado seu uso.³⁰ Para descobrir quando as decisões majoritárias são adequadas seria preciso, na opinião de Waldron, verificar outros trechos da obra de Dworkin, como a que ele aborda a diluição da igualdade de impacto diante do sistema eleitoral e da separação de poderes ou quando ele articula uma poderosa concepção alternativa de igualdade política. O exemplo do bote salva-vidas seria apenas uma distração.

4 QUANDO A DECISÃO MAJORITÁRIA É JUSTA EM UMA DEMOCRACIA?

O cerne da discussão entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, nos dois artigos abordados, consiste em debater os limites das decisões majoritárias. O exemplo do bote salva-vidas, oferecido por Dworkin, é uma estratégia argumentativa para esticar e levar às últimas consequências determinados postulados teóricos, a fim de demonstrar a fragilidade e enfatizar as diferenças entre as duas perspectivas distintas de igualdade política e democracia. É possível, como ressalva o próprio Waldron,³¹ que qualquer argumento pareça tolo quando levado ao extremo, porém, John Stuart Mill acreditava que razões que não são boas em casos extremos, podem não ser boas em caso algum³².

Existem alguns pontos de união entre ambos: a) nenhum deles afirma que a decisão majoritária, por si só, é democrática; b) ambos defendem que a comunidade deve estar comprometida com a ideia de direitos; c) ambos acreditam que é indesejável que a maioria tire a minoria³³; d) se Dworkin acredita que a mera existência de uma corte constitucional

não é certeza de maior legitimidade e democracia, Waldron também tem defendido a possibilidade do *judicial review* quando há legislações patológicas ou disfuncionais,³⁴ e e) tanto Waldron como Dworkin acreditam que a definição do critério de sacrifício do bote salva-vidas diz pouco a respeito da admissibilidade e vinculação desse critério em outras arenas de deliberação da política pública.

Entretanto, apesar das convergências, é necessário analisar os pontos divergentes acerca das concepções de igualdade política e democracia. Um dos pontos trazidos pelo exemplo do bote salva-vidas é descobrir se a maioria pode estabelecer seus próprios limites, isto é, se a maioria dos passageiros poderia escolher como critério de sacrifício a decisão majoritária. Para concepção de parceria dworkiana, os motivos que proibiriam a maioria de votar (relações pessoais e inimizades) seriam os mesmos motivos que proibiriam a maioria de escolher o critério de sacrifício. Nessa mesma linha, Stephen Macedo acredita que é paradoxal permitir que a maioria decida os limites da decisão majoritária.³⁵ Se todos os procedimentos de decisão são controvertidos, como quer Waldron, por que aceitar a regra majoritária? Essa crítica também é feita por Wil Waluchow,³⁶ pois já que tudo na política está sujeito a uma discordância razoável, não haveria motivos para preferir a solução majoritária de Waldron ao invés das soluções de Dworkin, Rawls ou Freeman.

Macedo ainda afirma que algumas objeções da maioria em relação aos direitos da minoria são flagrantemente irrazoáveis, como negar defesa gratuita a um criminoso carente ou negar o direito dos homossexuais adultos terem relações sexuais na privacidade de seus lares, sendo pertinente questionar o motivo que leva a maioria dessas pessoas a querer negar esses direitos.³⁷ Nesses casos, o emprego ou não da decisão majoritária deve ser decidido como uma questão pragmática, aplicada quando a votação for a mais justa ou útil para todos os interessados. A decisão majoritária deve ser vista apenas como uma forma de decisão dentre tantas outras compatíveis com o princípio de igualdade política.

Ele explica que é um erro afirmar que existe um deficit para democracia quando juízes não eleitos invalidam uma lei aprovada pelo parlamento. Os juízes não estão isentos de *accountability*, pois suas decisões estão sujeitas a intenso escrutínio e debate. Partindo de uma premissa que vêm sendo difundida no Brasil por autores como Conrado Mendes, Macedo defende que as decisões das cortes não são finais, embora sejam muito difíceis de serem revertidas em países como os Estados Unidos, existindo outros países que talvez possuam um melhor desenho institucional das relações entre cortes e parlamentos. Tal como afirma Dworkin, Macedo entende que o *judicial review* é apenas uma possibilidade de garantia de

legitimidade e não uma certeza.³⁸ Só a atuação da corte poderá determinar se ela fará uma comunidade mais legítima e democrática. As cortes, assim, teriam mérito por ser um espaço para audiências das partes que acreditam que seus direitos têm sido violados injustamente, reconhecendo que os tribunais podem ser um fórum de participação intrinsecamente valioso³⁹.

