

Para a Crítica à Compreensão Dominante dos Direitos Fundamentais*

José Jardim Rocha Junior

Mestre em Direito Público – Universidades de Coimbra e Brasília, Doutorando em Direito Constitucional – Universidade de Brasília.

RESUMO: Neste artigo, esboça-se uma crítica a alguns dos elementos estruturantes da compreensão dominante dos direitos fundamentais, particularmente da relevância conferida no âmbito dessa compreensão ao *judicial review* dos direitos fundamentais. A partir da caracterização dos traços essenciais da *rights-based theory* que informa essa compreensão (I), descreve-se, sucintamente, a sua mais influente variante no constitucionalismo brasileiro: a *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy (II). Procede-se, em seguida, à enunciação de algumas críticas dirigidas a essa compreensão dos direitos fundamentais (III), e, à guisa de conclusão, apresentam-se dois argumentos articulados para enfrentar os principais aspectos dessas críticas, já agora no marco teórico alternativo do pensamento constitucional republicano (IV).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; *judicial review*; constitucionalismo republicano.

ABSTRACT: Within this article, a critique is developed upon some of the structural elements of the mainstream understanding of fundamental rights, particularly in relation to the relevance granted to the judicial review of fundamental rights. From the characterization of the essential outline of the rights-based theory that delineates such understanding, it is possible to describe, in brief, its most influent variation over Brazilian constitutionalism: Robert Alexy's *Theory of fundamental rights*. Secondly, the current article lists some critiques related to the aforesaid understanding of fundamental rights. Finally, two integrated arguments are exposed in order to face the principal aspects of these critiques, now within the alternative theoretical arrangement of republican constitutional thought.

KEY WORDS: Fundamental rights; judicial review; republican constitutionalism.

* Este artigo resume um trabalho apresentado no 1º semestre/2006 no Doutorado da Faculdade de Direito/UnB, na disciplina "Direitos Fundamentais", ministrada pelo Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes. Os argumentos lá desenvolvidos são aqui apenas esboçados, à moda de um roteiro.

SUMÁRIO: I – A compreensão dos direitos fundamentais como uma *rights-based theory*; II – A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; III – Crítica à compreensão dominante do *judicial review* dos direitos fundamentais; IV – Argumentos alternativos à compreensão dominante dos direitos fundamentais; Referências bibliográficas.

I – A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA *RIGHTS-BASED THEORY*

A compreensão dos direitos fundamentais dominante no constitucionalismo contemporâneo enquadra-se naquilo que se convencionou chamar de uma *rights-based theory*. Essa terminologia, derivada do debate suscitado por Dworkin com a publicação de *Taking rights seriously*¹, pretende evidenciar que, para essa concepção do constitucionalismo, a categoria deontológica dos direitos subjetivos (*rights*) é fundante e, mais ainda, tem prioridade sobre a categoria deontológica dos deveres (*duties*). Embora com diferenças de detalhes entre os diversos autores, os traços essenciais da concepção *rights-based* podem ser resumidos nos seguintes argumentos²:

- i) o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, a idéia inefável, “agora no core do pensamento e da prática democrático-liberal moderna por todo o mundo”, segundo a qual “os seres humanos têm uma dignidade que merece consideração das leis e instituições sociais”³. Como proclamado solenemente na Constituição alemã, “a dignidade humana é inviolável” e “todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la” (art. 1º, nº 1).
- ii) A proteção jurídica da dignidade humana pressupõe a categoria dos direitos subjetivos, visto que a linguagem do direito (*law*) “é” intrinsecamente a linguagem dos direitos (*rights*) subjetivos. Como sustenta Michael Perry, considerar a linguagem do direito como uma “linguagem ou vocabulário jurídico dos ‘direitos’” é dizer que um indivíduo, uma pessoa jurídica, ou mesmo o Estado, tem, com a garantia do direito (*law*), direito (*right*) de exigir que outro indivíduo, pessoa jurídica, ou o Estado, se comporte de determinado modo com respeito a ele⁴. Portanto, para o constitucionalismo *rights-based* também os direitos subjetivos *fundamentais* devem ser compreendidos e realizados valendo-se dessa peculiar linguagem.

1 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. p. 90-96 e 170-177.

2 Para essa discussão, cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*; WALDRON, Jeremy. “A *rights-based critique of constitutional rights*”; WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*.

