

EDITORES

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Moraes da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Elpídio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr

Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima

Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Marcos Juruena Villela Souto
Mônica Gusmão
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida
Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima

Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de
Pinho

João Theotonio Mendes de
Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Rio de Janeiro

Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3211-0700

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia.
Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA

LUIZ MOREIRA

Organizadores

LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Coordenação da Coleção:
Antonio Carlos Alpino Bigonha
Luiz Moreira

Tradução:
Adauto Villela
Geraldo de Carvalho

Revisão da tradução:
Eliana Valadares Santos

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2010

303.2
L534PV
L3C

A Essência da Oposição ao *Judicial Review**

Jeremy Waldron**

Introdução

Os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais? Isso acontece em muitos países. O exemplo mais bem conhecido é o dos Estados Unidos. Em novembro de 2003, o Supremo Tribunal Judicial de Massachusetts julgou que as leis estaduais regulando licenças para casar violavam os direitos constitucionais estaduais ao devido processo legal e à isonomia, ao limitar de modo implícito o casamento à união entre um homem e uma mulher.¹ A decisão encorajou muitas pessoas que sentiam que seus direitos não haviam sido reconhecidos e que, por serem homossexuais masculinos e femininos, vinham sendo tratadas como cidadãos de segunda classe pelo direito matrimonial existente.² Mesmo que essa decisão venha ao final a ser anulada por uma emenda à constituição estadual, os autores e as pessoas que os apoiam podem pelo menos sentir que a questão dos direitos agora está sendo enfrentada de forma direta. Uma decisão boa e um processo no qual as reivindicações de direitos são examinadas firme e seriamente:³ para muitas pessoas essas são as razões para se valorizar o instituto do *judicial review*. Elas reconhecem que o *judicial review* leva, algumas vezes, a más decisões – tais como a derrubada de 170 leis trabalhistas por tribunais estaduais e federais na era *Lochner*⁴ – e reconhecem que essa prática padece de algum tipo de *deficit* democrático. Porém, dizem eles, esses custos são frequentemente exagerados e mal caracterizados. O processo democrático dificilmente é perfeito e, em todo caso, a objeção democrática é em si pro-

* Este artigo, cujo título original é "The Core of the Case Against Judicial Review", foi traduzido do inglês por Adauto Villela.

** Jeremy Waldron é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, Estados Unidos.

1 *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).

2 Veja "Landmark Ruling: The Victors". *Boston Herald*, nov. 19, 2003, p. 5.

3 Esta é uma adaptação de uma frase de Ronald Dworkin, de seu livro *Uma questão de princípios [A Matter of Principle]*, 1985, p. 9-32.

4 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). O cálculo do número total de ações nas quais leis estaduais ou federais sobre relações e condições de trabalho foram derrubadas no período entre 1880 e 1935 baseia-se em listas apresentadas em FORBATH, William E. *Law and the Shaping of the American Labor Movement*. [S.L.:s.n.], 1991, apps. A, C, p. 177-92, 199-203.

blemática quando o que está em questão é a tirania da maioria. Podemos, argumentam eles, tolerar um mau resultado ocasional como o preço a ser pago pela prática que nos têm concedido decisões como *Lawrence*, *Roe* e *Brown*,⁵ as quais apoiaram o comprometimento de nossa sociedade com direitos individuais ante maiorias preconceituosas.

Isso é praticamente a última coisa boa que falarei sobre o *judicial review*. (Gostaria de reconhecer antecipadamente o valor de muitas decisões que ele nos deu e a complexidade das questões procedimentais).

Este ensaio argumentará que o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática.

Argumentos nesse sentido já foram ouvidos antes e com frequência. Eles surgem normalmente em relação a uma prática desse tipo. Na teoria política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular⁶ e ideais democráticos estão fadados a manter uma relação incômoda com qualquer prática que diga que os parlamentos eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos. Alexander Bickel resumiu a questão nesta bem conhecida expressão: “a dificuldade contramajoritária”.⁷ Podemos tentar mitigar essa dificuldade, afirmou Bickel, mostrando que os procedimentos legislativos existentes não representam de forma perfeita a vontade popular ou da maioria. Mas, continuou ele:

nada nas complexidades e perplexidades adicionais do sistema, que a ciência política moderna explorou com admirável e genial diligência, e algumas das quais ela tendeu a multiplicar com uma fertilidade que ultrapassa o mero zelo da descoberta – nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é um instituto desviante na democracia norte-americana.⁸

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada dessa maneira, o próprio povo pode decidir, através de procedimentos legislativos

5 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

6 O *locus classicus* desse conceito encontra-se em LOCKE, John. *The Second Treatise of Government*. in *Two Treatises of Government*. Peter Laslett ed., [S.l.] Cambridge Univ. Press, 1988 (1690), p. 265, 366-67.

7 BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. [S.l.] id ed., 1986, p. 16-17 (“O *judicial review* é uma força contra-majoritária em nosso sistema... Quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma lei provinda do legislativo... ela frustra a vontade dos representantes das pessoas reais do aqui e agora...”).

8 *Ibid.*, p. 17-18.

ordinários, se quer ou não permitir o aborto, a ação afirmativa contra discriminação de minorias, as cotas escolares e o casamento *gay*. As pessoas podem decidir entre si se querem ou não ter leis punindo a expressão pública de ódio racial ou restringindo os gastos eleitorais dos candidatos. Caso discordem quanto a qualquer dessas questões, podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão votando em um parlamento. Foi isso que aconteceu, por exemplo, na Grã-Bretanha durante a década de 1960, quando o Parlamento debateu a liberalização da lei do aborto, a legalização da conduta homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte.⁹ Em relação a cada uma dessas questões, a ampla deliberação pública foi espelhada em debate sério na Câmara dos Comuns. A qualidade desses debates (e de debates semelhantes no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia, entre outros) torna ridícula a afirmação de que os legisladores são incapazes de abordar tais questões de forma responsável – exatamente como os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvidas sobre a antiga tese de que as maiorias populares nunca apoiam os direitos de minorias.

Em compensação, nos Estados Unidos o povo ou seus representantes nos parlamentos estaduais e federal podem abordar essas questões se quiserem, mas não têm qualquer certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discorda da resolução legislativa decidir levar a questão a juízo, o ponto de vista que prevalecerá em última instância será aquele dos juízes. Como coloca Ronald Dworkin – e ele é um *defensor do judicial review* – quanto a “questões intratáveis, controvertidas e profundas de moralidade política que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido há muitos séculos”, o povo e seus representantes simplesmente têm que “aceitar os pronunciamentos de uma maioria de juízes, cujas reflexões sobre essas grandes questões não são tão espetaculares”.¹⁰

Nos últimos anos, diversos livros foram lançados atacando o *judicial review* nos Estados Unidos.¹¹ Durante anos, o apoio a essa prática veio dos liberais e a oposição, de conservadores que se opunham aos direitos que os tribunais liberais sustentavam. Recentemente, contudo, vemos o crescimento da oposição liberal ao *judicial review*, como a Corte de Rehnquist derrubando

9 Lei do aborto [*Abortion Act*], 1967, c. 87; Lei dos crimes contra a liberdade sexual [*Sexual Offences Act*], 1967, c. 60; Lei do assassinato (da abolição da pena de morte) [*Murder (Abolition of Death Penalty) Act*], 1965, c. 71.

10 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution*. [S.l.:s.n.], 1996, p. 74.

11 Veja, p. ex., KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review*. [S.l.:s.n.], 2004; TUSHNET, Mark. *Taking The Constitution Away From The Courts*. [S.l.:s.n.], 1999.

algumas conquistas significativas da política legislativa liberal.¹² Mas vemos também surgir defesas vigorosas dessa prática.¹³ O aniversário de 200 anos de *Marbury v. Madison* suscitou numerosas discussões sobre suas origens e legitimidade original e o aniversário de 50 anos de *Brown v. Board of Education* forneceu um lembrete oportuno dos serviços prestados pelos tribunais norte-americanos em meados do séc. XX quando encabeçou o ataque a leis de segregação e outras leis racistas.

Então, as linhas de batalha estão traçadas, as manobras são bastante conhecidas e as posições de ambos os lados estão bem compreendidas. Qual a razão desta intervenção? Eu mesmo já escrevi bastante sobre o assunto.¹⁴ Por que mais um artigo atacando o *judicial review*?

O que desejo fazer é identificar um argumento essencial contra o *judicial review* que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões acerca de seus efeitos específicos – as decisões (boas ou más) que ela produziu, os desgostos e as afirmações que nos legou. Quero enfocar os aspectos da oposição ao *judicial review* que se destacam dos argumentos quanto ao modo como juízes exercem seus poderes e o espírito (deferencial ou ativista) no qual eles abordam a legislação levada a juízo para sua aprovação.

Livros recentes de Mark Tushnet e Larry Kramer mesclam uma crítica teórica do *judicial review* com discussões de suas origens históricas e seus pontos de vista sobre o que uma Constituição estadunidense menos judicializada envolveria.¹⁵ Este ensaio não é uma crítica a Tushnet e Kramer. Seus livros têm valor em grande parte por causa da riqueza e da vivacidade que trazem à controvérsia teórica. Como diz Frank Michelman na sinopse da última capa de *O Próprio Povo* [*The People Themselves*], a história de Kramer “dá subs-

12 Veja, p. ex., *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) (derrubando parte da Lei da Violência contra a Mulher [*Violence Against Women Act*]); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) (decidindo que o Congresso não tem autoridade para legislar uma proibição à posse de armas num determinado perímetro de uma escola); veja também TUSHNET Mark. “Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court”. 78 *Ind. L.J.* [S.1.], 47, 2003.

13 Veja, p. ex., DWORKIN, nota 10 supra; EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. [S.l.:s.n.], 2001; SAGER, Lawrence G. *Justice In Plainclothes: A Theory Of American Constitutional Practice*. [S.l.:s.n.], 2004.

14 Veja, p. ex., WALDRON, Jeremy. *Law And Disagreement*. [S.l.:s.n.], 1999, p. 10-17, 211-312; WALDRON, Jeremy. *Deliberation, Disagreement, and Voting*. in *Deliberative Democracy And Human Rights*. 210 [S.l.:] Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999 [doravante WALDRON, *Deliberação, discordância e eleição*]; WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*. in *Marbury versus Madison: Documents and Commentary*. 181 [S.l.:] Mark A. Graber & Michael Perhac eds., 2002 [doravante WALDRON, *Poder judiciário e soberania popular*]; WALDRON, Jeremy. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”. 13 *Oxford J. Legal Stud.*, [S.l.], 18, 1993 [doravante WALDRON, *Uma crítica baseada em direitos*].