Macedo chega a esboçar a defesa da concepção majoritarista expondo que, diante do desacordo, os métodos de decisão alternativos apenas privilegiam as vozes ou os votos de poucos, enquanto que a regra majoritária, pelo menos, permite a voz e o voto de cada cidadão de uma sociedade. Sua crítica, contudo, se concentra no desacordo da regra majoritária como critério de decisão, mas, tal como enfatiza Waldron, não fornece uma explicação plausível para admitir que a voz de poucos substitua a de muitos. A resposta honrosa que Waldron espera não foi respondida por Dworkin nem por Macedo, porque é difícil explicar em termos lógicos a existência de um órgão contramajoritário que decide majoritariamente. É complicado argumentar que a decisão parlamentar, por ser majoritariamente tomada, pode ferir direitos fundamentais, justificando, assim, que uma corte possa corrigir o problema adotando um procedimento de decisão igualmente majoritário⁴⁰.

São dois, então, os problemas sem resposta: i) Waldron não explica por que deveria haver concordância em optar pela decisão majoritária, diante de um dissenso profundo (ou como quer o exemplo, por que os passageiros deveriam concordar que a maioria escolhesse o critério de sacrifício); e ii) se não é possível que a maioria decida (por ser injusto) e o sorteio não é uma opção *óbvia*, como resolver as questões relativas ao dissenso dos critério de sacrifício, pois Dworkin apenas chega à conclusão que questões controvertidas no início, são controvertidas até o final?

Junto a Macedo, outros autores como David Estlund e Federico Arco Ramíres têm concordado que a igualdade política admite outros procedimentos alternativos à regra majoritária sem serem menos respeitosos, como o *lottery voting*⁴¹ e o *queen for a day*. Arco Ramirez⁴² explica que o problema dos procedimentos aleatórios não é a ausência da igualdade de impacto, pois cada voto tem a mesma possibilidade de ser decisivo na eleição, com vantagem de outorgar à minoria alguma probabilidade de vitória. Entretanto, o sorteio também aumenta as chances de produzir piores resultados, como favorecer a criação de governos instáveis, conceder vitória a minorias extremistas, ignorar a importância da deliberação ou não garantir a integridade (em termos dworkianos) do sistema jurídico, fazendo com que a regra da maioria seja preferível, ao estimular a moderação e predisposição ao consenso.

A teoria do procedimentalismo epistêmico, defendida por Arco Ramires e David Estlund, propugna que a justificação moral da regra da maioria não pode se desenvolver apenas em termos procedimentalmente intrínsecos (*fairness*), mas também deve levar em consideração a correção (*soundness*) das decisões adotadas por meio deste procedimento, já que apenas por este último critério é que a regra majoritária se coloca como preferível aos outros procedimentos aleatórios de escolha.

Dessa forma, o autor quer conciliar, de três maneiras, a democracia deliberativa com a igualdade política de participação (no sentido de igualdade de oportunidades) na escolha da decisão ou da deliberação, anterior à votação: i) a igualdade intrínseca de oportunidades que traz a regra da maioria não prejudica, mas aumenta as possibilidades de identificar soluções corretas; ii) vincular a qualidade epistêmica da deliberação a depender da participação e inclusão (portanto igualitária) possível, na razão de quanto mais participação e inclusão houver maior a qualidade da deliberação⁴³; e iii) equilibrar o peso do componente epistêmico com o valor intrínseco da igualdade de oportunidades, para participar em uma deliberação democrática, que seja mais participativa e inclusiva possível.

O autor defende que, depois da deliberação, pode ser imprescindível a decisão devido à falta de consenso. Tanto a deliberação influencia o voto, por exemplo, excluindo posições, como também o voto estrutura a deliberação, quando se obriga o eleitor a dizer, binariamente, sim ou não. Todo procedimento precisa ser ajustado ao contexto.

