

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

CARLOS LUAN PAIM OLIVEIRA

**A Jurisdição Constitucional no Contexto da Common Law: o Debate entre Waldron e
Waluchow**

**RIO DE JANEIRO
2022**

CARLOS LUAN PAIM OLIVEIRA

**A Jurisdição Constitucional no Contexto da Common Law: o Debate entre Waldron e
Waluchow**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Doutor Fábio Perin Shecaira, Professor Adjunto de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito.**

**RIO DE JANEIRO
2022**

CIP - Catalogação na Publicação

048j Oliveira , Carlos Paim
A jurisdição constitucional no contexto da common law: o debate entre Waldron e Waluchow / Carlos Paim Oliveira . -- Rio de Janeiro, 2022.
69 f.

Orientador: Fabio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Jurisdição Constitucional . 2. Disagreement .
3. Living Tree Constitutionalism . 4. Jeremy Waldron. 5. Wil Waluchow. I. Shecaira, Fabio Perin, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

CARLOS LUAN PAIM OLIVEIRA

**A Jurisdição Constitucional no Contexto da Common Law: o Debate entre Waldron e
Waluchow**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Doutor Fábio Perin Shecaira, Professor Adjunto de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito.**

Data de aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2022**

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____ / _____ / _____

Na data supramencionada, a BANCA EXAMINADORA integrada pelos (as) professores (as) _____

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA do discente:

DRE _____,

INTITULADA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador					
Prof. Membro 1					
Prof. Membro 2					
Prof. Membro 3					
MÉDIA FINAL					

Professor Orientador: _____ NOTA: _____

Professor Membro 1: _____ NOTA: _____

Professor Membro 2: _____ NOTA: _____

Professor Membro 3: _____ NOTA: _____

Média Final*: _____

* O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez)

() SIM

() NÃO

RESUMO

A presente monografia jurídica se propõe a analisar o problema teórico proporcionado pelo instituto da jurisdição constitucional (*judicial review*) nas discussões jurídico-filosóficas vinculadas ao sistema legal da *common law*. Para tanto, será analisada a obra de dois relevantes autores inseridos nesse debate e que assumem posicionamentos conflitantes entre si, quais sejam, o Professor Jeremy Waldron, que se posiciona criticamente frente à jurisdição constitucional promovida pelas cortes, e o Professor Wil Waluchow, que, por sua vez, procura fazer uma defesa deste mecanismo analisado. Assim, o presente trabalho se propõe a fazer uma pesquisa teórica baseada em revisão bibliográfica, de modo a tentar esmiuçar em detalhes no que consiste o cerne do problema teórico discutido na cultura legal da *common law* e no que consistem os argumentos de cada teórico na sustentação de suas teses.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Judicial Review Theory; Disagreement; Living Tree Constitutionalism; Jeremy Waldron; Wil Waluchow.

ABSTRACT

This legal research proposes to analyze the theoretical problem provided by the institute of judicial review in legal-philosophical discussions linked to the common law legal system. To do so, the work of two relevant authors inserted in this debate will be analyzed and who assume conflicting positions with each other, namely, Professor Jeremy Waldron, who takes a critical position in the face of the judicial review promoted by the courts, and Professor Wil Waluchow, who, in turn, seeks to make a defense of this analyzed mechanism. Thus, the present work proposes to carry out a theoretical research based on a bibliographical review, in order to try to scrutinize in detail what constitutes the core of the theoretical problem discussed in the legal culture of the common law and what the arguments of each theorist consist of in support of their theses.

Keywords: Jurisdição Constitucional; Judicial Review Theory; Disagreement; Living Tree Constitutionalism; Jeremy Waldron; Wil Waluchow.

AGRADECIMENTOS

São muitos aqueles a quem devo um sincero agradecimento pela ajuda na realização deste trabalho.

A atividade intelectual, que, no final de um curso, se traduz numa monografia, não é resultado de um esforço meramente individual. Antes do Carlos pesquisador, que madrugou algumas noites na conclusão dos capítulos abaixo redigidos, existe o Carlos aluno, que muito deve ao seu professor, e o Carlos filho, que muito deve ao seus pais.

Obrigado, Professor Fábio.

Obrigado, Sabrina, minha mãe.

Obrigado, Anselmo, meu pai.

Este trabalho é fruto da contribuição de vocês, pelo apoio e exemplo.

Por fim, tendo morado distante da família, quero também agradecer àqueles que se fizeram próximos nestes cinco anos de graduação.

Obrigado, Helena, Daniel e Alexandre, pelo amor e amizade.

SUMÁRIO

Introdução _____	9
Capítulo I - Desacordos e Legislação _____	13
i. Das duas tarefas da filosofia política _____	13
ii. Por uma teoria democrática do direito _____	15
iii. A dignidade da legislação _____	16
iv. Desacordos políticos _____	18
v. A legislação e a deliberação majoritária _____	19
vi. Conclusões parciais _____	22
Capítulo II - O argumento contra a judicial review _____	23
i. Noções preliminares _____	24
ii. Strong judicial review _____	25
iii. Os quatro pressupostos _____	27
iv. O argumento _____	31
v. Razões relativas ao resultado _____	33
vi. Razões relacionadas ao processo _____	35
vii. Conclusões parciais _____	37
Capítulo III - As constituições como árvores vivas _____	40
i. As pretensões de Waluchow _____	40
ii. A influência de Herbert L. A. Hart _____	44
iii. A metáfora da “Living Tree” _____	47
iv. Conclusões parciais _____	53
Capítulo IV - A moralidade constitucional e a judicial review _____	55
i. Moralidade constitucional da comunidade _____	56
ii. A crítica à crítica _____	62
iii. Conclusões parciais _____	63
Conclusão _____	65
Referências _____	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo esmiuçar no que consiste o cerne do problema teórico promovido pela jurisdição constitucional na cultura legal da common law e no que consistem os argumentos de Jeremy Waldron e Wil Waluchow na sustentação de suas teses contrárias. O primeiro autor é um reconhecido crítico da *judicial review*, enquanto que Waluchow, por sua vez, propõe uma defesa do instituto. Alguns questionamentos que se pretende analisar neste trabalho são: Waluchow consegue defender sua proposta de mudar a perspectiva dada ao tema do constitucionalismo até o momento? É o caso de que esta mudança proposta por Waluchow, se válida, realmente compromete as críticas de Waldron ao instituto da jurisdição constitucional?

Antes, porém, é necessária uma breve exposição do instrumento constitucional que constitui o objeto deste debate teórico. A jurisdição constitucional é o instituto que pode ser definido mais precisamente como sendo “a prática de juízes em revisar atos de governo para assegurar sua adequação com os requisitos constitucionais” (Waluchow, 2007, p. 9)¹. Tal “revisão”, porém, pode se dar de diferentes maneiras. Duas são as formas que os acadêmicos têm classificado: o modelo fraco e o forte.

A jurisdição constitucional fraca seria aquela na qual o escrutínio realizado avalia a constitucionalidade de determinado ato legislativo, por exemplo, sem que haja de modo terminativo uma imposição de sua aplicação, em razão de sua validade, ou a sua revogação, caso verificada a incompatibilidade com a constituição. Assim, em caso de um juízo que declare a existência de uma inadequação, pode vir a ocorrer apenas uma devolução do ato legislativo à câmara legislativa competente, de maneira que esta, então, o retifique ou o revogue. O exemplo clássico desta forma de jurisdição constitucional é o caso do Reino Unido, onde, ainda que com detalhes específicos e procedimentos próprios, a revisão não afeta a validade do instituto analisado nem sua continuidade em vigor (Waldron, 2006, p. 10).

Ao revés, porém, existe a chamada jurisdição constitucional forte. Neste caso, o escrutínio realizado pode resultar em efeitos terminativos e imediatos. A corte responsável pelo exercício desta prática pode, caso declarada a inconstitucionalidade de determinado ato

¹ As citações de Waluchow 2005 e 2007, bem como de Waldron 1999 e 2006, quando em português, baseiam-se em traduções feitas pelo autor desta monografia

legislativo, vir a derrubá-lo, anular seus efeitos ou torná-lo nulo, sem que haja um meio para resposta do poder legislativo à decisão da corte. Pode haver também efeitos menos categóricos, mas de todo modo terminativos: a modulação do ato legislativo para que respeite direitos fundamentais, a formulação de uma interpretação vinculativa que torne o texto legal constitucional etc. Para este caso, o exemplo que melhor o retrata, no contexto da common law, é referente aos Estados Unidos (Waldron, 2006, p. 9).

Esta classificação, contudo, não afasta casos intermediários, como o exemplo do que ocorre no Canadá. Neste país, uma corte pode vir a declarar inválido um ato legislativo incompatível com a constituição, tal qual nos Estados Unidos. No entanto, no sistema legal do Canadá há a particular cláusula "notwithstanding", a qual concede a prerrogativa ao poder legislativo de declarar que “não obstante sua violação injustificável de um direito enumerado, a legislação infratora será constitucionalmente válida” (Waluchow, 2022). Esta cláusula, porém, raramente é invocada na prática canadense (Waluchow, 2006, p. 11)².

Acontece que, como de praxe, o instituto da jurisdição constitucional também é alvo de intenso debate na filosofia do Direito, particularmente quando ocorre pela forma forte acima descrita e frente aos direitos fundamentais garantidos na constituição. Parte da problemática acontece devido a questões que concernem o tema da interpretação do texto constitucional - valoração moral, abertura de significado - e diversas são as posições defendidas acerca deste poder usualmente legado ao judiciário nas democracias constitucionais.

Na garantia dos direitos, juízes, amparados por um documento escrito e vinculativo, poderiam ser verdadeiros guardiões de proteção das minorias frente à maioria, impedindo que esta viole o direito daquelas. Para tanto, um tribunal poderia derrubar uma certa lei que julgasse não se adequar às proteções constitucionais positivadas, como resume Andrei Marmor, um crítico do instituto (Marmor, 2005, p. 142-3).

² Neste mesmo sentido é a conclusão de uma pesquisa realizada em 2017 por Janet L. Hiebert. Ver em OLIVER, Peter; MACKLEM, Patrick; DES ROSIERS, Nathalie (Ed.). **The Oxford Handbook of the Canadian Constitution**. Oxford University Press, 2017 (p. 704) ou HIEBERT, Janet L. The notwithstanding clause: Why non-use does not necessarily equate with abiding by judicial norms. 2017 (p. 10)

Contudo, é preciso ter em mente que mesmo os defensores dessa prática guardam consciência da sensível questão democrática que pode ser levantada (Marmor, 2005, p. 149): afinal, por que juízes não eleitos seriam legitimados para derrubar um ato legislativo que passou por um amplo processo legislativo constitucional? Além disso, diante do fato de que diversas normas possuem uma abertura de sentido, bem como uma notória carga moral, qual seria a razão para que se entenda que um grupo menor de indivíduos, que compõem um tribunal, possuiria uma interpretação qualitativamente mais sofisticada da constituição e dos valores morais por ela preconizados? E por que sua interpretação teria de ser terminativa, ostentando ser a última palavra sobre questões de amplo interesse social?

Estas questões são só algumas que o instituto da jurisdição constitucional fomenta e não são simples de serem respondidas. Aliás, há muitas formas que se pode adotar para analisar essas questões. Uma delas é a abordagem teórica e, por isso, dentre os vários modos de se tratar da jurisdição constitucional, pode-se destacar o debate existente entre Waldron e Waluchow, o qual será aqui analisado.

Um aspecto que é preciso ter em mente é o de que o debate entre os dois autores não reside apenas no tema da jurisdição constitucional. Em realidade, a depender do ângulo utilizado para pensar o argumento de cada autor, notamos que ambos os teóricos possuem seus respectivos quadros teóricos sobre o direito e, mais exatamente, sobre o constitucionalismo. Uma vez que nos atentamos quanto a isso, é possível perceber que, antes mesmo de entender as suas teses acerca da *judicial review*, torna-se necessário que nos debruçemos sobre suas respectivas teorias constitucionais, uma vez que é delas que emergem seus posicionamentos sobre a jurisdição constitucional.

Em outras palavras, o debate entre os autores aqui analisados não é meramente contingente e fruto de visões que só casualmente são discordantes. Pelo contrário. Ao menos Waluchow é bem explícito em dizer que pretende desenhar uma forma nova de encarar a natureza da constituição e de seu papel e, nestes termos, pretende contra-argumentar com Waldron (Waluchow, 2022). As suas dissonâncias, portanto, derivam de concepções fundamentalmente diferentes sobre a democracia e a constituição, sendo o tema da jurisdição constitucional um dos tópicos em que estas divergências desaguam.

Aliás, este tom do debate ajuda a compreender de onde partem os dois autores: friso aqui que Waldron e Waluchow são sobretudo teóricos do direito. O que quero ressaltar ao enfatizar isso é que o tema deste trabalho não é uma discussão no plano das estruturas do direito constitucional tão somente. Não são dois juristas que compartilham de um mesmo vago paradigma teórico acerca do objeto analisado e que, por isso, apenas se posicionam de modo distinto acerca dos detalhes concretos do sistema de controle de constitucionalidade de determinado país. Não. O tom do debate aqui analisado reside justamente na tentativa de articular um quadro teórico explicativo sobre o constitucionalismo, o que, por sua vez, nos ajuda a pensar o instituto da jurisdição constitucional.

Com isso em mente, posso então justificar a estrutura deste presente trabalho que contém 5 capítulos, além desta introdução. Dado que cada autor expõe seu próprio quadro teórico, estabelecendo suas respectivas concepções dos institutos e conceitos que participam do problema do constitucionalismo para só então argumentar com o foco fixado no tema da jurisdição constitucional, procurarei, portanto, expor os autores respeitando este padrão. Assim, (i.) o primeiro capítulo se destina à apresentação do argumento geral de Jeremy Waldron com foco particular na sua concepção acerca do papel que a legislação e os desacordos políticos cumprem no todo de sua teoria. Após este levantamento, (ii.) no segundo capítulo, poderei me dedicar exclusivamente à tese do autor acerca da jurisdição constitucional, a qual agora poderá ser melhor esmiuçada, uma vez esclarecidos certos pressupostos no capítulo anterior. Em seguida, (iii.) no terceiro capítulo, irei me direcionar ao Wil Waluchow, que, de modo análogo, também expõe com relativa independência seu entendimento da natureza da constituição e do papel que cumpre, antes de propriamente tratar da jurisdição constitucional. Para detalhar seu argumento sobre este instituto e sua crítica à Waldron será reservado (iv.) o quarto capítulo.

CAPÍTULO I - DESACORDOS E LEGISLAÇÃO

Jeremy Waldron é um teórico do direito neozelandês com uma extensa obra. Seus trabalhos exploram diferentes temas que transitam desde discussões acerca da natureza própria do direito - *general jurisprudence* -, até debates provenientes da teoria política. A extensão de sua produção, porém, guarda uma coesão: de modo geral, podemos dizer que Waldron procura sempre trabalhar com uma teoria do direito que se concebe enquanto área de próximo diálogo com a filosofia política, de forma que temas como a autoridade e normatividade do direito, bem como sua legitimidade e interpretação, devem ser pensadas sempre em comunicação com o fenômeno político e democrático. Tudo isso - assim espero - ficará mais claro no decorrer deste capítulo.

i. Das duas tarefas da filosofia política

Waldron inicia seu argumento delineando duas tarefas comuns à filosofia política. Este ramo de estudos pode se cultivar ora como um estudo das diferentes teorias da justiça, ora como um estudo das práticas e desacordos na política (Waldron, 1999, p. 3). A primeira tarefa consistiria em pensarmos nossos ideais de justiça numa sociedade, valores normativos que balizam o desenho de nossas instituições e o conteúdo de nossas regras. A segunda tarefa, por sua vez, consistiria no estudo de aspectos fundamentais da política enquanto tal, os processos deliberativos, a tomada de decisão, a autoridade etc., de forma a se refletir sem perder de vista problemas como os desacordos que inviabilizam consensos entre cidadãos.

Acontece que, segundo Waldron, os filósofos políticos estariam incorrendo, desde a publicação de *A Theory of Justice*³, de John Rawls, no erro de praticarem com mais afínco uma das tarefas, em detrimento da outra: haveria um foco excessivo em questões de justiça, ao passo em que seria negligenciada a investigação acerca dos desacordos existentes na política prática (Waldron, 1999, p. 1). Filósofos políticos cultivariam o mau hábito de sempre buscar adicionar e vender a sua própria concepção de justiça no mercado de ideias (Waldron, 1999, p. 22/23), fundamentando-as com novas teses e criticando as ideologias concorrentes. Ocorre que com isso acabaríamos por não lidar com o real problema fundamental para a política: o fato de que - mantendo a alegoria - nós não concordamos sobre que item do mercado de ideias escolher.