15 Veja KRAMER, nota 11 supra; TUSHNET, nota 11 supra.

tância às estruturas dos debates sobre o *judicial review* e o constitucionalismo popular”.¹⁶ E assim o faz. Mas eu quero remover um pouco dessa substância e sintetizar o argumento normativo de volta às suas estruturas nuas, ao seu esqueleto, a fim de olhar diretamente para o *judicial review* e enxergar as premissas sobre as quais está fundamentado.

Certa vez Charles Black observou que, na prática, a oposição ao *judicial review* tende a ser “algo de momento”, com algumas pessoas apoiando-o por causa dos poucos processos que estimam (como *Brown* ou *Roe*) e opondo-se a ele apenas quando leva a resultados que deploram.¹⁷ Na política, o apoio ao *judicial review* está às vezes intensamente emaranhado ao apoio a decisões específicas. Isso é especialmente verdadeiro quanto ao debate sobre os direitos de aborto, no qual há pânico entre os que advogam esse direito, ao ponto de se levar em consideração os argumentos contra o *judicial review* por medo de que isso traga conforto e encorajamento àqueles que veem *Roe v. Wade* como uma incursão injustificada nos direitos de legisladores conservadores. Espero que, ao descrever a essência da oposição ao *judicial review* abstraindo suas consequências específicas, eu possa ajudar a superar um pouco desse pânico. Pode ser ainda que o *judicial review* seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação a sexo, raça ou religião em determinados países. Mas, mesmo que assim seja, vale a pena averiguar se esse tipo de defesa alcança o âmago da questão ou se, em vez disso, deveria ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*.

Uma razão conexa para separar a substância da estrutura da crítica teórica é o fato de o *judicial review* constituir uma questão para outros países que têm uma história diferente, uma cultura judicial diferente e diferentes experiências com instituições legislativas, em comparação com as dos Estados Unidos. Por exemplo, quando a Grã-Bretanha discute os poderes relativamente limitados que possuem seus juízes para revisar a legislação, não se está particularmente interessado no que os republicanos disseram aos federalistas em 1805 ou no legado de *Brown v. Board of Education*. O que se faz necessário é algum entendimento geral, não contaminado por preocupações culturais, históricas e políticas de cada sociedade.¹⁸

16 Veja o comentário de Frank Michelman na sobrecapa de KRAMER, nota 11 supra.

17 BLACK, JR., Charles L. *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. [S.l.:s.n.], 1997, 109.

18 Novamente, o objetivo não é rejeitar explicações mais extensas. A ideia por trás deste ensaio é que peguemos uma visão clara da argumentação teórica e a coloquemos lado a lado com nosso entendimento mais pleno da maneira como o debate se desenrola, para citar alguns exemplos, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, no Canadá e na África do Sul.

Os textos que escrevi sobre o assunto são mais abstratos dos que os da maioria. Mas eu consegui discutir o *judicial review* de uma maneira que mistura essa com outras questões da jurisprudência e da filosofia política.¹⁹ Não estou convencido de que eu tenha apresentado de forma clara e organizada o que é a objeção básica, nem acho que tenha dado respostas satisfatórias àqueles que criticaram os argumentos que apresentei em *Direito e Discordância [Law and Disagreement]* e em outros textos.

Neste ensaio, argumentarei que o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos.

Proseguirei da seguinte maneira. Na Parte I, definirei o alvo de minha argumentação – um *judicial review* forte realizado sobre a legislação – e o distinguirei de outras práticas que não tenho intenção de atacar. A Parte II detalhará alguns pressupostos básicos sobre os quais a minha argumentação se apoia: meu argumento contra o *judicial review* não é incondicional, pois depende de determinadas características institucionais e políticas das democracias liberais modernas. Depois, na Parte III, farei uma revisão do caráter

19 Questionei se a própria ideia de direitos humanos nos obriga ao *judicial review* em WALDRON, *Uma crítica baseada em direitos*, nota 14 supra. Examinei sua relação com ideias republicanas cívicas em WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Republican Government*. in *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*. 159 [S.l.] Christopher Wolfe ed., 2004, sua relação com a diferença entre os conceitos de democracia de Bentham e Rousseau em WALDRON, Jeremy. *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*. in *Nomos XXXII: Majorities And Minorities*. 44 [S.l.] John W. Chapman & Alan Wertheimer eds., 1990 [doravante WALDRON, *Direitos e maiorias*], e sua relação com teorias continentais de soberania popular em WALDRON, *Poder judiciário e soberania popular*, nota 14 supra. Eu examinei a relação entre a controvérsia sobre o *judicial review* e debates em meta-ética sobre realismo e a objetividade de valores em WALDRON, Jeremy. *The Irrelevance of Moral Objectivity*. in *Natural Law Theory*. 158 [S.l.] Robert P. George ed., 1992 [doravante WALDRON, *A irrelevância da objetividade moral*]; e WALDRON, Jeremy. "Moral Truth and Judicial Review". 43 *Am. J. Juris*. 75, 1998 [doravante WALDRON, *Verdade moral e revisão judicial*]. Tenho respondido a várias defesas do *judicial review*, indo do argumento do pré-comprometimento, veja WALDRON, J. *Precommitment and Disagreement*. in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. 271 [S.l.] Larry Alexander ed., 1998 [doravante WALDRON, *Pré-comprometimento e discordância*], ao argumento que Ronald Dworkin apresenta em *Direito da liberdade* sobre sua compatibilidade final com a democracia, veja WALDRON, Jeremy. "Judicial Review and the Conditions of Democracy". 6 *J. Pol. Phil.*, [S.l.], 335, 1998.

geral do argumento que me proponho a apresentar. Tal argumento tratará tanto das razões relacionadas ao resultado quanto daquelas relacionadas ao processo, e estas serão discutidas na parte IV e V respectivamente. Na parte VI, revelarei a falácia do argumento mais comum contra permitir que instituições representativas prevaleçam: a afirmação de que tal sistema leva inevitavelmente à tirania da maioria. Finalmente, na parte VII, falarei um pouco dos casos não essenciais – isto é, os casos nos quais há razão para se afastar de pressuposições das quais depende o argumento essencial.

I. Definição do *Judicial Review*

Começo com uma breve explicação do que quero dizer com *judicial review*. Este é um ensaio sobre o *judicial review* realizado sobre a legislação, não sobre o *judicial review* realizado sobre ação do executivo ou sobre tomada de decisão administrativa.²⁰ A questão que quero abordar diz respeito à legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também à ação do executivo: afinal de contas, o executivo possui algumas credenciais eleitorais próprias com as quais pode se opor à tomada de decisão dos juízes. Mas é quase universalmente aceito que as credenciais eleitorais do executivo estão sujeitas à norma jurídica, conseqüentemente, que os tribunais podem apropriadamente exigir de autoridades que atuem de acordo com autorização legal.²¹ A tese equivalente para os legisladores também foi proposta: o *judicial review* é apenas a sujeição do legislativo à norma jurídica. Mas no caso do parlamento, a questão não é incontestável; de fato, é precisamente sua contestação que nos interessa aqui.

Existe uma variedade de práticas ao redor do mundo que poderiam ser agrupadas sob a classificação geral de controle de constitucionalidade das leis. Elas podem ser distinguidas de acordo com várias dimensões. A diferença mais

20 Muito do que é feito pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos constitui controle de constitucionalidade de ações do executivo. Um pouco é controle de constitucionalidade de ação legislativa, e um pouco é na verdade controle de constitucionalidade de ação judicial. Veja KREIMER, Seth F. "Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s". 5 *WM. & Mary Bill Rts. J.*, 427, 458-59, 1997, para a alegação de que a maioria das decisões constitucionais tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos diz respeito a contestações das ações de burocratas de baixo escalão, mais do que dos parlamentos.

21 Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman e outros me incitaram a considerar o quanto minha argumentação contra o *judicial review* pode também ser estendida ao *judicial review* sobre a ação do executivo à luz das leis promulgadas há muito tempo ou das leis cujas disposições exigem interpretação extensiva por parte dos tribunais. É clara a necessidade de se falar mais sobre isso. Tratar do assunto nessa direção pode ser considerado ou uma *reductio ad absurdum* da minha argumentação ou uma aplicação atrativa para ela.

importante é aquela entre o que chamo de controle de constitucionalidade forte e controle de constitucionalidade fraco. Meu alvo é o controle de constitucionalidade forte.²²

Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra). Além disso, os tribunais nesse sistema têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas. Alguns tribunais europeus têm essa autoridade.²³ Parece que os tribunais norte-americanos não a têm,²⁴ mas o verdadeiro efeito de sua autoridade não está muito aquém daquela.²⁵

22 A distinção entre controle de constitucionalidade forte e fraco é separada da questão da supremacia judicial. Esta supremacia se refere à situação em que (1) os tribunais decidem questões importantes para todo o sistema político, (2) essas decisões são tratadas como absolutamente vinculantes para todos os outros atores do sistema político e (3) os tribunais não acatam as posições tomadas sobre esses assuntos por outros poderes (nem mesmo na medida em que acatam suas próprias decisões passadas de acordo com um princípio limitado de força vinculante dos precedentes. Veja FRIEDMAN, Barry. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy" 73 *N.Y.U. L. Rev.* [S.1] 333, 352 e n.63, 1998; WALDRON, *Poder judiciário e soberania popular*, nota 14 supra, p. 191-98.

23 Veja CAPPELLETTI, Mauro; ADAMS, John Clarke. "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations". 79 *Harv. L. Rev.*, [S.1.], 1207, 1222-23, 1966. Existem outras complicações em relação a saber se uma lei declarada inválida é considerada inválida desde sua aprovação.

24 O assunto não é inequívoco. Em apoio à proposição de que leis inconstitucionais não fossem eliminadas do código de leis, veja *Dickerson v. United States*, 530 *U.S.* 428 (2000), no qual a Suprema Corte, por maioria, decidiu ser inconstitucional uma lei federal (18 *U.S.C.* § 3501) propondo tornar confissões voluntárias admissíveis mesmo quando os direitos do suspeito não fossem anunciados a ele (através do chamado "*Miranda warning*"). As palavras finais do voto de dissidência do Juiz Scalia nesse processo parecem indicar que a legislação julgada inconstitucional pela Suprema Corte permanece disponível para consulta judicial. O Juiz Scalia: "Eu discordo da decisão de hoje e, até que a seção 3501 seja revogada, continuarei a aplicá-la a todos os processos em que haja conclusão sustentável de que a confissão do acusado foi voluntária". *Ibid.* p. 464. Uma impressão oposta a essa pode ser vista em *McCormey v. Hill*, 385 *F.3d* 846, 849 (5th Cir. 2004), na qual o 5º Circuito julgou que a lei de aborto do Texas em jogo em *Roe v. Wade* deve ser considerada como implicitamente revogada. Uma leitura mais minuciosa do processo, contudo, mostra que a revogação implícita foi efetivada por leis texanas regulamentando o aborto em conformidade com *Roe*, não pela própria sentença em *Roe*. (Agradeço a Carol Sanger por esta referência.)

