

## 4

# Aprofundando o debate em torno do papel das cortes constitucionais e dos parlamentos na interpretação constitucional

Aprofundar o debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional ajuda a entender o ativismo jurisdicional que a prática judicial do STF tem ofertado à sociedade brasileira. Embora as propostas teóricas até agora estudadas mostrem preocupação com o ativismo, todas elas, com algumas nuances, toleram um controle jurisdicional das escolhas de moralidade política realizadas pelos tribunais.

Não é o caso das opções teóricas do neozelandês Jeremy Waldron. Distanciando-se daqueles que outorgam papel de primazia ao judiciário, força sua argumentação para reduzir ao máximo o papel que um tribunal deva ter na escolha de questões de moralidade. Sua teoria dialoga com a leitura moral da constituição de Ronald Dworkin, mas ataca outras vertentes teóricas e propõe desnudar o porquê da descrença na dignidade da legislação nas sociedades contemporâneas, fundamento maior para a hegemonia judicial ou para propostas que tolerem um controle jurisdicional.

Embora não seja norte-americano, tem feito sua vida acadêmica nos Estados Unidos da América, o que o coloca perto das especificidades da teoria jurídica e da prática judicial daquele país.

Reconhece-se nele uma tentativa de desnudar que, embora o paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, a partir do qual a Suprema Corte americana firmou seu poder de exercer a revisão judicial para afastar a aplicação de leis que fossem incompatíveis com a Constituição, tenha representado verdadeiro avanço institucional da democracia, foi também a raiz remota da hegemonia judicial atual e que deu origem à falsa idéia de que questões constitucionais deveriam ser decididas única e exclusivamente pelas cortes constitucionais ou os tribunais com função de controle constitucional.

Pretende demonstrar, ainda, que seja sob o ponto de vista empírico, seja sob um ponto de vista analítico, não há razões para considerar sejam as cortes e tribunais melhores para aplicar o raciocínio moral que as casas legislativas.

Em verdade, antecipando uma argumentação explorada nos capítulos finais dessa dissertação, o estudo da perspectiva waldroniana ajuda a afastar uma teoria que se esmere apenas em buscar a eventual legitimidade das legislaturas ou dos tribunais e cortes constitucionais para dizer a última palavra, desconhecendo-se que a política não pode ser totalmente domesticada pelo direito e tem um curso natural nas sociedades altamente pluralizadas de hoje.

Trata-se, assim, de expor que há saída alternativa às “teorias da última palavra”: a busca de um diálogo institucional, catalogadas por Conrado Hübner Mendes:

“Classifico essas teorias [as da ‘última palavra] como ‘mais inclinadas’ por cortes constitucionais ou juízes ou como ‘mais inclinadas’ por parlamentos e legisladores. A inclinação por juízes, geralmente, é baseada no que poderíamos chamar de ‘presunção de inafabilidade judicial’ (ou da ‘menor fabilidade judicial’ por meio de deliberação genuína). A inclinação por legisladores, por sua vez, é baseada na combinação de dois elementos usualmente associados com democracia e igualdade: a regra da maioria e representação eleitoral. Teorias da última palavra, a rigor, não rejeitam qualquer tipo de diálogo ou interação, mas defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana.

(...) [As teorias do diálogo institucional] defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisórios sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas”.<sup>1</sup>

Explicitadas as raízes históricas da revisão judicial, as principais concepções de democracia reinantes e as matizes teóricas substanciais e procedimentais na definição do papel reservado à jurisdição constitucional, investiga-se a existência de um modelo que não pugne por uma separação rígida entre direito e política.

Ao contrário, assumindo-se que, em democracia, a última palavra não existe, sendo preferível a criação de mecanismos institucionais canalizadores de esforços para a conformação política sem gerar um quadro de inimigos e que seja,

---

<sup>1</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, (Orientador: Álvaro da Vita), pp.14 e 15.

ao mesmo tempo, capaz de deixar em aberto a possibilidade de resolução de novos problemas e de reformulação de antigas soluções, aponta-se para perspectiva outra no trato da separação de poderes, dos limites e das utilidades da revisão judicial.

Esse pequeno avanço nos capítulos finais da dissertação, além de servir de roteiro de leitura para mostrar aonde se quer chegar, indica a importância de discutir, de um ponto de vista ainda mais teórico – da teoria jurídica ainda -, os papéis das legislaturas e dos tribunais nas interpretações constitucionais, ou seja, na decisão sobre o significado de questões de moralidade política. À teoria de Jeremy Waldron, portanto.

#### 4.1.

#### **Jeremy Waldron e a dignidade da legislação**

O autor, professor da New York School of Law, é exemplo de cultor de uma democracia com direitos, mas sem jurisdição constitucional<sup>2</sup>. Embora também advogue uma congruência entre direitos e democracia, no que se aproxima da matriz dworkiana de democracia constitucional, de sua teoria não se extrai a ilação típica do constitucionalismo contemporâneo de que ao judiciário caberia resguardar os direitos fundamentais contra as decisões políticas majoritárias com eles conflitantes.

Entre as muitas justificativas para o papel preponderante do judiciário na cena democrática e, em consequência, da legitimidade da revisão judicial e da jurisdição constitucional, uma advém da crença de que os juízes raciocinariam como os filósofos morais, dando respaldo na prática ao que a teoria formula<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MELLO, Cláudio Ari Pinheiro. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 153.

<sup>3</sup> Jeremy Waldron assevera que “we read a few well-chosen Supreme Courts opinions, and they strike us as careful analytic treatments of important issue of rights. Certainly they seem to be talking about the issues in the measured tones and with the articulate arguments that we (the moral philosophers) would expect to use. And so, because they seem to reason as we do when we consider moral issues in our colloquia – because they reason in the careful, measured, deliberative, and analytic way that moral philosophers think moral reasoners should reason – we conclude that judges are pretty good at morality” (*Judges as moral reasoners*, In International Journal of Constitutional Law, vol. 7, number 1, January/2009, p.4). Adiante, pergunta se a forma de raciocinar moralmente feita pelos filósofos morais é a feita pelos indivíduos, em geral: “But is this actually the ideal form of moral reasoning? One point to remember is that it is ‘academic’ - moral reasoning conducted without the prospect that any actual momentous decision will emerge. Another point is that this sort of reasoning is conducted as it is in order to elucidate, for the

Também não é desconhecido, sobretudo a partir da crítica procedimentalista à jurisprudência dos valores e ao substancialismo na prática judicial, o argumento de que a supervalorização do papel do judiciário pode levar a uma situação de reis-filósofos<sup>4</sup>, retirando da sociedade a possibilidade de formular suas escolhas políticas e deixando essa importante tarefa nas mãos de um seletivo grupo.

É justamente contra essas idéias que lutará o autor neozelandês, empreendendo combate em várias frentes. Certo da descrença que a legislação desperta em detrimento do entusiasmo com a jurisdição nas sociedades contemporâneas<sup>5</sup>, tenta fixar os motivos e desconstruir os argumentos contrários ao papel das legislaturas na escolha de questões de moralidade política. Opondo-se, portanto, às teorias que supervalorizam o papel do judiciário, faz um diagnóstico, a partir de sua obra “A dignidade da legislação”, prescrevendo a urgente necessidade de se estudar mais a fundo o tema:

“Acredito que a legislação e as legislações têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficiente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. Se essa má fama é ou não merecida por causa das extravagâncias, passadas e presentes, digamos dos membros da Câmara dos Comuns britânica ou das duas casas do Congresso dos EUA, é uma questão sobre

---

purposes of study, education and discussion, certain interesting features of the consideration may be artificial compared to actual moral reasoning by individuals or groups of individuals when the stakes are high, and when pedagogy is not the issue” (Ibidem, p. 08).