3 NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. p. 5.

4 PERRY, Michael J. *The idea of human rights: four inquiries*. p. 46.

- iii) Os direitos fundamentais são direitos individuais, no sentido de que são direitos dirigidos precipuamente a proteger de intromissões do poder político um âmbito da liberdade humana. Por óbvio, com isso não se está a dizer que, em um determinado Direito Constitucional positivo, grupos ou mesmo pessoas jurídicas não possam ser titulares de direitos fundamentais, mas tão-somente destacando-se que o propósito fundamental do reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais é a salvaguarda da dignidade do indivíduo.
- iv) Por protegerem a dignidade humana, as normas de direitos fundamentais constituem um *higher law*, elas são normas com supremacia no ordenamento jurídico. Nas palavras sempre influentes de Dworkin, o decisivo do constitucionalismo é a idéia de que a vontade da “maioria deve ser limitada com vistas à proteção dos direitos individuais”, sendo, então, os direitos entendidos como “trunfos (*trumps*)” para impedir que a “maioria seja juiz em sua própria causa”⁵.
- v) A proteção da dignidade humana na via da linguagem dos direitos fundamentais pressupõe a existência de uma autoridade com poderes contramajoritários para assegurar a supremacia do *higher law* que assegura esses direitos. Portanto, o exercício do *judicial review*, é dizer, a possibilidade de juízes invalidarem atos e normas do Poder Público que ameaçam ou violam os direitos fundamentais, é uma mera consequência desse compromisso do constitucionalismo contemporâneo de levar realmente a sério a dignidade humana.

Essa tese da existência de uma conexão necessária entre a proteção dos direitos fundamentais e o *judicial review* é dominante no Estado constitucional contemporâneo, alcançando o ambiente norte-americano, europeu e os países por eles influenciados. Por evidente, para a maior parte dos países que adotaram novas Constituições no pós-guerra, a atribuição aos juízes, particularmente a um tribunal constitucional, da competência para tutelar a observância dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos é uma questão de Direito Constitucional positivo. Na experiência norte-americana, ao contrário, no recorrente debate acerca da “constitucionalidade” do estabelecimento do *judicial review* a partir de *Marbury v. Madison* (5 US 137, 1803), o argumento majoritaria-

5 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. p. 131-49. “A concepção dos direitos como ‘trunfos’ implica que os ‘direitos são mais bem compreendidos como trunfos sobre justificações de fundo para decisões políticas que estabelecem objetivos para a comunidade como um todo’.” (DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps*. p. 153)

mente evocado a favor dessa prática é histórico. Com efeito, embora não haja consenso quanto ao entendimento de que os *Founding Fathers* pretenderam instituir o *judicial review* no sistema institucional dos Estados Unidos⁶, é incontroverso que essa prática é agora um elemento distintivo do seu Direito Constitucional. Nas palavras de Perry, no “sentido que o *judicial review* é agora uma característica definitiva do sistema de governo norte-americano – uma característica *constitutiva* –, o *judicial review* é constitucional”⁷. Como argumentado por Dworkin, apenas a existência de um *judicial review* pode assegurar “que as mais fundamentais questões de moralidade política serão propostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma diferença que não pode ser observada, ao menos não totalmente, no âmbito da própria legislatura”⁸.

- vi) O último traço da compreensão dominante dos direitos fundamentais é mais caracteristicamente disseminado na expressão europeia do Estado constitucional e nos países – tais como o Brasil – influenciados por esse paradigma. Cuida-se da idéia segundo a qual o elemento distintivo do *judicial review* dos direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade, em decorrência da necessidade de ponderação entre princípios constitucionais em colisão.

Nos Estados constitucionais europeus, a *ratio* invocada para o reconhecimento dessa competência tem sido derivada principalmente da idéia de que os direitos fundamentais, ao lado da sua dimensão tradicional como direitos públicos subjetivos, têm também uma dimensão de princípio objetivo. Entendidos como *princípios objetivos*, os direitos fundamentais caracterizariam regulações constitucionais da vida social alheias à estrutura individualista da concepção dos direitos públicos subjetivos, com o que não se enquadrariam na clássica problematização em termos da dialética indivíduos x Estado, entre liberdade individual e limitação à liberdade individual.