25 Veja FALLON, JR. Richard H. "Commentary, As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing". 113 *Harv. L. Rev.*, [S.1.], 1321, 1339-40, 2000.

Em um sistema de controle de constitucionalidade fraco, por outro lado, os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados.²⁶ Mesmo assim, o exame minucioso pode gerar algum efeito. No Reino Unido, os tribunais podem revisar uma lei com vistas a emitir uma "declaração de incompatibilidade" quando acontecer de "um tribunal estar convencido que a disposição é incompatível com um direito da Convenção" – isto é, com um dos direitos detalhados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tal como incorporada ao direito britânico pela Lei dos Direitos Humanos. Esta Lei determina que tal declaração "não afeta a validade, a força ou a aplicação continuada da disposição a respeito da qual é feita; e... não vincula as partes aos procedimentos no qual é emitida".²⁷ Mas, ainda assim, ela produz um efeito: um ministro do governo pode utilizar uma declaração dessas como autorização para iniciar um procedimento legislativo rápido e eficaz para remediar a incompatibilidade.²⁸ (Esse é um poder que o ministro não teria, não fosse o processo de controle de constitucionalidade que levou antes de tudo à declaração de incompatibilidade).

Uma forma ainda mais fraca de controle de constitucionalidade seria não dar aos juízes sequer essa porção de autoridade. Assim como suas contrapartes britânicas, os tribunais neozelandeses não podem deixar de aplicar uma lei quando esta violar direitos humanos (na Nova Zelândia, os direitos foram detalhados na Lei de Declaração de Direitos e Garantias de 1990²⁹); mas podem se esforçar para encontrar interpretações que evitem a violação.³⁰ Embora esses tribunais tenham indicado que podem estar preparados para ocasionalmente emitir declarações de incompatibilidade por sua própria iniciativa, as declarações na Nova Zelândia não têm qualquer efeito jurídico sobre o processo legislativo.³¹

26 Veja GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Commonwealth "The New Commonwealth Model of Constitutionalism". 49 *Am. J. Comp. L.*, [S.1.], 707, 2001.

27 Lei dos direitos humanos [*Human Rights Act*], 1998, C. 42, § 4(2), (6).

28 *Ibid.* § 10.

29 Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia [*New Zealand Bill of Rights Act*] de 1990, 1990 S.N.Z. No. 109, § 4 ("Nenhum tribunal, em relação qualquer lei promulgada (tenha esta sido aprovada ou criada antes ou depois da entrada em vigor desta Declaração de Direitos),... julgará implicitamente revogada qualquer disposição dessa lei; ou... recusar-se-á a aplicar qualquer disposição dessa lei em razão apenas de que tal disposição é incompatível com qualquer disposição da Declaração de Direitos").

30 *Ibid.* 6 ("Sempre que uma lei puder ser interpretada de maneira compatível com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos, tal interpretação terá preferência sobre qualquer outra interpretação").

31 Veja *Moonen v. Film & Literature Bd. of Review*, [2000] 2 *N.Z.L.R.* 9, 22-3 (C.A.).

Há alguns casos intermediários. No Canadá existe uma disposição para a revisão de legislação pelos tribunais, e lá os tribunais, como suas contrapartes norte-americanas, podem deixar de aplicar uma lei nacional ou provincial caso esta viole as disposições da Carta de Direitos e Liberdades canadense. Mas a legislação canadense (provincial ou nacional) pode estar expressa em uma forma que a isole desse exame minucioso – e as assembleias canadenses podem legislar “não obstante” os direitos presentes na Carta.³² Na prática, contudo, a cláusula é raramente invocada.³³ Assim, no restante deste ensaio, considerarei o arranjo canadense como uma forma de controle de constitucionalidade forte, com sua vulnerabilidade à minha argumentação afetada apenas levemente pela disponibilidade formal da anulação.³⁴

32 Carta de Direitos e Liberdades canadense [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], Parte I da Lei da Constituição de 1982, sendo o Anexo B da Lei do Canadá de 1982, cap. 11, sec. 33(1)-(2) (Reino Unido). O texto integral da disposição assim dispõe:

O parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma disposição da mesma deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções de 7 a 15 desta Carta.

Uma lei ou uma disposição de lei a respeito da qual uma declaração for proferida de acordo com esta seção deverá ter a mesma força que teria exceto pela disposição desta Carta mencionada na declaração.

33 Quando foi invocada, isto se deu no contexto da política quebequense. Veja KAHANA, Tsvi. “The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter”. 44 *J. Inst. Pub. Admin. Can.*, [S.l.], 255, 2001.

34 Jeffrey Goldsworthy sugeriu que a disposição “não obstante” fornece uma resposta suficiente àqueles de nós que se preocupam, com base em fundamentos democráticos, com a prática do controle de constitucionalidade forte. GOLDSWORTHY, Jeffrey. “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”. 38 *Ware Forest L. Rev.*, [S.l.], 451, 454-59, 2003. Não importa, diz ele, que a disposição seja raramente usada.

Com certeza, essa é a prerrogativa democrática do eleitorado que Waldron estaria disposto a respeitar. Não se abriria como possibilidade para ele objetar que um eleitorado ingênuo tem chances de ser enganado pela objetividade capciosa dos direitos constitucionalizados, ou confundidos pela mística do judiciário – por uma fé ingênua nas habilidades legais especializadas, da sabedoria superior e na imparcialidade dos juízes. Essa objeção refletiria precisamente a mesma falta de fé na capacidade do eleitorado de autogovernar-se que motiva os proponentes de direitos constitucionalmente petrificados.

Ibid. p. 456-57. Eu acredito que o verdadeiro problema é que a Seção 33 exige que o legislativo falseie sua posição em relação aos direitos. Legislar não obstante a Carta é uma maneira de dizer que você não acha que os direitos da Carta têm a importância que a Carta diz que têm. Mas esse impasse característico entre os tribunais e os parlamentos não envolve um grupo de pessoas (os juízes) que acha que os direitos da Carta são importantes e outro grupo (os legisladores) que acha que não são. O que ele envolve normalmente são grupos de pessoas (maiorias e minorias legislativas e maiorias e minorias judiciais) que acham todas que os direitos da Carta são importantes, embora discordem sobre o modo como os direitos relevantes devam ser entendidos. Goldsworthy reconhece isso:

Quando se espera que o judiciário... discorde do parlamento quanto ao “verdadeiro” significado e vigor das disposições da Carta, o legislativo não pode garantir que seu ponto de vista prevalecerá

Uma segunda distinção entre tipos de controle de constitucionalidade leva em conta o lugar dos direitos individuais no sistema constitucional de uma sociedade. Nos Estados Unidos, as leis são examinadas minuciosamente quanto à sua conformidade com os direitos individuais tal como arrolados na Constituição. O *judicial review* orientado a direitos faz parte do controle de constitucionalidade geral e os tribunais revogam leis que violem direitos humanos exatamente com o mesmo espírito que derrubam leis que violem os princípios do federalismo e da separação de poderes.³⁵ E isso concede uma feição particular às defesas norte-americanas do *judicial review*. Embora as defesas filosóficas da prática sejam frequentemente expressas em termos da habilidade particular do judiciário de lidar com proposições sobre direitos, na realidade, tal argumento está subordinado à defesa do papel estrutural que os tribunais devem desempenhar para defender as normas da Constituição. Às vezes essas duas defesas são compatíveis; outras vezes, divergem entre si. Por exemplo, o textualismo pode parecer apropriado para questões estruturais, mas pode-se facilmente fazê-lo parecer inapropriado para refletir sobre direitos, mesmo quando os direitos estejam incorporados em um texto de peso.³⁶ Em outros países, o controle de constitucionalidade acontece em relação a uma Declaração de Direitos que não é designada especificamente como parte da constituição (estrutural).

O controle de constitucionalidade fraco no Reino Unido, com base na Lei dos Direitos Humanos, é desse tipo. Pelo fato de a maioria dos casos de controle de constitucionalidade forte estar associada à revisão constitucional, eu enfocarei esses casos. Mas é importante lembrar tanto que uma abordagem orientada a restrições estruturais pode não ser particularmente apropriada como base para a reflexão sobre direitos, quanto lembrar que muitas das objeções ao *judicial review* orientado a direitos podem ser colocadas a outras formas de controle de constitucionalidade também. Nos últimos anos, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos revogou diversas leis porque conflitavam com a visão que a Suprema Corte tem do federalismo.³⁷ Agora, todos

sem parecer que a própria Carta é anulada. E isso torna o parlamento vulnerável à objeção politicamente letal de que ela está aberta e confessadamente subvertendo direitos constitucionais.

Ibid. p. 467. Contudo, talvez não exista uma formulação em palavras que possa evitar essa dificuldade. Enquantostão de política prática, o legislativo sempre está de certa forma à mercê das declarações públicas dos tribunais sobre o significado da Declaração ou Carta de Direitos da sociedade. Agradeço a John Morley por esta observação.

35 A mais famosa defesa do *judicial review*, *Marbury v. Madison*, não tinha nada a ver com direitos individuais. Dizia respeito ao poder do Congresso de nomear e destituir juízes de paz.

36 Veja DWORKIN, nota 3 supra, p. 11-18; MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed. Rev., [S.l.:s.n.], 2005, p. 156-57.

37 Veja, p. ex., nota 12 supra.

admitem que o país é governado sobre uma base bem diferente no que diz respeito à relação entre estado e o governo central em comparação ao modo como era governado no final do séc. XVIII, quando a maior parte do texto constitucional foi ratificada, ou em meados do séc. XIX, quando o texto sobre a estrutura federal foi modificado pela última vez de forma substancial. Mas as opiniões diferem quanto às novas bases sobre as quais as relações Estados/governo federal devem se dar. O texto da Constituição não resolve essa questão. Ela é resolvida então pela votação entre Juízes – alguns votando a favor de uma concepção do federalismo (a qual eles depois interpretam como já presente na Constituição), e outros, a favor de uma outra, prevalecendo o lado que tiver a maioria dos votos na Corte. Não está claro que essa seja uma base apropriada para a resolução de termos estruturais de associação entre um povo livre e democrático.³⁸

Uma terceira distinção se dá entre o controle *a posteriori* do tipo norte-americano, que acontece no contexto de procedimentos legais específicos, algumas vezes muito tempo depois de uma lei ter sido promulgada, e o controle *ex ante* da legislação por um tribunal constitucional erigido especificamente para conduzir uma avaliação abstrata de um projeto nos estágios finais de sua promulgação.³⁹ Existem questões sobre como entender o controle *ex ante*. Algo que equivale em essência a um estágio final no processo legislativo multicameral, com o tribunal atuando como um senado tradicional, não é, na realidade, *judicial review* (embora a oposição à atribuição de poderes a um órgão não eleito nesse sentido seja similar).⁴⁰ Não falarei muito mais sobre

38 A necessidade do *judicial review* para patrolhar limites estruturais na alocação de autoridade entre parlamentos estaduais e federal é sempre citada (de maneira oportunista) pelos defensores de limitações baseadas em direitos ao legislativo. Costuma-se dizer que “os parlamentos estão sujeitos ao *judicial review* de qualquer maneira, por razões do federalismo. Então, por que não explorar essa prática para desenvolver *judicial review* baseado em direitos também?”. Minha análise dessa desejabilidade do *judicial review* baseado em direitos levará em conta esse tipo de argumento híbrido ou oportunista.