Para Arco Ramírez, o próprio Waldron afirma que o valor intrínseco da participação política através do voto agregado, de acordo com a regra da maioria, admite que a atribuição às instituições legislativas da decisão sobre os desacordos acerca do conteúdo e harmonização dos direitos fundamentais só seria aplicável àquelas sociedades onde estivessem presentes quatro condições: a) possuam instituições democráticas baseadas no sufrágio universal, que funcionem de modo razoavelmente correto; b) existe um poder judicial submetido ao império da lei; c) cabe apreciar um compromisso por parte da maioria dos membros desta sociedade e de seus funcionários com a ideia de direitos individuais e coletivos; d) existem desacordos substantivos persistentes e de boa-fé sobre os direitos entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos. Se essas condições não estão presentes e os direitos não podem ser protegidos por meio da eleição de seus representantes são necessários mecanismos contramajoritários que cumpram esse papel, uma vez que a esperança seria protegê-los através do litígio e não da participação.

Entretanto, Ramires crê que aos quatro requisitos de Waldron deve ser acrescentado um quinto requisito: que a distribuição de interesses, preferências e ideais sobre a totalidade das questões que requer decisões coletivas siga uma pauta que não repita sistematicamente a composição da maioria.⁴⁴ Ramirez acredita que deve se investigar como o poder está de fato distribuído. O problema da falta de representação (não da falta de cidadania) pode levar a circunstâncias em que haja minorias diferenciadas e insulares. Nesse caso, a pauta de deliberação não pode ser majoritariamente composta. Assim, ele prefere um modelo de supremacia legislativa forte em vez de um constitucionalismo forte, minimizando a tensão entre o caráter preponderantemente epistêmico da deliberação democrática e o caráter igualitário da regra da maioria. Esse procedimento respeitaria a igualdade de oportunidades, própria para sociedades divididas transversalmente, onde tanto as majorias como as minorias sejam fluídas. Se assim não for, a regra da maioria produziria injustiças e menosprezaria a igualdade política e a democracia.

Matthew Verdin concorda com a crítica de Estlund, aceita por Ramires, em que o procedimento eleito precisa se mostrar adequado para ser incontroverso, mas adverte que o procedimento só precisa ser incontroverso no contexto particular em que é usado.⁴⁵ Em relação ao majoritarismo, Dworkin quer usar o exemplo do bote salva-vidas para invalidar a regra majoritária, exigindo que ela se mostrasse adequada a solucionar problemas em todas as circunstâncias, entretanto, a decisão majoritária não precisa ser adequada a todas as circunstâncias, basta que se prove que ela é adequada para o particular contexto da legislação.

De todo o exposto, pode-se observar que existe uma defesa, seja de Waldron, seja de Dworkin, seja de Macedo, seja de Ramírez, sobre as benesses da decisão majoritária, em detrimento de outros mecanismos de decisão compatíveis com a igualdade política⁴⁶. Essa defesa, todavia, não vai a ponto de concluir que todas as decisões políticas devem ser feitas por maioria. Até mesmo Waldron vai concordar que uma democracia puramente majoritária na Palestina ou no Iraque poderia gerar resultados catastróficos, embora não eliminasse a necessidade de participação política do povo. É por isso que Waldron atrela o bom funcionamento da decisão majoritária expressa pela supremacia parlamentar a *core situations* ou aqueles casos em que a comunidade possui instituições democráticas que funcionam bem e estão comprometidas com a ideia de direitos (sendo, portanto, adequada ao particular contexto da legislação). É necessário um ambiente político-social propício para que a decisão majoritária respeite a igualdade política, do contrário, a minoria não pode se comprometer com a premissa majoritária se sabe que sempre vai perder. É a possibilidade de fluidez entre

minorias e maiorias (ausência de tirania) que faz com que a decisão majoritária seja boa e adequada.

Quando se chega ao ponto da decisão majoritária ser um mecanismo de negação da igualdade política, não há motivos para que seu emprego seja resguardado. Waldron está certo, haverá divergência do que seja igualdade política e de quais são os limites da decisão majoritária, mas Dworkin também está certo, porque a divergência sobre a adequação da decisão majoritária, do sorteio, ou de qualquer outro critério será controvertido do início ao fim e não há uma resposta para isso, ao menos até agora.

5 CONCLUSÃO

A divergência entre Waldron e Dworkin, acerca das circunstâncias que tornam correto o emprego da decisão majoritária como critério de decisão, revela uma tensão entre duas perspectivas distintas de democracia (ou pelo menos como Dworkin classifica sua teoria). Waldron afirma que os filósofos, desde o julgamento e morte de Sócrates, se revoltam contra a democracia. Um estudo histórico da democracia como forma de governo pode dar razão à premissa levantada por Waldron, pois as críticas filosóficas ao governo de muitos (ou o governo das massas) remontam à origem da democracia ateniense.