A conformação dessa vislumbrada concepção objetiva dos direitos fundamentais foi obra do Tribunal Constitucional Federal alemão, desenvolvida a partir das suas decisões nos casos da *Tributação dos Cônjuges*, de 1957, e *Lüth*, de 1958. Como interpretado por Böckenförde, além de consolidar essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao lado das suas dimensões clássicas de direito subjetivo e de garantia institucional, a construção do Tribunal Constitucional Federal alemão assentava que esse con-

6 Acerca dessa questão, cf. JARDIM-ROCHA, José. Problemas com o “governo dos juizes”: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*.

7 PERRY, Michael J. *The Constitution in the courts: law or politics?* p. 26.

8 DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. p. 70.

teúdo objetivo irradiava-se sobre cada um dos direitos fundamentais em particular⁹. Com isso, estava aberto o caminho para a emergência e, em seguida, o avassalador domínio do princípio da proporcionalidade no exercício do *judicial review* dos direitos fundamentais. É que como na conformação da vida das sociedades contemporâneas articulam-se diversas concepções de justiça e moral, cada uma prestigiando um particular princípio axiológico objetivo, os tribunais constitucionais têm que ponderar esses princípios objetivos quando da decisão acerca de qual das concorrentes ordens de valores deverá prevalecer na sociedade. E essa necessidade de ponderação entre os princípios constitucionais reconduz-se precisamente à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. Segundo Alexy, essa conexão é rigorosa: a dimensão de princípio objetivo dos direitos fundamentais “implica a máxima da proporcionalidade” e, assim, ao *judicial review*. Reversamente, “a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dito) se infere logicamente do caráter de princípio”¹⁰.

Mais recentemente, Alexy passou a relacionar os direitos fundamentais, o *judicial review* e a ponderação de princípios constitucionais requerida pela máxima da proporcionalidade em termos de elementos constitutivos do que ele denomina de “constitucionalismo discursivo”¹¹.

Segundo Alexy, no exercício do *judicial review* dos direitos fundamentais, as duas principais objeções dirigidas à aplicação do princípio da proporcionalidade mediante a ponderação – a saber, (i) o seu caráter subjetivo e insuscetível de condução segundo um procedimento racional e (ii) a conversão de questões deontológicas acerca da validade de normas jurídicas em questões axiológicas acerca da adequação ou inadequação de valores – podem ser refutadas quando se analisa a estrutura da ponderação¹². Resumidamente, essa estrutura revelaria três estágios: no primeiro estágio estabelece-se o grau de não-satisfação de um primeiro princípio; no segundo estágio estabelece-se a importância de satisfazer o princípio concorrente-

9 Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Los métodos de la interpretación constitucional* – inventario e crítica. p. 109; e HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. p. 57. Hesse vislumbra uma adicional correlação entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, alegando que ao seu sentido subjetivo de defesa frente ao Estado corresponde o sentido objetivo de normas negativas de competência. Assim, por efeito da dimensão objetiva, as competências estatais (legislativas, administrativas e judiciais) encontram um limite insuperável nos direitos fundamentais; dizendo-o em outros termos, o exercício dessas competências estatais estaria proibido no domínio protegido pelos direitos fundamentais (cf. HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. p. 91-92).

10 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 111-112.

11 Cf. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation e Constitucionalismo Discursivo*. Além dos direitos fundamentais, do *judicial review* (na terminologia de Alexy, *constitutional review*) e da ponderação, os outros elementos constitutivos do constitucionalismo discursivo seriam o discurso e a representação.

12 Cf. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. p. 574.

te; finalmente, no terceiro estágio verifica-se se a não-satisfação do primeiro princípio poder ser justificada com base na importância da satisfação do segundo princípio. O argumento de Alexy é no sentido de que, uma vez que é possível enunciar juízos racionais nesses três estágios, tornam-se insustentáveis as objeções dirigidas à ponderação.

II – A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

No Direito Constitucional brasileiro, a concepção *rights-based* mais influente é a articulada por Robert Alexy na sua *Teoria dos direitos fundamentais*¹³. Pelo caráter quase canônico atribuído à concepção de Alexy no âmbito da compreensão dominante dos direitos fundamentais, convém discutir os seus traços essenciais¹⁴.