39 Alguns sistemas do primeiro tipo dispõem sobre pareceres consultivos *ex ante* em circunstâncias limitadas. Por exemplo, em Massachusetts, “cada casa do parlamento, assim como o governador ou o conselho, terá autoridade para requerer os pareceres de ministros do Supremo Tribunal Judicial, sobre questões importantes de direito e em ocasiões solenes”. Constituição de Massachusetts parte II, cap. III, art. II (emendada em 1964). Esse procedimento foi utilizado nos meses que se seguiram à sentença de *Goodridge*, discutida no início deste ensaio. Em Pareceres dos Juízes para o senado [*Opinions of the Justices to the Senate*], 802 N.E. 2d 565 (Mass. 2004), o Supremo Tribunal Judicial de Massachusetts julgou que uma disposição legislativa para uniões civis de casais do mesmo sexo que também proibia discriminação contra cônjuges civilmente unidos não seria suficiente para evitar a objeção constitucional à proibição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo observada em *Goodridge*.

40 Veja WALDRON, Jeremy. “Eisgruber’s House of Lords”. 37 *U.F.S. L. Rev.*, [S.l.], 89, 2002.

isso. Para algumas defesas do *judicial review*, o caráter *a posteriori* de seu exercício – seu arraigamento em casos específicos⁴¹ – é importante, e devo concentrar-me nele.

Uma quarta distinção está conectada com a terceira. O *judicial review* pode ser realizado por tribunais ordinários (como no caso de Massachusetts com o qual começamos) ou por um tribunal constitucional especializado. Isso pode ser relevante para um argumento que apresentarei mais tarde: a habilitação dos juízes na hierarquia regular dos tribunais para raciocinar sobre direitos é exagerada quando muito da disciplina ordinária de julgar distrai sua atenção do exame direto de argumentos morais. Talvez um tribunal constitucional especializado possa ter um desempenho melhor, embora a experiência indique que possa também ficar preocupado com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes, de uma maneira que impõe um filtro que distorce o raciocínio baseado em direitos que considera.

II. Quatro Pressuposições

A fim de melhor enfocar meu argumento e de distinguir o caso essencial – nos quais a objeção ao *judicial review* é mais clara – dos casos não essenciais – nos quais o *judicial review* pode ser considerado apropriado como uma disposição anômala para lidar com patologias especiais –, detalharei certas pressuposições.⁴²

Algumas dessas pressuposições podem parecer questionáveis a alguns leitores, mas não estou buscando qualquer tipo de subterfúgio. As razões para começar com essas pressuposições ficarão evidentes à medida que formos prosseguindo e a possibilidade de existirem casos não essenciais, casos nos quais uma ou mais dessas pressuposições não se sustentam, é admitida sem restrições e será avaliada na Parte VII. Em essência, alegarei que o argumento contra o *judicial review* é condicional; se qualquer das condições não for satisfeita, ele pode não se sustentar.⁴³ Deixe-me acrescentar que parte do que pretendo combater neste ensaio é um certo tipo de mentalidade limite a respeito da questão do *judicial review*.⁴⁴ Tenho certeza de que alguns leitores exami-

41 Veja *infra*, Seção IV. A.

42 Essas pressuposições foram adaptadas a partir daquelas detalhadas em WALDRON, Jeremy. “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”. 23 *SUP. CT. L. Rev.* 2d, [S.l.], 7, 9-21, 2004.

43 Veja *infra* o texto que acompanha a nota 136.

44 Para uma crítica geral da mentalidade limite na filosofia política, veja WALDRON, Jeremy. *What Plato Would Allow*. In *Nomos XXXVII: Theory and Practice*. 138 [S.l.] Ian Shapiro & Judith Wagner DeCew eds., 1995.

narão rapidamente minhas pressuposições e encontrarão algo que não se aplica, digamos, à sociedade norte-americana ou à britânica da forma como eles a entendem, levando-os a ignorar completamente o argumento essencial. O que importa para eles é que o *judicial review* seja defendido e que objeções a ele sejam descartadas, não importa muito como. Essa é uma abordagem infeliz. É melhor tentar compreender a base da objeção essencial e ver se ela é ou não válida em seus próprios termos, antes de passar a examinar os casos em que, por alguma razão, sua aplicação possa ser problemática.

Deixe-me expor resumidamente as quatro pressuposições que farei. Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Argumentarei que, com relação a essas pressuposições, a sociedade em questão deve resolver as discordâncias quanto a direitos de seus membros utilizando suas instituições legislativas. Se essas pressuposições se sustentarem, a posição a favor de consignar tais discordâncias ao judiciário para a resolução final é fraca e não convincente, não havendo necessidade de as decisões legislativas sobre direitos serem reavaliadas pelos tribunais. E argumentarei que permitir que decisões dos tribunais anulem decisões dos parlamentos quanto a essas questões deixa de satisfazer critérios importantes de legitimidade política. Deixe-me primeiro elaborar as quatro pressuposições.

A. Instituições democráticas

Parto do princípio de que a sociedade que estamos levando em consideração é democrática e que, como a maioria das sociedades do mundo ocidental moderno, enfrentou dificuldades atravessando várias formas de monarquia, de tirania, de ditadura e de dominação colonial, chegando a uma situação em que suas leis são criadas e suas políticas públicas são estabelecidas pelo povo e por seus representantes que trabalham em instituições para as quais foram eleitos. Essa sociedade tem um sistema político amplamente democrá-

tico, com voto universal adulto e um legislativo representativo, com eleições que acontecem em uma base imparcial e regular.⁴⁵

Parto do princípio de que esse parlamento é um órgão deliberativo numeroso, acostumado a lidar com questões difíceis, incluindo questões importantes de justiça e de política social. Os legisladores deliberam e votam questões públicas e os procedimentos legiferantes são elaborados e dignos de confiança,⁴⁶ incorporando diversas salvaguardas, tais como o bicameralismo,⁴⁷ comissões parlamentares robustas e níveis múltiplos de exame, debate e votação. Parto do princípio de que esses processos se conectam tanto formalmente (através de audições públicas e procedimentos de consulta) quanto informalmente, com debates mais amplos na sociedade. Membros dos legislativos veem a si próprios como representantes, de maneiras variadas, algumas vezes considerando os interesses e as opiniões de seus eleitores como elementos chave de sua participação, algumas vezes pensando mais em termos de representação virtual de interesses e de opiniões da sociedade como um todo. Parto ainda do princípio de que existem partidos políticos e de que as afiliações partidárias dos legisladores são fundamentais para o ponto de vista que adotam, o qual varia de forma mais ampla do que os interesses e opiniões de seus eleitores imediatos.

Nada disso tem a intenção de ser controvertido, apenas destaca o modo como parlamentos democráticos normalmente funcionam. Em geral, parto do princípio de que as instituições democráticas estão funcionando razoavelmente bem. Elas podem não ser perfeitas e provavelmente existem debates em andamento acerca de como podem ser melhoradas. Presumo que esses debates sejam informados por uma cultura democrática, valorizando a deliberação responsável e a igualdade política. O segundo desses valores – a igualdade política – merece uma ênfase especial. Parto do princípio de que as instituições, os procedimentos e as práticas legislativas estão submetidos a constantes controles a partir dessa perspectiva, de modo que, caso sejam percebidas desigualdades de representação que tirem o mérito de um ideal de igualdade política, todos os membros da sociedade entenderão que essa é uma crítica apropriada a ser feita e que, se necessário, o legislativo e o sistema eleitoral devem ser alte-

45 Assim, a aplicação de meu argumento a sociedades não democráticas ou a sociedades cujas instituições diferem radicalmente dessas formas, não é assunto discutido neste ensaio.

46 Veja WALDRON, Jeremy. "Legislating with Integrity". 72 *Fordham L. Rev.* [S.l.], 373, 2003.

47 A pressuposição do bicameralismo pode parecer problemática. Existem no mundo diversos parlamentos unicamerais em bom funcionamento, mais notavelmente em países escandinavos: Dinamarca, Noruega e Suécia. Mas arranjos unicamerais podem facilmente exacerbar outras patologias legislativas. Para uma discussão do que aconteceu na Nova Zelândia, ao ponto de poder colocar esse país de fora do benefício da argumentação desenvolvida neste ensaio, veja WALDRON, Jeremy. "Compared to What?—Judicial Activism and the New Zealand Parliament". *N.Z. L.J.*, [S.l.], 441, 2005.

rados para que isso seja remediado. Pressuponho que o parlamento é capaz de organizar tal mudança, seja por sua própria iniciativa ou por referendo.⁴⁸

Demoro-me nesses pontos sobre cultura democrática e instituições eleitorais e legislativas em condições razoavelmente boas de funcionamento porque serão fundamentais para a argumentação a seguir. A estrutura inicial do argumento será baseada na seguinte questão: uma vez estabelecida essa primeira pressuposição, que razão pode existir para se querer erigir um processo não eletivo para revisar, e algumas vezes anular, o trabalho feito pelo parlamento? Por outro lado, não quero suscitar questionamentos com essa pressuposição inicial. Equilibrarei a situação imediatamente com a pressuposição de que a sociedade que estamos postulando também possui tribunais em bom estado de funcionamento – e essa será a segunda pressuposição – realizando razoavelmente bem aquilo que os tribunais sabem fazer. A sociedade que estamos contemplando tem aquilo que é necessário para se ter um sistema de *judicial review*, caso seja possível demonstrar que o *judicial review* é apropriado.

Uma nota de advertência: quando digo que as instituições estão em boas condições de funcionamento, não estou presumindo que a legislação razoavelmente democrática que o parlamento promulga seja de modo geral boa ou justa no que diz respeito ao seu conteúdo. Pressuponho que parte da legislação é justa e parte dela injusta (as pessoas discordarão sobre qual é qual), e de que isso é verdade tanto para as medidas que possam ser submetidas ao *judicial review* quanto para as medidas que ninguém está propondo que sejam submetidas ao *judicial review*. Tudo o que eu disse sobre os arranjos legislativos e eleitorais em bom estado de funcionamento vale mais para valores de processo do que para valores de resultado. Na Parte V, contudo, falarei mais sobre o tipo de raciocínio que se esperaria encontrar em tal processo.