A noção de muitos utilizada por Aristóteles para designar um segmento social não se confunde, atualmente, com a maioria, no sentido numérico da democracia representativa. Não obstante, persiste a desconfiança da capacidade do povo em decidir de maneira justa e essa desconfiança se transfere para a desconfiança da regra majoritária como critério de decisão política. Pode ser que não seja uma mera desconfiança ou elitismo, mas uma conclusão obtida de experiências históricas que demonstram que o povo, por ser instável e passional, não é capaz de decidir bem.

A credibilidade crescente da democracia como forma de governo legítimo tem obrigado os filósofos e juristas a reconstruir constantemente o sentido de democracia, autogoverno, igualdade, povo, maioria, para que não sejam obrigados a abdicar dessa expressão e de toda carga de legitimidade que ela traz. Exemplo disso é a multiplicidade de teorias acerca do significado de governo do povo, das hierarquizações das manifestações do povo, das distinções entre igualdade de impacto e influência, do significado de representação (inclusive abdicando da eleição, como preconizam as teorias de representação argumentativa),

se a democracia exige maioria ou consenso ou ambos, ou, ainda, quais maiorias devem ser ouvidas e quais maiorias devem ser ignoradas, dentre outros.

Dworkin não concorda que democracia seja governo da maioria. Para ele, democracia é maioria também, mas não apenas isso. A democracia está comprometida com outros valores, além da igualdade de voto, e deve proteger o direito que cada indivíduo tem de ser tratado com igual respeito e consideração. Para ele, os Estados Unidos são hoje uma sociedade mais justa do que teria sido se tivessem confiado seus direitos à consciência das instituições majoritárias. Waldron acredita que todos os indivíduos também são titulares de direitos, mas há discordância acerca de quais direitos eles possuem. Assim, o direito dos direitos consiste em assegurar a igual participação política de cada pessoa na definição dos demais e a regra majoritária é a melhor maneira de decidir esses dissensos.

Um debate honesto com esses autores exigiria necessariamente um aprofundamento do significado de democracia, impossível de ser visto neste artigo. Isso porque a discussão sobre os limites da decisão majoritária, e em última instância, da democracia como governo da maioria, perpassaria pelo embate entre soberania popular (governo do povo) e constituição mista (que Montesquieu relê como separação de poderes), entre a tirania da maioria e mecanismos de controle da concentração de poder, entre autogoverno e opressão.

Todavia, a despeito de todas essas diferenças conceituais, sob a perspectiva brasileira, o debate Waldron-Dworkin é um debate entre pessoas da mesma família anglo-saxã. Nenhum deles está disposto a levar o majoritarismo às últimas consequências abrindo mão da herança de proteção aos direitos individuais ou da herança democrático-majoritária que esses países conjugam. A adoção de uma supremacia parlamentar ou judicial, ou outro desenho institucional, que para ambos consistem em diferenças gritantes devido ao orgulho que possuem de sua tradição política, provavelmente não produziria sociedades muito distintas das que existem atualmente nesses países. No final das contas, se Dworkin e Waldron estivessem juntos no barco, diante do risco de afogamento, defenderiam a mesma solução.

REFERÊNCIAS

AMAR, Akhil Reed. Choosing representatives by lottery voting. **Faculty Scholarship Series**, paper 1018: 1283-1308, 1984.

ARCO RAMÍREZ, Federico. Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, 46: 13-36, 2012.

- DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John, and MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Review**, Boston, 90: 1029-1042, 2010
- MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 25:25-38, 2005.
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- VERDIN, Matthew. **Defending the majoritarian case against judicial review**. The Ohio State University, Ohio, junho de 2012.
- WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 90: 1043-1057, 2010.
- _____. Law and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**. Vol. 123, nº 7(may 2010), pp. 1596-1657.
- _____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. New Haven, 115: 1346-1406, 2006.
- WALUCHOW, Wil. Constitutions as living trees: an idiot responds. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, 18: 207-247, 2005.
- WILLIAM, Nelson Edward. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of the judicial review**, Kansas: University Press of Kansas, 2000. pp. 97-98.

¹ William, Nelson Edward. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of the judicial review**, Kansas: University Press of Kansas, 2000. pp. 97-98.

² HAMILTON, Alexander. *Federalist Papers*, nº 78.