<sup>4</sup> Friedrich Müller, embora entusiasta da revisão judicial e da jurisdição constitucional, enfatiza a existência de amarras dogmáticas e metodológicas à jurisdição constitucional, não concordando que se instaure uma República de Juízes, dando-lhes as vestes de reis-filósofos, resgatando-se o pensamento platônico como forma de legitimar as cortes constitucionais como casas revisoras do legislativo e de outros órgãos políticos. Nas palavras do autor, trazendo o debate para o contexto alemão e brasileiro, colhe-se que: “A Constituição não confere, contudo, poder ao STF de se afirmar, nesse sentido, como substituto do legislador ou como órgão direto do Poder Constituinte. Mesmo que a sua influência seja ainda grande, o STF está sujeito a numerosos vínculos dogmáticos e metodológicos, os quais podemos controlar. Essa é uma das tarefas mais significativas das Ciências Jurídicas do ponto de vista prático. O STF também *pode* se equivocar em suas decisões, e nós podemos mostrar-lhe esse equívoco. Na Alemanha, os Tribunais Superiores da Federação, também o Tribunal Constitucional, já modificaram, em diversas oportunidades, sua própria jurisprudência a partir de tais críticas. A Alemanha e o Brasil não são Repúblicas de Juízes. Os Ministros não são — com a vestimenta de juízes — os reis-filósofos, com os quais sonhou Platão. (*Vinte anos da constituição: reconstruções, perspectivas e desafios*. Palestra proferida na Conferência de Abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008, disponível em [www.conpedi.org/manaus/arquivos/brasil\\_ia\\_portugiesisch\\_KURZ.doc](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/brasil_ia_portugiesisch_KURZ.doc), pp. 8-9).

<sup>5</sup> Joaquim Falcão, conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, em sua palestra “Poder judiciário: estratégia e celeridade”, apresentada durante o 2º Encontro Nacional do Judiciário, em fevereiro de 2009, traz dados de pesquisa que mostra um grau de confiança de 55% na Judiciário contra 35% para Assembléias Legislativas, 30% para o Senado, 26% para Câmara de Vereadores, 24% para Câmara de Deputados e 16% para os partidos políticos. Disponível em ([http://monoceros.cnj.gov.br/portalcnj/images/imprensa/2\\_encontro\\_nacional\\_do\\_judiciario\\_-\\_palestras/poder\\_judiciario\\_estrategia\\_e\\_celeridade.pdf](http://monoceros.cnj.gov.br/portalcnj/images/imprensa/2_encontro_nacional_do_judiciario_-_palestras/poder_judiciario_estrategia_e_celeridade.pdf)). Acesso em 20.04.2009.

a qual não me pronunciarei. Isso porque o problema que percebo é que nem sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Mais importante, não possuímos um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros autores em um sistema jurídico”<sup>6</sup>

As raízes para essa desconfiança, além do sentimento de frustração da sociedade no atendimento de suas demandas por parte dos legislativos e de uma hegemonia do Executivo na produção legislativa, fenômeno que é mundial<sup>7</sup>, passam por investigação minuciosa de Waldron. Sua análise parte, inicialmente, em ver como a teoria jurídica dos países de “direito consuetudinário” lançam uma névoa de indignidade sob a legislação:

“Mais de cem anos antes, em Oxford, William Blackstone observou, nas suas palestras sobre o direito consuetudinário da Inglaterra, que um longo percurso de estudo é exigido para formar um professor de leis, ‘mas todo homem de fortuna superior acha que é um legislador *nato*’. Como resultado, disse Blackstone, ‘o direito consuetudinário da Inglaterra saiu-se como outros edifícios veneráveis da antiguidade, que operários rudes e sem experiência se aventuraram a vestir de nova roupagem e a refinar, com toda a fúria do progresso moderno’. (Na verdade, o objetivo dos seus *Commentaries* [Comentários] era remediar essa situação). (...) E a postura persiste atualmente, talvez ainda mais na jurisprudência norte-americana do que na inglesa. Ouvimos as preocupações de Blackstone, Bagehoh e Seeley que repercutem no sentimento, amplamente difundido entre os estudiosos jurídicos do século XX, de que o caráter do sistema de direito consuetudinário está mudando para pior à medida que a legislação congestionada as bases mais endógenas e tradicionais do desenvolvimento jurídico. Os estatutos, dizem-nos, ‘não tem raízes’ e muitas vezes são ‘rápida e imponderadamente adotados. ‘Engasgando com estatutos’ - o título do primeiro capítulo do livro de Guido Calabresi sobre tribunais e legislação – é um lema adequado para essa espécie de postura”<sup>8</sup>.

À parte o irrealismo de colocar na berlinda a lei como fonte de direito ou na postura mais recatada, ainda sim censurável, de colocá-la submissa aos que os juízes dizem, o que conta com uma forte dose de apego ao realismo jurídico, percebe-se uma tentativa de atrelar valores políticos como “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” ao direito feito pelos juízes, não ao feito pela legislatura<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.1.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileiro de 1988: o Estado a que chegamos*. In Revista de Direito do Estado, Ano 3, n°10, abr/jun 2008, p. 52.

<sup>8</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2003, pp. 9-10.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 13.

Na esteira do pensamento hartiano, Waldron aponta que a passagem de uma sociedade pré-jurídica, no sentido de ser regida por um conjunto de práticas morais convencionadas, na qual todos conhecem as regras, para uma governança jurídica, levou à necessidade de se criar um grupo responsável por detectar quais são as regras a serem adotadas pela sociedade.

Assim, a verdade é que a legislação como fonte do direito foi alvo da preocupação do positivismo jurídico. Indo além de Waldron, lembre-se, aqui, da preocupação kelseniana com as autoridades produtoras das normas, enfim, com a questão das fontes sociais do direito.

No entanto, o interesse dos positivistas modernos se desloca para como é o direito desenvolvido nos tribunais, de modo que “a legislação deliberada, explícita – o tipo que envolve parlamentos, não os tribunais – começa a desaparecer do âmbito do retrato positivista<sup>10</sup>”.

Entre os teóricos positivistas contemporâneos que seguem essa linha, Waldron aponta Joseph Raz, para quem “a existência de instituições *criadoras* de normas, apesar de características dos sistemas jurídicos modernos, não é uma característica necessária de todos os sistemas jurídicos, mas que a existência de certos tipos de instituições aplicadoras de normas é”<sup>11</sup>.

Embora não se possam esquecer as críticas à teoria raziana, nesse particular<sup>12</sup>, a partir dessa construção teórica que admitiria um sistema jurídico sem legislatura, colocando a legislação como aspecto contingente e de

<sup>10</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>11</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 105. Trad. livre.

<sup>12</sup> Adrian Sgarbi assevera que “a chave da inteligibilidade das normas está nas instituições aplicadoras do direito, isto é, os órgãos ‘judiciais’” (*Teoria do Direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007, p. 344). A esses órgãos, designados na teoria raziana como órgãos primários, atrela-se a identificação do direito. Assim, “uma norma é reconhecida se por ventura for aplicada pelo órgão-aplicador em caso que lhe chegue ao conhecimento” (*Ibidem*, p. 345). No entanto, Sgarbi indica duas objeções ao pensamento do teórico: “... a primeira oposição geralmente feita é que parecer ser um despropósito restringir à prática dos órgãos-aplicadores das normas e não levar em consideração as instituições responsáveis pela elaboração dos textos normativos. Porque, em última análise, a criação de referências que serão utilizadas pelos operadores é por eles constituída. (...) Contudo, outro problema que normalmente se aponta está em saber o que unifica os órgãos primários. A resposta de Raz é o reconhecimento recíproco dos que decidem. Mas esse argumento também peca pelo caráter circular, pois o reconhecimento da autoridade das decisões de outros órgãos da mesma forma depende das normas de identificação desses órgãos-aplicadores do sistema. É o que é mais complicado: é plenamente possível que normas do sistema normativo em apreço atribuam autoridade ou força de observância a decisões de juízes de outras ordens jurídicas, isto é, de outro âmbito territorial, o que, como hipótese, escapa à previsão teórica inicial de Raz.” (*Ibidem*, p. 347).

preocupação menor para os teóricos do direito<sup>13</sup>, entende-se o lugar indigno conferido à legislação por expressiva parcela da doutrina.

Como alvo de ataque às teorias que claudicam a função dos legisladores e enfatizam uma participação protagonista dos juízes, escolhe Waldron o modelo de direito e de democracia (constitucional) dworkiano.