B. Instituições judiciais

Parto do princípio de que a sociedade que estamos levando em consideração possui tribunais – isto é, um judiciário bem estabelecido e politicamente

48 Diz-se às vezes que as instituições eleitorais são incapazes de se reformar porque os legisladores têm um interesse arraigado no *status quo*. Isso pode ser verdade para alguns dos arranjos eleitorais e legislativos patológicos dos Estados Unidos. (Mas as questões para as quais isso é mais verdadeiro nos Estados Unidos são aquelas em que os tribunais mal ousaram intervir – pense na condição vergonhosa da re-divisão de zonas eleitorais, por exemplo.) Em outros lugares, isso é patentemente falso. Na Nova Zelândia, por exemplo, em 1993, o legislativo promulgou leis mudando o sistema de representação parlamentar de maioria relativa de votos para um sistema de representação proporcional, de uma maneira que desestabilizou os padrões vigentes de ocupação de cargos. Veja Lei eleitoral [*Electoral Act*] de 1993, 1993 S.N.Z. No. 87; Lei de referendo eleitoral [*Electoral Referendum Act*] de 1993, 1993 S.N.Z. No. 86.

te independente, em condições razoavelmente boas de funcionamento, erigido para tomar conhecimento das ações, para resolver controvérsias e defender o Estado de direito. Pressuponho que essas instituições já estão autorizadas a realizar o *judicial review* sobre as ações do executivo.

Tomo como pressuposto que, diferentemente das instituições mencionadas na seção anterior, os tribunais são, em sua grande maioria, instituições não eleitorais ou representativas. Quero dizer com isso não apenas que a função judicial não é (na maioria das vezes) uma função eletiva, mas também que o judiciário não é permeado por um *ethos* de eleições, representação e responsabilidade eleitoral da maneira que o legislativo o é. Muitos defensores do *judicial review* consideram isso uma imensa vantagem, porque significa que os tribunais podem deliberar sobre princípios sem serem distraídos por pressões populares e permanecerem invulneráveis ao clamor público. Às vezes, contudo, quando se considera necessário refutar a argumentação contra o *judicial review*, os defensores dessa prática apontam orgulhosamente os Estados em que os juízes são eleitos. Isso acontece em alguns Estados dos Estados Unidos. Mas mesmos quando os juízes são eleitos, as funções dos tribunais não são normalmente desempenhadas, como o são as do legislativo, de acordo com um *ethos* de representação e de responsabilidade eleitoral.

Partirei do princípio de que, na sociedade que estamos levando em consideração, os tribunais são capazes de desempenhar as funções que lhes seriam atribuídas de acordo com uma prática de *judicial review*. Eles poderiam reexaminar a legislação; a questão é saber se deveriam e, em caso positivo, se suas determinações deveriam ser finais e vinculantes para os poderes representativos do governo. Eu tomo como pressuposto, contudo, que caso recebam essa função, eles a desempenharão da forma como os tribunais caracteristicamente desempenham suas funções. Existe uma imensa literatura jurídica sobre o caráter específico do processo judicial e sobre as tarefas para as quais os tribunais parecem ou não ser institucionalmente competentes.⁴⁹ Não quero me aprofundar muito nessa questão aqui. Como indicado acima, partirei do princípio de que estamos lidando com tribunais que (1) não agem por impulso próprio ou por referência abstrata, mas, antes, respondem a reivindicações particulares apresentadas por litigantes particulares; (2) lidam com questões no contexto de apresentação binária e contenciosa e (3) remetem às suas próprias decisões anteriores e as aperfeiçoam em aspectos que parecem relevantes ao

49 Veja, p. ex., HART, JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The Legal Process: Basic Problems In The Making And Application Of Law*. William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., [S.l.:s.n.], 1994, p. 640-47; FULLER, Lon L. "The Forms and Limits of Adjudication". 92 *Harv. L. Rev.* 353, 1978.

caso em questão. Parto ainda do princípio de que existe uma bem conhecida hierarquia de tribunais, com dispositivos para recursos e com órgãos mais numerosos compostos por múltiplos membros (talvez cinco ou nove juízes) lidando com ações no nível recursal mais elevado, com as instâncias inferiores devendo, de modo geral, seguir os tribunais superiores na decisão de assuntos que se lhes apresentam.

Em algumas sociedades, os juízes passam por treinamento especial e individual, em outras, são escolhidos entre advogados e juristas eminentes. Em qualquer dos casos, parto do princípio de que eles têm um elevado *status* no sistema político e uma posição que os isola de pressões políticas específicas. Em outros aspectos, tenho como pressuposto que eles são membros educados e com alto *status* em sua sociedade. Isto é importante por duas razões. Primeiro, porque se a sociedade se orgulha de ser amplamente democrática, devo pressupor que os juízes compartilham de parte desse orgulho e, assim, é possível que estejam conscientes da legitimidade de sua própria atividade caso exerçam o *judicial review* sobre a legislação. Isso pode afetar o modo como exercitam tal autoridade.⁵⁰ Segundo, embora haja a probabilidade de que juízes estejam ao menos tão comprometidos com direitos quanto qualquer outra pessoa de sua sociedade, parto do princípio de que, assim como outros membros da sociedade, os juízes discordam entre si quanto ao significado e às implicações de direitos individuais e de minorias. Isto é, tomo como pressuposto que eles estão sujeitos à minha quarta pressuposição sobre discordância quanto a direitos e que isso também afeta o modo como exercem os poderes de *judicial review* (caso tenham tais poderes). Mais especificamente: assim como acontece com os legisladores, formas de tomada de decisão têm que ser desenvolvidas para tribunais com múltiplos juízes e cujos membros discordam sobre direitos. O procedimento decisório utilizado é, muito frequentemente, o da maioria simples. Na Parte V abordarei a questão de saber se esse é um procedimento apropriado para uso dos juízes.

C. Comprometimento com os direitos

Parto do princípio de que existe um comprometimento forte, da parte da maioria dos membros da sociedade que estamos contemplando, com a ideia de direitos individuais e de minorias. Embora eles acreditem na busca do bem

50 Veja CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. [S.l.:s.n.], 1980 (discutindo a legitimidade da Suprema Corte nesse contexto); veja também *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864-69 (1992) (idem).

comum de acordo com alguma concepção utilitarista ampla e embora eles acreditem no governo da maioria como um princípio geral básico para a política, eles aceitam que indivíduos têm certos interesses e que têm direito a certas liberdades que não deveriam ser-lhes negadas simplesmente porque isso seria mais conveniente para a maioria. Acreditam que as minorias têm direito a certo grau de apoio, de reconhecimento e de isolamento que não é necessariamente garantido por seus números ou por seu peso político.

Não precisamos nos deter nos detalhes da teoria prevalecente de direitos. Tomo como pressuposto que esse comprometimento amplo da sociedade com direitos envolve uma consciência do consenso mundial quanto a direitos humanos e da história da reflexão sobre os direitos.⁵¹ Parto do princípio de que esse comprometimento é um consenso vivo, que se desenvolve e evolui à medida que os defensores dos direitos conversam entre si sobre quais direitos possuem e sobre o que eles implicam. Parto do princípio de que o comprometimento com direitos não são palavras vazias e que os membros da sociedade levam os direitos a sério: eles se importam com eles, examinam e debatem ativamente os seus próprios pontos de vistas e o de outros e estão alerta para questões de direitos com relação a todas as decisões sociais que são investigadas ou discutidas em seu meio.

Sem dúvida, existem céticos quanto a direitos em todas as sociedades, mas meu o pressuposto é o de que essa posição é uma exceção. Algumas pessoas rejeitam os direitos da mesma forma que rejeitam toda a moralidade política, outros o fazem porque sustentam doutrinas utilitaristas, socialistas ou outras que repudiam os direitos por razões (pretensamente) boas de moralidade política – por exemplo, os direitos são individualistas demais, ou, sua força sobrepujante enfraquece a busca racional de eficiência, ou algo parecido. Mas eu parto do princípio de que o respeito geral pelos direitos individuais e de minorias é uma parte séria de um consenso amplo na sociedade, uma parte do conjunto mais prevalente da opinião política e, com certeza, uma parte da ideologia oficial.

Para deixar essa terceira pressuposição mais concreta, podemos também partir do princípio de que a sociedade preza os direitos ao ponto de adotar Cartas ou Declarações de Direitos oficiais e escritas. Vou me referir a esse tipo bem conhecido de documento como “Declaração de Direitos” da sociedade

51 Isso é verdade mesmo que a consciência não envolva muito mais do que um vago entendimento de que convenções de direitos humanos começaram a ocupar posição superior no mundo a partir de 1945, e de que seus históricos remontam aos tipos de concepção de direitos naturais aludidos em documentos como a Declaração de Independência norte-americana de 1776 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

tratada. Isso deve corresponder, por exemplo, às disposições de direitos da Constituição dos Estados Unidos e suas emendas, à Carta de Direitos e Liberdades canadense, à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (tal como incorporada, digamos, ao direito britânico pela Lei de Direitos Humanos), ou à Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia. Quem estiver familiarizado como o último desses exemplos reconhecerá que não estou pressupondo que a Declaração de Direitos seja petrificada ou faça parte de uma constituição escrita. Desejo deixar isso em aberto. Tudo o que presumo neste estágio é que a Declaração de Direitos foi promulgada para incorporar o compromisso da sociedade com os direitos. Assim, ela pode ter sido promulgada em algum momento do passado por iniciativa própria da sociedade, ou pode ser produto de imitação, ou pode ser o cumprimento de obrigações externas do país de acordo com o direito dos direitos humanos.

Os leitores podem estar confusos com essas pressuposições. Por um lado, parece que estou argumentando contra meu próprio interesse, favorecendo o *judicial review* ao presumir uma Declaração de Direitos. Por outro, pode parecer que algo furtivo está por vir. Os leitores talvez saibam que já argumentei que o *judicial review* não deveria ser entendido como uma confrontação entre defensores de direitos e oponentes de direitos, mas como uma confrontação entre uma visão dos direitos e outra diferente.⁵² O que desejo enfatizar, em resposta a essas duas observações, é que existe uma distinção em nível tanto cultural quanto institucional entre um compromisso com direitos (mesmo um compromisso escrito com direitos) e qualquer forma institucional específica (por exemplo, o *judicial review* sobre a legislação) que tal compromisso possa assumir.

Estou cansado de ver oponentes do *judicial review* sendo denegridos como céticos de direita. A melhor resposta é fundamentar a oposição ao *judicial review* em um comprometimento forte e generalizado com direitos.