O ponto de partida da concepção de Alexy é a distinção entre *teoria teórico-jurídica* e *teoria dogmático-jurídica*. *Teoria teórico-jurídica* seria aquela preocupada com as questões formais das “estruturas possíveis e necessárias dos direitos fundamentais”, sem referência a um dado direito positivo vigente. Já a *teoria dogmático-jurídica*, tal como a sua própria Teoria dos Direitos Fundamentais, seria aquela orientada pelo que “realmente é praticado como ciência do direito e que é designado como ‘dogmática jurídica’ ou ‘jurisprudência’, é dizer, a ciência do direito em sentido estrito e propriamente dito”. Essa *teoria dogmático-jurídica* contém três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa. A dimensão analítica volta-se à sistematização conceitual do direito vigente, compreendendo a análise dos conceitos fundamentais, a construção jurídica, a investigação da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação dos direitos. Para Alexy, a tarefa dessa dimensão analítica tem a sua formulação clássica no programa apresentado por Laband: “a tarefa científica da *dogmática* de um determinado direito positivo consiste na construção das instituições jurídicas, na remissão dos enunciados jurídicos particulares a conceitos mais gerais e, ainda, na derivação de conseqüências jurídicas desses conceitos”. A dimensão empírica diz respeito tanto ao conhecimento do direito vigente quanto à utilização de premissas conseqüenciais na argumentação jurídica. Segundo Alexy, numa *teoria dogmático-jurídica* tem relevância apenas aquele primeiro sentido. Por fim, a dimensão normativa propõe-se a orientação e a crítica da prática jurí-

13 Guerra Filho, reportando-se expressamente ao modelo de Alexy, concebe a teoria dos direitos fundamentais como “algo como a ‘parte geral’ de uma dogmática dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 33).

14 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 27-46. Para o aprofundamento dessa discussão, cf. a minha dissertação de mestrado (JARDIM-ROCHA, José. Os direitos humanos como problema do direito positivo: apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanas do constitucionalismo, UnB, Brasília, 2002).

dica, em particular, da atividade judicial. A tarefa constitucional relevante é saber “qual é, no caso concreto e tendo em vista o direito positivo válido, a decisão correta”.

Alexy sustenta que a integração dessas três dimensões “é condição necessária da racionalidade da ciência do direito como disciplina prática”. Todavia, a compreensão dos direitos fundamentais propiciada por esse seu peculiar sentido de *teoria dogmático-jurídica* acaba por não satisfazer essa postulação. É que Alexy acaba estabelecendo uma espécie de hierarquia funcional entre essas dimensões com base na qual a prometida crítica da prática jurídica atribuída à dimensão normativa é determinada pelo esforço dogmático-conceitual empreendido na dimensão analítica. Em resumo: a racionalidade da compreensão dos direitos fundamentais decorre essencialmente da dimensão analítica da *teoria dogmático-jurídica*. Nesse momento analítico é que reside a possibilidade de que a “ciência dos direitos fundamentais” escape “da retórica política e das oscilações da luta das concepções de mundo”.

Portanto, na concepção de Alexy, a dimensão analítica não tem apenas a decisiva função de propiciar precisão conceitual para a teorização dos direitos fundamentais. Ao contrário, esse momento analítico-conceitual é a própria compreensão do que são os direitos fundamentais. Daí porque a sua compreensão dos direitos constitucionais positivos tenha que se qualificar como uma “teoria estrutural dos direitos fundamentais”, entendida como uma teoria que investiga as estruturas dos direitos fundamentais (princípios ou regras), a influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico (os conflitos e colisões) e a fundamentação dos direitos fundamentais (a ponderação dos direitos fundamentais com base na aplicação do princípio da proporcionalidade). E, como essa dogmática é fundamentalmente uma dogmática da aplicação judicial do direito – a “perspectiva do juiz é a que caracteriza primariamente a ciência do direito” –, a compreensão dos direitos fundamentais assentada nessa *teoria dogmático-jurídica* tem que se apresentar como uma teoria do *judicial review* dos direitos fundamentais.

III – CRÍTICA À COMPREENSÃO DOMINANTE DO JUDICIAL REVIEW DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez que a crença no *judicial review* dos direitos fundamentais tem o seu fundamento na crença na linguagem dos direitos subjacente à concepção *rights-based*, uma crítica consistente à compreensão dominante dos direitos fundamentais articulada em torno da prática institucional do *judicial review* pressupõe a crítica à linguagem dos direitos, à “retórica dos direitos”. Neste tópico, partiremos de uma contundente crítica dirigida a essa “retórica dos direitos” para, depois, ilustrar as suas implicações na prática constitucional norte-americana e alemã.