³ Ver: RAWLS, John. *A theory of justice* (Original ed.). Cambridge: Belknap, 2005.

O problema desta prática seria o de não notar que, ainda que essas questões de justiça sejam importantes e mereçam uma detida reflexão, no contexto da política real o problema consiste justamente em não conseguirmos alçar determinada visão como um consenso. Nas “circunstâncias da política” - conceito que será explicado abaixo -, o que sempre subsiste é o dissenso. A implicação dessa constatação é a noção de que se tem produzido na academia uma série de respostas que, ao fim, são insuficientes para pensarmos como de fato se dão as relações sociais frente aos desacordos substantivos que concernem interesses comuns dos cidadãos.

A título de ilustração (Waldron, 1999, p. 3), Waldron provoca dizendo que nós não deveríamos estar discutindo sobre como deveriam ser nossos procedimentos democráticos e constitucionais à luz das teses de Rawls, por exemplo. Deveríamos, ao revés, procurar discutir - ao menos, também - sobre como deveriam ser nossos procedimentos democráticos e constitucionais, uma vez que conscientes de que aqueles que estão vinculados a estes procedimentos não alcançam concordar com a teoria de Rawls - ou com qualquer outro teórico. Ou seja, devemos discutirmos sobre como serão nossas instituições e como elas funcionarão tendo em vista que não concordamos com o conteúdo substantivo que devemos alcançar ou atender.

Esta diferença entre estas duas tarefas da filosofia política nos é útil também para pensarmos o papel do Direito - principalmente no que concerne à área de estudo da *general jurisprudence* (Waldron, 1999, p. 6). Isso porque, segundo Waldron, o Direito lida com certa naturalidade com a problemática acima exposta. Isto é, o Direito acontece justamente no campo do desacordo, não só entre as partes num litígio, mas também no sentido de que impõe um determinado método de resolução de conflitos que independe de uma aceitação prévia dos envolvidos. O Direito determina um procedimento tal que não é preciso que aqueles submetidos a ele concordem com a forma ou com o conteúdo do resultado (Waldron, 1999, p. 7).

Dessa forma, o estudo dos instrumentos jurídicos encontra no seu objeto de estudo questões mais sensíveis à segunda tarefa da filosofia política e não à primeira, uma vez que se referem a decisões e mecanismos que “permitem a ação em meio ao dissenso” (Waldron, 1999, p. 7), sem que fiquemos no âmbito de discutir as idealizações que nos dirigem.

Questões sobre a autoridade e normatividade do direito na democracia, bem como a legitimidade das leis e sua interpretação seriam assuntos que tratam justamente da segunda tarefa da teoria política.

Mas diante disso, precisamos antes nos perguntar: por que o empenho em pensar o Direito desta maneira? Por que colocá-lo em diálogo com questões de teoria política e por que mantermos em mente que existem desacordos?

ii. Por uma teoria democrática do direito⁴

Primeiramente, é importante desde logo que se tenha claro quais são as pretensões de Waldron. O autor quer, em suas palavras, tentar esboçar uma genuína *democratic jurisprudence* (Waldron, 1999, p. 9). Isto é, uma teoria do direito confortável com aspectos fundamentais da democracia e nela interessada; uma teoria que explique o direito incorporando também valores importantes como o autogoverno, a autonomia etc (Waldron, 1999, p. 9). Com tais pretensões, alcançamos conceber o Direito sob novas luzes, as quais agora o iluminam pensando-o também enquanto parte integrante de uma democracia. Forma de concepção, aliás, segundo Waldron, escassa na teoria analítica.

Mas no que consistiria esse elemento democrático que não pode ser ignorado ao pensarmos o direito? O que devem os teóricos e teóricas do direito à democracia para melhor pensar o seu próprio objeto de estudo? Ao que parece, em síntese, esta chave seria a incontornável existência de desacordos morais, políticos e de justiça entre os membros - quantitativamente significativos - de nossa sociedade. A pluralidade consistiria, portanto, no fato incontornável que circunda o que entendemos por democracia liberal e que, segundo Waldron, é mal captada pelos teóricos da *jurisprudence*. Para exemplificar, segundo o autor, conceitos como “autoridade” e “legislador”, ao longo da tradição analítica, foram compreendidos de uma forma empobrecida que, no caso, retirava o elemento quantitativo e concebia em seus argumentos a autoridade e o legislador sobretudo enquanto funções de um sujeito singular, particular (Waldron, 1999, p. 10). Com isso, perdemos de vista nuances valiosas para a compreensão de instituições como as câmaras legislativas. Nelas, em realidade, encontramos grupos heterogêneos que não buscam uma resolução das divergências sobre nossos ideais de justiça - na forma da primeira tarefa da política -, ao contrário, vemos

⁴ Tradução própria ao que Waldron nomeia como *democratic jurisprudence*. Ver WALDRON, 1999a, p. 9

grupos que selam decisões vinculantes *internalizando* os desacordos sem resolução (Waldron, 1999, p. 23). Vemos aqui alguns primeiros sinais da mudança que Waldron pretende trazer. Tudo isso por adicionarmos a pluralidade como um aspecto inescapável da análise dos institutos criados no seio de uma democracia.

O que temos como resultado dessa diferente abordagem metodológica, segundo o autor, não resta apenas nos exemplos trazidos, pois se trata de uma luz explicativa que recai mesmo sobre questões como a interpretação das leis, sua legitimidade e o papel da votação. A incorporação da democracia no centro da reflexão sobre o Direito afeta positivamente a teoria produzida. Isso porque, tendo a teoria do Direito se desenvolvido em paralelo a uma teoria democrática, ela dependeria de argumentos que não alcançam explicar devidamente a prática institucional. Se vivemos em uma democracia que é composta por inúmeros cidadãos, os quais, por sua vez, discordam entre si, não se poderia desenvolver uma teoria do direito que ignore este elemento - ou, colocando de outra forma, é preciso agora guardar consciência das implicações de ter ocorrido este desenvolvimento dissociado.

iii. A dignidade da legislação

Uma das consequências mais dramáticas dessa proposta promovida pelo autor é a valorização da legislação e das legislaturas dentro da teoria do Direito. No argumento apresentado, movidas as peças do nosso interesse, agora mais atento ao elemento democrático de nossa organização, a legislação passa a ser alvo de uma teorização que consegue notar a sua natureza e a sua legitimidade. Nas próprias palavras de Waldron, seu trabalho, ao fim, visa dar dignidade à legislação (Waldron, 1999, p. 31) - e, junto dela, às legislaturas. Dar valor à legislação e entender melhor a sua natureza seria um gesto decorrente justamente do cuidado de pensar o Direito em diálogo com a democracia. Feito isso, estudados os valores democráticos e as circunstâncias da política, a legislação emergiria como algo digno de respeito.

É preciso ressaltar, porém, que esta consequência, ao menos segundo Waldron, não é trivial. A valorização da legislação e trazê-la para o centro da teorização de um direito em meio a uma democracia é algo que, em muitos sentidos, é dissonante com o que tem sido até então realizado pelos acadêmicos da área. Isso porque, ao que parece, os próprios teóricos da *jurisprudence* não dariam a devida relevância ao estudo do legislativo e das leis por ele

criadas. Waldron acusa os positivistas jurídicos de não darem continuidade àquilo que a princípio aparenta ser a consequência esperada de seu mais forte argumento⁵: ao anunciarem que o Direito é válido dada a sua fonte formal, considerados apenas os fatos sociais e afastadas as considerações morais, imaginamos que os positivistas iriam procurar esmiuçar melhor essas mesmas fontes (Waldron, 1999, p. 33/34). Aparentemente, segundo Waldron, isso não ocorre e na medida em que respondem seus colegas jusnaturalistas sobre a validade do Direito, os positivistas logo dirigem a sua atenção para outros tópicos como as cortes, os juízes, discutindo agora, por exemplo, com os realistas jurídicos (Waldron, 1999, p.45).

Roberto Mangabeira Unger em seu livro *“What should legal analysis become?”*⁶ traz o conceito da “marginalização da legislação”. Waldron irá se apropriar dessa ideia. Segundo Unger, a teoria do Direito teria um incômodo com a democracia, sem que conseguisse pensar seu objeto de estudo como uma criação e propriedade de uma população livre (Waldron, 1999, p. 8). Waldron quer justamente dar conta de amenizar esse problema e, como já dito, formular uma teoria do Direito confortável com a democracia. No que concerne à legislação, o autor quer enfatizar que ela é “essencialmente, e não apenas casualmente, o produto de assembleias amplas e polifônicas”, característica que precisa cumprir papel central em nossa compreensão de como operá-la, interpretá-la e integrá-la no esboço mais amplo que temos do Direito (Waldron, 1999, p. 10).

Continuando sua crítica, Waldron aponta que a teoria do Direito seria insuficiente em fornecer esclarecimentos aos políticos, cuja atribuição consiste em legislar, ao passo em que estaria cega em meio a uma atenção excessivamente voltada ao judiciário, suas cortes e juízes. Neste sentido, Waldron pretende apresentar um contraponto adotando uma postura que é simétrica, mas na direção oposta: o autor pretende pintar um “quadro róseo das legislaturas” (Waldron, 1999, p. 32), de modo que o poder legislativo possa ser comparado de forma justa com a também idealizada concepção que temos do judiciário - enquanto câmara de proteção de direitos, minorias etc.

⁵ É preciso esclarecer que, apesar desta crítica aos positivistas jurídicos, Waldron não adota outra corrente de entendimento sobre o Direito e, mais precisamente, é considerado como um positivista normativo. O que ressalto aqui é que, frente a seus interlocutores - Hart, Rawls etc -, Waldron não procura superá-los propriamente, mas sim dar continuidade aos argumentos destes mesmos autores, respeitadas as premissas por eles estabelecidas. Waldron, portanto, permanece ainda dentro do que chamamos de teoria analítica, seja do Direito, seja da política, não devendo ser classificado como “crítico”.

⁶ Ver: UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. Verso, 1996.

É importante, portanto, que consigamos compreender devidamente o argumento realizado por Waldron na medida em que ele articula o problema dos desacordos políticos com a legislação e as legislaturas - em síntese, com o processo democrático de deliberação majoritária. Esclarecidas essas razões, poderemos compreender como o autor irá se opor ao instrumento da jurisdição constitucional.

Então, a seguir, quero esboçar como Waldron tenta amarrar as questões apresentadas até aqui: diante de indissolúveis cisões morais existentes no seio das sociedades contemporâneas, como tentar explicar a legitimidade e autoridade do direito? Que papel cumprem as legislaturas na resposta apresentada pelo autor?

iv. Desacordos políticos

Com o problema colocado, precisamos entender melhor no que consiste este conceito tantas vezes reiterado por Waldron em seu argumento e que, inclusive, dá nome à obra aqui analisada: os desacordos.

Waldron argumenta que existem na sociedade desacordos - de boa-fé - de difícil reconciliação nas sociedades contemporâneas, sem que haja meios para o convencimento mútuo entre os cidadãos, dada a ineficácia de qualquer meio para comprovar alguma verdade moral objetiva (Waldron, 2006, p.22-3). Isso não significaria, porém, incorrer em alguma espécie de relativismo moral, pois o que se sustenta é apenas a afirmação de que não há relevância na questão epistemológica por trás desses dissensos, uma vez que não atingimos o mútuo convencimento (Consani, 2015, p. 2435).

Estes desacordos podem aparecer em diferentes níveis: seja num nível filosoficamente substancial, caso em que se discute sobre os valores em si mesmos ou sobre a existência ou não de certos direitos; seja num nível político que, ainda que em tese haja um acordo acerca de valores abstratos comuns, em casos difíceis surge o desacordo sobre sua efetiva concretização (Waldron, 2006, p. 22-3). Por exemplo, ainda que haja - se há - um relativo consenso sobre a importância da liberdade de expressão, o que afasta para este tópico a ideia de um desacordo filosoficamente carregado, subsiste de todo modo o infindável desacordo sobre a medida - política - de sua extensão, em tempos de internet, *fake news* etc.

A questão se agrava quando se constata que, diferentemente de desacordos religiosos ou estéticos, muitos desses desacordos políticos exigem uma decisão pública imediata, o que não fará com que o desacordo desapareça (Waldron, 2006, p. 25). Problemas como aborto, cotas raciais, legalização das drogas exigem uma determinação política por se tratar de fenômenos sociais dados que não podem ser relegados a infintos debates em prol de um consenso - como a existência de Deus. São problemas que estão presentes na vida social, o que torna a “não-decisão” prejudicial a interesses urgentes. Para além disso, as decisões tomadas sempre poderão ser alvo de um juízo de valor e, por isso, de desacordo.

Diante deste cenário, diante da necessidade de se estabelecer uma decisão que vincule toda a população sobre determinado tema, surge, então, a necessidade de se estabelecer os meios e procedimentos pelos quais se chegará a esta determinação política. É preciso, portanto, uma teoria da legitimidade do processo de decisão comum (Waldron, 2006, p. 26). Em outras palavras, “é exatamente em razão da impossibilidade de se eliminar o desacordo que surge a necessidade de uma teoria da autoridade” (Consani, 2015, p. 2432).

Tal necessidade nos faz retornar à legislação novamente. Waldron precisa avançar seu argumento para a explicação da legitimidade da legislação em meio à deliberação democrática. Afinal, por que um cidadão deve ver em determinada legislação - e, como consequência, no direito - uma fonte legítima de autoridade se ele não concorda com o resultado da deliberação?

v. A legislação e a deliberação majoritária

Aqui podemos resgatar a ideia já exposta de que, para Waldron, o legislativo no exercício de suas funções internaliza os desacordos. Seria isso algo significativo para a teoria do direito? (Waldron, 1999, p. 24). Waldron dirá que sim, pois nos auxilia a pensar a autoridade da legislação em uma democracia. Contudo, para tentar entender esta autoridade, não podemos simplesmente apelar para a sua legitimidade democrática. Isso porque, é preciso que antes a deliberação majoritária passe por um escrutínio, uma vez que é ela que consiste justamente no meio pelo qual as leis vêm a surgir após aprovadas nas casas legislativas e sancionadas pelo legislativo (Consani, 2015, p. 2433).

Um elemento que então surge como algo de merecido destaque é a votação. Sendo os desacordos algo inerente à deliberação e, por isso, algo incontornável dentro de uma teoria do direito sobre as legislações, a votação torna-se necessária dentro do esquema normativo que queiramos construir. A votação, portanto, não pode ser descartada em uma teoria da democracia deliberativa em prol de um quadro teórico que só dê foco apenas ao consenso (Waldron, 1999, p. 93).

Este argumento ganha contornos mais nítidos quando Waldron tenta dialogar com a teoria da autoridade de Joseph Raz. Segundo esta teoria, uma pessoa ou instituição A pode ser reconhecida como autoridade em relação a determinada matéria M, caso façamos melhor em seguir os comandos ditados por A, em relação às razões relativas à M, do que se tentássemos descobrir por nós mesmos nossas próprias razões sobre a mesma matéria M (Waldron, 1999, p. 95/96). Acontece que aqui, Waldron aponta o problema já relatado: trata-se de um esquema que parece pressupor um legislador singular, de tal forma que se perde de vista que muitos desses comandos, em uma democracia, consistem em leis fruto da votação em assembleias plurais (Waldron, 1999, p. 99).

Para Waldron, então, devemos considerar que talvez os comandos resolvidos em decisões majoritárias retirem sua autoridade - sem contradizer a teoria raziana - justamente também do fato de que o procedimento de tomada de decisão adotado é aquele que não tenta afastar a pluralidade e os desacordos (Waldron, 1999, p. 99). Esta ideia é bem sintetizada em determinada passagem cuja tradução é da Professora Cristina Consani (Consani, 2015 p. 2434):

(...) a dignidade da legislação, o fundamento de sua autoridade e sua pretensão de respeito, tem a ver com o tipo de êxito que ela alcança. Nosso respeito pela legislação é em parte o tributo que devemos pagar pelo êxito da ação coletiva acordada, cooperativa e coordenada nas circunstâncias da vida moderna. (Waldron, 1999, p. 101)

Como já colocado, para Waldron, o direito nos permite agir em meio aos desacordos. A legislação seria a faceta mais significativa disso. Mas o mais importante residiria em dois aspectos em que a decisão majoritária respeita os indivíduos e seus votos. O primeiro aspecto é o de que a votação majoritária permite não fingir consenso, não exige que ninguém desista de seu ponto de vista sincero ou que ele seja silenciado por causa da importância imaginária do consenso. Um segundo aspecto é o fato de que a votação majoritária incorpora um

princípio de respeito a toda pessoa no processo pelo qual se decide sobre uma concepção que deverá ser adotada como a *nossa*, mesmo diante dos desacordos (Waldron, 1999, p. 109).