Esta terceira pressuposição define como casos não essenciais as sociedades nas quais o compromisso com os direitos é tênue e frágil. Pode parecer estranho ou injusto fazer assim, pois os defensores do *judicial review* de fato argumentam às vezes que precisamos do *judicial review* para ajudar a fortalecer nosso comprometimento com direitos, para ensinar aos participantes de uma nova democracia a valorizar os direitos ou para dar às minorias garantias que não estão disponíveis em um sistema puramente governado pela maioria. Tais argumentos são interessantes, mas não tocam o cerne da argumentação a favor do *judicial review* em países como os Estados Unidos, a Grã-Bretanha ou o Canadá. Nesses países, ouvimos dizer que o *judicial review* é uma maneira apropriada para ins-

52 Veja WALDRON, *Uma crítica baseada em direitos*, nota 14 supra, p. 28-31, 34-36.

titucionalizar ou administrar o comprometimento de uma sociedade com direitos. Essas formulações não deveriam ser aceitas sem questionamento e isso é o que eu estou fazendo com a minha terceira pressuposição.⁵³

D. Discordância sobre direitos

Minha pressuposição final e crucial é a de que o consenso sobre direitos não está isento da incidência de discordância geral quanto às principais questões políticas encontradas nas sociedades liberais modernas. Assim, pressupondo que há dissensão substancial em relação a quais direitos existem e em relação àquilo a que equivalem. Algumas dessas discordâncias estão aparentes em nível filosófico (por exemplo, se direitos socioeconômicos deveriam ou não ser incluídos na Declaração de Direitos), algumas se tornam aparentes quando tentamos relacionar princípios abstratos de direito a propostas legislativas particulares (por exemplo, se o livre exercício da religião demanda ou não isenções de leis que de outra forma seriam aplicáveis em geral), e alguns ficam aparentes apenas no contexto de ações estritamente individuais (por exemplo, quanta tolerância a discurso dissidente deveria haver em períodos de estado de emergência).

Parto do princípio de que discordâncias quanto a direitos não são principalmente questões de interpretação em um sentido estritamente legalista. Elas podem em princípio se apresentar como questões de interpretação, mas levantam questões de importância prática considerável para a comunidade política. Mencionei alhures que essas são questões “divisoras de água” dos direitos.⁵⁴ Elas são questões maiores da filosofia política com ramificações significativas para as vidas de muitas pessoas. Além disso, parto do princípio de que não são idiosincrasias da sociedade na qual surgem. Elas definem escolhas maiores que qualquer sociedade moderna deve enfrentar, escolhas que são razoavelmente bem entendidas no contexto de debates morais e políticos, escolhas que são o ponto focal da discordância moral e política em muitas sociedades. Os

53 Minha abordagem aqui é semelhante à de John Rawls. Estou usando este dispositivo do caso essencial para definir algo como uma sociedade bem ordenada com uma teoria publicamente aceita de justiça. Veja, p. ex., RAWLS, John. *Political Liberalism*. [S.l.:s.n.], 1993, p. 35-36 [doravante RAWLS, *Liberalismo político*]. Rawls parece pressupor que o *judicial review* da legislação é apropriado mesmo para uma sociedade bem ordenada. *Ibid.* p. 165-66, 233-40; Veja também RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [S.l.:s.n.], 1971, p. 195-99, 228-31 [doravante RAWLS, *Uma teoria da justiça*]. Um dos meus objetivos é demonstrar que ele está errado quanto a isso.

54 Veja WALDRON. Poder judiciário e soberania popular [*Judicial Power and Popular Sovereignty*], nota 14 supra, p. 198.

exemplos brotam rapidamente: aborto, ação afirmativa contra discriminação de minorias, legitimidade da redistribuição ou interferência governamental no mercado, direitos de suspeitos de crimes, significação preciso de tolerância religiosa, direitos culturais de minorias, regulamentação dos discursos e gastos em campanhas eleitorais, e assim por diante.

Como esses exemplos indicam, discordâncias sobre direitos frequentemente dizem respeito a aplicações centrais, não apenas a aplicações marginais. Porque já estou pressupondo um comprometimento geral com direitos, é tentador inferir que tal comprometimento cobre a essência de cada direito e que o direito apenas se torna controvertido nos limites mais externos de sua aplicação. Isso é um erro. Um compromisso com direitos pode ser entusiástico e sincero mesmo quando casos divisores de água permanecem controvertidos. Por exemplo, duas pessoas que discordam se as restrições a discurso de ódio racista são aceitáveis podem, ambas, aceitar que o direito de liberdade de expressão é essencial para pensar a questão e podem também aceitar que o caso sobre o qual discordam é central, em vez de ser marginal, em relação àquele direito. Isso demonstra, talvez, que têm concepções diferentes do direito,⁵⁵ mas não é razão para duvidar da sinceridade de sua adesão a ele.

Falando de maneira geral, o fato de pessoas discordarem sobre direitos não significa, necessariamente, que uma das partes da discordância não leve os direitos a sério. Não há dúvida de que algumas posições são sustentadas e defendidas, de maneira insincera e desinformada, por salafários (que não se importam nem um pouco com direitos) ou por analfabetos morais (que compreendem erroneamente a força e a importância dos direitos). Mas eu parto do princípio de que, na maioria das vezes, a discordância acontece de maneira razoável e de boa-fé. As questões envolvidas são questões sérias em que não é razoável esperar que houvesse consenso. Em outras palavras, tomo como pressuposto algo como os “fardos do juízo” de John Rawls, mas aplicados (onde Rawls hesitou em aplicar a doutrina) às questões de direitos assim como às questões do bem.⁵⁶ Não é razoável esperar que os pontos de vista das pessoas quanto a questões de direitos complexas e carregadas sempre convergirão em um consenso. E, como enfatiza Rawls, “não é realista... supor que todas as nossas diferenças [quanto a essas

55 Para uma discussão da distinção entre um conceito de direito e suas várias concepções, veja DWORIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. [S.l.:s.n.], 1977, p. 134-36.

56 Veja RAWLS, *Liberalismo político*, nota 53 supra, p. 54-58 (discutindo “os fardos do juízo”). Rawls argumenta que “muitos dos nossos julgamentos mais importantes são feitos sob condições em que não se deve esperar que pessoas conscienciosas com plenos poderes de raciocínio, mesmo após uma discussão livre, chegarão à mesma conclusão”. *Ibid.* p. 58. Para um argumento que aplica isso aos direitos assim como ao bem, veja WALDRON, nota 14 supra, p. 149-63.

questões] tenham raízes apenas na ignorância e na perversidade, ou então em rivalidades por poder, *status* ou ganho econômico”.⁵⁷

A pressuposição da discordância não tem nada a ver com relativismo moral. Pode-se reconhecer a existência de discordância sobre assuntos de direitos e justiça – pode-se até reconhecer que tais discordâncias são, na realidade política, insolúveis – sem que se alegue metaeticamente que não existe uma verdade que os participantes estão discutindo. O reconhecimento da discordância é perfeitamente compatível com a existência de uma verdade do assunto sobre direitos e os princípios do constitucionalismo – aceitando que a nossa condição não é uma condição na qual a verdade do assunto se revela de modo que não são razoavelmente passíveis de negação.⁵⁸

Se existe uma Declaração de Direitos, parto do princípio de que ela influencia, mas não soluciona as questões em jogo nas discordâncias. Mencionei alguns exemplos parágrafos atrás. Nos Estados Unidos, tanto é indiscutível que as disposições da Declaração de Direitos influenciam o modo como cada uma dessas questões deve ser resolvida, quanto é indiscutível que as disposições da Declaração de Direitos não determinam, elas próprias, uma resolução da questão de maneira razoavelmente inquestionável. Assim, tomo como pressuposto que a extensão dessas discordâncias desmente nossa engenhosidade para criar formulações abstratas. As discordâncias não impedem a promulgação de uma Declaração de Direitos.⁵⁹ Mas as discordâncias permanecem sem solução, deixando-nos em uma situação em que – quando surge uma questão sobre uma possível violação de direitos – é inquestionável que a disposição de uma Declaração de Direitos influencia o assunto, mas saber o que é essa influência e se ela proíbe a disposição legislativa (ou se deveria limitar a aplicação dessa disposição) que se questiona permanece discutível entre pessoas sensatas.⁶⁰

Com isso não quero negar que seja possível apresentar argumentos que pareçam conclusivos – ao menos para aqueles que os apresentam – quanto ao modo como a Declaração de Direitos influencia a questão em jogo. Se o *judicial review* for adotado por uma sociedade, então os advogados discutirão essas questões utilizando tanto o texto quanto a força gravitacional do texto da

57 RAWLS, *Liberalismo político*, nota 53 supra, p. 58.

58 Veja WALDRON, *A irrelevância da objetividade moral*, nota 19 supra, p. 182.

59 Veja CHRISTIANO, Thomas. “Waldron on Law and Disagreement”. *19 Law & Phil.* 513, 537, 2000.

60 Mais uma vez, não estou dizendo que as disposições da Declaração de Direitos cubram todos os casos centrais, com a discordância confinada às margens de sua aplicação. As provisões são normalmente vagas e abstratas, deixando aberta a possibilidade de que, mesmo quando não existem casos incontroversos, as pessoas possam ainda utilizar a mesma fórmula abstrata para cobrir abordagens substantivas diferentes ao direito – e devemos ainda dizer que ambas levam o direito a sério.

Declaração de Direitos. Na realidade, os advogados terão muito que fazer. Cada lado de cada uma das discordâncias alegará que sua posição pode ser encontrada nos insípidos comprometimentos da Declaração de Direitos, bastando ler aqueles textos de maneira generosa (ou estrita) o bastante. Nenhum dos lados está preparado para reconhecer publicamente aquilo que agora estou presumindo ser óbvio: que a retórica insípida da Declaração de Direitos foi projetada simplesmente para lidar de maneira habilidosa com as discordâncias reais e razoáveis que são inevitáveis entre pessoas que levam direitos a sério, durante tempo suficiente para ver uma Declaração promulgada. Em vez de encorajar-nos a confrontar essas discordâncias diretamente, é provável que o *judicial review* nos leve a vê-las como questões de interpretação daquelas formulações insípidas. Definir se esse é um contexto desejável no qual deliberar sobre as questões morais que nos colocam é uma das coisas que analisaremos na Parte V.