Procurando desconstruir as premissas do modelo substancialista de jurisdição constitucional formulado por Ronald Dworkin, fincado na crença de que as democracias modernas possibilitam sociedades mais justas, ao deixarem os direitos constitucionais nas mãos do judiciário em detrimento de relegarem-nos à consciência das instituições majoritárias<sup>14</sup>, Jeremy Waldron coloca em xeque várias afirmações de que o Judiciário teria mais condições de resolver questões tortuosas em uma sociedade livre e democrática<sup>15</sup>.

#### 4.1.1.

#### Democracia e revisão judicial

Após inventariar como a teoria jurídica e o pensamento político têm tratado a legislação, Waldron esboça argumentação contra a revisão judicial, mostrando que não seria um método apropriado de escolhas políticas em uma sociedade livre e democrática<sup>16</sup>. Sua teoria se finca em uma base sólida, que é a existência de desacordo moral na sociedade. Para tanto, assume que a força da política não deve ser reprimida por consensos artificiais e que, dado esse fato, há que se buscar o mecanismo mais adequado para a tomada de decisões em comum, que, em sua opinião, seria o que contemplasse a decisão majoritária<sup>17</sup>.

A revisão judicial tem efeito gravíssimo, fazendo com que estatutos jurídicos que perduraram por anos – no caso americano, podendo ter vigido por séculos – sejam invalidados constitucionalmente, muitas vezes sem intenção deliberada da maioria da sociedade para reformular suas opções. Argumenta-se

<sup>13</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2003, p. 19.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Harvard University, 1986, p. 356.

<sup>15</sup> Para uma análise de como Waldron enxerga a leitura moral da Constituição, ver WALDRON, J. *Judicial Review and the conditions of Democracy*. In: *The Journal of Political Philosophy*. Volume 6, Number 4, 1998, pp. 335-355.

<sup>16</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. In: *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1348.

<sup>17</sup> MELLO, C.A.P. *Op. cit.*, p. 154.

que com a invalidação estar-se-iam protegendo minorias contra a tirania da maioria.

Não bastasse a discussão sobre a legitimidade da hegemonia judicial em questões de moralidade política, é necessário lembrar que o direito traz como uma de suas importantes metas a busca por segurança. As pessoas querem previsibilidade, de modo que possam calibrar suas ações dentro dos lindes jurídicos, sem serem alcançadas por sanções jurídicas.

A revisão judicial, a um só tempo, então, ataca a aspiração de autogoverno da sociedade e de estabilidade nas relações jurídicas. Tratando do caso americano, Waldron pontua que as pessoas ou seus representantes podem decidir assuntos de moralidade política, mas não têm a certeza de que suas opiniões serão respeitadas, pois “se alguém que discorda da resolução legislativa decide levar a questão a uma corte, a visão que finalmente prevalece será a dos juízes<sup>18</sup>”.

Tentando empreender uma análise mais universalista e abstrata<sup>19</sup>, o jurista neozelandês assevera que a revisão judicial é vulnerável ao ataque em dois frentes: 1) em vez de promover uma maneira de a sociedade focar claramente sobre as matérias reais em discussão quando há desacordo sobre direitos, desloca o olhar para questões profundas ligadas a precedentes, textos e interpretação; 2) além de ser ilegítima politicamente, ao dar primazia a decisões de um pequeno número de juízes não-eleitos em detrimento de uma vontade majoritária<sup>20</sup>.

Deve-se ter em mente, porém, do que Waldron trata quando se refere à revisão judicial<sup>21</sup>. Não obstante a existência de uma variedade de práticas que podem receber esse rótulo, o jurista destaca que seu enfoque recairá sobre a

---

<sup>18</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2006, p. 1350.

<sup>19</sup> Conrado Hübner Medes enfatiza que o texto *The core of the case against judicial review* apresenta novidades em relação a textos anteriores de Waldron e que, nele, pretende apresentar o que chama “argumento essencial”, merecendo esse qualificativo porque “não está vinculado a constituições nacionais específicas, e não invoca exemplos de decisões históricas de qualidade exemplar. Cortes e parlamentos tomam decisões boas e más. Ambos falham e acertam. Quer um argumento de pretensão universal que por cima de considerações paroquiais e de decisões específicas” (*Op. cit.*, 2008, p. 79).

<sup>20</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2006, p. 1353.

<sup>21</sup> Inicialmente, assevera que seu objeto de análise é a revisão judicial da legislação oriunda de Parlamentos, não se preocupando com a revisão judicial de atos normativos exarados pelo Executivo (*Ibidem*, p. 1354). Os membros de corpos executivos podem ser compelidos a agir conforme autorização legal. Aplicar o pensamento de Waldron para o caso brasileiro, não obstante os esforços do autor em tecer análises abstratas e universais, exige uma certa mitigação, pois a prática jurídica nacional revela um modelo de produção normativa abusivo por parte do Executivo, levando, portanto, a discussões pertinentes sobre qual o grau de legitimidade da atividade legiferante do Executivo e até que ponto a revisão judicial de atos normativos desse “poder” é pertinente.

revisão judicial forte (*strong judicial review*)<sup>22</sup>, que normalmente é presente nos ordenamentos jurídicos que conferem *status* constitucional aos direitos individuais, sendo realizada posteriormente à produção normativa e por uma corte constitucional especializada.

Deve-se deixar claro, então, que Waldron reconhece que, em situações excepcionais, a revisão judicial pode ser desejável, mas sem afastar sua raiz antidemocrática<sup>23</sup>. Importante, no entanto, saber em quais situações é desejável e, para isso, vale-se o autor de uma distinção entre “situação típica” e “situação atípica ou patológica”<sup>24</sup>

Para a compreensão da “situação típica”, em que se apresenta desnecessária a revisão judicial, parte o autor de suposições, para imaginar uma sociedade com os seguintes componentes: 1) instituições democráticas que funcionem razoavelmente em ordem, incluindo uma legislatura representativa escolhida a partir de um sufrágio universal; 2) instituições judiciais não-representativas, também em bom funcionamento, para resolver ações individuais, decidir conflitos e garantir a legalidade; 3) um comprometimento por parte da maioria da sociedade e dos agentes públicos com direitos individuais da minoria; 4) e a persistência de dissensos substanciais e bem-intencionados sobre direitos<sup>25</sup>. Os dois primeiros envolveriam condições institucionais; os outros, culturais.

As suposições são fruto da constatação de como funcionam as democracias ocidentais, não olvidando as patologias existentes no sistema, mas se fiando na idéia de que se vive sob uma cultura de democracia<sup>26</sup>. Chama a atenção que na sociedade imaginária concebida os corpos legislativos podem reformar a si mesmos, mudando regras eleitorais e partidárias. Toma como exemplo fático a

<sup>22</sup> A revisão judicial fraca ou em sentido fraco recebe a seguinte definição do autor: “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter. A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether”<sup>22</sup> (Ibidem, p. 1355).

<sup>23</sup> MENDES, C. H. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>24</sup> Valho-me, aqui, da tradução de Conrado Hübner Medes para “core” e “non-core situations” (Ibidem, p. 79).

<sup>25</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2006 p. 1360.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 1361.

corroborar sua suposição a reforma empreendida na Nova Zelândia, em 1993, mudando o sistema de representação parlamentar<sup>27</sup>.

Analisando as instituições judiciais, por outro lado, Waldron assevera que os juízes, em geral, gozam de *status* elevado no regime político, estando isolados de pressões, e, ainda, que possuem formação intelectual diversificada. Daí que os juízes comunguem com outros cidadãos do orgulho de viver em uma sociedade largamente democrática, lutando para que essa qualidade seja mantida ao exercerem a revisão judicial, e que, assim como os demais membros da comunidade, possam discordar entre si sobre o significado e as implicações de direitos individuais<sup>28</sup>.

Dialogando com idéias das vertentes substancialista e procedimentalista, afirma a necessidade de que os membros da sociedade levem os direitos a sério e que haja um consenso vivo sobre direitos humanos e a história de seu desenvolvimento<sup>29</sup>. Esses direitos vêm expressos em constituições ou cartas, promulgados para selar o compromisso da sociedade em respeitá-los.