Na crítica de Duncan Kennedy, o papel central ocupado pela “retórica dos direitos” na experiência constitucional e nos projetos políticos contemporâneos – sejam conservadores ou progressistas – deve-se ao fato de que a noção de direitos é um instrumento perfeito para permitir a mediação entre os interesses particulares desses grupos políticos e os interesses gerais¹⁵. A dinâmica é a seguinte: um determinado segmento político ou social toma um seu *interesse* particular e o estende a todos mediante a sua qualificação como um *direito fundamental*. Uma vez que esse interesse particular é efetivamente acolhido no debate constitucional como um direito fundamental, o caráter de “factóide” dos direitos faz com que aquele segmento possa formular as suas postulações como demandas jurídicas, e não mais como meras preferências políticas. Com isso, todos concordam, ou *têm* que concordar, que *existe* esse direito fundamental, o que implica que apenas por conta de uma equivocada (inconstitucional) interpretação do Direito Constitucional é que se poderia negar o seu reconhecimento como direito fundamental.

É nesse ponto que a crítica aos direitos conecta com a crítica ao *judicial review*. É que a influência dessas elites progressistas e conservadoras é sobremaneira reforçada pela prática do *judicial review*, em detrimento do poder das maiorias legislativas. Isso porque tanto progressistas quanto conservadores cultivam a “crença de que interpretações judiciais corretas da Constituição tornariam inválidos os projetos do seu oponente, viabilizariam uma versão moderada do seu próprio projeto e controlariam as tendências perigosas das massas”¹⁶. Com isso, cada tendência política asseguraria um domínio sobre uma parte do Direito Constitucional, considerando, ademais, esse seu triunfo como uma questão de direito, um triunfo baseado na correta interpretação das normas jurídicas. Evidentemente, cada tendência política considera que o domínio mantido pelo outro advém de uma manipulação do Direito Constitucional decorrente de interpretações equivocadas. Para as duas posições, os direitos são decisivos no controle da maioria e na imposição de reformas contra a sua vontade. Em suma, conclui Kennedy, a crença numa *rights-based theory* organizada com base na crença nas virtudes do *judicial review* permite a prevalência de elites sociais e políticas temerosas da vontade popular.

No debate norte-americano, acentua-se, em especial, o *double standard* provocado por essa retórica articulada pelas elites que dominam o debate constitucional: ativismo judicial no tocante aos direitos de liberdade e *self-restraint* no tocante aos direitos sociais¹⁷. Como destacou Ely, criticamente,

15 As referências à análise de Duncan Kennedy baseiam-se nos capítulos 12 e 13 de *A critique of adjudication* (cf. KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication (fin de siècle)*. p. 299/338).

16 KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication (fin de siècle)*. p. 310.

17 Como assentado numa obra clássica sobre os direitos fundamentais nos Estados Unidos: “A disposição da Corte – mesmo, a ansiedade, como verificado há cinco décadas atrás – para defender os direitos

há entre os juízes e juristas simpatizantes da “retórica dos direitos” uma disposição de considerar como fundamentais apenas aqueles interesses que correspondem a aspirações próprias das suas classes sociais – “expressão, associação, liberdade acadêmica, a privacidade do lar, autonomia pessoal, e mesmo o direito da mulher a não ser reduzida a um papel estereotipado de fêmea sustentada pelo marido” –, recusando-se, por outro lado, a também reconhecer como direitos fundamentais aquelas pretensões materiais relacionadas ao “trabalho, alimentação ou habitação”¹⁸.

De modo similar, Schlink, analisando a experiência alemã, aponta duas conseqüências nocivas desse predomínio do *judicial review* no enfrentamento das questões de direitos fundamentais¹⁹. Em primeiro lugar, ele permite a realização de mudanças no sistema jurídico fora da dinâmica do processo político. Isso porque, com independência do texto, da história ou do propósito do constituinte, a invocação de normas de direitos fundamentais – nomeadamente na sua dimensão de princípios objetivos – cria as condições para que um novo *round* político possa ser travado junto ao Tribunal Constitucional, permitindo que as correntes derrotadas no Parlamento possam, por força de uma maioria judicial, fazer prevalecer as suas posições contra a vontade majoritária parlamentar. Em segundo lugar, essa possibilidade de continuidade do debate sobre as questões de moralidade política faz com que o Tribunal Constitucional exerça um intenso ativismo, atribuindo-se, a título de ponderar os princípios em colisão no processo de interpretação do Direito Constitucional, o poder para decidir qual das concorrentes pretensões veiculadas na sociedade deve prevalecer.