Importando e adaptando conceitos de Rawls, quais sejam, os “fardos de julgamento” e as “circunstâncias da justiça”, Waldron indica que nas circunstâncias da política é preciso pressupor e aceitar como algo natural a diferença razoável e de boa-fé no posicionamento dos cidadãos que pensam um mesmo problema em nossas sociedades complexas. Por isso, a decisão majoritária se vê legitimada, uma vez que considera e pressupõe essa condição humana⁷, dando igual peso a cada membro da deliberação e assumindo seus posicionamentos como razoáveis, de forma a se ter por decidido aquilo que contar com a maioria dos votos.

Constatamos, assim, o carácter procedimentalista que Waldron dá à democracia e à autoridade da legislação, sendo justamente este percurso formal que a dignifica enquanto instituto merecedor de respeito.

A professora Cristina Consani (2015) sintetiza desta forma:

A autoridade do direito, assim, reside em sua origem de acordo com procedimentos capazes de incorporar e respeitar os desacordos. A validade do direito está atrelada à observância de tais procedimentos e, como visto, não pode se respaldar em uma concepção de justiça e/ou moralidade exatamente porque, segundo Waldron, essas são concepções que estão imersas nas circunstâncias da política e são objeto de desacordos (Consani, 2015, p. 2437).

Em vias de concluirmos nossa análise acerca do argumento do autor, temos de nos debruçar sobre um último aspecto. É desta conclusão acima exposta que Waldron deriva sua antipatia pelos métodos de interpretação que visam resgatar as intenções dos legisladores. O que foi alvo de deliberação pelos legisladores foi uma forma de texto canônica, a qual foi votada e que daí tira sua autoridade, uma vez que seríamos “um” na escolha que “nós” fizemos (Waldron, 1999, p. 145). Após a sua aprovação, é a legislação que é válida e deve contar, isto é, a legislação propriamente dita, em sua forma textual. E, por ter sido fruto do procedimento democrático, este mesmo texto agora é uma lei promulgada pelo Parlamento e não uma mera lei da maioria (Waldron, 1999, p. 144).

⁷ Waldron reiteradas vezes articula a ideia de circunstâncias da política com o que Hannah Arendt esboça enquanto “condição humana”. Ver WALDRON, 1999, p. 111/112.

Waldron enfatiza este respeito ao texto da legislação e aponta que seria justamente por essa importância que possuímos uma série de instrumentos - como as emendas - para editar ou revogar estes institutos criados (Waldron, 1999, p. 100). O que o autor quer reforçar aqui não é tão somente mais um indício da relevância da legislação propriamente dita, mas sim demonstrar que esta dignidade não implica numa aceitação cega. Em outras palavras, o que o autor tem argumentado não se confunde com uma imposição unilateral de uma única decisão, porque esta mesma decisão pode vir a ser alterada por estes mesmos processos deliberativos defendidos.

Agora efetivamente finalizando a análise, trago outra síntese da Professora Consani:

Exatamente em razão de conferir grande credibilidade à dignidade da legislação, por considerar que a legislação é fruto do trabalho de um Parlamento representativo e cujos procedimentos de deliberação e de votação podem apresentar a melhor resposta para o desacordo político, é que Waldron busca entrelaçar a teoria da democracia e a teoria do direito. A autoridade do direito está atrelada exatamente à adequação dos procedimentos políticos para lidar com os desacordos morais, políticos e sobre justiça. A validade do direito, portanto, não pode vincular-se a um conteúdo (moral, político ou de justiça) em razão do próprio desacordo a respeito desses conteúdos. A interpretação do direito, por sua vez, deve restringir-se à textualidade da lei aprovada. Isso porque, na concepção de Waldron, o fórum mais adequado para a resolução dos desacordos é o político e não o jurídico. E essa é a premissa que liga sua teoria da democracia à sua teoria do direito e à perspectiva do positivismo jurídico normativo (Consani, 2015, p. 2438).

vi. Conclusões parciais

O que espero ter deixado claro é relativamente simples e de grande ajuda para o capítulo seguinte: Waldron tem uma visão - talvez excessivamente - positiva do legislativo. Por ora, vou resguardar minhas valorações para o capítulo seguinte. De todo modo, esta conclusão nos ajuda a compreender um aspecto importante dos demais argumentos que virão no próximo capítulo. Waldron não apenas possui um argumento negativo contra a jurisdição constitucional. O autor, como tentei apresentar, estabelece um posicionamento positivamente favorável ao outro poder nesta balança - o legislativo - e, ademais, suas críticas à *judicial review* se dão nessa mesma base teórica. Em outras palavras, porque a legislação é digna de respeito, isto é, é legítima, que a jurisdição constitucional não deveria acontecer.

CAPÍTULO II - O ARGUMENTO CONTRA A JUDICIAL REVIEW

Após ter feito esta exposição sobre os pressupostos teóricos de Waldron, agora precisamos voltar nossa atenção à sua efetiva posição quanto ao instituto da jurisdição constitucional. Se anteriormente quis destacar o lado positivo de seu argumento, isto é, o endosso que o autor faz do legislativo, nesta etapa do trabalho me direciono ao lado negativo de seu argumento, ou seja, a crítica que o autor faz ao poder judiciário e suas atribuições.

É importante ter em mente que esta divisão é artificial, uma vez que muito do que o autor tem de ressalvas contra os poderes dos tribunais constitucionais consiste numa contraface do que Waldron crê como positivo das câmaras legislativas. Esta mudança de foco, que procurei diferenciar em partes separadas, ainda assim, subsiste ao menos para fins didáticos que facilitem a compreensão do todo da visão deste teórico.

Com esta migração no foco, aliás, migramos também de obra analisada. Se antes era preciso esmiuçar passagens relevantes do livro *Law and Disagreement*, outro texto passa a se impor. Waldron, na tentativa de sintetizar os argumentos que possui contra a *judicial review*, escreveu o famoso artigo, o qual, por sinal, foi recentemente novamente publicado na forma de capítulo de seu livro de 2016, chamado *Political Political Theory*⁸. O artigo em questão se chama *The Core of the Case Against Judicial Review*.

Nele, portanto, encontraremos uma visão amadurecida dos argumentos do autor; maturidade conquistada já no processo de defesa de sua tese frente às investidas de críticos. Em suma, procuro demonstrar a seguir que Waldron, posteriormente, condensou sua crítica à jurisdição constitucional em um quadro mais modesto, que circunscreve apenas um tipo específico do instituto.

Isso, porém, continua representando um problema relevante do ponto de vista teórico, uma vez que, embora Waldron agora delimite uma fronteira ao seu argumento - que agora se restringe à “*strong judicial review*” -, seu ponto se desprende das nuances dos casos de jurisdição fraca, reafirmando-se, de todo modo, quanto aos casos de atuação forte dos tribunais.

⁸ Ver: WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Harvard University Press, 2016.

Os críticos de Waldron precisarão portanto ou ceder ao autor e concordar com a sua crítica no âmbito desta nova circunscrição, que agora se volta a apenas a parte do problema, ou, então, procurar fornecer um quadro teórico que explique a possibilidade legítima da judicial review enquanto instituto com plena concordância em relação à democracia e ao constitucionalismo.

i. Noções preliminares

Waldron pretende dissecar as bases de um argumento contra o instituto da jurisdição constitucional sem fazer referência a qualquer elemento histórico ou que apele aos efeitos de casos contingentes (Waldron, 2006, p. 1351). Desse modo, o método de sua crítica recai sobretudo num apelo teórico, que procura pensar os aspectos fundamentais do que entendemos por judicial review e notar nestes mesmos termos sua inadequação à democracia.

O autor reconhece que o tema já é bastante explorado e que muitas são as teses a favor ou contra a existência de tal mecanismo no arranjo constitucional dos países (Waldron, 2006, p. 1350). Contudo, em grande medida, estes posicionamentos são assumidos segundo a contingência típica da política, que estabelece a conveniência ou não de se opor à determinada decisão. Ou seja, é comum que se veja certo lado do espectro político criticando o entendimento de um tribunal constitucional sobre uma matéria socialmente sensível e, com isso, adotando argumentos que atacam a razão do que foi decidido, como também contestando a própria legitimidade do tribunal para revogar certo ato normativo.

Outra faceta dessa forma de crítica, de que Waldron procura se afastar, seria o recurso a casos históricos (Waldron, 2006, p. 1351). Aqui, a forma de se analisar a adequação da judicial review recai na contingência não do presente, mas do passado, e se costuma procurar elencar boas ou más decisões históricas, de forma a se validar o posicionamento segundo os efeitos concretos de casos emblemáticos. Estes casos, por sua vez, consistem muitas vezes nos conhecidos marcos de garantias de direitos de minorias, por exemplo, que representaram o reconhecimento de direitos a mulheres, pessoas de cor e homossexuais (Waldron, 2006, p. 1352).

Waldron, contudo, complementa,

It may still be the case that judicial review is necessary as a protective measure against legislative pathologies relating to sex, race, or religion in particular countries. But even if that is so, it is worth figuring out whether that sort of defense goes to the heart of the matter, or whether it should be regarded instead as an exceptional reason to refrain from following the tendency of that, in most circumstances, would be a compelling normative argument against the practice (Waldron, 2006, p. 1352)

Percebe-se, assim, que, de plano, o autor reconhece a coleção de proteções promovidas por tribunais contra “patologias legislativas relacionadas a sexo, raça ou religião”, porém, isto - as decisões na defesa dos direitos de minorias - talvez não passe de uma “razão excepcional para se abster de seguir o que seria um argumento normativo convincente contra a prática” da jurisdição constitucional.

Para Waldron é preciso, portanto, uma crítica que vise enxergar o esquema composto apenas pelos traços mais básicos do controle de constitucionalidade, sem que o estudo seja influenciado por apêndices contextuais - muito embora, como ele mesmo admite, estes apêndices possam ser também muito úteis para dar cor e carne (Waldron, 2006, p. 1351) ao problema em análise.

ii. Strong judicial review

Primeiramente, precisaremos entender o alvo da crítica. Qual o objeto preciso do argumento de Waldron?

Waldron traz algumas nuances à discussão de forma a detalhar precisamente o que quer dizer quando se refere a judicial review, sendo o matiz mais relevante aquele que a divide entre suas duas possíveis forças de manifestação pelos tribunais constitucionais. Isto seria a divisão entre caso forte e fraco de jurisdição constitucional.

Dentro dessa divisão, o alvo de Waldron é a strong judicial review, a qual o autor define como sendo o caso em que as cortes

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 (Waldron, 2006, p. 1354)

Com essa breve exposição de diferentes possibilidades de jurisdição constitucional forte, podemos agrupá-las sob a definição de que seriam a manifestação do poder das cortes de, sozinhas, por força de uma prerrogativa sua, esvaziar certo ato normativo julgado incompatível com a constituição, inibindo sua aplicação, ou promover a sua direta anulação.

Diferem-se estas hipóteses fortes das manifestações fracas da jurisdição constitucional. Aqui, embora as cortes ainda possam exercer sua influência de modo a inibir a aplicação de determinada legislação, seu poder é consideravelmente enfraquecido, sobretudo porque este poder não é mais reservado apenas às cortes. Tem-se, portanto, o estabelecimento de uma mitigação da prerrogativa dos tribunais constitucionais, de maneira que eles poderão fazer o escrutínio da legislação “ *for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated*” (Waldron, 2006, p. 1355). Às cortes nesses casos é legada apenas a capacidade de suscitar a discussão institucional sobre determinado ato normativo, muitas vezes devolvendo-o para o legislativo - que pode ignorar a recomendação.

Além dessa especificação quanto a força da jurisdição, Waldron procura delimitar seu alvo também segundo o caráter temático da revisão constitucional, isto é, segundo que temática é feito o juízo de compatibilidade? Waldron quer discutir sobre o instituto jurídico na medida em que ele apela a direitos fundamentais, os quais precisam estar garantidos constitucionalmente. Cuida-se, portanto, de uma *rights-based judicial review*. Assim, se diferenciando, por exemplo, de um controle de constitucionalidade que procura avaliar a adequação de leis que tocam temáticas como o federalismo. O foco reside sobretudo no campo temático que tangencia uma abordagem moral dos desacordos entre uma certa população.

Uma terceira distinção apontada pelo autor é relativa ao tempo do controle de constitucionalidade, de forma que o interesse recai sobre o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, a posteriori, quando a regulamentação já foi promulgada e, mesmo assim, mesmo muito tempo depois, revogada pela tribunal constitucional.

Por fim, uma última distinção importante para o argumento do autor é aquela que nota as diferentes instâncias em que pode ocorrer o poder jurisdicional aqui analisado, de forma que em certos casos esta prerrogativa poder ser exercida por juízos de primeira instância, enquanto é possível também que seja realizada por cortes especializadas. Em ambos os casos, porém, sucede um fenômeno que segundo Waldron deveria ser evitado, que seria a suplantação da discussão diretamente atenta às questões morais envolvidas pela discussão balizada por considerações jurídicas de interpretação do texto, precedente, jurisprudência etc.

iii. Os quatro pressupostos

Adiante, é importante também entender que o autor coloca algumas condições para a validade de seus argumentos; condições estas sem as quais seu argumento não se aplicaria ao caso discutido (Waldron, 2006, p. 1360). Trata-se de suposições que devem ser atendidas quando avaliamos uma sociedade na qual deve haver ou não a institucionalização da revisão judicial.

São quatro essas suposições, quais sejam:

Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights. (Waldron, 2006, p. 1360)

Com essas especificações, a intenção é traçar a objeção central da revisão judicial:

I shall argue that, relative to these assumptions, the society in question ought to settle the disagreements about rights that its members have using its legislative institutions. If these assumptions hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts. And I shall argue that allowing decisions by courts to override legislative decisions on these matters fails to satisfy important criteria of political legitimacy. Let me first elaborate the four assumptions. (Waldron, 2006, p. 1360)

Vejam, agora, cada uma destas suposições detalhadamente, uma vez que são necessárias para entender a forma que o argumento de Waldron procura se inserir, isto é, de que contexto parte e quais são suas preocupações: de antemão, antecipo que o autor parece principalmente querer restringir sua tese a um ambiente democraticamente saudável, cujo funcionamento seja ordinário, incluídas eventuais - e usuais - falhas destes mesmos sistemas. Com isso, o argumento do autor se esquia de casos duvidosos, como os em que haveria uma tirania da maioria - cenário em que o sistema democrático seria disfuncional.

a. Instituições democráticas

É preciso, agora, uma breve exposição mais detalhada dessas suposições. Quanto à primeira, relativa ao funcionamento democrático, presume-se “que a sociedade que estamos considerando é uma sociedade democrática, cujas leis e políticas públicas são feitas e estabelecidas pelo povo e seus representantes, que trabalham através de instituições eletivas” (Waldron, 2006, p. 1361); presume-se também que “há sufrágio universal adulto, e há uma legislatura representativa, para a qual se realizam eleições de forma regular e periódica” (Waldron, 2006, p. 1361).

Além disso, espera-se que “os legisladores deliberam e votam sobre assuntos públicos, e os procedimentos para legislar são abrangentes e atenciosos” (Waldron, 2006, p. 1361), de forma a “incorporar várias salvaguardas, como bicameralismo, havendo, portanto, um escrutínio robusto dos diferentes comitês e câmaras, bem como múltiplos níveis de consideração, debate e votação” (Waldron, 2006, p. 1361). Waldron em determinado momento ressalta que nada disso, porém, pretende ser controverso. O propósito deste requisito é apenas ter como requisito o “caminho pelo qual legislaturas democráticas geralmente funcionam” (Waldron, 2006, p. 1361).