Esse compromisso em criar uma comunidade de princípios, no entanto, não impede tensões na busca do significado dos direitos individuais. Ao contrário da vertente substancialista, no entanto, Waldron afirma que a maioria dos desacordos não se constitui em problemas de interpretação num sentido lingüístico estrito, mas questões de moralidade política que as sociedades modernas devem enfrentar<sup>30</sup>.

Dessa forma, as constituições, ao estabelecerem direitos fundamentais numa linguagem abstrata, dão ensejo a que as disputas sobre moralidade política passem a ser tratadas como problemas de interpretação jurídica, reduzindo a força da deliberação legislativa. Instaura-se verdadeiro campo de batalha jurídica, desencorajando a sociedade a enfrentar seus desacordos diretamente.

A questão não se cinge em acreditar que a legislatura, por si só, será capaz de encerrar as discussões sobre moralidade política. Passa pela assunção de que mesmo uma decisão exarada por uma corte constitucional sobre a interpretação de direitos pode gerar embates sobre os precisos termos do que foi decidido, além de se colocar em xeque a aptidão do jurídico para conformar o político.

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 1362.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 1364.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 1365.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 1366.

O que não se pode descurar é que uma base comum de ação é necessária para que uma sociedade funcione razoavelmente. A proposta waldroniana sugere que a busca por essa base comum de ação passe pelo âmbito legislativo, ainda que se reconheça a impossibilidade de liquidar-se o dissenso nas sociedades plurais modernas, o que de resto parece também ser acatado por quem defende uma revisão judicial forte.

Sabe-se que nem sempre é fácil para os legisladores verificar quais questões de direito estão insertas numa proposta legislativa, nem prever o que pode se originar de sua aplicação subsequente. Disso advém a utilidade da revisão judicial, que poderia ampliar o debate da sociedade sobre os temas de direitos fundamentais. Não uma revisão judicial em sentido forte, pela qual as cortes queiram definir peremptoriamente os sentidos dos direitos, mas em um contexto de revisão judicial fraca, dentro de mecanismos institucionais de diálogo.

Superando esse argumento, muito embora reconheça seu valor, traz o debate para o ponto crucial: as resoluções legislativas devem ceder às decisões judiciais? Não se convence da resposta rotineira: as resoluções legislativas devem permanecer, salvo em violação de direitos<sup>31</sup>. Sugere, no lugar, que o problema dos desacordos morais se relaciona com a legitimidade de procedimentos de decisão. Legitimidade, frise-se, e não perfeição. É que qualquer procedimento escolhido pode levar a escolhas erradas. Cortes e legislaturas não estão livres de tomar decisões que traem direitos em vez de defendê-los<sup>32</sup>.

Optar por um ou outro procedimento implicará analisar os resultados que se pode obter com cada qual, mas sem tomar partido de qualquer opção moral. Coerente com sua defesa em prol da dignidade da legislação, Waldron afasta a idéia de que a análise dos procedimentos quanto aos resultados leva a argumentos apenas em favor da revisão judicial.

Para ele, as casas legislativas não escondem o poder da maioria, tendo méritos institucionais inegáveis, pois são constituídas de maneira a garantir respeito ao pluralismo social. Ademais, os projetos legislativos são escrutinados, geralmente, em duas câmeras, sendo necessária a conquista da maioria em ambas as casas. Isso tudo sem falar que os sistemas com revisão judicial fraca ou em que essa não existe conferem especial relevância aos processos legislativos atinentes a

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 1371.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 1372.

direitos individuais. Além disso, não se pode olvidar a existência de mecanismos de absorção das idéias e propostas apresentadas pela sociedade civil<sup>33</sup>.

Em seguida, discute as três vantagens geralmente associadas à revisão judicial quanto a seus resultados: 1) as questões de direito são apresentadas às cortes no contexto de casos específicos; 2) as cortes são orientadas pelo texto das cartas de direito; 3) a deliberação judicial se baseia em raciocínio e nas razões dadas<sup>34</sup>.

Não se convence do argumento de que, por serem os direitos individuais, uma análise casual, como ocorre na revisão judicial, garanti-los-ia melhor. Na verdade, aponta que isso seria um mito, pois as cortes constitucionais analisam os casos em termos abstratos<sup>35</sup>, além de estar o processo legislativo aberto a casos individuais, através do *lobbying*, em audiências e nos debates<sup>36</sup>.

Continuando em sua desconstrução, Waldron ataca o argumento de que a revisão judicial ganha força por se orientar nas constituições. Ora, tratando-se de questões de moralidade política e presente o fato do pluralismo, não se pode fiar que as cartas de direito trarão as respostas prontas para os dissensos sociais. Os termos em que formulada a Constituição podem não ter levado em conta os desacordos sobre direitos ou ter os tomado a sério apenas para mitigar os próprios desacordos existentes, à época da edição do texto constitucional<sup>37</sup>.

Ademais, essa orientação leva a adoção de um formalismo textual rígido na análise dos direitos individuais e, o que é pior, os juízes dão mais ênfase a como devem interpretar os textos do que a própria discussão moral de fundo.

Finalmente, a posição waldroniana desconstrói a alardeada vantagem de que as cortes dariam razões para suas decisões, ao contrário das legislaturas. No caso brasileiro, só para ficar em um exemplo, as leis vêm acompanhadas de exposições de motivo.

O que se pode discutir, então, é a qualidade do processo de motivação utilizado pelas legislaturas e pelas cortes. Para Waldron, no entanto,

---

<sup>33</sup> Ibidem, p. 1378.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 1379.

<sup>35</sup> No caso brasileiro, o argumento perde ainda mais valor se pensar no fenômeno da objetivação do controle difuso. Para uma análise perfunctória do tema, vide DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucionalidade*. 1ª ed., Salvador: Editora Podium, 2007, pp.99-113.

<sup>36</sup> Waldron, J. *Op. cit.*, 2006, p. 1380.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 1381.

“... the reasons that courts tend to give when they are exercising powers of judicial review of legislation are seldom the reasons that would be canvassed in a full deliberative discussion, and the process of searching for, citing, assessing, and comparing the weight of such reasons is quite different for courts than for an ideal political deliberator. Partly this is the point mentioned earlier – that the reasons will be oriented toward the terminology of the Bill of Rights. If one is lucky enough to have a fine and up-to-date Bill of Rights, then there may be some congruence between judicial reason-giving and the reason-giving we would look or in fully rational, moral, or political deliberation. But if one has an antiquated constitution, two or three hundred years old, then the alleged reason giving is likely to be artificial and distorted. In the United States, what is called ‘reason-giving’ is usually an attempt to connect the decision the court is facing with some antique piece of ill-thought-through eighteenth – or nineteenth-century prose. (For example, is an argument about whether ‘substantive due process’ is an oxymoron the best framework for thinking about labor law or, for that matter, abortion rights?)”<sup>38</sup>.

Contudo, a complexidade do tema vai além da sorte em se ter uma carta de direitos mais ou menos nova. Os tempos hodiernos trazem mudanças tecnológicas abruptas e constantes. Assim, pode-se questionar até que ponto uma constituição relativamente recente, como a brasileira, promulgada em 1988, pode servir de amálgama para discussões sobre amianto e a lei de biossegurança, temas cujas pesquisas científicas se intensificaram nos últimos anos.

Não bastasse isso, no processo de motivação e de decisão as cortes empreendem uma laboriosa discussão dos precedentes, a partir de uma tentativa desesperada de aproximar ou afastar analogias, colocando à margem a questão moral de fundo.<sup>39</sup>

Essa ausência de debate moral profundo por parte das cortes ocorre, porque elas se preocupam mais com a legitimidade que possuiriam para decidir que nas questões de moralidade política submetidas. Mostra-se, assim, a desvantagem da revisão judicial em relação à legislação, pois as legislaturas vão direito ao problema<sup>40</sup>. Além de irem direto, são melhores capacitadas para empreender os raciocínios morais, como será visto em tópico subsequente deste capítulo.