IV – ARGUMENTOS ALTERNATIVOS À COMPREENSÃO DOMINANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À guisa de conclusão, intentaremos resumir, a partir de alguns elementos prestigiados no pensamento constitucional republicano, uma concepção alternativa à compreensão dominante dos direitos fundamentais. Ela se baseia em dois argumentos, dirigidos a enfrentar duas das críticas discutidas anteriormente: 1) *o distinto significado atribuído à liberdade*, com vistas ao enfrentamento do *double standard* na interpretação dos direitos fundamentais, caracterizado por ativismo judicial com respeito aos direitos de liberdade e *self-restraint* com respeito aos direitos sociais; e 2) *o distinto*

fundamentais contra a usurpação governamental mais intensamente na esfera ‘cultural’ ou ‘não-econômica’ do que na esfera ‘econômico-proprietária’ aponta para um *fait accompli* judicial: a adoção de um ‘duplo padrão’ judicial que concede um nível mais elevado e rigoroso de escrutínio a casos na categoria dos direitos culturais, não-econômicos, civis e de liberdade do que na categoria de direitos econômicos e de propriedade” (ABRAHAM, Henry J. & PERRY, Barbara A. *Freedom and the court. Civil rights and liberties in the United States.* p. 7).

18 ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review.* p. 59.

19 Cf. SCHLINK, Bernhard. *German constitutional culture in transition.* p. 208-11.

valor atribuído à autonomia dos membros da comunidade para decidir as questões de moralidade política, com vistas a atenuar os problemas decorrentes do caráter contramajoritário do judicial review.

O primeiro argumento sustenta que, além da concepção clássica da liberdade que informa o constitucionalismo *rights-based* – a liberdade negativa entendida como o direito a ser deixado só²⁰ –, o pensamento político e constitucional ocidental conheceu também uma outra concepção, a republicana, da liberdade. Para os autores influenciados pelo pensamento republicano, o verdadeiro sentido da liberdade é a condição de não se viver em sujeição ao domínio arbitrário de alguém. Nas palavras de Skinner, um indivíduo ou um corpo político “está em liberdade se, e somente se, ele não está sujeito a constrangimento externo”²¹. Remete-se aqui à formulação de Cícero segundo a qual a liberdade não decorre de se ter “um senhor justo, mas sim em não ter nenhum senhor” (De República, II. 23).

Uma dessas situações nas quais o pensamento republicano identifica a presença de uma dominação arbitrária – e, assim, ausência de liberdade – é a decorrente do poder exercido em algumas relações econômicas configuradas em termos de mercado. É o caso de relações extremamente desiguais entre patrões e trabalhadores ou, no âmbito do fenômeno da globalização, de relações de exploração de Estados desenvolvidos, organismos internacionais ou grupos privados sobre outros Estados e povos mais débeis. Argumenta-se, então, que o acolhimento da concepção republicana da liberdade, ao não aceitar como legítimas (constitucionais) essas relações de dominação arbitrária fundada no poder econômico, configuraria uma concepção dos direitos fundamentais mais exigente do que a concepção liberal, e, assim, com condições de assegurar o reconhecimento constitucional de direitos sociais, como o direito a uma justa jornada de trabalho invalidado em *Lochner*.

Valendo-se precisamente desse argumento republicano, Sunstein enfrentou a interpretação *rights-based* da XIV Emenda da Constituição norte-americana assentada na *Era Lochner*. A XIV Emenda foi uma das emendas introduzidas na Constituição norte-americana em seguimento à Guerra Civil com o propósito de estabelecer o quadro jurídico necessário à superação da escravidão. No ponto que aqui interessa, ela assegurava aos escravos então libertados proteção contra qualquer restrição jurídica da parte de empregadores, realizando, assim, uma das principais reivindicações do movimento antiescravagista: o direito a escolher livremente o trabalho. Portanto, a interpretação aqui seria que, da mesma forma que proibia a elaboração de leis que restringissem o trabalho dos escravos, o direito à liberda-

20 Na formulação de Berlin, liberdade significa “simplesmente o domínio dentro do qual uma pessoa pode agir sem ser limitada por outrem” (BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. p. 122).