III. A Forma da Argumentação

São essas então nossas pressuposições. O que faremos com a situação que elas definem? Os membros da comunidade estão comprometidos com direitos, mas deles discordam. A maioria das questões de direitos precisa ser resolvida. Precisamos de soluções nem tanto para nos livrar da questão – nada o pode fazer⁶¹ –, mas para termos uma base de ação comum quando for necessário agir. Agora, existem vários tipos de questão que não pedem soluções que abarquem toda a sociedade – a transubstanciação, o significado de *Hamlet*, o valor de uma vida puramente contemplativa – e isso é bom, porque a expectativa de concordância nessas áreas é pequena. Infelizmente, quanto a questões de direitos, para as quais precisamos de resoluções, a expectativa de concordância também é pequena. A necessidade de conciliação não faz evaporar o fato de existirem discordâncias; antes, significa que umá base comum para ação precisa ser forjada no calor de nossas discordâncias.

No mundo real, a necessidade de conciliação nos confronta na arena legislativa. Legislamos em determinadas áreas e a legislação que promulgamos levanta questões de direitos. Essas questões podem não estar claramente proeminentes na legislação. A legislação pode dizer respeito às formalidades do

61 Cf. STEWART, Jon et al. *America (The Book): A Citizen's Guide to Democracy in Action*. [S.l.:s.n.], 2004, p. 90 (discutindo *Roe v. Wade* e observando que “a Corte decide que o direito à privacidade protege a decisão de uma mulher de fazer um aborto e que o feto não é uma pessoa com direitos constitucionais, finalizando, assim, todo o debate sobre uma questão antes controversa”).

casamento, à jornada mínima de trabalho, à reforma do financiamento de campanhas ou à preservação histórica dos centros de cidades, porém alguém percebe que sua aplicação levanta uma questão de direitos e é justamente em relação a essa questão – a legislação deve ou não ser aplicada de acordo com seus termos? – que surge a necessidade de conciliação.

Um argumento, que eu respeito, a favor de um tipo de controle de constitucionalidade apresenta-se da seguinte maneira: nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão embutidas na proposta legislativa apresentada para avaliação; nem sempre pode ser fácil para eles vislumbrar quais questões de direitos podem surgir a partir de sua aplicação subsequente. Assim, é útil ter um mecanismo que permita aos cidadãos chamar a atenção de todos para essas questões à medida que surgem. Mas esse é um argumento a favor somente do controle de constitucionalidade fraco, não de sua forma forte, na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida da maneira como um tribunal julgar apropriada. Esse é um argumento a favor de algo como o sistema existente no Reino Unido, no qual um tribunal pode emitir uma declaração de que existe uma questão importante de direitos em jogo.⁶² Alternativamente, esse é um argumento a favor do arranjo que encontramos em sistemas com controle de constitucionalidade ainda mais fraco, no qual o Procurador Geral tem o dever não partidário de examinar minuciosamente as propostas legislativas e identificar publicamente quaisquer questões de direitos que possam surgir.⁶³ Tal arranjo é um tipo de institucionalização do estar alerta para questões de direitos que foi incorporado na pressuposição três acima.

Vamos pressupor, por ora, que o parlamento esteja amplamente ciente das questões de direitos que um dado projeto levante e que, tendo deliberado sobre o assunto, resolve – por meio de debate e votação – conciliar essas questões de uma maneira específica. O legislativo se posiciona de um dos lados de uma ou mais das discordâncias que imaginamos na pressuposição quatro. A questão que enfrentamos é saber se essa resolução do legislativo deveria ser dispositiva ou se há razão para que seja reavaliada ou talvez anulada pelo judiciário.

62 Veja supra texto que acompanha notas 26-28.

63 Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia [*New Zealand Bill of Rights Act*] de 1990, 1990 S.N.Z. No. 109, § 7 (“Sempre que um projeto for apresentado à Câmara dos Deputados, o Procurador Geral deverá... tão logo quanto possível após a apresentação do projeto, chamar a atenção da Câmara dos Deputados para qualquer disposição do projeto que pareça incompatível com quaisquer dos direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos”). Para um exemplo controvertido do exercício desse poder, veja HUSCROFT, Grant. “Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pre-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights”. 14 *Pus. L. Rev.* 109, 2003.

Como deveríamos responder a essa questão? Tenho ouvido dizer que a regra de decisão deveria ser esta: permanece a decisão do parlamento, exceto quando viola direitos. Mas isso claramente não é aceitável. Estamos presumindo que os membros da sociedade discordam sobre se uma dada proposta legislativa viola direitos ou não. Precisamos de uma maneira de resolver essa discordância. A questão é tão antiga quanto Hobbes: devemos instituir um procedimento de decisão cujo funcionamento conciliará, não reacender, as controvérsias cuja existência exigiu um procedimento decisório antes de tudo.⁶⁴ Isso significa que, mesmo que os membros da sociedade que estamos imaginando discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório que deve conciliar suas discordâncias. Assim, ao pensar sobre as razões de se instituir tal procedimento, deveríamos pensar sobre as razões que podem ser endossadas por pessoas dos dois lados de quaisquer dessas discordâncias.⁶⁵

Estou apresentando a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema moral da discordância. Mas tenho ouvido filósofos dizerem que, por ser a discordância comum na política, não deveríamos deixar que ela desviasse nossa atenção. Por discordarmos tanto sobre procedimentos decisórios legítimos quanto sobre a justificativa dos resultados, e (digo eu) por estar claro que devemos assumir uma posição definida sobre algo – a saber, procedimentos decisórios – a despeito de tal discordância, por que razão nós simplesmente não assumimos uma posição definida sobre a questão da substância e damos o assunto por encerrado?⁶⁶ A resposta para isso é que devemos ir para a questão da legitimidade, existindo ou não probabilidade de encontrarmos aí discordância.

Em primeiro lugar, precisamos de fato projetar um procedimento decisório e precisamos considerar as razões relevantes para isso. Em segundo lugar, há razões importantes relacionadas à legitimidade – por exemplo, imparciali-

64 Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. 123 [S.l.] Richard Tuck ed., 1996 (1651).

65 Uma outra maneira de dizer isso é afirmar que uma teoria política normativa precisa incluir mais do que apenas uma base para justificar determinadas decisões sobre seus méritos. Precisa ser mais do que, digamos, uma teoria da justiça ou uma teoria do bem comum. Deve também abordar a questão normativa da legitimidade dos procedimentos decisórios que são utilizados para tomar decisões políticas ante discordâncias. Uma teoria política normativa que não faça isso está seriamente incompleta.

66 Christiano formula esse ponto tendo em vista uma regressão de procedimentos: “Podemos esperar discordâncias em cada estágio, se Waldron estiver certo; então, se tivermos que recorrer a um procedimento de ordem mais elevada para resolver cada litígio à medida que surge, então não seremos capazes de parar a regressão de procedimentos”. CHRISTIANO, nota 59 supra, p. 521. Mas Christiano nem tenta demonstrar que essa é uma regressão viciosa. Para uma discussão da regressão, veja WALDRON, nota 14 supra, p. 298-301.

dade, voz, participação – que surgem por causa da discordância, não como algo à parte do fato de abordarmos a questão dos procedimentos decisórios. Mesmo que também discordemos quanto a esses procedimentos, não temos escolhas a não ser considera-los. O fato de que discordaremos sobre eles não é um fundamento apropriado para empurrá-los para um lado e simplesmente tomar partido de um lado ou de outro na discordância anterior (ou substantiva).

Nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de *judicial review*, ele chegará algumas vezes à decisão errada, traindo direitos em vez de confirmá-los.⁶⁷ Esse é um fato da vida na política. Todos devem admitir que algumas vezes haverá dissonância entre o que se considera a escolha certa e o que se considera a escolha produzida pelo procedimento decisório que se vê como legítimo. Richard Wollheim chamou a isso de “um paradoxo da teoria da democracia”,⁶⁸ porque permite que um mesmo cidadão afirme que A não deve ser promulgada, onde A é a política contra a qual votou, e que A deve ser promulgada, porque A é a política escolhida pela maioria. Mas Wollheim estava errado em atribuir esse paradoxo à democracia. Ele é um paradoxo geral da teoria da política e afeta qualquer teoria política que complemente sua explicação do que deve ser feito com uma explicação de como decisões devem ser tomadas quando existe discordância sobre o que deve ser feito.

Tendo essa precaução em mente, quais são as razões que precisam ser levadas em conta ao projetar e avaliar o procedimento decisório para dirimir discordâncias sobre direitos? Dois tipos de razões podem ser considerados. Eu os chamarei de razões “relacionadas ao resultado” e “relacionadas ao processo”, embora sejam ambos relevantes para a questão do procedimento decisório.

Razões relacionadas ao processo são razões para insistir que determinada pessoa tome uma decisão, ou participe de sua tomada, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Na vida pessoal, às vezes dizemos que um dos pais tem o direito de tomar a decisão sobre seu filho dever ou não ser disciplinado por uma dada infração: não cabe a alguém que caminha pela rua ou a um passageiro no ônibus tomar essa decisão. Podemos dizer isso enquanto reservamos o julgamento sobre dever ou não a criança ser discipli-

67 Tenho ouvido pessoas dizerem que os erros sempre têm maiores chances de serem piores do lado legislativo: o legislativo pode verdadeiramente violar direitos, enquanto o pior que os tribunais podem fazer é deixar de interferir para protegê-los. Isso é um erro. Os tribunais que exercem o poder de *judicial review* podem às vezes violar direitos ao derrubar uma lei cujo objetivo é protegê-los. Discutirei isso melhor no final da parte IV.

68 WOLLHEIM, Richard. *A Paradox in the Theory of Democracy*. in *Philosophy, Politics and Society*. 71 Peter Laslett & W.G. Runciman eds., 2d ser., [S.l.:s.n.], 1969.

nada. De fato, podemos dizer isso mesmo que pensemos que o transeunte tenha mais chances de tomar uma decisão melhor do que a do pai ou da mãe. Na política, as razões mais conhecidas relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que se diz.

Razões relacionadas ao resultado, por sua vez, são razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta). Nosso objeto é a discordância quanto a direitos. Por serem os direitos importantes, é igualmente importante que acertemos com eles e, assim, devemos levar as razões relacionadas ao resultado realmente muito a sério. Respostas erradas podem ser toleradas em matéria de política; mas, em matéria de princípios, se for dada a resposta errada, então direitos serão violados. Os membros da sociedade que estamos imaginando entendem o quão importante é evitar tais resultados ou minimizá-las tanto quanto possível.

É claro, pode não ser fácil identificar as razões relacionadas ao resultado com o qual as pessoas em lados opostos da discordância sobre direitos concordem. Como eu disse antes,⁶⁹ o projeto de um procedimento decisório deve ser independente da discordância específica que se espera que ele resolva; não adianta nada se ele apenas a reacender. Logo, devemos evitar razões relacionadas ao resultado que visem especificamente a resultados controversos – por exemplo, favorecer um procedimento decisório porque é mais provável que ele gere um resultado pró-aborto do que um pró-vida. Um procedimento decisório escolhido nessa base dificilmente inspirará a fidelidade de defensores pró-vida. Dada a discordância, a questão aqui é erigir um procedimento para gerar conciliações de uma maneira que possa ser reconhecida como legítima por ambos os lados.