Também é fato que submeter as questões de moralidade às legislaturas gera maior adesão por parte da sociedade do que relegá-las às cortes. Isso tem a

---

<sup>38</sup> Ibidem, pp. 1882 e 1883.

<sup>39</sup> O autor chama a atenção para o caso *Roe v. Wade*, no qual das 50 páginas existentes, apenas alguns parágrafos tratam da importância moral de direitos de reprodução em relação à privacidade e outros poucos à questão do estatuto jurídico do feto (Ibidem, p. 1833).

<sup>40</sup> Ibidem, p. 1884.

ver com a demanda por igualdade política, e a resposta se encontra no princípio da decisão majoritária (*principle of majority decision – MD*), que é aplicado em dois momentos.

De início, é ele que garante a qualquer cidadão ter seu voto levado em conta na mesma proporção que o dos demais membros na sociedade, quando da escolha dos componentes da legislatura. Ademais, uma vez devidamente composta a legislatura, servirá como o mecanismo para a escolha das proposições legislativas, dando-se peso igual ao voto de cada parlamentar.

Admitidas as imperfeições do mundo real<sup>41</sup>, uma das pressuposições de Waldron é a de que a sociedade democrática imaginada mantenha legislaturas em bom e regular funcionamento, capazes de corrigir os desacertos ao longo do tempo.

Finalmente, depara-se com a possibilidade de o predomínio da legislação levar a uma tirania da maioria, mas não se deve usar a expressão apenas para marcar o desacordo com o resultado de uma decisão majoritária. Preocupa-se o autor com a afirmação dworkiana de que a tomada de decisões democráticas é essencialmente tirânica, se os direitos das pessoas são desrespeitados<sup>42</sup>. É dizer: processos de tomada de decisão baseados no princípio da decisão majoritária só são legítimos, se os participantes tratem a todos com igual respeito e consideração. Não basta que um grupo de terroristas decida o destino de alguém, com base na regra da maioria, para que a decisão adquira legitimidade.

Embora reconheça a possibilidade simétrica de tanto o judiciário, quanto o legislativo errarem, como estudado alhures, Dworkin acredita que refutou a objeção democrática à revisão judicial, baseando-se na análise dos resultados das decisões judiciais. Se uma corte afasta uma norma jurídica por considerá-la ofensiva a um direito individual, a comunidade passa a ser mais democrática do que se aquela tivesse sido mantida no ordenamento jurídico.

---

<sup>41</sup> No Brasil, são conhecidas as críticas ao sistema de representação existente. A figura do “voto de liderança”, por exemplo, costume constitucional arraigado, coloca em dúvida se, na prática, o princípio da decisão majoritária é respeitado. A mídia, nos últimos anos, tem se preocupado em listar os 100 parlamentares mais influentes do Congresso Nacional, como se houvesse representantes de primeira e segunda classe. Segundo Conrado Hübner Mendes, “o autor [Waldron], contudo, insiste que suas demandas para o ‘caso típico’ não irrealistas ou utópicas – não exige instituições perfeitas ou infalíveis, mas apenas que estejam em bom funcionamento, orientadas pelo princípio da igualdade e capazes de monitorar-se e de corrigir-se. Waldron parece otimista quanto à existência da situação típica em boa parte das atuais democracias que adotam a revisão judicial” (*Op. cit.*, p. 80).

<sup>42</sup> WALDRON, J. *Op. cit.* 2006, p. 1899.

A premissa dworkiana, segundo Waldron, pode ser lida de duas maneiras: 1) procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que ajam conforme a visão dos direitos dos outros; 2) procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que levem a sério os direitos dos demais e que, de boa-fé, tentem ao máximo descobrir que direitos são esses<sup>43</sup>.

A primeira leitura indica um sistema político impossível de ser satisfeito, beirando à utopia. Desconhece um fato reconhecido por quaisquer das matrizes teóricas que estudam revisão judicial e democracia, que é o fato de a sociedade moderna ser profundamente marcada pelo dissenso.

Passa-se, então, à análise da segunda leitura. A ela não oferece objeções, antes afirmando que é consentânea com o modelo formulado de tomada de decisões pelas legislaturas. O prevalecimento das escolhas feitas pela maioria, erradas ou certas, indica desacordo dentro da sociedade, mas levando a sério os direitos de todos.

Waldron se depara, ainda, com a crítica de que a revisão judicial é em parte uma resposta às falhas das instituições democráticas e ao fato de que muitas pessoas sequer levam os direitos suficientemente a sério, é dizer, trata-se de um mecanismo institucional apto a corrigir os excessos de um legislativo em um ambiente que não atenda às suposições primeira e terceira da sociedade imaginária concebida por ele.

Quanto ao argumento de que, no mundo real, muitas pessoas não levam os direitos suficientemente a sério, aponta que os próprios defensores da prática de revisão judicial se baseiam em um compromisso de respeito aos direitos por parte da sociedade. Em relação ao regular funcionamento das legislaturas, o autor relembra que não se trata de buscar a perfeição no decidir pelas casas legislativas, mas de orientar-se pelo princípio da igualdade política nos seus aspectos eletivo e processual<sup>44</sup>.

Caso essa orientação não se realize ou se realize de maneira defeituosa, chegando-se a um estado de inadequada representação ou deliberação, comprometimento do sistema eleitoral e ausência de legitimidade política dos processos legislativos, ainda sim se pode colocar em dúvida a viabilidade da revisão judicial em sentido forte. Assim,

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 1400.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 1402.

“Vesting the final power in courts may well make it more difficult to reform the legislature or more difficult to develop the legislative ethos that the first assumption, and perhaps also the third assumption, presuppose. I have heard speculation to this effect about the United States: The idea is that U.S. legislatures, particularly state legislatures, operate irresponsibly and in a way that fails to take rights seriously because the knowledge that the courts are there as backup makes it harder to develop a responsible culture among legislators. How far this is true, I don’t know. It is certainly worth considering”.<sup>45</sup>

Por último, afaste-se ainda o argumento de que as minorias precisam de cuidados especiais que não somente instituições não-representativas podem oferecer. De início, há que se tomar cuidado para não entender minorias em um sentido alargado. Não se trata aqui de minorias pontuais, o que faz parte do próprio jogo democrático, mas daquelas cujos membros estão isolados do resto da comunidade no sentido de “eles não compartilham muitos interesses com os não-membros que lhes permitiriam construir uma série de coalisões para promover seus interesses”<sup>46</sup>.

O tema adquire complexidade se pensar na existência de preconceito. Ora, uma sociedade em que haja indiferença e mesmo hostilidade aos direitos de membros de alguns grupos por parte da maioria da sociedade – terceira e quarta suposições desrespeitadas -, não pode se fiar nas legislaturas. A questão é se isso leva a confiar também no judiciário, se está ou não infectado pelo mesmo preconceito, quando não existe uma base de apoio social aos direitos das minorias. Waldron assevera que:

“The affirmative case that is often made for judicial review in these circumstances assumes that there is some respect for relevant minority’s rights outside the minority’s own membership, but that is largely confined to political elites. The idea is that most ordinary members of the majority do not share this sympathy. Now the elite members who do share it – I shall call them elite sympathizers – may be in the legislature or they may be in the judiciary. The argument for giving final authority to judges is that elite sympathizers in the judiciary are better than elite sympathizers in an elected legislature to protect themselves when they accord rights to the members of an unpopular minority. They are less vulnerable to public anger and they need not to worry about retaliation. They are therefore more likely to protect the minority”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 1403.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 1404.

<sup>47</sup> Ibidem, pp. 1404 e 1405.

No entanto, constata-se que a balança pende em favor da revisão judicial, apenas quando se assume uma simpatia maior por direitos da minoria entre membros da elite política. Já se a simpatia maior for da sociedade, em geral, as instituições democráticas podem implementar os direitos melhor, porque os arranjos eleitorais promoverão maneiras de canalizar apoio popular na legislatura<sup>48</sup>.