No geral e em resumo, essa primeira suposição que Waldron traz exige que as instituições democráticas estejam razoavelmente bem, podendo, logo, não ser perfeitas, provavelmente existindo debates em andamento sobre como elas podem ser melhoradas (Waldron, 2006, p. 1361). Ademais, vale salientar que este requisito democrático que exige boas instituições legislativas, compromissadas, com consciência representativa e zelo constitucional, não consiste em uma justeza material sobre o que é decidido. Em outras palavras, o requisito é atendido enquanto as legislaturas forem boas processual e

institucionalmente. Isto é, seu bom funcionamento não afasta a ideia de que haverá desacordos e que, mesmo com o bom desenho processual, o resultado pode ser materialmente ruim. Como coloca Waldron: “All that I have said about the legislative and electoral arrangements being in good working order goes to process values rather than outcome values” (Waldron, 2006, p. 1362).

b. Instituições judiciais

Quanto a esta suposição relativa às instituições judiciais, por sua vez, no mesmo tom do requisito anterior, o que Waldron espera - como condição para a validade de seu argumento - é o funcionamento regular do judiciário. Isso consiste na presunção de que “a sociedade que estamos considerando tenha tribunais bem estabelecidos e politicamente independentes, em condições razoavelmente boas de ordem de trabalho, criados para ouvir ações judiciais, resolver disputas e defender o estado de direito”. (Waldron, 2006, p. 1363). Waldron presume também que haja relativa invulnerabilidade à ira pública, resultante de uma estabilidade que difira o judiciário da ordem eleitoreira do legislativo, ainda que possa haver a eleição dos juízes. É assumida também a institucionalidade típica do exercício do poder jurisdicional, de forma a existirem precedentes, jurisprudência, instâncias de apelação, fatores que resultem numa promoção de coerência por parte do juízo no caso concreto (Waldron, 2006, p. 1364).

Por fim, em se tratando de um cenário de desacordos, Waldron estabelece algumas suposições sobre as bases do desacordo dentro de um judiciário ordinário, de modo que ele também presume que os juízes compartilham algum orgulho democrático e, portanto, tendem a ser autoconscientes sobre a legitimidade de sua própria atividade, bem como na defesa dos direitos fundamentais; embora seja suposto também que, como outros membros da sociedade, “os juízes discordam uns dos outros sobre o significado e implicações dos direitos individuais e das minorias” (Waldron, 2006, p. 1364).

c. Compromisso com Direitos

Nesta terceira suposição, a intenção de Waldron é afastar hipóteses que correspondem aos casos não essenciais, nos quais as sociedades têm um compromisso que é tênue e frágil com os direitos. Isso porque, a intenção do autor é afastar a ideia de que a crítica à jurisdição constitucional consistiria num posicionamento contrário a direitos. Em oposição a isso, seu

argumento, portanto, é aplicável apenas caso o cenário hipotético atenda a suposição de que há por parte da sociedade um interesse consciente em se garantir o direito de minorias (Waldron, 2006, p. 1366).

Essa suposição, dessa forma, consiste em que os membros de uma sociedade acreditam que minorias têm direito a um grau de apoio, reconhecimento e proteção, que não é necessariamente garantido numericamente por eles mesmos ou por seu peso político. Ou seja, cuida-se de uma minoria que consegue o apoio de demais cidadãos para a garantia de seus direitos. Assume-se, aliás, que este compromisso é um “consenso vivo, desenvolvendo e evoluindo à medida que os defensores dos direitos conversam entre si sobre quais direitos eles têm e o que esses direitos implicam” (Waldron, 2006, p. 1365).

Por fim, um último elemento relevante desta terceira suposição é aquele que dá contornos mais concretos ao que ele representa: Waldron assume que a sociedade analisada possui uma carta de direitos que está ou não inserida em uma constituição escrita (Waldron, 2006, p. 1365).

d. Desacordos sobre Direitos

Finalmente, a quarta e última suposição, que serve como requisito para a validade do argumento de Waldron, é aquela que supõe a existência de desacordos sobre direitos, os quais podem se dar nas mais diferentes instâncias, isto é

algumas dessas discordâncias são aparentes em um nível filosófico (por exemplo, se os direitos socioeconômicos devem ser incluídos na Carta de Direitos), alguns tornam-se aparentes quando tentamos relacionar princípios abstratos de direito a propostas legislativas (por exemplo, se o livre exercício da religião exige isenções de leis geralmente aplicáveis), e alguns se tornam aparente apenas no contexto de casos individuais difíceis (por exemplo, quanta tolerância para o discurso dissidente deve haver em um momento de emergência nacional) (Waldron, 2006, p. 1367)

O que importa, porém, é o aspecto de que estes desacordos não se confundem com o comprometimento relativo à suposição anterior, de maneira que estes dissensos ocorrem de boa fé, onde cada parte, desde sua concepção, está respeitando as garantias dos diferentes grupos sociais. Aqui a pretensão de Waldron é estabelecer um quadro teórico próximo ao que Rawls também procurou estabelecer em seus trabalhos mediante o conceito dos “fardos de julgamento”: "It is unrealistic... to suppose that all our differences are rooted solely in

ignorance and perversity, or else in the rivalries for power, status, or economic gain." (Rawls, 1993, p. 58).

Ademais, faz parte também desta suposição o fato de que os desacordos subsistem mesmo ante a existência de uma carta de direitos, pois, muito embora o documento jurídico possa estabelecer alguns parâmetros para a discussão - ou mesmo possibilitar argumentos jurídicos conclusivos -, o dissenso pode ainda subsistir, pois recai sobre a forma de aplicação da carta, seu real conteúdo e demais controvérsias (Waldron, 2006, p. 1369).

iv. O argumento

Assentadas estas questões preliminares, temos agora como desenhar o quadro de onde emerge a problemática aqui discutida.

Supondo, então, que os legisladores tenham amplo conhecimento das questões de direitos que um determinado projeto de lei enseja e que, deliberando sobre o assunto, decidam - por meio de debate e votação - resolver essas questões em um determinado caminho; o caminho optado para a resolução de certos desacordos pela legislatura deve ser estabilizado ou há razão para que seja questionado e talvez anulado pelo judiciário?

Acontece que, tendo por incontornáveis os desacordos sobre temas que precisam ser deliberados para que haja uma resolução comum na sociedade, será preciso um processo de tomada de decisão, “cuja operação irá selar, não reiniciar, a controvérsia cuja existência chamou o início do processo de decisão em primeiro lugar” (Waldron, 2006, p. 1371). Dado o inesgotável dissenso, precisamos buscar um meio de selá-lo, ainda que ele venha a subsistir.

Surge a necessidade de uma teoria da legitimidade do processo de decisão, avaliando as razões que temos para adotar determinados meios em preferência de demais opções. Afinal, “quais são as razões que precisam ser levadas em conta na concepção ou avaliação de um procedimento de decisão para liquidar divergências sobre direitos?” (Waldron, 2006, p. 1372).

Waldron, então, divide as razões em duas categorias que deverão ser consideradas: razões “relacionadas ao resultado” e razões “relacionadas ao processo”⁹. As razões relacionadas ao processo são aquelas que estabelecem que “alguém faça, ou participe na tomada de uma determinada decisão, que é independente de considerações sobre o resultado apropriado” (Waldron, 2006, p. 1373); sendo que, na política, as razões desta espécie costumam ser aquelas “baseadas na igualdade política e no direito democrático de voto, o direito de ter sua voz contada mesmo quando os outros discordam do que se diz” (Waldron, 2006, p. 1373).

As razões relativas ao resultado, por sua vez, são “razões para desenhar o processo decisório de uma maneira em que será assegurado o fim apropriado (i.e., uma decisão boa, justa e certa).” (Waldron, 2006, p. 1373). Waldron complementa seu raciocínio indicando que, uma vez que o objeto de seu argumento em muito se auxilia dos desacordos sobre direitos, as razões relativas aos resultados, quanto a proteção dos direitos, são de notável relevância. Podemos, aliás, concluir que são de interesse da sociedade estas razões, uma vez que pressupostas na terceira suposição do autor, já que implicam num comprometimento com os direitos.

Contudo, ao tentarmos ponderar essas diferentes razões, estaríamos na tentativa de calcular um problema com duas variáveis (Waldron, 2006, p. 1375), as quais tendem a receber uma consideração díspar: como Waldron aponta, poderíamos nos perguntar “qual método é mais provável de chegar à verdade sobre os direitos, enquanto ao, mesmo tempo, respeita adequadamente a reivindicação das vozes dos afetados em serem ouvidos?”; ou, de maneira sutilmente diferente, poderíamos ressaltar o outro fator contido no cálculo e nos perguntarmos “qual método melhor respeita a reivindicação de serem ouvidas das vozes das pessoas afetadas, ao mesmo tempo em que razoavelmente se aproxima de chegar à verdade sobre os direitos?”.

Nesta ambivalência, Waldron pende rapidamente para um lado. O teórico estima a importância das razões processuais para a tomada de decisão em uma sociedade permeada por desacordos. Em suma,

⁹ Respectivamente, “outcome-related reasons” e “process-related reasons”, (Waldron, 2006, p. 1373)

the outcome-related reasons are at best inconclusive. They are important, but they do not (as is commonly thought) establish anything like a clear case for judicial review. The process-related reasons, however, are quite one-sided. They operate mainly to discredit judicial review while leaving legislative decisionmaking unscathed (Waldron, 2006, p. 1375).

v. Razões relativas ao resultado

No que concerne às razões relativas ao resultado, três são os argumentos que, segundo Waldron, são mais vezes destacados em favor das cortes, enquanto meio de resolução de desacordos. As vantagens das cortes residiriam no fato de que nelas (i) os problemas envolvendo direitos são apresentados em casos particulares, cuja abordagem para resolução consiste numa (ii) interpretação da carta de direitos do ordenamento constitucional, o que promove (iii) decisões fundamentadas.

Ocorre que para Waldron, no melhor dos casos, as razões relativas ao resultado são ao fim inconclusivas, pois, quando elas são o fator valorizado no cálculo, o legislativo também se apresenta como um bom meio de resolução de desacordos. É isso que o autor tenta sustentar ao esmiuçar cada um das vantagens usualmente levantadas como pertencentes às cortes.

Quanto ao argumento que confere às cortes uma predisposição mais concreta, orientada para casos particulares, Waldron logo critica esta perspectiva alegando que isto é geralmente um mito, pois nos casos de jurisdição constitucional, tem-se geralmente uma discussão dogmática, que recai sobre aspectos abstratos de direito (Waldron, 2006, p. 1379). Waldron, porém, não parece querer fundamentar extensamente esta impressão e, no mais, contrapõe o suposto mito com a alegação de que, em contrapartida, o legislativo consegue até certa medida abordar também os problemas de direito com relativa particularidade, uma vez que as diferentes pressões dos variados grupos sociais conduzem a redação do texto normativo, que muitas vezes consegue abarcar diferentes aspectos do problema discutido (Waldron, 2006, p. 1380).

Já acerca do argumento que alega que as cortes são tendentes a lidar com os problemas de direito com base em uma carta de direitos, o que seria uma positiva razão relativa aos resultados, Waldron tece alguns comentários no sentido de que, diferentemente do legislativo, o judiciário, justamente pelo apego ao texto, incorre num preciosismo apegado à “forma

canônica” (Waldron, 2006, p. 1381) dos dispositivos, os quais, numa carta de direitos, tendem a ser escritos de forma aberta. Na tentativa de selar os desacordos do tempo de sua promulgação, direitos fundamentais, naquilo que possuem de textual, podem pecar por tornarem-se platitudes, truísmos que não auxiliam na resolução dos conflitos (Waldron, 2006, p. 1381). O legislativo, por outro lado, na perspectiva de Waldron, poderia se debruçar sobre os problemas envolvendo direitos de modo mais imediato, favorecendo um debate direto, que lida de modo original com questões que as considerações jurídico-dogmáticas podem desvirtuar (Waldron, 2006, p. 1382).

Por fim, relativa à fundamentação das decisões, a crítica de Waldron se estabelece no sentido de que é um falso contraste a constatação de que no judiciário, em oposição ao legislativo, temos um maior apego e zelo com a exposição de motivos e fundamentação das decisões (Waldron, 2006, p. 1382). Segundo o autor, a fundamentação em sede de exercício da jurisdição constitucional pode incorrer em vícios que comprometem este pretense posto de apego às razões expostas, isso porque, uma vez temporalmente distante o momento da promulgação do texto constitucional, resta o texto passível de diferentes estratégias de leitura, valendo-se da adaptação de precedentes, o que só deixa o cerne do desacordo moral às margens da discussão (Waldron, 2006, p. 1383).

Aqui, Waldron faz uma observação relevante, onde diz que este apego aos precedentes decorre de uma necessidade das cortes em se mostrarem legitimadas para tratar de certo tema mediante a jurisdição constitucional. No entanto, em que pese isso ser compreensível

It counts heavily against the courts in the outcome-related argument about the preferability of judicial review over legislation. Distracted by these issues of legitimacy, courts focus on what other courts have done, or what the language of the Bill of Rights is, whereas legislators-for all their vices-tend at least to go directly to the heart of the matter (Waldron, 2006, p. 1384)

O argumento consiste em alegar que as cortes, nas suas práticas ordinárias, direcionam-se aos problemas envolvendo direitos de uma maneira que não aborda o discutido diretamente, o que comprometeria as razões relativas ao resultado desse meio de resolução de desacordos, uma vez que este não seria propriamente tratado. O autor, por sinal, traz à discussão o fato de que o legislativo pode eventualmente sofrer de patologias como deliberações apressadas, permeadas por pânico e pseudo debates (Waldron, 2006, p. 1386), mas ocorre que estes casos não encontram guarida numa teoria sobre aquilo que as

legislaturas usualmente fazem. É preciso manter em mente que a crítica aqui analisada procura comparar um legislativo e um judiciário funcionais na medida em que são bons meios legítimos de tomada de decisão pública. Assim, “em que pese a retórica de Dworkin sobre fóruns de princípios”¹⁰, para Waldron, “cortes costumam comportar-se por meios como os criticados, focando em precedentes, texto, doutrina e outros ‘legalismos’” (Waldron, 2006, p. 1386).

vi. Razões relacionadas ao processo

Agora, nos aproximamos das razões relativas ao processo, as quais, segundo Waldron, na tentativa de escolher um meio para a tomada de decisão em sociedades plurais, são as que mais enfaticamente tendem a favorecer o legislativo. Para compreender isso, porém, é preciso que nos debrucemos sobre uma teoria da legitimidade política.

As razões relativas ao processo para a tomada de decisão seriam claramente promotoras do legislativo, por força de se filiarem a critérios sobre equidade, direito de fala, e afins, ao longo do processo propriamente dito (Waldron, 2006, p. 1386).

Para explicar seu ponto, Waldron estabelece uma suposição envolvendo possíveis questionamentos de um cidadão hipotético:

Suppose a citizen who disagrees with a legislative decision about rights poses the two questions I have envisaged. She asks: (1) why should this bunch of roughly five hundred men and women (the members of the legislature) be privileged to decide a question of rights affecting me and a quarter billion others?; and (2) even if I accept the privileging of this five hundred, why wasn't greater weight given to the views of those legislators who agreed with me? (Waldron, 2006, p. 1387)

A resposta para essas duas perguntas são dois princípios que consistem nas principais razões relativas ao processo de decisão: para a primeira pergunta, a resposta passa pelas eleições justas, nas quais há um tratamento igual dado a cada cidadão para a determinação de

¹⁰ Para Dworkin a revisão judicial “proporciona um fórum político no qual os cidadãos possam discutir, se desejarem, e, por conseguinte, o faz de maneira mais diretamente ligada a sua vida moral do que o voto. Além disso, nesse fórum aumenta muito o incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum” (DWORKIN, 2005b, p. 288).

quem será alçado ao cargo de representante dos demais; já quanto à segunda pergunta, a resposta passa pelo princípio da decisão majoritária.

O acúmulo destas duas características resulta na conclusão de que há uma continuidade nas duas respostas, na medida em que haveria o uso de decisões majoritárias para a escolha de representantes, ao passo que, de mesma forma, estes representantes também adotam o uso de decisões majoritárias para tomada de decisão nas temáticas discutidas (Waldron, 2006, p. 1388). Assim, segundo Waldron, haveria uma aproximação razoável entre as escolhas parlamentares e a escolha da sociedade civil.

Em contraste, se por um lado o legislativo seria composto por eleições que respeitam os cidadãos, equivalendo-os, seja na escolha de representantes, seja, posteriormente, no voto em temáticas; o judiciário, por sua vez, pouco tem a responder com base nestes critérios. Colocando de outra maneira, caso as perguntas formuladas pelo cidadão hipotético tivessem por alvo as cortes, menos persuasivas seriam as respostas.