³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 469.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 355-356.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 357-358.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 392-393.

⁷ Para Dworkin, a decisão majoritária exige que previamente se delimite as pessoas *certas* que titularizam o poder moral de participação. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 388-389 e 394.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 395.

⁹ Dworkin reforça sua ideia de que o escrutínio judicial é apenas uma possibilidade e não uma estratégia infalível de preservação da legitimidade do governo.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 392-395.

¹¹ Um exemplo normalmente empregado da igualdade de impacto é a regra *one man, one vote*.

¹² Dworkin explica que a influência está relacionada à capacidade de um indivíduo levar outros a aderirem ao seu lado, o impacto é limitado por aquilo que o indivíduo consegue alcançar por meio de sua opinião, isto é, o poder que cada pessoa tem de controlar as leis da sua comunidade apenas em virtude das suas próprias preferências. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 396-397.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 396-400.

¹⁴ Situações onde a desigualdade de impacto não gera desrespeito ou negação da dignidade ocorrem, por exemplo, por meio da reorganização de distritos, deixando distritos com quantidades desiguais de eleitores, a fim de eleger maior quantidade de representantes negros. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 399.

¹⁵ Ao menos não quando foram pensadas para a criação da nação (DWORKIN, 2012, p. 402). Atualmente, Dworkin defende que a ausência de eleições diretas para Presidência constitui uma distorção e que as eleições para o Senado deveriam seguir o estatuto dos congressistas, distribuindo os estados por população.

¹⁶ Ele refere-se ao caso *Crawford v. Marion County Election Board*, onde a Suprema Corte manteve a lei, de forma errada na opinião de Dworkin. Todavia, diante de escandalosos casos de corrupção eleitoral no Brasil, parece razoável exigir a identificação do eleitor por meio de foto ou digital. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 400-401.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 403.

¹⁸ Nos Estados Unidos, o processo para escolha de um *justice* é mais influenciado pelo público americano do que a escolha de senadores eleitos por um pequeno estado, afirma Dworkin (2012, p. 404).

¹⁹ George W. Bush seria um exemplo de presidente que era inflexível em prosseguir com políticas impopulares. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 404.

²⁰ Dworkin faz uma crítica às últimas decisões da Suprema Corte e torce por uma melhora nas futuras nomeações: “temos de fazer figas” (2012, p. 407).

²¹ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, p. 1043.

²² WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, p. 1044.

²³ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, p. 1046.

²⁴ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1051-1052.

²⁵ Dworkin respondeu a crítica de Waldron explicando que as razões que excluem a decisão majoritária da lista são as mesmas razões pelas quais a maioria não está autorizada a escolher os critérios de sacrifício da lista. O critério de saúde, que escolhe o mais velho ou menos saudável, só poderia ser apropriado se os passageiros não soubessem antecipadamente quais seriam os doentes ou enfermos (adotando uma posição rawlsoniana). Outro cenário, entretanto, poderia ser pensado. Em vez de sortear o passageiro, poderia ser sorteado o critério de sacrifício, colocando a decisão majoritária como uma das possíveis regras de decisão, porém, não parece que Dworkin pudesse vir a defender esta alternativa. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 492-493.

²⁶ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1052-1053.

²⁷ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, p. 1054.

²⁸ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1055-1057.

²⁹ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, p. 1055.

³⁰ WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1056-1057.

³¹ WALDRON, Jeremy. Law and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**. Vol. 123, nº 7(may 2010), p. 1643.

³² “É estranho que os homens admitissem a validade dos argumentos a favor da livre discussão, mas objetassem que eles são “levados ao extremo” não vendo que, se as razões não são boas num caso extremo, não são boas em caso nenhum”. Cf. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 65.

³³ Waldron não nega a existência de tirania da maioria, mas explica que só há tirania se a minoria tópica (destinatários da decisão) é sistematicamente coincidente com a minoria decisória (os que têm poder de voto): “*To sum up, tyranny of the majority is possible. But the term should not be used simply to mark the speaker’s disagreement with the outcome of a majority decision. The most fruitful way of characterizing tyranny of the majority is to say that it happens when topical minorities are aligned with decisional minorities.* In Part VII, I shall consider the application of this to what are called “discrete and insular minorities””. Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. New Haven, 2006, p. 1398.