Para sintetizar, tem-se que a preocupação maior de Waldron é a de esclarecer que em uma sociedade razoavelmente democrática o desacordo sobre direitos não representa mal em si, nem é irracional. Ao contrário, a discordância sobre questões substanciais é normal e se dá em um ambiente de profundo respeito aos direitos individuais. Há mecanismos institucionais que podem levar à superação dessas diferenças pelas legislaturas, e as cortes podem ajudar pouco nesse processo.

Não bastassem os argumentos institucionais expedidos, Waldron ataca ainda o argumento de que os juízes raciocinariam moralmente melhor dos que os legisladores.

#### 4.1.2.

#### **Juízes e legisladores raciocinando moralmente: quem é melhor?**

Já ficou consignado que por mais abertas e abstratas que sejam as normas que estatuem direitos individuais, geralmente vazadas na forma principiológica, deixar que questões de moralidade política se transformem na disputa sobre interpretação jurídica, implica empobrecimento e limitação no debate público<sup>49</sup>, segundo a visão waldroniana.

Em artigo recente,<sup>50</sup> Waldron voltou a defender uma visão de que a legislação é digna e reafirmou suas críticas a um modelo de revisão judicial forte. Aprofundando o debate, porém, pautou-se por uma análise sobre o papel dos juízes e dos legisladores institucionalmente e, ainda, investigou do ponto de vista da filosofia como juízes e legisladores raciocinam moralmente.

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 1405.

<sup>49</sup> STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

<sup>50</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2009.

Estreme de dúvidas que nas sociedades modernas é usual serem os juízes acometidos de dupla tarefa: encontrar, aplicar e descobrir a lei, bem como empreender julgamentos morais. É o que já se deixou claro em capítulo anterior, quando se analisou a proposta de leitura moral da constituição, empreendida por Dworkin.

No entanto, deve-se lembrar que expressiva parcela da teoria jurídica e da sociedade, em geral, defende que juízes não devem raciocinar moralmente, mas apenas aplicar a lei, descobrindo os resultados do raciocínio moral de outras pessoas – dos *framers*, dos legisladores e de gerações mais antigas de juízes –, independentemente de seus próprios valores e princípios. Juristas mais sofisticados, ao contrário, não aceitam mais essa divisão de competências constitucionais, acreditando que, a despeito de terem a responsabilidade de encontrar e aplicar o direito, algumas vezes, eles se engajam no raciocínio moral. A questão é saber se é possível compatibilizar essa dupla tarefa (desvelar/aplicar o direito/empreender raciocínio moral)<sup>51</sup>.

Ao se analisar o positivismo normativista, ficou esclarecido que juízes devem se imiscuir, primordialmente, na tarefa de detectar o direito<sup>52</sup>. Baseando-se no pensamento hartiano, Waldron enfatiza que os positivistas jurídicos admoestam que, ocasionalmente, em caso de lacunas jurídicas ou de indeterminação do direito, os juízes agem como se legisladores fossem, empreendendo, inclusive, raciocínios morais.

Embora exista infinidade de versões de como deve ser a atuação dos juízes, interessa a Waldron o que ele chama de tese de que “juízes são bons em moralidade” (*Judges are Good at Morality – JGM*), inserta nas teorias que mostram predileção por uma revisão judicial em sentido forte.

O autor, porém, preocupa-se com duas questões principais: 1) como a responsabilidade do juiz em aplicar a lei afeta sua habilidade para engajar-se em um raciocínio moral responsável e de alto nível? 2) há uma diferença importante entre o raciocínio moral feito individualmente baseado em suas próprias convicções daquele feito em nome de toda a sociedade?<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 5.

Analisando essa possível contaminação de raciocínio moral pelas limitações jurídicas, parte-se para a análise da tese JGM<sup>54</sup>, que tem como premissa a assunção de que o raciocínio moral deve ficar com quem o faz melhor, no caso os juízes.

É essa uma premissa que se encontra na teoria dworkiana e que serve de lastro para afirmar a inexistência de tensão entre democracia e constitucionalismo. Descrevendo a versão de Ronald Dworkin da teoria do raciocínio legal, Waldron assevera que o autor norte-americano não separa as tarefas do juiz, havendo sempre um raciocínio moral no seu atuar.

Como conseqüência, o jurista neozelandês afirma que o “fato inegável de que haja elementos morais importantes no raciocínio jurídico não nos autoriza a julgar o raciocínio jurídico pelos padrões do raciocínio moral ordinário”<sup>55</sup>. É que os julgamentos empreendidos pelos juízes constituem-se, não raro, em um híbrido de sensibilidade moral e jurídica, afastando-se da descrição pura que se faz do raciocínio moral:

“Basic premises will be set sometimes by referring to fundamental values, sometimes by referring to texts. Sometimes lines of argument will be followed through, sometimes stopped in their tracks by contrary precedents. The sensibility that informs judgment at every stage will be a hybrid of moral and legal sensibility, quite unfamiliar to moral philosophers. What appear to be moral considerations will vary in their strength depending as much on the use that has been made of them in the past on their inherent normativity”<sup>56</sup>.

Ora, como as teorias que se alicerçam na tese JGM tentam fundamentar a qualidade do raciocínio dos juízes a partir da análise de critérios morais, a superioridade judicial é posta à prova, uma vez que não se estaria diante de raciocínios puramente morais.

Waldron se coloca entre aqueles que não conseguem ver separação na dupla tarefa cometida aos juízes. Por isso, assevera que, no caso de questões morais sobre direitos individuais, pode não ser interessante atrelar o debate a doutrinas, precedentes, textos e interpretações com os quais o raciocínio jurídico é necessariamente vinculado. Daí que “em certas questões fundamentais de direito,

---

<sup>54</sup> Utilizar-se-á, a partir de agora, as siglas iniciais em inglês para descrever a tese de que juízes são bons moralmente.

<sup>55</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2009, p. 12.

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 12-13.

nós talvez tenhamos razão para preferir a menor, mas inalterável qualidade do raciocínio moral dos legisladores, a maior, mas juridicamente contaminada, qualidade do raciocínio moral dos julgadores”<sup>57</sup>.

Partindo para a segunda questão que lhe preocupa, Waldron se pergunta se há diferença entre o raciocínio moral dos agentes políticos, que devem fazê-lo em nome de toda uma sociedade, formada por milhões de indivíduos, mostrando deferência por suas visões, ao contrário de se basear em suas próprias convicções morais.

Usa como exemplo o caso do aborto, comparando a postura que pode ter uma autoridade pública sobre a matéria e um cidadão, refletindo sobre como votar sobre o tema, tanto diretamente em um referendo, quanto indiretamente na escolha de um possível representante no parlamento.

A escolha feita pelo cidadão, obviamente, é autônoma. Ainda que leve em conta a visão de outras pessoas e possua respeito pelas instituições democráticas, cabe a ele formar o juízo sobre o tema, balanceado os valores e os princípios envolvidos. Às autoridades públicas, sejam os legisladores, sejam os juízes, não se confere uma verdadeira autonomia, já que estão obrigadas, pelas funções que possuem, a um dever de lealdade em relação à visão de outras pessoas:

“Um legislador, por exemplo, possui algum tipo de dever com todos os constituintes, talvez algum tipo de dever com a cidadania como um todo; seu dever não se prende apenas àqueles que pensam como ele pensa. E é certamente o caso que o juiz tenha um dever para com a visão de outros, pelo menos na medida daquelas visões consubstanciadas no direito (constituição, lei ou precedente) que a ele é pedido que encontre e aplique. Ele tem um dever de fidelidade com o direito existente e com as fontes jurídicas estabelecidas, mesmo quando o direito existente não é de seu gosto e mesmo quando alguma das fontes jurídicas existentes não é o que ele pensa como adequado moralmente”<sup>58</sup>.

Assim, um julgamento autônomo é inapropriado para os juízes, devendo, ao contrário, prenderem-se a um raciocínio moral heterogêneo, que renda submissão ao que outros pensam – devem partir mais de textos dados do que de axiomas morais fundamentais. O que se perde em termos de autonomia da razão moral ganhar-se-ia em legitimidade. Para Jeremy Waldron, então, o juiz

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 16. Trad. livre.