Algumas respostas intuitivas logo surgem de forma a tentar mitigar esta aparente discrepância. Costuma-se dizer que os juízes de cortes constitucionais são apontados e aprovados pelos demais poderes, que, estes sim, são formados com as devidas “credenciais eleitorais” (Waldron, 2006, p. 1391).

No entanto, a legitimidade das cortes - Waldron logo conclui - é indireta e limitada: “Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking. None of this is true of Justices” (Waldron, 2006, p. 1391).

Para além disso, o judiciário, dentro de sua própria dinâmica, também faz uso das decisões majoritárias, mas em meio a um quorum que não é tão expressivo como no legislativo. Ao fim, a decisão majoritária no âmbito do judiciário consiste apenas numa saída pragmática sem fundamentação teórica (Waldron, 2006, p. 1392), enquanto nas legislaturas este método permite o espelhamento da vontade dos eleitores.

Em conclusão, o quadro produzido pelos argumentos de Waldron diz que, no que tange às “outcome-related reasons”, a análise sobre quem é melhor, judiciário ou legislativo,

resta inconclusiva. Quanto ao "process-related", porém, a ideia de votação majoritária se fundamenta em valores sobre igualdade de participação; o que, no caso dos juízes, não se aplica: “ora, por que o entendimento da maioria dos juízes deve ser entendida como a devida resposta?”.

A maioria do parlamento, por outro lado, seria um espelho do que é a maioria do povo. Ou, de outro modo, a maioria do povo escolheu os parlamentares, que, agora, em sua maioria, tomam determinada decisão. No caso do legislativo, é possível traçar uma justificativa do porquê de decisões majoritárias; remonta-se aos valores de igualdade política de cada cidadão em participar das decisões - há representatividade. No caso do Judiciário, contudo, este elemento não fica assim tão claro, comprometendo uma teoria da legitimidade política, que como pudemos perceber, para Waldron, possui traços distintivos em prol do legislativo.

Justamente por conta deste esquema teórico, Waldron é taxado por seus pares como procedimentalista, vez que, na sua perspectiva, o procedimento - o legislativo - é a garantia mais acertada para a resolução dos conflitos, sem que isso implique numa resolução dos desacordos. Como bem sintetiza a professora Verbicaro, para o autor “é evidente que os resultados são importantes, mas eles devem respeito a regras e procedimentos que são aplicados a todos indistintamente, visando a promover um debate organizado no qual os indivíduos possam ter igual participação” (Verbicaro, 2017, p. 184).

Ao fim,

para Waldron, o método majoritário apresenta-se como o mais razoável para se chegar a uma solução coletiva que respeite as distintas vozes em sociedade e eleve o direito de participação igualitária dos indivíduos. O mecanismo majoritário é considerado pelo autor um procedimento equitativo de tomadas de decisão políticas, na medida em que proporciona igual peso ao ponto de vista de cada pessoa e atribui a ele máxima importância – tal mecanismo seria razoável no contexto do que o autor denomina como “circunstâncias da política” (Verbicaro, 2017, p. 185).

vii. Conclusões parciais

Preliminarmente, parece-me importante desde já notar alguns pontos altos e outros, no entanto, baixos do que aqui procurei sintetizar como sendo o argumento de Waldron.

Parece-me que o mérito do autor está na forma como ele apresenta a conhecida “dificuldade democrática” do poder legado ao judiciário em oposição ao que foi decidido pelo legislativo. Ao partir deste plano que supõe a existência de desacordos morais incontornáveis, mas que precisam de uma decisão pública, Waldron consegue captar de modo interessante o que importa no momento em que, justamente, enquanto sociedade, precisamos tomar uma escolha sobre questões política e eticamente sensíveis.

Com isso em mente, é apropriado encarar a necessidade de uma teoria que legitime a decisão pública, a qual precisa, antes de tudo, de um procedimento. Assim, nós, os cidadãos, ainda que não concordemos com determinado resultado no que concerne ao seu conteúdo, reconhecemos que o acordado é legítimo, pois seguiu determinado rito pré-estabelecido e passível de constante adaptação.

Acontece que, de certa maneira, me parece pouco clara a real raiz da distinção entre razões de resultado e razões de procedimento. Minha objeção nesse sentido recai sobretudo na dificuldade em apartar quando o critério avaliado é determinado por um tipo de razão e quando por outro. Seria, talvez, essa distinção apenas um esforço teórico que ao final segmenta como se dá em realidade a avaliação de determinado meio de resolver desacordos? Afinal, por exemplo, o insulamento das cortes, que aparentemente sofrem menos influências de pressões sociais, seria algo que afeta a qualidade do decidido ou se cuida de um fator relativo ao rito, isto é, as razões de procedimento são também consideradas quando ponderamos uma certa “não participação” imediata da sociedade?

Mais importante que isso, acredito que Waldron, ao estabelecer essa distinção, não consegue acertar no tom de sua crítica, que sempre pendula entre “pintar um quadro róseo” do legislativo e pô-lo em contraste com uma representação menos idealizada do judiciário. Isso me parece contraditório. Isso me parece mais evidente quando o autor procura defender que as razões relativas ao resultado são inconclusivas, pendendo para ambos os poderes - o legislativo e o judiciário. Nesse momento, Waldron relativiza noções muito propagadas sobre como as cortes funcionam, de forma a equalizá-las às características deliberativas do legislativo, que o autor muito timidamente expõe. Ao fim, ele parece querer apressadamente induzir a conclusão de que o legislativo é páreo.

Ainda mais grave é outra consequência dessa contradição metodológica. Como comentei, o tom do argumento de Waldron é vacilante. Por vezes, o autor procura teorizar contando com o que é mais usual do funcionamento das instituições, descartando casos esdrúxulos e incluindo imperfeições naturais delas. Ao assim agir, Waldron contudo incorre numa certa idealização: ele remove de seu argumento os casos em que o legislativo se comporta de modo disfuncional - embora aqui pouca coisa seja abarcada, afinal, o autor indica que defeitos são inerentes ao funcionamento dos poderes, restando apenas casos realmente graves, onde suas suposições não se aplicam: desrespeito a direitos, perseguição, tirania da maioria.

Acontece que pouco é levantado em sua argumentação sobre possíveis comportamentos disfuncionais por parte das cortes constitucionais. Quanto a elas o autor parece evitar o que ele julga como sendo versões idealizadas - a ideia de serem fóruns de direitos -, mas seu tratamento a elas parece não evidenciar nada exageradamente problemático, fora questões até mesmo pouco relevantes, como o suposto fato de que os juízes se perderiam em tecnicidades sem tratar diretamente do problema debatido.

Ao final, de certa maneira, após o filtro das suposições de Waldron, descartando certos comportamentos do legislativo, o autor tenta comparar uma versão abertamente higienizada desse poder - descontando problemas como a má deliberação, a má representatividade, o descomprometimento aos direitos - em contraposição a uma versão modesta e crível das cortes. Não há equilíbrio.

CAPÍTULO III - AS CONSTITUIÇÕES COMO ÁRVORES VIVAS

i. As pretensões de Waluchow

Para compreender inteiramente o argumento de Wil Waluchow é necessário entender que, antes de articular uma visão sobre a possibilidade democraticamente legítima da jurisdição constitucional, o autor quer mudar o centro de gravidade do problema, de maneira a esboçar uma nova forma de conceber a constituição, sua natureza e papel.

Desde este novo ponto de vista é que então partem as teses do canadense na tentativa de justificar o mecanismo que permite que juízes julguem a compatibilidade entre a constituição e determinado ato normativo, eventualmente anulando-o com base na aferida incompatibilidade.

Mas no que consistem as formas tradicionais de compreensão do que é a constituição? São as formas das quais Waluchow quer se apartar, compondo um novo quadro teórico sobre a constituição. Para o autor, os críticos e os defensores da jurisdição constitucional, em que pesem suas divergências, compartilham de um mesmo pressuposto do que seria a natureza da constituição e de como ela se efetua.

Discorrendo sobre a crítica de Waldron, Waluchow alcança captar o que é tido por ambos os lados da disputa como sendo a dinâmica das cartas de direitos - contidas nas constituições -, embora a valoração de ambos os lados seja diferente, isto é, um lado encara positivamente certos elementos dessa dinâmica, enquanto o outro lado não:

that there are objective, universal rights of political morality to which charters or bills of rights make reference, upon which there is widespread agreement within democratic communities, and to which judges can sensibly and justifiably be asked to appeal in protecting citizens against recalcitrant exercises of government power (Waluchow, 2022).

Waluchow, portanto, contribui ao debate de maneira a evidenciar que a disputa sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e da necessidade de uma carta de direitos se insere num contexto em que os diferentes atores envolvidos possuem, antes, pressupostos similares sobre o objeto da disputa: a de que a constituição é esta

forma rígida que objetivamente inscreve em seu texto direitos moralmente carregados e definidos.

A disputa, então, se daria a partir deste plano, de forma que os “advocates” adotariam este quadro teórico explicativo das constituições, defendendo-o, ao passo que os “critics”, grupo no qual Waldron se insere, rechaçam-no (Waluchow, 2007, p. 75).

A constituição, em sendo este pré-compromisso estável, um pacto social, serviria como contenção do poder político, um entrave às gerações futuras, as quais estariam vinculadas a certos direitos fundamentais, aferíveis e aplicáveis pelos juízes em diferentes casos.

A defesa deste pressuposto por parte de certos autores consiste, resumidamente, na sustentação de que os pontos estavelmente fixados pela constituição não só são possíveis, como também, apesar das controvérsias promovidas pelos desacordos morais acerca da extensão desses direitos, são política e moralmente desejáveis e essenciais para o constitucionalismo (Waluchow, 2005, p. 1). As razões para isso são várias: proteção contra a tirania da maioria, contra a histeria em massa em tempos de crise nacional ou contra a simples cegueira moral etc (Waluchow, 2005, p. 1).

Assim, como Waluchow bem resume, a natureza da constituição, sua forma de manifestar-se no ordenamento jurídico, consistiria, para o debate em voga, em fornecer “a (more or less) stable, fixed point of agreement on and pre-commitment to moral limits to government power; these are limits found, paradigmatically in moral rights upon which valid government action may not infringe ” (Waluchow, 2005, p. 1).

Ocorre que, sendo este de fato nosso quadro teórico para compreender a constituição e sua função, para Waluchow a crítica ao poder de jurisdição dado aos juízes passa a ser muito convincente (Waluchow, 2005). Isso porque, aqueles que advogam pela legítima aplicação da constituição nestes termos acabam por incorrer nos problemas e dificuldades aqui já expostas e que são bem sintetizadas por autores como Waldron.

Afinal, como insistem os críticos

ordinary judges are not, critical theorists will insist, Platonic kings and queens, dispensing justice in the light of objective moral truth. [...] our judges are ordinary, flawed human beings with all the intellectual and moral shortcomings, weaknesses and biases of their fellow human beings (Waluchow, 2022)

Se entendemos as cartas de direitos contidas nas constituições da forma como a veem os defensores e críticos da jurisdição constitucional, então, até mesmo para Waluchow, o problema da legitimidade democrática se impõe - e tendem a ter razão os inconformados. Pois, levando em consideração as circunstâncias da política, como então garantir compromissos morais sólidos e estáveis, quando o que haveria em realidade são diferentes instâncias de desacordo entre os integrantes de uma sociedade plural?

The agreement and pre-commitment presupposed by the Advocates' conception and its defense simply do not exist within what Waldron aptly calls "the circumstances of politics." These circumstances consist in the "felt need among the members of a certain group for a common framework or decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be." They include, not only the desire to act in concert politically and in ways that do not infringe the fundamental rights of individuals. They also include radical disagreement about how we should go about achieving these results; that is, there are deep disagreements about what our rights actually are and how they are to be understood and applied (grifo nosso). (Waluchow, p. 2, 2055)

Para que possamos, então, entender a judicial review, Waluchow quer se afastar do quadro teórico que sustenta o debate e é por uns defendido e por outros atacado. É preciso que alguém que pretenda defender a prática da revisão constitucional por parte dos juízes vença essa oposição, mas se desatrelando das bases postas. A pretensão do Waluchow é desenhar uma teoria que explique a constituição sem incorrer no referencial já engessado deste documento como sendo uma carta estável de pré-compromissos, de maneira a possibilitar uma defesa da judicial review que responda aos argumentos dos críticos.

A alternativa de Waluchow enxerga as constituições como estando distantes de querer estabelecer pontos fixos e, além disso, elas não pressupõem um nível de confiança na retidão dos juízes em seus julgamentos morais (Waluchow, 2005). Sua versão do que são as cartas constitucionais sugere ao revés que as constituições são “um misto de somente bem modestos pré-compromissos combinados com consideráveis medidas de humildade” (Waluchow, 2005, p. 3), isto é:

Far from being based on the (unwarranted) assumption that we have the right answers to the controversial issues of political morality arising under Charter challenges, the alternative conception stems from the exact opposite: from a recognition that we do not have all the answers, and that we are better off designing our political and legal institutions in ways which are sensitive to this feature of our predicament. (Waluchow, p. 3, 2005)

Mas no que consiste propriamente este projeto? Como uma teoria da constituição pode descrevê-la enquanto algo dotado de “humildade”?

Para tanto, Waluchow tem duas maiores referências (Waluchow, p. 10, 2005): as ideias de Hart sobre o movimento do mundo pré-legal ao mundo legal e a ideia articulada uma vez pelo Lord Sankey no caso *Edwards v. A.-G. Canada* [1930], um caso constitucional que é um marco no contexto jurídico canadense, comumente referido como "The Persons Case".

Neste caso, aliás, pela primeira vez utilizou-se a metáfora da constituição enquanto uma “living tree”¹¹, da qual Waluchow perspicazmente se apropria. Isso porque, com esta metáfora manifesta-se muito bem o equilíbrio entre flexibilidade e rigidez, que segundo Lord Sankey, seria um componente distintivo da common law; o que para Waluchow seria útil para uma compreensão renovada da natureza da constituição: “a living tree capable of growth and expansion within its natural limits”¹². Dessa maneira, as cartas de direitos seriam um instrumento que deve, dentro de seus inerentes limites enquanto parte de uma constituição, ser permitido de crescer e de se adaptar a novas circunstâncias contemporâneas e evolutivas crenças sobre justiça (Waluchow, 2005, p. 10). É o que veremos.

De todo modo, com essas referências, Waluchow espera poder superar a barreira representada pelas “circunstâncias da política” alertadas por Waldron e, tendo consciência delas, teorizar que a constituição - e a sua efetivação mediante a judicial review - pode ser um meio com o qual contamos para nos guiar no processo de decisão acerca de questões moralmente carregadas em nossa sociedade (Waluchow, 2005, p. 14).

Não seria isso justamente o que Waluchow precisa responder para mitigar a força do argumento de Waldron?

¹¹ Árvore viva, tradução minha.

¹² *Edwards v. A.-G. Canada* [1930] A.C. 124 apud Waluchow, 2005, p. 10

Relembrando o que analisei nos capítulos anteriores, Waldron entende que, diante dos desacordos infundáveis que emergem de sociedades plurais, o que precisamos é de uma teoria da legitimidade política, de modo a promover uma compreensão do papel das legislaturas, as quais acabam por ser o meio mais adequado e legítimo para selar decisões nestas mesmas sociedades.

Assim, tendo em vista a proposta de Waluchow é propor

an alternative understanding of a Charter according to which neither its coherence nor its legitimacy is undermined by the circumstances of politics. On the contrary, a Charter can be a quite sensible response to such circumstances. Its legitimacy can be explained by the role it plays in helping to overcome difficulties we inevitably encounter whenever we seek to govern ourselves by law, difficulties which are only exacerbated by the circumstances of politics. (Waluchow, 2005, p. 10)

Ainda que o autor ao fim não consiga nos persuadir, ao menos podemos desde já antever que ele mira no argumento certo, isto é: Waluchow precisa defender - e defende - que as cartas de direitos contidas nas constituições e o poder que elas conferem aos juízes - a revisão judicial - possuem um papel importante na tomada de decisão pública acerca de questões morais, sendo bons instrumentos com os quais devemos contar.

Vejamos como ele procede na sustentação desta tese.

ii. A influência de Herbert L. A. Hart

Dentre as várias pessoas às quais muito devo academicamente, três são especialmente importantes. Primeiro, e principalmente, refiro-me ao meu orientador de doutorado, H.L.A. Hart, a quem ainda recorro em busca de inspiração e novas ideias [...] (Waluchow, 2016, p. 743).