21 SKINNER, Quentin. *The republican ideal of political liberty*. p. 301.

de previsto na XIV emenda tornava inconstitucionais as leis que restringiam o direito dos trabalhadores de escolher livremente as condições do seu trabalho, por exemplo, a sua jornada de trabalho.

Avaliada segundo a concepção *rights-based* da liberdade, essa tese até pode fazer algum sentido, mas, à luz da concepção republicana, ela se revela absolutamente inconsistente. É que, do mesmo modo que ocorria na relação entre os escravos e os seus senhores, também na relação entre empregados e patrões pode-se configurar, e, de fato, têm-se configurado, situações em que os primeiros passam a viver sob a dominação ilegítima dos últimos e, portanto, a viver sem liberdade. É esse argumento, baseado na concepção republicana da liberdade como ausência de dominação arbitrária, que Sunstein invoca para repelir a interpretação da XIV emenda que justifica *Lochner* a partir do princípio do trabalho livre que inspirou o movimento antiescravagista²²:

“Uma alternativa a esta percepção do mal da escravidão enfatizaria não a necessidade de mercados de trabalho livres, mas, ao contrário, um princípio geral de não-subordinação, ou liberdade, que por vezes identificaria coerção também nesses mercados. [...] O mesmo princípio que condenou a escravidão poderia também demandar proteção estatal contra formas de coerção que impelem as pessoas a aceitarem trabalhos domésticos com remuneração insignificante, ou que força as pessoas a trabalhar 60 horas por semana, se quiserem trabalhar.”

O segundo argumento inspirado na visão republicana encerra uma valoração mais qualificada de uma outra concepção da liberdade articulada no debate constitucional: a liberdade positiva no sentido de autonomia dos cidadãos para decidir livremente as questões de moralidade política. E, com isso, a possibilidade de uma reconsideração da função e da relevância do poder contramajoritário do *judicial review* por parte dos praticantes e estudiosos do Direito Constitucional, até agora “intoxicados com tribunais e cegos a quase tudo mais, por conta dos deleites da interpretação constitucional”²³.

A relevância desse segundo argumento reside no fato de que, ao fazer referência, conquanto com um sentido diferenciado, ao elemento que está no *core* da *rights-based theory* – a noção de dignidade humana –, essa alternativa pode ser mais inteligível à compreensão dominante dos direitos fundamentais. A idéia aí é que, se fizer sentido falar-se em dignidade humana, esse sentido deve necessariamente implicar o reconhecimento da participação ativa dos cidadãos no processo de formação da vontade política²⁴. Como argumentado por Waldron, a proteção da dignidade dos in-

22 SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. p. 48/49.

23 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. p. 9.

24 DENNINGER, Erhard. *Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity*. p. 518.

divíduos depende antes de tudo do reconhecimento das suas “capacidades morais” para “pensar responsabilmente acerca da relação moral entre os seus interesses e os interesses dos outros”²⁵.

Portanto, caso se pretenda levar realmente a sério a dignidade humana, o direito fundamental a ser reconhecido como o “direito dos direitos” é o direito de criar os direitos, o direito de participar livremente na criação das normas jurídicas que asseguram os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J. & PERRY, Barbara A. *Freedom and the court*. Civil rights and liberties in the United States. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – inventario e crítica. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis R. Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. Trad. Christopher Long e William E. Scheuerman. *Constellations*, v. 7, n. 4, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1978.

_____. *A matter of principle*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1985.

_____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. A theory of judicial review. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

KENNEDY, Duncan. *A Critique of adjudication (fin de siècle)*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1998.

25 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. p. 282.

NUSSBAUM, Martha C. *Sex and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PERRY, Michael J. *The idea of human rights: four inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

JARDIM-ROCHA, José. Problemas com o “governo dos juizes”: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 151, jul./set. 2001.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy*. Theoretical perspectives. Durham: Duke University, 1994.

SKINNER, Quentin. The republican ideal of political liberty. In: BOCK, Gisela; SKINNER, Quentin & VIROLI, Maurizio (eds.). *Machiavelli and republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1997.

WALDRON, Jeremy. A rights-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993.

_____. Introduction. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.