“em vez de seguir suas próprias luzes morais de uma forma individualmente pensada, ele tenta reconciliar o que ele está disposto a fazer sobre o problema que lhe chega com o que outros fizeram em nome da sociedade com problemas mais ou menos análogos. (...) Os litigantes que chegam perante ele não devem esperar que raciocine sobre o problema deles como se pensasse a partir de uma tabula moral rasa ...”<sup>59</sup>.

Não se coloca em dúvida que os juízes são bons em raciocinar dessa forma, buscando colher o que os outros pensam e apresentando deferência pela visão da sociedade, para decidir de forma que se mantenha fidelidade aos acordos existentes na sociedade. Mas esse não é o único modo de se raciocinar em nome da sociedade. Na verdade, é importante que algumas questões morais importantes sejam definidas pelas legislaturas, não pelas cortes.

O raciocínio legislativo permite à sociedade, por meio de seus representantes, voltar às questões novamente, como se pela primeira vez delas tratasse. Trata-se de verdadeiro método de tentativa e erro, em uma sociedade marcada por dissenso sobre questões substanciais e que enfrenta problemas cada vez mais complexos. A princípio, o raciocínio que se realiza em âmbito legislativo é menos limitado por textos, doutrinas e precedentes existentes. Ainda que se deva analisar o quanto a decisão se ajusta ao ordenamento jurídico preexistente, não se compara essa obrigação das legislaturas com a das cortes de manter fidelidade ao passado jurisprudencial.

Ilustrando a distinção entre os raciocínios jurídico e legislativo, o autor toma o caso do aborto, tema que há algum tempo merece atenção especial das sociedades democráticas. Compara, então, como o Reino Unido tratou da questão na década de 60, quando se editou seu *Medical Termination of Pregnancy Bill*, com a maneira como os Estados Unidos da América firmaram entendimento sobre a matéria, a partir do paradigmático caso *Roe v. Wade*.

A discussão travada na Casa dos Comuns sobre o *Medical Termination of Pregnancy Bill* envolveu um debate apaixonado, mas também completo e honrado, entre grupos a favor e contra a opção de aborto. Analisando-se os anais dos debates, percebe-se atenção aos direitos, princípios e questões pragmáticas dos dois lados. A valorização do político, como forma de condensar as opções substantivas da sociedade, levou a uma decisão que, longe de majoritária, possui claros contornos de legitimidade.

---

<sup>59</sup> Ibidem, p. 18, tradução livre.

Ao contrário, no caso *Roe v. Wade* apenas há alguns parágrafos tratando da importância moral dos direitos de reprodução em relação à privacidade e uns poucos parágrafos dirigidos a outras questões morais em discussão – os direitos advindos do *status* de feto -, com a maior parte das páginas da decisão circunscrevendo-se a uma revisão da doutrina existente e da história sobre a questão<sup>60</sup>.

Carece de fundamento a idéia de que deixar nas mãos das legislaturas questões morais implica que os legisladores tomaram apenas em conta suas visões pessoais, sem deferência para com as opções da sociedade. O funcionamento dos parlamentos leva a que as legislaturas tomem decisões em nome de toda a sociedade.

A rigor, a formação das casas legislativas com base na premissa de que todos os indivíduos na sociedade merecem tratamento igualitário, dando peso igual às escolhas de cada um, fazem com que o raciocínio legislativo também se dê em nome de toda a sociedade.

Enfim, não se desconhece a necessidade de existência simultânea de raciocínios judiciais e legislativos. Todavia, Waldron pontua que há casos em que uma decisão deve ser construída a partir do raciocínio legislativo (quando um novo julgamento sobre mérito ocorre) e outros a partir do raciocínio judicial (quando se tem uma decisão essencialmente legalista). O autor rotula-os de ideal legislativo e judicial e, a partir dessa construção, volta ao mote principal de seu trabalho, que é o de saber se, em questões de direitos individuais, deve-se usar o modelo legislativo de raciocínio moral ou o modelo judicial.

Não se trata, afinal, de limitar o debate sobre qual o modelo a ser utilizado, conforme essas questões de direito estejam ou não tangenciadas pelo texto de uma constituição escrita, uma carta de direitos qualquer, e assim pressupor que, como são questões de direito, as cortes estariam mais aptas a cuidar delas.

As previsões constitucionais podem ser relevantes para a tomada de decisões, mas, em geral, não são elaboradas de forma a contemplar exhaustivamente questões de moralidade política ou são escritas de uma maneira a que permaneçam sutis os desacordos existentes na sociedade sobre quais devem ser os direitos protegidos pelo Estado. Nas palavras de Waldron,

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 20.

“As questões sobre direitos, as quais são o assunto de controvérsia concernente à revisão judicial, não são, em minha visão, na maioria das vezes, assuntos de interpretação em um sentido juridicamente estrito. Elas podem se apresentar, no primeiro momento como questões de interpretação: todavia, todo mundo sabe que elas também suscitam questões não resolvidas de momentos práticos consideráveis para a comunidade política”.<sup>61</sup>

Esses temas não chegam, portanto, às cortes por haver textos indeterminados ou linhas doutrinárias indeterminadas, mas por serem questões importantes com as quais a sociedade moderna lida, escolhas que são os focos de dissenso entre os cidadãos. Assume-se, portanto, que as questões relativas a direitos individuais devem ser debatidas novamente de tempos em tempos quanto a seu mérito, não ficando adstritas a disputas interpretativas sobre o sentido de normas nas cartas de direitos<sup>62</sup>, o que reduziria a riqueza do debate e, o que ganha contornos maiores de dramaticidade, desqualificaria a real importância do que se está em jogo.

Não se descarta totalmente um sistema fraco de revisão judicial, sendo um reforço democrático a possibilidade de que outra instância estatal – no caso as cortes – indique que uma solução para uma questão de moralidade posta pelas legislaturas seja incompatível com os compromissos já estabelecidos pela comunidade<sup>63</sup>.

De qualquer sorte, a revisão judicial em sentido forte mostra-se uma prática inadequada para uma sociedade que leve tão a sério os direitos individuais a ponto de admitir que de, tempos e tempos, haja novos problemas a serem resolvidos, que demandem um esforço político de redução de dissenso.

Aponta-se que legislaturas e cortes podem empreender um ou outro raciocínio, embora os mecanismos institucionais presentes nos parlamentos (maior número de membros em sua composição, regra da maioria e princípio da

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 22. Trad. livre.

<sup>62</sup> Nas palavras do autor: “My own view is that it is important for some or all of the watershed issues about individual rights to be debated, from time to time, freshly, on their merits, and in a way that is relatively uncontaminated by interpretative disputes regarding the Bill of Rights. For these, as I have said, are not primarily interpretative questions: they are well-known major choices that all liberal societies face. Those who make decisions on these matters need to confront all the issues of value and principle that they raise, whether those values or principles are privileged by the abstract formulations of a bill of rights or not” (Ibidem, p. 23).

<sup>63</sup> Ibidem, p. 24.

representação, entre outros) mostrem-se mais aptos para que as legislaturas empreendam discussões de moralidade política.

Todos os argumentos expendidos, finalmente, implicam que a tese JGM foi afastada e que a dignidade do legislativo encontra fundamento na própria análise dos mecanismos institucionais oferecidos às legislaturas para a tomada de decisão e, fundamentalmente, no tipo de raciocínio que se deve empreender em questões de moralidade política.

No entanto, o texto que serviu de base para expor o pensamento waldroaniano sobre o porquê de a tese JGM não merecer chancela da doutrina sofreu uma série de críticas por parte dos professores Wojciech Sadurski, David Dyzenhaus e Olivier Beaud. Em resposta a elas, Waldron refinou seu argumento.

Num esforço de sistematização, Waldron sintetizou as críticas dos três professores. Assim, para Olivier Beaud, decisões sobre direitos são feitas não pelos juízes ou legisladores como indivíduos, mas, especialmente, pelas cortes e instituições legislativas – e não também como entidades isoladas, mas como instituições organizadas conjuntamente em único aparato governamental. Dyzenhaus aponta a necessidade de se estudar as interconexões entre legisladores e julgadores (quando os legisladores tentam antecipar a resposta dos julgadores ou quando têm sua atividade pautada por um precedente), asseverando que essas complicações tornam o modelo waldroaniano não tão frutífero. Sadurski, por seu turno, assevera que Waldron partiu, acriticamente, da presunção de que as decisões sobre direitos requerem um tipo de competência moral que as outras decisões políticas não requerem.