Foi o que Waluchow fez. Com a intenção de reelaborar o quadro teórico que temos das constituições, a inspiração na obra de Herbert L. A. Hart serviu sobretudo para jogar luz sobre uma empreitada teórica importante: o movimento do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico, mediante a conjunção de regras primárias e secundárias.

Hart em sua famosa obra *O Conceito do Direito* tenta traçar hipotéticos problemas que assolariam sociedades pré-legais, de forma a entender como as regras de um sistema jurídico conseguem suprir estas mesmas adversidades. Com este propósito o autor nos encaminha a

noção de três tipos distintos de regras, cada qual relativo a um possível problema do mundo sem um sistema jurídico devidamente constituído.

Estes três tipos de regra seriam as famosas regras secundárias, quais sejam, a regra de reconhecimento, a regra de alteração e a regra de adjudicação ou de julgamento.

Como dito, cada qual refere-se a um problema hipotético do mundo pré-legal, respectivamente, o problema da validade das regras, isto é, quais seriam as regras válidas dentro de um sistema jurídico; o problema de sua alteração, relativo a possível dificuldade em haver uma alteração de regras primárias em contextos em que, por exemplo, as prescrições normativas consistem em costumes pouco mutáveis no tempo; por fim, o problema de resolver disputas e garantir a efetiva aplicação das regras.

Estas regras, quando somadas às regras primárias, resultam na essência básica do sistema legal moderno, caracterizando seus elementos distintivos, bem como ilustrando sua significância social e seu potencial valor (Waluchow, 2005). Contudo, Waluchow ainda nesta toada também ressalta o que ele chama de “Inferno de Hart” (Waluchow, 2007, p. 190), pois, em que pese o lado positivo desta concepção teórica sobre a constituição de um sistema jurídico, este mesmo movimento do mundo pré-legal ao mundo legal traz consigo dificuldades.

Há problemas inerentes às estruturas introduzidas pelo Direito mediante essa transformação. Com a introdução de regras secundárias em uma sociedade ocorre o fenômeno de independência entre validade e aceitação, de forma que, para que seja válida, a regra precisa apenas passar pelo teste da regra de reconhecimento, isto é, ser de modo geral aplicada pelos seus operadores jurídicos.

This is because a rule of recognition can require, for legal validity, nothing more than, e.g., formal enactment by the appropriate person or bodies of persons. If so, then there is nothing to guarantee that the rules adopted will be ones which citizens will find acceptable. Nor is there anything to guarantee that the rules will in any way serve the real or perceived interests of justice, fairness, or utility. In extreme cases, the community's governing rules might be ones which no one, save the officials who adopt and enforce them, actually accepts or believes to be justified. In such a situation we may end up no better than sheep led to the slaughterhouse. So the emergence from a pre-legal society to one with law is, at best, a mixed blessing (Waluchow, 2005, p. 11).

Eis o possível “inferno de Hart”. O gérmen do matadouro está desde já contido no cerne daquilo que constitui o sistema jurídico moderno.

Antes de entendermos inteiramente a contribuição de Hart para o pensamento de Waluchow, é preciso constatar outro elemento desta influência. Hart também promoveu importantes marcos teóricos sobre o caráter tipicamente geral das regras jurídicas, refletindo sobre a “textura aberta” da linguagem natural. O mérito do autor aqui é ter notado outro aspecto inerente ao funcionamento dos sistemas legais modernos, que seria certa flexibilidade inata, a qual surge em sintonia com os incontornáveis problemas relativos à zona de penumbra de aplicação das regras e a incapacidade de, mediante normas gerais, antever-se todos os possíveis cenários que se pretende abarcar com estas prescrições.

Esta flexibilidade dos sistemas jurídicos, portanto, pode acontecer intencionalmente ou não. Quando não há intencionalidade, ocorre qualquer caso análogo ao famoso problema do veículo no parque, onde não conseguimos precisamente realizar a subsunção dos fatos à norma, dada a zona de penumbra; quando há intencionalidade, por outro lado, Hart conjectura acerca de casos em que deliberadamente nos apropriamos dessa textura aberta, justamente para evitar redações exageradamente constrictivas e que poderiam incorrer em inconveniências futuras (Waluchow, 2005). É esse o caso do uso de termos como “razoável”, “justo” em certas redações, a título de de antemão flexibilizar o desenho institucional redigido. Estas características seriam elementos importantes - e necessários - da própria funcionalidade de regras abstratas e gerais destinadas a diferentes indivíduos e ocasiões, atributo dos sistemas legais modernos.

Ao fim, Waluchow costura as duas contribuições e conclui

Among the most important lessons to be drawn from Hart's thoughts on these matters is this: despite its undeniable potential for good, law is an inherently dangerous and often unwieldy social tool. By its very nature, it has the potential to separate the validity of a norm both from its moral and rational merit, and from its general acceptance among the society over whom it governs. And given that legal norms are (typically) general in nature -- they deal with general classes of individuals, actions, situations and so on -- laws also have the potential to be either over- or – under-inclusive, and to lead to unforeseen, troublesome results in concrete cases (Waluchow, 2005, p. 12).

Destas duas contribuições, Waluchow capta uma tensão no trabalho de Hart, que consistiria na noção de que o Direito, sob a luz das duas características acima expostas,

equilibra-se entre a necessidade de certa rigidez e certa flexibilidade. Há um pêndulo entre regras pré-estabelecidas de caráter geral, cuja validade independe de sua aceitação, e a necessidade de haver certa flexibilidade para futuros casos concretos que apelem para nossa incapacidade de previsão.

Ocorre que, nesta tensão, Waluchow aparenta ser um intérprete que não se conforma com um endosso pró formalismo, de maneira que, entre os dois pólos, ele busca reafirmar a ressalva feita por Hart acerca da necessidade de deixar em aberto para estabelecimento posterior, por meio de uma escolha informada e oficial, “ issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case”¹³.

Assim, diante dessa tensão interna ao direito e se aferrando à necessidade de abertura e flexibilidade, as constituições, para Waluchow, conseguiram se adaptar a essas duas demandas. As constituições podem reproduzir ambas necessidades de rigidez e flexibilidade. Essa é a aposta de Waluchow - aposta que se firma na metáfora da árvore viva.

iii. A metáfora da “Living Tree”

Nos dirigimos agora à segunda influência de Waluchow para seu argumento. A metáfora da árvore viva.

Esta metáfora é conveniente pois, como vimos no último tópico, para Waluchow o Direito é tensionado por uma necessidade de conformidade aos valores do estado de direito, que nos dão previsão e rigidez, mediante regras prévias, estáveis, válidas independentemente de aceitação; ao mesmo tempo em que, porém, estas mesmas regras gerais funcionam com certa dose de flexibilidade, ante a inevitável dificuldade de se antever todos os possíveis casos futuros, os quais muitas vezes acabarão por cair nas zonas de penumbra. É preciso, portanto, compreender o Direito - e as constituições - sob a luz desta tensão entre rigidez e flexibilidade.

A concepção das cartas de direitos enquanto uma árvore viva vem, então, servir como guia para a compreensão destes documentos como técnicas adequadas para enfrentarmos os

¹³ HART, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994) p. 130-31 apud WALUCHOW, 2005, p. 13

problemas políticos que emergem desde nossas sociedades (Waluchow, 2005, p. 13). Com esse olhar, entenderíamos a constituição como “um misto de somente bem modestos pré-compromissos combinados com consideráveis medidas de humildade” (Waluchow, 2005, p. 13). A humildade seria relativa à consciência, conforme a segunda necessidade identificada por Hart, de termos de deixar abertas certas questões que só poderão ser adequadamente estabelecidas diante de casos concretos, isto é, devemos entender a constituição não como o documento que sela inteiramente e de plano todos os possíveis problemas morais, cujas soluções precisarão ser apreendidas pelos juízes via uma interpretação que extrai a intenção original dos constituintes.

Não. A humildade estaria atrelada ao reconhecimento de que nós

do not in fact have all the answers when it comes to moral rights and the impact of our actions on them, and that we should do all we can to ensure that our moral short sightedness does not, in the circumstances of politics, lead us to morally unworthy government action, understood, once again, as encompassing legislative, executive and judicial acts (Waluchow, 2005, p. 13-14).

E o autor prossegue:

Far from being based on the unwarranted assumption that we can have, in advance, all the right answers to the controversial issues of political morality which might arise under Charter challenges to government action, and that we are warranted in imposing these answers on those by whom we are succeeded, the living tree conception stems from the exact opposite sentiment: from a recognition that we do not have all the answers, and that we are best off designing our political and legal institutions in ways which are sensitive to this feature of our predicament (Waluchow, 2005, p. 14).

Mas no que consiste propriamente esta metáfora? Que forma de encarar a constituição é essa que apela para a imagem de uma árvore viva? Para entendermos esta questão, precisamos nos dirigir ao que Waluchow extrai do sistema jurídico da *common law*.

A influência do sistema da *common law* na teoria de Waluchow consiste na defesa de que as cartas de direitos contidas nas constituições poderiam ter a sua efetividade em questões morais atrelada a uma interpretação que as lê sempre apegada aos precedentes relativos a casos análogos. Assim, decisões concernentes a direitos abstratos com carga moral estariam vinculadas ao corpo desenvolvido no tempo de precedentes sobre o problema moral em litígio.

Dessa maneira, o constitucionalismo vivo possuiria uma flexibilidade inerente, tal qual a constante evolução dos precedentes na common law permite uma adaptabilidade ao sistema legal.

Waluchow sintetiza:

On this view, constitutional interpretation must accommodate itself to previous attempts to interpret and apply the abstract rights provisions expressed in the constitution's text. These prior interpretive decisions serve as constitutional precedents. And just as the traditional rules of precedent combine respect for the (albeit limited) wisdom and authority of previous decision makers (legislative and judicial) with an awareness of the need to allow adaptation in the face of changing views, and new or unforeseen circumstances, so too must constitutional interpreters respect the wisdom and authority of previous interpreters, while allowing the constitution to adapt so as to respond to changing views, and new or unforeseen circumstances. Living constitutional interpretation, though flexible and adaptive, is no less constrained and disciplined than reasoning under common law (Waluchow, 2022).

Com esta lógica de funcionamento, o mecanismo das constituições poderia desenvolver-se para além de seus limites, mediante o desenvolvimento gradual dos precedentes, o que caracterizaria o elemento vivo que Waluchow tanto reforça a partir da metáfora por ele remarcada.

No entanto, se por meio de uma inspiração na common law ganha-se em termos de flexibilidade e maior adaptabilidade para os casos futuros não previstos envolvendo direitos fundamentais, reforça-se, por outro lado, o problema da primeira necessidade relatada por Hart. Afinal, em um sistema como esse que se permite se readaptar indutivamente de casos a caso, como se sustenta a necessidade típica do Estado de Direito e suas demandas por previsão e estabilidade?

Waluchow, para vencer esta dificuldade, apela para o argumento de que, embora haja uma longa tradição nesse mesmo sentido de crítica à concordância entre a *common law* e o princípio da *rule of law*, este sistema, ao longo do tempo, já se demonstrou capaz também de atender a primeira necessidade hartiana, relativa à rigidez.

Waluchow prossegue:

But whatever blend a system embodies, the point remains that the common law has a long established history with which we are all familiar, of successfully combining (in various ways) fixity with adaptability. If so, then we have reason to look to the common law as a model for understanding Charters and the roles they are capable of playing. Why should we not view Charters as setting the stage for a kind of common-law jurisprudence of the moral rights cited in the Charter? (Waluchow, 2005, p. 14).

Partindo desta premissa, então, isto é, a premissa de que estes documentos preparam o terreno para uma espécie de jurisprudência da *common law* acerca dos direitos morais citados nas constituições, Waluchow desenvolve seu argumento permitindo livrar-se dos inconvenientes de uma visão mais tradicional sobre o que são as constituições.

Se o sistema da common law passa pelas necessidades de Hart para se caracterizar enquanto um sistema regido pelo rule of law, bem como já se demonstrou um sistema onde operadores de diversos países e épocas conseguem equilibrar as forças da adaptabilidade e "fixidade", por que não adotar este sistema como meio para entender as cartas de direitos fundamentais, com base em algo como uma jurisprudência dos direitos morais contidos nessas mesmas cartas (Waluchow, 2007, p. 204)?

Para ele, portanto, a visão que enxerga os direitos constitucionais como pontos fixos pré-estabelecidos, visão que acompanharia diversos filósofos como Rawls, Dworkin and Freeman (Waluchow, 2005, p. 15), poderia ser modificada na medida em que a rigidez ainda seja útil ao propósito das constituições, mas contornando problemas como a objeção, por exemplo, da "mão morta do passado" (Waluchow, 2005, p. 15).

Isso porque, em que pese certa fixação trazida pelo texto, dado o estabelecimento também de uma jurisprudência acerca dos direitos em questão, os precedentes contariam como um fator de vinculação, juntamente com a redação original: "then the force of precedent [...] will always be a factor with which we will have to reckon. The dead hand of precedent has the potential to be as constraining as the dead hand of the 'founders'" (Waluchow, 2005, p. 15).

Dessa maneira, para Waluchow, as limitações morais ao poder de governar não serão inteiramente seladas, demandando "the case-by-case, incremental changes and improvements that common law methodology makes possible" (Waluchow, 2007, p. 208). Assim, a normatividade da constituição acerca de direitos moralmente carregados seria o resultado de

um acúmulo de “baixo para cima” (Waluchow, 2007, p. 206), indutivamente criado. Isto, ademais, não só permite um desenvolvimento para além de seus limites como também a progressiva mudança de entendimento sobre os direitos protegidos, permitindo gradualmente, caso- a-caso, proteções e garantias fundamentais antes não concebidas.

Mas agora Waluchow quer se dirigir ao problema oposto. Se as constituições são lidas segundo uma lógica que promove a criação de uma jurisprudência, a qual é composta por precedentes que nutrem a interpretação do que de fato está sendo garantido nestas mesmas cartas de direitos, afinal qual a razão de possuir este documento na sua forma escrita?

Waluchow precisa responder esta pergunta, pois autores contrários à prática da judicial review também costumam aderir a esta tese da não preferência por constituições escritas. É preciso aqui relembra que o contexto do presente debate se dá em meio a cultura anglo-saxã, a qual, muito embora não possa ser resumida a caricatura exagerada, que a vê como uma cultura de sistemas jurídicos sem qualquer fonte textual; ainda assim, pode ser distinguida por certa independência ao apego, por vezes comum, que na civil law existe quanto às formas textuais canônicas e coesas de um único documento sistemático.

Nesse sentido, parte dos argumentos dos “critics” contra a judicial review tangenciam contestações quanto a própria utilidade de cartas de direitos redigidas e unificadas. Essa é uma nuance do argumento de Waldron aqui já explorado: a crítica ao eventual textualismo dos juízes apegados a forma de ditames clássicos ao cuidarem de questões morais não só é uma crítica ao mecanismo da revisão judicial, mas sim uma crítica à própria fixação de certos direitos numa forma escrita - o que só nos atrapalharia para um tratamento direto ao problema político em questão.

Eis, portanto, o porquê de Waluchow também direcionar seu argumento para este aspecto do debate. Assim, ainda que dentro de sua teoria os precedentes tenham de compor organicamente uma jurisprudência acerca dos direitos garantidos, as constituições em si mesmas, em seu texto, são também necessárias. Vejamos seus argumentos.

Primeiramente, Waluchow entende que sem as cartas de direito não se ganha mais flexibilidade - ao menos, não se ganha uma flexibilidade que ainda seja necessária (Waluchow, 2005, p. 16). As constituições, permitido o seu desenvolvimento vivo por meio de

uma jurisprudência, já seriam suficientemente adaptáveis, contornando objeções que apelem para um suposto defeito inerente à petrificação do texto. Assim,

Only those obsessed with the idea that Charters embody fixed points, established (in a way that is simply not possible) by the plain, literal meaning of the abstract terms employed, would reject the idea that it's the moral values behind the linguistic expression chosen that are of paramount importance (Waluchow, 2005, p. 16).

Para além disso, Waluchow também positivamente defende a adoção de uma carta constitucional escrita. Isso porque, tais documento alcançariam em si mesmos a mistura entre flexibilidade e rigidez, sendo este último componente característico e necessário das constituições, que, de todo modo, em alguma medida são mais arraigadas no ordenamento e de mais lenta modificação, justamente para estabilizar certos compromissos.