³⁴ “*In the case of legislatures, however, hasty or sectarian legislating is not part of the normal theory of what legislatures are set up to do. It is not what we should assume for the core case of legislative decisionmaking in a society most of whose members respect rights. There may be some countries—perhaps the United States—in which peculiar legislative pathologies have developed. If that is so, then Americans should confine their non-core argument for judicial review to their own exceptional circumstances*” Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. New Haven, 2006, p. 1386.

³⁵ MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1032-1033.

³⁶ WALUCHOW, Wil. Constitutions as living trees: an idiot responds. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, 2005, p. 17.

³⁷ MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1034-1038.

³⁸ MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Review**, Boston, 2010, pp. 1036-1041.

³⁹ Verdin critica a solução de Macedo ao afirmar que a instituição de advogados ou supermaiorias geram um ambiente de desconfiança para as futuras ações da maioria. Força a minoria a encontrar consolo em uma instituição ao invés da comunidade e tende a diminuir a necessidade de um diálogo significativo com a maioria, essencial para qualquer ambiente político. Cf. VERDIN, Matthew. **Defending the majoritarian case against judicial review**. The Ohio State University, Ohio, 2012, p. 14.

⁴⁰ Existem algumas propostas que buscam resolver o problema substituindo o procedimento majoritário de decisão das cortes por outros procedimentos que manifestassem o “consenso institucional”. Como os juízes chegariam a este consenso, não se sabe, as deliberações seriam secretas. Talvez todos que integram o órgão colegiado pensem da mesma maneira, mas isso não quer dizer que seja algo bom, pelo contrário. Partindo, entretanto, da premissa que os juízes de um órgão colegiado podem vir a ter diferentes pontos de vista sobre o direito, seria necessário estabelecer também entre eles um critério de decisão. O fato de abandonar o critério majoritário ou agregativo de decisão por outro critério obscuro ou desconhecido apenas é uma estratégia de se evitar a crítica à custa da transparência. O problema persiste: em toda deliberação coletiva deve ser adotado um critério de decisão diante do dissenso.

⁴¹ De acordo com a teoria de Akhil Reed Amar (1984, p. 1283), a chance de eleição de um candidato seria proporcional aos votos que recebeu: “*Under "lottery voting, citizens would vote for representatives in local districts, much as they do today. Rather than automatically electing the candidate who receives a majority or plurality of votes, however, lottery voting chooses the winner in a lottery of the ballots cast: A single ballot is randomly drawn, and the candidate chosen on that ballot wins the election. If A receives sixty percent of the overall vote and B gets forty percent, A does not automatically win; rather, A's ex ante chances of winning are sixty percent and B's are forty percent*”. Luís Felipe Miguel, todavia, esboça algumas críticas em relação a esses modelos de eleição: i) o sorteio deixa de lado o caráter seletivo do processo eleitoral; ii) ignora a eleição como mecanismo de autorização do representante; e iii) enfraquece a noção de *accountability*, uma vez que os governantes não devem o mandato à maioria, mas ao acaso (MIGUEL, 2006, p. 173).

⁴² ARCO RAMÍREZ, Federico. Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, 2012, p. 25-26.

⁴³ Arco Ramirez reconhece que, normalmente, as teorias deliberativas vinculam maior qualidade epistêmica da decisão a depender das condições impostas ao processo, relacionando a correção da decisão à qualidade da deliberação. Sua proposta, portanto, é minoritária ao defender que a qualidade epistêmica está relacionada ao componente participativo, unindo deliberação e igualdade política: “*cuanto mayor sea el número de los que intervengan, se podrá contar con una mayor cantidad de detalles en el proceso deliberativo, aumentando así las posibilidades de tomar una decisión correcta*” (2012, pp. 28-29).

⁴⁴ ARCO RAMÍREZ, Federico. Regla de la mayoría, democracia deliberativa igualdad política. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, 2012, pp. 32-33.

⁴⁵ VERDIN, Matthew. **Defending the majoritarian case against judicial review**. The Ohio State University, Ohio, 2012, p. 18.

⁴⁶ É interessante observar que tanto os defensores da supremacia parlamentar como os defensores da supremacia legislativa concordam que, normalmente, as controvérsias políticas devem ser resolvidas por meio de decisão majoritária. Mesmo Dworkin tem dificuldade para exemplificar outros critérios de decisão (pior ainda, melhores) que os tribunais poderiam empregar em substituição a decisão majoritária.

RECEBIDO EM: 14/11/2017.

APROVADO EM: 19/01/2018.