David Dyzenhaus enquadra Waldron entre os positivistas constitucionalistas, posição que não recusa a idéia de direitos, como também reconhece a existência de boas razões para que um ordenamento jurídico possua uma carta de direitos. Adotar essa postura teórica implica continuar positivista apenas por conta do papel dado à legislatura na interpretação constitucional, colocando-os num dilema a tentar compatibilizar sua aliança ao lugar supremo reservado à legislação com sua tradição de fazer dessa legislatura a intérprete exclusiva da carta de direitos<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> DYZENHAUS, David. *Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts?* In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, number 1, January/2009, p.48.

É justamente esse dilema o motivo pelo qual Waldron afirmar, em algumas passagens, que os legisladores devem ter monopólio na interpretação constitucional; em outras, que, conquanto as legislaturas possuam a palavra final, podem os juízes também empreender raciocínios morais na aplicação e interpretação do direito, desde que subordinados àquelas.

A essa objeção Waldron responderá, inicialmente, dizendo-se um positivista constitucional no sentido empregado por Dyzenhaus e afirmando que não desconhece que a tarefa de interpretar uma carta de direitos vá cair no judiciário em casos individuais, mas que quando as questões principais surgem, é importante que as cortes não tenham a última palavra em qualquer disputa com o legislativo, mesmo onde essa disputa possa representar uma disputa de significado<sup>65</sup>.

A seguir, Waldron ataca as críticas de Olivier Beaud. O professor da Universidade de Paris II indica ser a idéia de que os juízes devem necessariamente se engajar em raciocínios morais no curso da interpretação e aplicação do direito mais familiar à teoria jurídica americana do que a qualquer outra<sup>66</sup>. Afirma que muitos dos juristas franceses trabalham ainda sob o paradigma kelseniano, para os quais o propósito científico de qualquer teoria jurídica digna desse nome é manter o direito e a moral separados<sup>67</sup>.

Afasta-se, assim, a idéia de que questões de direito possam ser questões de princípio, para as quais a teoria moral pode ser útil, construção compartilhada por Dworkin e Waldron, mas que não é compartilhada universalmente.

Waldron, escusando-se por um certo paroquialismo na construção do seu argumento, reafirma que considerações morais e, mais diretamente, considerações jurídicas (textos, precedentes, doutrinas e coisas semelhantes) são inevitavelmente conectadas ao raciocínio jurídico, não apenas no raciocínio jurídico sobre direitos e não apenas no raciocínio jurídico na América, mas em todos os raciocínios jurídicos<sup>68</sup>.

Parte da teoria jurídica francesa apenas segue os juízes em seu medo de reconhecer isso, e, para o jurista neozelandês, o próprio Professor Beaud

---

<sup>65</sup> WALDRON, Jeremy. *Refining the questions about judge's moral capacity*. In International Journal of Constitutional Law, vol. 7, number 1, January/2009, p.72.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>67</sup> BEAUD, Olivier. *Reframing a debate among Americans: Contextualizing a moral philosophy of law*. In: International Journal of Constitutional Law, vol. 7, number 1, January/2009, p.56.

<sup>68</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2009b, p. 73.

reconhece que há casos em que os juízes devem refletir sobre assuntos de moralidade<sup>69</sup>.

Ademais, Beaud coloca em dúvida a afirmação waldroniana de que os juízes, raciocinando moral ou juridicamente, não fazem por sua conta, mas em nome de toda a sociedade. Ao contrário, aponta que em França e em boa parte da Europa juízes não decidem em nome da sociedade, mas em nome do Estado<sup>70</sup>.

Não se convence Waldron, porém, da crítica que possa ser feita a seu pensamento, como se nele fosse possível ler que as legislaturas passam a ser um tipo de *pouvoir constituant*. A rigor, “a legislatura não é o povo; não é a fonte autorizada de insight constitucional; é simplesmente mais aberta para o povo, para o verdadeiro *pouvoir constituant*, do que outras instituições governamentais”<sup>71</sup>. Não se mostra de acordo, portanto, com a tentativa de as cortes afirmarem-se como intérpretes únicos e autorizados de questões constitucionais, como a visão da Suprema Corte americana de que cabe a ela não somente decidir casos constitucionais, mas falar antes de todos os outros para o povo americano os ideais constitucionais (*Parenthood v. Casey*) ou a suposição de que seria uma Assembléia Constitucional em sessão contínua (fase de Woodrow Wilson).

Para David Dyzenhaus, por seu turno, ‘a distinção entre revisão judicial forte e fraca depende não da forma constitucional, pela qual eu me refiro à estrutura formal prescrita por alguma constituição escrita, mas da cultura da sociedade sobre direitos humanos e, portanto, de quão seriamente o público considera o que os juízes dizem.’<sup>72</sup>

Isso leva Waldron a aceitar que as possibilidades existentes à hegemonia judicial, incluindo o *weak judicial review*, permitem oportunidades para os juízes colocarem limitações morais na legislatura.

Pergunta-se, a partir de observações de Dyzenhaus e Beaud, se realmente o legislativo tomaria decisões importantes. Para o professor da Universidade de Toronto, a teoria waldroniana teria falhado em levar em conta a percepção popular – talvez justificada – de que as legislaturas modernas são usadas apenas como

<sup>69</sup> Nas palavras do francês: “... we are quite prepared to agree that legal experts must reflect on issues of morality, given the fact that, in some cases, reasoning by judges follows ‘the dual assignment’ described by Waldron – applying the law and making a moral decision on an issue” (BEAUD, O. *Op. cit.*, p. 57).

<sup>70</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2009b, p. 74.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 76. Trad. livre.

<sup>72</sup> DYZENHAUS, D. *Op. cit.*, p. 48. Trad. livre.

carimbos de borracha para governos poderosos<sup>73</sup>, o que se afina com a percepção do professor parisiense de que as legislaturas parecem funcionar mais como ratificadores do direito criado em outras instâncias<sup>74</sup>.

Trata-se de enfrentar o problema da cooptação das legislaturas pelo executivo. Waldron se defende da crítica, asseverando que o Congresso americano não seria controlado pela Presidência americana, ao contrário do fenômeno existente na Europa de submissão dos parlamentos<sup>75</sup>.

Embora se concentre na afirmação de que está formulando um ideal normativo, afirmando que a argumentação moral requerida nas decisões sobre direitos individuais é mais adequadamente empreendida pelos processos legislativos do que pelos processos estabelecidos para adjudicação<sup>76</sup>, não se deve menosprezar o fato de que países que têm adotado a prática da revisão judicial forte não se livraram dos perigos de cooptação das legislaturas por órgãos e instâncias executivas.

Defendendo dessas críticas e de outras que não vêm ao caso agora, Waldron reafirma sua confiança no legislativo, partindo da pressuposição de que as democracias modernas estão em bom funcionamento. Nesse quadro de situação típica, afasta-se uma revisão judicial forte, colocando-se a legislação como fonte respeitável e autorizada do direito, no que se distancia de parcela da teoria jurídica que aposta na análise do direito enquanto aplicado pelos juízes. Ao mesmo tempo, o modelo de leitura moral da constituição dworkiana e a concepção de democracia constitucional cedem lugar à visão de que existe democracia sem jurisdição constitucional, apostando mais na possibilidade de que as escolhas de moralidade política, em contexto de profundo dissenso, são melhor empreendidas pelos legisladores, que estão menos amarrados aos limites impostos ao raciocínio jurídico.

Assim, expostas teorias jurídicas em prol e contra a hegemonia judicial nesse quadro de dissenso das sociedades plurais modernas, pode-se passar a outra análise, que insira elementos empíricos e visões de cientistas sociais e políticos sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo.

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>74</sup> BEAUD, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>75</sup> WALDRON, J. *Op. cit.*, 2009b, p. 79.

<sup>76</sup> Idem.