Mais ainda, as constituições para Waluchow possuem um valor simbólico (Waluchow, 2005, p. 17). Casos famosos que comporiam a jurisprudência dos direitos moralmente carregados, para o autor, não possuiriam o mesmo apelo que a constituição enquanto verdadeiro pacto que sela política e juridicamente determinada sociedade (Waluchow, 2005, p. 16).

Charters, as entrenched, foundational documents widely known, cited and understood as embodying the nation's fundamental commitments to its constituent members, are a far more powerful means of expressing these commitments than most any other institutional or conventional vehicle. (Waluchow, 2005, p. 17)

Ao fim, temos a defesa por parte do teórico de que as constituições representam também um potente e publicamente acessível meio para estabelecer uma identidade de uma comunidade e para solidificar suas promessas a cada um de seus membros, especialmente os membros minoritários, de que seus direitos contam de forma fundamental (Waluchow, 2005, p. 17).

Essa promessa, porém, se dá dentro da lógica aqui exposta da concepção desta constituição enquanto uma árvore viva, de maneira que é expresso também o necessário grau de humildade, isto é, há o reconhecimento também de que é preciso deixar aberta a possibilidade de novas decisões, por meio de uma escolha informada, que não poderiam ter sido seladas anteriormente, sem que tivéssemos sido expostos a novos casos (Waluchow, 2005, p. 17).

Com a adesão à lógica da *common law*, a constituição forneceria respostas acerca das questões morais não segundo prescrições bem delimitadas e rígidas, que de alguma maneira conseguem antever todos os possíveis futuros casos. Ao contrário, entende-se a partir deste ponto de vista que, no que concerne a proteção de direitos moralmente carregados, em alguma medida a efetividade dessa proteção ficará em aberto, dependendo de contornos que surgirão caso-a-caso (Waluchow, 2007, p. 208).

Waluchow conclui trazendo então uma síntese do que seria a mensagem humilde das constituições permitida por uma concepção da *common law*:

We do not know, with certainty, which moral rights count, why they count, and in what ways and to what degree they count in the myriad circumstances of politics. What we do know, however, is the following. We know that the constellation of moral rights chosen for inclusion in our Charter constitutes, at least for the time being, a reasonable answer to the question of which moral rights deserve constitutional protection against government power. We further know that a reasonable answer to the question of why we should choose these and not some other collection of rights is that the chosen set contributes, in ways consistent with (though certainly not determined by) the demands of reason and morality, to the workings of a reasonably free and democratic society which aspires to respect its members as rights bearers deserving of equal concern and respect. We further know that we are somewhat in the dark concerning the many concrete questions of rights which will inevitably, and in unforeseen ways, come to the fore when government power is exercised, principally, though not exclusively, through the introduction of general legislation. Although we do not know in advance what these questions will be or how they should be answered, we commit ourselves to asking them, and to acting on the answer arrived at by the relevant Court(s) in whose hands we agree to place the decision." (Waluchow, 2005, p. 18)

iv. Conclusões parciais

Concluimos a análise das bases do argumento de Waluchow. Com isso, temos um melhor entendimento de como o autor compreende a natureza e o papel das constituições. Sua concepção, como vimos, procura mudar o centro de gravidade do debate em meio a *common law*, de maneira a superar o paradigma sobre o qual recaem argumentos favoráveis ou contrários à legitimidade da judicial review e mesmo sobre a conveniência de cartas de direitos escritas e unificadas.

Inspirado em Hart, Waluchow identifica duas necessidades que o direito precisa atender, uma relativa ao estado de direito e a estabilidade das regras válidas e outra relativa à

flexibilidade, que deixa em aberto certos contornos das normas, para conseguir abarcar as nuances de difícil previsão, uma vez que surgem caso a caso.

Desde o estabelecimento destes dois pólos - rigidez e flexibilidade -, Waluchow passa a ler as constituições, interpretando-as enquanto mecanismos que precisariam, portanto, ser capazes de atender a ambos os requisitos. Com isso, o autor nos apresenta a concepção das constituições enquanto árvores vivas, isto é, instrumentos aos quais é permitido que, aos poucos, mediante o acúmulo de precedentes, numa lógica análoga ao que é típico ao sistema jurídico da *common law*, possam transpassar seus próprios limites, abarcando novos entendimentos sobre direitos. Resta vermos como isto se traduz na defesa da judicial review.

CAPÍTULO IV - A MORALIDADE CONSTITUCIONAL E A JUDICIAL REVIEW

Aproximo-me do fim desta excursão pelo debate produzido no contexto anglo-saxão acerca da *judicial review*. Até aqui, pudemos ver o plano teórico do qual Waluchow parte. Com este quadro teórico, o autor tenta rever nosso paradigma acerca da natureza da constituição e seu papel.

Entretanto, isso, em si, não implica numa resposta imediata à questão da jurisdição constitucional por parte das cortes. Em outras palavras, Waluchow precisa ainda - desde o entendimento das constituições enquanto árvores vivas - promover uma teoria que explique a conformidade deste mecanismo com o constitucionalismo e a democracia, superando os problemas até aqui esmiuçados e sustentados, dentre outros autores, por Waldron.

Waluchow se encaminha nesta vereda, então, tecendo uma pergunta: “to what kind of norm does a Charter appeal when it speaks of due process, equality, fundamental justice, and the like?” (Waluchow, 2007, p. 219). O que o autor quer esmiuçar é o cerne da objeção dos críticos à jurisdição constitucional de que, ao realizarem o controle de compatibilidade de determinada disposição normativa frente a direitos morais, os juízes incorrerem em ponderações que se baseiam em seus próprios vieses e concepções morais. Frente a isso, Waluchow, por sua vez, pretende esboçar uma teoria que explique:

(a) that the rights to which a Charter refers are best viewed as rights of political morality established within what we'll call the “community's constitutional morality”; (b) that the community can be wrong about what its own constitutional morality requires; (c) that a judge's views about what that morality requires in a particular case might, on the other hand, be correct, or at least better; (d) that when this is so, judges can be required by the Charter – by law – to enforce their own views of the community's constitutional morality against the erroneous beliefs of the community and its legislative representatives; (e) that when judges fulfill this duty, it is almost always misleading to view them as imposing their own subjective moral views; and finally, (f) that in enforcing their views about the rights of their community's constitutional morality recognized in a Charter, judges are in fact respecting, not violating, democratic principle.

A saída de Waluchow, portanto, passa pela defesa de que exista uma “moralidade constitucional da comunidade”. Com essa explicação, o professor acredita superar as dificuldades que os críticos da *judicial review* tanto expõem. É mediante essa forma nova de compreensão do que consiste a moralidade que dá corpo aos direitos contidos nas constituições que justificará o juízo de compatibilidade realizado pelas cortes.

Vejamos, então, no que consiste esta moralidade constitucional da comunidade.

i. Moralidade constitucional da comunidade

Em contraste à usual ideia de uma moralidade individual, Waluchow tenta refletir acerca da possibilidade de uma moralidade também comunitária. Ocorre que, em sociedades complexas e plurais, esta moralidade comunitária precisaria basear-se em “algo como os ‘overlapping consensus’” da teoria rawlsiana (Waluchow, 2007, p. 221). A ideia de que possam existir normas morais de um grupo a serem identificadas pode não soar tão tola, diz Waluchow, se em alguma medida mantivermos em mente “a sufficiently rich overlap in the relevant principles and judgments widely accepted within the various communities” (Waluchow, 2007, p. 221).

Assim, incorporando em seu argumento a defesa de Rawls de que existam consensos acerca de problemas específicos, em que pese a divergência acerca das premissas, Waluchow almeja justificar algo semelhante: a ideia de que possam existir acordos acerca das premissas, muito embora em nossa sociedade a partir delas se chegue em julgamentos distintos (Waluchow, 2007, p. 222).

Essa ideia não é nova e mesmo Waldron já alertara, ao tratar dos desacordos político-morais, que, em havendo convergências em sociedades plurais, elas acontecem em termos sobretudo gerais e abstratos, o que tendem a se referir apenas aos princípios básicos, que na prática se reproduzem em opiniões dissonantes sobre temas específicos¹⁴.

De todo modo, com esse argumento Waluchow sugere, então, que

on many questions of political morality that arise in Charter challenges there is some measure of overlapping consensus within the relevant community on norms and/or judgments concerning justice, equality, and liberty that would emerge upon careful reflection. [...] I also suggest that on many occasions we can in some way identify the relevant community, or perhaps set of communities, whose moralities enjoy a significant, if imperfect, overlap and can, by virtue of this fact, be said to constitute a kind of “community of communities” (Waluchow, 2007, p. 222).

¹⁴ Exemplo disso é o considerável consenso relativo à importância da liberdade de expressão e/ou imprensa e, em contrapartida, o atual debate político sobre a regulamentação da internet em tempos de notícias falsas e afins.

Para dar mais contornos ao que seria essa moralidade e, com isso, também demonstrar a utilidade desta concepção para o debate acerca da judicial review, Waluchow prossegue em sua argumentação de maneira a demonstrar a existência de diferentes tipos de juízos morais. Aqui a intenção do autor é diferenciar as opiniões morais dos comprometimentos morais. Assumindo que é possível que a moralidade de uma pessoa possa ser internamente inconsistente, Waluchow logo indica que é possível falar de um “reflective equilibrium” - também importado da teoria rawlsiana -, das convicções morais professadas por alguém (Waluchow, 2007, p. 223).

Isto é, as opiniões morais seriam aquelas que ainda não passaram pelo filtro do “reflective equilibrium”, de forma a não terem comprovado ainda sua consistência com as demais convicções morais sustentadas. Os comprometimentos morais, por sua vez, equivalem-se a juízos morais que sim passaram por este mesmo filtro, ou seja, depois de uma averiguação, mostraram-se consistentes com o todo no qual se inserem (Waluchow, 2007, p. 224). Desta maneira, poderíamos agora compreender cenários em que determinada opinião moral é, em realidade, incompatível com valores morais mais gerais, que sustentam uma série de comprometimentos morais.

Surge, portanto, após esta diferenciação, o recurso que nos permite avaliar determinado juízo moral segundo os próprios parâmetros desta mesma moralidade. Esta avaliação recairia na verificação da consistência de uma opinião moral aos comprometimentos morais que tecem o conjunto de juízos de uma moralidade. Ou seja, “following Rawls, we can say that our moral opinions sometimes conflict with our true moral commitments” (Waluchow, 2007, p. 224).

Waluchow logo reintroduz o contexto jurídico para a discussão e adiciona:

When Court decisions are criticized for being out of sync with the moral views of citizens, the focus is almost always on some widespread moral opinion that is at odds with the court’s ruling. The focus is almost never on the general principles and values to which most citizens are actually committed – that is, their true commitments – or on moral judgments about the issue in question that could survive the test of reflective equilibrium (Waluchow, 2007, p. 224).

As cortes, portanto, quando decidem em casos de direitos moralmente carregados podem estar em consonância não com a opinião moral majoritária, mas com os comprometimentos morais de uma comunidade. É daqui que o autor desenvolve sua tese sobre a revisão constitucional.

O autor então coloca a questão que justamente me parece ser o ponto de virada de sua reflexão:

But once we acknowledge that this assumption is false, that a community's true moral commitments can be very different from what members of the community believe them to be, a crucial question comes to the fore: Why should judges in deciding moral questions under a system of judicial review be required, for reasons of democracy, fairness, and the like, to respect the community's moral opinions on the matter – as opposed to the community's true moral commitments in reflective equilibrium? Why should they bend to the community's inauthentic wishes, not its authentic ones? (Waluchow, 2007, p.225-226)

Temos então que a distinção entre opiniões morais e comprometimentos morais não recai meramente no âmbito das moralidades individuais, mas sim podendo ocorrer também num nível comunitário, de forma que as cortes poderiam justamente se valer desta moralidade comunitária - baseada em seus verdadeiros comprometimentos - frente a opiniões inconsistentes. O movimento de dar contornos jurídicos ao discutido não para aí. Isso porque, o juízo de compatibilidade dos juízes não tem como parâmetro tão somente uma moralidade pública. Waluchow, assim, esclarece o porquê do termo constitucional em sua moralidade *constitucional* da comunidade.

Seu argumento quer sustentar a possibilidade de que as normas morais às quais as constituições fazem referência não são aquelas de uma moralidade pessoal ou uma moralidade verdadeira, ou uma moralidade publicamente construída, mas sim estas normas fariam referência justamente à moralidade constitucional de determinada comunidade (Waluchow, 2007, p. 226-227). Com isso, este conjunto de valores não seria comunitário simplesmente por ser a soma das crenças dos membros de certo grupo ou uma moralidade objetiva: cuida-se de uma moralidade “de certa maneira ligada ao direito constitucional e às suas práticas” (Waluchow, 2007, p. 227).

Essa forma de vínculo com a lei ganha sentido sobretudo quando mantemos em mente a influência de Hart e a ideia de regras de reconhecimento, uma vez que, evitando demais

concepções de moralidade que trazem consigo empecilhos de difícil superação - como a ideia de uma moral objetiva -, a moralidade aqui definida por Waluchow consiste nas normas e convicções morais “to which the community, via its various social forms and practices, has committed itself and that have in some way or other been drawn into the law via the rule of recognition and the law it validates” (Waluchow, 2007, p. 227).

O que Waluchow quer destacar, portanto, é um conjunto menor de normas, contido no grupo geral de normas morais, o qual em sua totalidade abarca demais normas que podem ser irrelevantes juridicamente - como as normas morais de nossa sociedade que falam sobre amizade, caridade etc (Waluchow, 2007, p. 227). O objeto do que Waluchow descreve é o grupo menor das normas morais que são também fruto das práticas sociais que ganham status jurídico mediante a validade concedida pela regra de reconhecimento.

Waluchow, então, antevendo as objeções de críticos, defende que ao menos em alguns dos problemas fundamentais aos quais as constituições se dirigem há em alguma medida os tais consensos sobrepostos e, assim sendo, é possível que consigamos, na medida em que haja esse consenso, identificar uma moralidade constitucional comum (Waluchow, 2007, p. 228). Esta moralidade pode ser identificada mesmo diante dos diversos desacordos típicos de uma sociedade plural, pois, em que pese as dissonantes opiniões morais, com o auxílio da constituição encontramos um “chão comum” estabelecido mediante os verdadeiros comprometimentos morais (Waluchow, 2007, p. 228).

Dessa forma,

there is reason to believe that the constitutional morality embedded in our shared social forms and practices – including our shared legal forms and practices with their wealth of rules, principles, and precedents – can include an overlapping consensus of true commitments on many issues, a consensus that may be “incompletely theorized” but that can emerge notwithstanding this fact into explicit agreement once an attempt is made to achieve reflective equilibrium (Waluchow, 2007, p. 228).

Com o que foi estabelecido até aqui, Waluchow irá tentar desvencilhar-se do desafio democrático. Para tanto, o autor argumenta no sentido de que o que devem fazer os juízes “não é se basear em suas convicções quando surgirem questões de moral política em casos constitucionais, mas sim manter a comunidade fiel a seus próprios compromissos morais fundamentais” (Waluchow, 2016, p. 751).

Dessa maneira, a moralidade constitucional da comunidade, formada mediante a consagração e reconhecimento legal, jurisprudencial etc, em razão de sua origem social, seria uma fonte de normas com as quais os juízes poderiam contar nos casos de controle de constitucionalidade, sem incorrem no desafio democrático (Waluchow, 2016, p. 751).

Em outras palavras, quando uma corte decide em um caso constitucional, entendendo pela incompatibilidade de determinado ato normativo com a relação aos direitos moralmente carregados contidos na constituição, o que os juízes promoveram não foi necessariamente uma violação da vontade democrática. Ao contrário, pelo que a teoria de Waluchow nos indica, potencialmente ocorreu a promoção desta mesma vontade, implementada por meio da moralidade constitucional que se firmou com base nos comprometimentos morais de uma sociedade, em detrimento de opiniões morais ilhadas, sem consistência com o sistema no qual pretendem se inserir (Waluchow, 2016, p. 752).

Contudo, este argumento pode sofrer uma forte objeção quando diante da questão dos desacordos morais, pois, uma vez que há uma sincera cisão entre diferentes interpretações de boa-fé, qual seria o elemento que compõe o juízo final feito pelas cortes? Seria o caso de que os juízes apelam para a suas próprias afinidades quando diante de uma consulta inconclusiva à moralidade constitucional da comunidade? Caso isso aconteça, nesta nova camada do problema, volta a dificuldade democrática.

O critério que se ampara na moralidade constitucional só sobreviveu ao desafio democrático na medida em que os elementos de uma interpretação partiram dos valores de certa comunidade. Assim, resta ainda o problema do desacordo entre diferentes interpretações que plausivelmente podem ter sido extraídas desta moralidade constitucional. É diante deste cenário hipotético que surge a objeção de que possivelmente a escolha feita pelo juiz entre uma dessas interpretações venha a ter como critério último seus valores pessoais (Waluchow, 2016, p. 761).

Neste ponto, porém, Waluchow irá sustentar que mesmo nestes casos, o que pode ser utilizado é justamente a variedade de indícios da moralidade constitucional pública, sem que exista qualquer necessidade rigorosa em se apelar a valores pessoais. Se esses valores passam por discordâncias razoáveis, isso seria irrelevante, pois característico da moralidade política:

Nada disso implica que esta melhor luz moral deva ser um produto dos compromissos morais de primeira ordem do juiz. Pelo contrário, pode ainda ser a luz moral oriunda do vasto conjunto de valores morais, princípios e doutrinas consolidadas reveladas por uma reflexão a respeito dos principais compromissos e decisões constitucionais daquela comunidade [...]. Sem dúvida, estes valores morais, princípios e doutrinas não são sempre fáceis de identificar e suas identidades e importâncias precisas são quase sempre objeto de discordâncias e discussões razoáveis e intermináveis entre intérpretes de boa-fé. Mas, como Dworkin sempre insistiu, este fato não tem relevância (Waluchow, 2016, p. 761).

Assim, havendo esta fonte da moralidade constitucional, com a qual os juízes lidam para tomar suas decisões, então, o julgamento realizado em sede de um controle de constitucionalidade seria algo análogo, diz Waluchow, ao conselho proferido por um amigo católico, conhecedor da fé judaica, ao seu amigo judeu, que em determinada situação não sabe ao certo o que os dogmas de sua crença pedem que ele faça. Este gesto não precisaria ser visto como uma força alienígena, contrária às nossas convicções democráticas (Waluchow, 2016, p. 762).

Ademais, e em complemento a isto, a interpretação é baseada em uma sincera tentativa de colocar o seu objeto em sua melhor luz por meio de um julgamento a partir da perspectiva moral da comunidade democrática e de seus compromissos morais fundamentais, é um julgamento que todos os cidadãos razoáveis podem e devem aceitar como uma expressão de sua vontade democrática soberana (Waluchow, 2016, p. 762).

Por fim, é importante amarrar a ideia de uma moralidade constitucional de uma comunidade com a leitura que analisamos no último capítulo acerca das constituições enquanto árvores vivas. Para Waluchow, a moralidade constitucional de uma comunidade está atrelada às práticas constitucionais, de modo que os direitos fundamentais protegidos devem ser lidos mediante o sucessivo acúmulo de precedentes que desenvolvem nosso entendimento acerca de sua extensão. Estes precedentes, porém, de mesma maneira, acabam por compor também a moralidade da comunidade, uma vez que esta está vinculada às práticas legais promovidas pela sociedade. Assim, o conjunto de valores que constitui a moralidade comunitária que Waldron quer elucidar é passível de constante crescimento e mutação, adaptando-se àquilo que almejam as crenças dos cidadãos no seu tempo e costumes.

We may, in the end, be very well served by a Charter understood as the common law model supposes, and developed and applied by judges in partnership with other government bodies. If we reject the view of Charters as confident, hubristic attempts to establish (illusory) fixed points of agreement and pre-commitment, and view them instead as the living trees

whose roots are fixed (by precedent and the terms chosen to express the Charter's moral commitments) but whose branches can develop over time through a developing common law jurisprudence of moral rights, we stand a better chance of satisfying both of Hart's two fundamental needs, and of reconciling Charters with our self-image as self-governing, autonomous rights holders who, alas, don't have all the answers (Waluchow, 2005, p. 24-25).

ii. A crítica à crítica

Encaminho-me, agora e ao fim, à parte do argumento de Waluchow que, diferentemente do que vimos até aqui, não se cuida de uma defesa positiva da possibilidade legítima de um controle de constitucionalidade com base em direitos fundamentais, mas sim, estamos diante de um legislativo funcional (Waluchow, 2005, p. 19). O problema é que ao querer apenas lidar com o legislativo funcional, o tom do trabalho de Waldron parece esquivar-se de parte do problema, isto é, esquiva-se de certas contrapartidas típicas do legislativo - mesmo os funcionais, excluídos os casos graves em que há uma “tirania da maioria”.

As circunstâncias da política nesse momento parecem não convir. Se fossem levadas a sério, por outro lado, o papel do judiciário surgiria como algo razoável, na percepção de Waluchow (Waluchow, 2005, p. 21). Este autor, portanto, tenta aplicar a preocupação do próprio Waldron em sua teoria, de maneira a defender, então, que, dadas as circunstâncias da política, as cortes podem cumprir um papel importante.

Waluchow reconhece que a defesa de que juízes são reis platônicos que detém um saber especial é insustentável - concordando com Waldron em afastar este idealismo -, mas em contrapartida o realismo de Waldron não é menos problemático: as várias condições que o autor coloca sobre legislativos funcionais - que devem estar comprometidos com a proteção dos direitos, de boa-fé etc. -, os únicos que interessam ao autor, parecem eximir sua teoria de ter de lidar com as circunstâncias da política (Waluchow, 2005, p. 21). Sem isso em mente, o autor esquece alguns elementos significativos acerca da atuação das cortes, que podem consistir em boas soluções aos problemas deflagrados. Isto é, pode ser uma etapa deliberativa com a qual podemos contar para selarmos decisões sem que haja um sólido acordo entre os diferentes grupos sociais, uma vez que, por exemplo, tende deter relativa impermeabilidade às pressões majoritárias e uma atenção mais plácida e direta a casos envolvendo direito de minorias (Waluchow, 2005, p. 22).

Além disso, sustenta Waluchow que há razões para que haja uma divisão do trabalho na qual é legado às cortes a responsabilidade de decidir no âmbito de casos difíceis, os quais surgem sem que pudéssemos antevê-los com regras gerais. Esta preocupação que o autor traz de volta em sua argumentação concorda com a ideia de que caberia aos tribunais aos poucos, de baixo para cima, ir selando nosso entendimento sobre os direitos envolvidos (Waluchow, 2005, p. 23). O legislativo sozinho pouco poderia agir nesse sentido.

iii. Conclusões parciais

Neste capítulo procurei expor a defesa que Waluchow faz da jurisdição constitucional mediante a formulação do conceito de uma “moralidade constitucional da comunidade”.

Esta solução parece ser inventiva e acerta na direção que toma, isto é, é uma boa saída no sentido de que se direciona acertadamente em responder à objeção do desafio democrático à judicial review. Entretanto, em que pese mirar no alvo correto, é preciso que de fato o acerte.

Pelo acerto, parece-me que Waluchow tem ao seu favor o aspecto de que seu argumento não apela para uma visão ultrapassada de moral. O autor não incorre no erro de querer sustentar a existência de uma moralidade existente de fato, que seja objetivamente aferível. A moralidade constitucional resultaria das práticas perpetuadas por uma sociedade, vinculando seus membros desde um ponto de vista interno. O caráter prescritivo deste conjunto de valores teria por fonte, pois bem, não uma concepção platônica ou kantiana de moral.

Ademais, a solução proposta parece se amoldar bem com o quadro teórico que o autor dispôs acerca das constituições enquanto árvores vivas. Em outras palavras, se adequada à representação das constituições da forma que Waluchow desenhou, então parece haver uma forte correlação entre essa concepção e a ideia de uma moralidade constitucional. Isso porque, como vimos, os direitos protegidos no texto das cartas seriam formas passíveis de desenvolvimento típico à common law mediante o acúmulo de precedentes, o que por sua vez dá contornos também aos verdadeiros compromissos morais de uma comunidade, em

constante mutação e crescimento. O movimento entre ambas as ideias consiste num pêndulo que alimenta e fortalece o argumento de Waluchow, tornando-o mais convincente.

Acontece que esse pêndulo - entre as constituições vivas e a moralidade constitucional - possui um polo mais frágil. No mesmo sentido do entendimento dos professores Noel Struchiner e Fábio Shecaira¹⁵, em que pese a persuasiva e inovadora concepção apresentada por Waluchow sobre as constituições, afastando a ideia de pré-compromissos fixos, o conceito de moralidade constitucional parece ainda um tanto vago.

A vagueza do que seria a moralidade constitucional de uma comunidade recai no problema da importação de conceitos provenientes da obra de Rawls. Waluchow define comprometimentos morais como sendo juízos que passaram por um filtro parecido com o “reflective equilibrium”. Não é desenvolvida uma explicação que nos permita entender exatamente em que bases se constituiria a moralidade constitucional que o autor quer vender.

A vagueza do conceito fica evidenciada também, apesar de sua aparente versatilidade em compor o todo da tese do autor, pela falta de exemplos ao longo da tese de Waluchow (Struchiner e Shecaira, 2009, p. 143). Em que contextos a moralidade constitucional nos indicaria uma resposta convincente sobre se diferentes opiniões morais são consistentes com a moralidade constitucional na qual querem se inserir? Waluchow peca, aliás, em se tratando de exemplos, ao indicar que, o reconhecimento do casamento entre pessoas de mesmo sexo seria algo que concorda com a moralidade canadense (Waluchow, 2007, p. 225), ao passo que discussões como a relativa ao direito ao aborto muito provavelmente não encontrariam resposta clara e cabal (Waluchow, 2007, p. 228-229).

Mas em que sentido se dá esta diferença? No que consistem os inícios do que é a moralidade constitucional de uma comunidade para que em determinado caso possamos dizer que há uma resposta, não há resposta clara ou há mais de uma resposta conciliável? Waluchow não nos munuiu das ferramentas necessárias para este nível de objeção.

¹⁵ Ver Struchiner, Noel, and Fábio Perin Shecaira. “Trying to Fix Roots in Quicksand: Some Difficulties with Waluchow’s Conception of the True Community Morality.” *Problema. Anuario De Filosofia y Teoría Del Derecho* 1, no. 3 (2009). doi:10.22201/IJ.24487937E.2009.3.8074.

CONCLUSÃO

Espero ter conseguido alcançar aquilo que foi a intenção deste trabalho: sistematizar as considerações de cada autor no debate que estabelecem entre si acerca do instituto da jurisdição constitucional. Com isso, quis evidenciar os pontos positivos, mas também as insuficiências, de seus argumentos, dando contornos ao que seria, então, o cerne do problema que representa o poder legado às cortes de promover um controle de constitucionalidade baseado em direitos garantidos e moralmente carregados.

Como tentei demonstrar, o debate entre os autores aqui analisados não é meramente contingente e fruto de visões que só casualmente são discordantes. Pelo contrário. As suas dissonâncias derivam de concepções fundamentalmente diferentes sobre a democracia e a constituição, sendo o tema da jurisdição constitucional um dos tópicos em que estas divergências desaguam. Procurei preservar esta qualidade do debate a partir da divisão dos capítulos desta monografia, de maneira a garantir a compreensão de que Waldron e Waluchow são sobretudo teóricos do direito.

Assim, frisei que os dois teóricos não são apenas dois juristas que compartilham de um mesmo vago paradigma teórico acerca do objeto analisado e que, por isso, apenas se posicionam de modo distinto acerca dos detalhes concretos do sistema de controle de constitucionalidade de determinado país. Não. O tom da discussão aqui analisada reside justamente na tentativa de articular um quadro teórico explicativo sobre o constitucionalismo, o que, por sua vez, nos ajuda a pensar o instituto da jurisdição constitucional.

Com essas bases, dirigi-me à análise das respectivas obras.

A contribuição de Waldron consiste sobretudo no enfoque que o autor dá ao problema, não só possuindo um argumento negativo contra a *judicial review*, mas também defendendo positivamente o legislativo, o qual mereceria o reconhecimento de sua dignidade. O mérito do autor, portanto, estaria na forma como ele apresenta a conhecida “dificuldade democrática” do poder legado ao judiciário em oposição ao que foi decidido pelo legislativo. Ao partir deste plano que supõe a existência de desacordos morais incontornáveis, mas que precisam de uma decisão pública, Waldron consegue captar de modo interessante o que importa no momento em que, enquanto sociedade, precisamos tomar uma escolha sobre questões política e

eticamente sensíveis. Com esta contribuição, o autor nos prepara para encarar a necessidade de uma teoria que legitime a decisão pública.

As dificuldades no argumento de Waldron começam a denunciar-se com maior gravidade a partir daqui. Como parece ser um elemento característico da teorização, os autores passam por dificuldades ao terem de virar a chave de suas análises e passar para um tom propositivo. Quando Waldron, após apresentar a necessidade de uma teoria da legitimidade da decisão pública, passa a defender que o legislativo cumpre melhor as necessidades que respeitem a igualdade entre os cidadãos e a sua autonomia, seu argumento expõe-se a objeções.

De modo sucinto, acredito que a defesa de Waldron ao legislativo peca pelo seu tom vacilante. Quer-se pintar um quadro róseo do legislativo em oposição ao fórum de princípios do judiciário, mas o que se tem, ao fim, é uma comparação abertamente higienizada do legislativo com uma versão modesta e crível das cortes.

Waluchow, por sua vez, destaca-se na medida em que, visando se opor ao Waldron, consegue captar o problema estabelecido por este autor e responder a suas indagações. Waluchow, portanto, não pratica o que pode ser visto como uma forma pouco produtiva de teorização, que consiste em não dialogar com seus pares e tecer o quadro explicativo apenas com base em novas conceituações próprias, sem lastro com o que se quer rebater. Pelo contrário, Waluchow longamente dissecou as diferentes perspectivas dos dos “advocates” e dos “critics” e, desde aí, propõe uma nova forma de compreensão das constituições, as quais consistiram em árvores vivas, capazes de crescimento e mutação.

Ademais, Waluchow se insere adequadamente quando em diálogo com Waldron, isso porque, em síntese, o argumento de Waluchow é o de que as constituições, enquanto árvores vivas, vistas sob a interpretação humilde de suas funções, são documentos com os quais devemos contar para lidar com as circunstâncias da política, sendo úteis para a nossa deliberação em sociedades plurais. O que Waluchow quer, portanto, é justamente responder a mesma pergunta de Waldron, de forma que sua crítica não é dissociada da tese de seu interlocutor, mas sim se propõe a dar uma resposta nos mesmos termos.

O problema vem, porém, quando Waluchow passa a lançar os fundamentos para a revisão judicial de direitos fundamentais. Ao tentar, então, ativamente defender a possibilidade de uma leitura moral dos direitos sem que isso passe pela moralidade dos juízes, de maneira a evitar a dificuldade democrática, a tese de Waluchow passa a pecar em razão de certa vagueza na utilização de certos conceitos quando aplicados a sua teoria. Assim, em que pese a persuasiva e inovadora concepção apresentada por Waluchow sobre as constituições, afastando a ideia de pré-compromissos fixos, o conceito de moralidade constitucional parece ainda um tanto vago.

REFERÊNCIAS

CONSANI, Cristina. O Positivismo Jurídico Normativo na Perspectiva de Jeremy Waldron. *Quaestio Iuris* vol. 08, no. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp.2424-2448

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Hart Publishing, 2005.

RAWLS, John. *A theory of justice* (Original ed.). Cambridge: Belknap, 2005.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio Perin. TRYING TO FIX ROOTS IN QUICKSAND: SOME DIFFICULTIES WITH WALUCHOW' S CONCEPTION OF THE TRUE COMMUNITY MORALITY. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 3, p. 133-145, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?.* Verso, 1996.

VERBICARO, Loiane Prado; DE CASTRO, Pietra Galutty Bezerra. Direito, controle judicial e democracia: o debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. *Revista Direito em Debate*, v. 26, n. 47, p. 177-204, 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999a.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

_____. *Political political theory: essays on institutions*. Harvard University Press, 2016.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18, n. 2, pp. 207-247, jul. 2005.

_____. A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree (Cambridge University Press 2007).

_____. Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 16, 2016, p. 741-769.

Waluchow, Wil and Dimitrios Kyritsis, "Constitutionalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = [<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/constitutionalism/>](https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/constitutionalism/).