É possível, contudo, acumular razões relacionadas ao resultado em uma base mais modesta. Em vez de dizer (de uma maneira que suscita questionamentos) que deveríamos escolher aqueles procedimentos políticos que têm maior probabilidade de produzir um conjunto controverso de direitos, podemos dizer que deveríamos escolher procedimentos políticos que possuem maior probabilidade de chegar à verdade sobre os direitos, qualquer que venha a ser essa verdade. Como Aileen Kavanagh coloca a questão:

Não precisamos de uma explicação exata de quais direitos nós temos e de como eles deveriam ser interpretados a fim de fazer algumas alegações

⁶⁹ Veja texto supra que acompanha nota 64.

instrumentalistas [isto é, relacionadas ao resultado]. Muitos argumentos instrumentalistas não se baseiam no conhecimento do conteúdo de qualquer direito específico. Em vez disso, eles se baseiam em considerações institucionais gerais sobre a maneira que os parlamentos tomam decisões em comparação com os juízes, os fatores que influenciam suas decisões e as maneiras pelas quais indivíduos podem apresentar suas reivindicações a cada um desses órgãos.⁷⁰

Razões desse tipo merecem ser levadas a sério. Joseph Raz foi um tanto além e sugeriu que razões relacionadas ao resultado são as únicas que valem a pena serem consideradas.⁷¹ Esse dogmatismo é baseado, presumivelmente, na importância das questões em jogo. Os resultados das decisões sobre direitos são importantes. Mas existem também tipos de razões importantes que não são relacionadas ao resultado que deveríamos aplicar sem hesitação às escolhas que fazemos sobre o projeto de procedimentos para a resolução de discordâncias sobre direitos. Já dei uns poucos exemplos, mas aqui está mais um: o princípio da autodeterminação.

Existe uma razão para se conciliar essas discordâncias em cada sociedade dentro de seu próprio sistema político, mais do que por imposição vinda de fora (por exemplo, por um governo vizinho ou uma antiga potência colonial). Alguns acham que essa não é uma razão conclusiva. Dizem que a autodeterminação e a soberania nacional deveriam algumas vezes fazer concessões à autoridade internacional em questões de direitos humanos.⁷² Mas poucos negam que ela tenha importância. Raz prestou pouca atenção ao fato de que, embora as razões relacionadas ao resultado sejam muito importantes nessa área de tomada de decisão sobre direitos, razões de outros tipos podem também ser importantes.

Assim que percebemos existirem razões de todos os tipos em jogo, devemos considerar seu caráter normativo porque isso afetará o modo como se relacionam entre si. O termo “relacionado ao resultado” parece consequencial. Mas, por serem as consequências que estamos tentando evitar violações de direitos, o fato de evitá-las tem um pouco da urgência deontológica associada

⁷⁰ KAVANAGH, Aileen. “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”. 22 *L. & Phil.*, [S.l.], 451, 466, 2003.

⁷¹ RAZ, J. “Disagreement in Politics”. 43 *Am. J. Juris.* 25, 45-46, 1998; veja também RAWLS, *Uma teoria da justiça*, nota 53 supra, p. 230 (“O critério fundamental para julgar qualquer procedimento é a justiça que tem chances de produzir”).

⁷² Veja, p. ex., HENKIN, Louis. *That “S” Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera*. Discurso proferido na Faculdade de Direito da Universidade de Fordham, na *Robert R. Levine Distinguished Lecture Series* (23 de fevereiro de 1999), in 68 *Fordham L. Rev.* 1, 1999.

aos direitos. Elas podem não ser tão contundentes quanto o princípio que proíbe violações diretas: quem projeta um procedimento decisório é apenas indiretamente responsável pelas violações que possam estar envolvidas no exercício desse procedimento. Mas a responsabilidade de quem o projeta é ainda uma responsabilidade baseada em direitos — existe um dever de tomar cuidado nesse sentido.⁷³

O que dizer sobre o aspecto normativo das razões relacionadas ao processo? Essas razões são frequentemente matéria de urgência deontológica também. Ronald Dworkin, penso eu, descreve mal o caráter das razões participativas quando se refere a elas como “consequências participativas de um processo político”.⁷⁴ Ele afirma que dar aos cidadãos a oportunidade de desempenhar um papel no processo de tomada de decisão política da comunidade tem uma consequência — uma boa consequência — que é a de confirmar a sua igual qualidade de membro ou posição na sociedade. Fica renovada a confiança deles de que são vistos como pessoas cujas opiniões e escolhas têm valor. Permitir ao povo que participe também tem a boa consequência de ajudar os cidadãos a se identificarem com os resultados das decisões políticas e a vê-las como de alguma forma deles, com bons efeitos para a legitimidade (no sentido sociológico desta palavra).⁷⁵ Tudo isso, sem dúvida, é importante. Mas lembra um diretor destacando as vantagens potenciais de permitir que os alunos se expressem sobre questões educacionais através do conselho escolar. A explicação de Dworkin subestima radicalmente a noção de *direito* de participar, o imperativo de ser tratado como igual no que diz respeito à tomada de decisão de uma sociedade, a noção de princípio que está em jogo quando alguém pergunta indignado “Como ousam excluir *minha* opinião, privar a *mim* dessa decisão, que me afeta e à qual fico sujeito?”

Então, como sopesar essas considerações relacionadas ao processo e ao resultado? Enfrentamos o bem conhecido problema de maximizar o valor de duas variáveis, como pedir para alguém comprar um carro mais rápido ao preço mais baixo. Há várias maneiras de se colocar a questão. Poderíamos perguntar: “qual método tem mais chances de alcançar a verdade sobre direitos, enquanto respeita, ao mesmo tempo e de forma adequada, o direito igual de ser ouvido que têm as vozes daqueles que são afetados?”⁷⁶ Ou poderíamos

73 Para a ideia de várias ondas de obrigação sendo geradas por um direito, veja WALDRON, Jeremy. “Rights in Conflict”. 99 *Ethics* 503, 509-12, 1989.

74 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory And Practice Of Equality*. 2000, 187.

75 Essas formulações resumidas do ponto de vista de Dworkin foram adaptadas de KAVANAGH, nota 70 *supra*, p. 458-59.

76 Assim é como a questão está colocada em MICHELMAN, Frank I. *Brennan And Democracy*. [S.l.:s.n.], 1999, p. 59-60.

perguntar: “qual método respeita melhor o direito igual de ser ouvido dentre as vozes daqueles que são afetados pela questão e, ao mesmo tempo, tem chances razoáveis de alcançar a verdade sobre direitos?” Acho que posso resolver esse dilema quase insolúvel. Argumentarei, na Parte IV, que as razões relacionadas ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Elas são importantes, mas não provam (como comumente se pensa) nada claramente a favor do *judicial review*. As razões relacionadas ao processo, contudo, são bastante parciais. Elas agem principalmente para desacreditar o *judicial review*, enquanto deixam a tomada de decisão legislativa ileso. Assim, parece-me que o lado legislativo sai ganhando com qualquer formulação da questão. E essa será a essência da oposição ao *judicial review*.

IV. Razões Relacionadas ao Resultado

De acordo com Raz, “uma maneira normal de proceder é pressupor que a aplicação de direitos fundamentais deveria ser confiada a qualquer procedimento decisório político que, nas circunstâncias do tempo e do lugar, tenha maior probabilidade de aplicá-los bem, com a menor quantidade de efeitos colaterais adversos”.⁷⁷ Imagino que a discussão neste ponto deva apresentar-se em continuidade com o debate mais amplo sobre a competência institucional dos tribunais, iniciado pela escola do processo legal.⁷⁸ Os tribunais são bons em decidir algumas questões e outras, não. Tecnicamente, utilizamos o termo “direitos” para denotar as questões que os tribunais caracteristicamente decidem, pois um autor de um processo precisa reivindicar um direito para ser ouvido em um tribunal. Mas, como Lon Fuller observou, não se segue daí que os tribunais sejam, por essa razão, o órgão apropriado para lidar com reivindicações de direitos no sentido menos técnico sob consideração aqui.⁷⁹ Algumas reivindicações de direitos têm o caráter do tipo de questão binária que os tribunais podem ser competentes para tratar; outras têm um caráter multifacetado que é visto costumeiramente como inapropriado para ser decidido em uma estrutura judicial. Este assunto comporta maiores considerações. Não falarei muito sobre isso agora, vou antes me voltar para as alegações mais específicas sobre a competência dos tribunais e dos legislativos para lidar com as importantes questões morais que são o assunto deste ensaio.

77 RAZ, nota 71 *supra*, p. 45.

78 Veja HART e SACKS, nota 49 *supra*, p. 640-47.

79 FULLER, nota 49 *supra*, p. 368-70.

É tentador associar as razões relacionadas ao resultado com o apoio ao *judicial review* (e as razões relacionadas ao processo com a sua oposição). Isso é um erro. É verdade que muitas das razões mais importantes relacionadas ao processo são participativas e, portanto, favorecem instituições eleitorais ou representativas. Mas daí não se segue que todas ou a maioria das razões relacionadas ao resultado argumentem o contrário. Razões relacionadas ao resultado, como veremos, valem nas duas direções. Existem coisas sobre os parlamentos que às vezes as tornam vulneráveis aos tipos de pressão contra os quais se supõe que os direitos devam prevenir; mas também existem coisas sobre os tribunais que lhes dificultam lutar diretamente contra as questões morais que as discordâncias sobre direitos apresentam.

Raz reconhece que razões relacionadas ao resultado podem pesar para ambos os lados. Ele argumenta, de um jeito que nos é familiar, que

em muitos países existem razões amplas para suspeitar que os membros do legislativo sejam tão motivados por interesses sectários que é pouco provável que cheguem sequer a tentar determinar quais direitos (algumas) pessoas têm.... Podemos saber que alguns fatores têm chances de nublar o julgamento das pessoas. Elas podem estar, por exemplo, propensas a se deixarem guiar por seus próprios interesses. Podemos então preferir um procedimento no qual as pessoas encarregadas de decidir não sejam afetadas, ou diretamente afetadas, por sua própria decisão. Existem outros fatores que reconhecidamente tornam o julgamento tendencioso e sua natureza e presença podem ser determinadas mesmo sem o conhecimento do conteúdo dos direitos envolvidos.⁸⁰

Agora, ao considerar uma acusação como essa, temos que nos perguntar sobre sua compatibilidade com nossa terceira pressuposição: esse tipo de preconceito sectário é típico do legislativo em todas as sociedades? Ou deveríamos associá-lo ao caso não essencial de uma sociedade cujos membros são amplamente indiferentes aos direitos? Falarei mais sobre isso na Parte VII.⁸¹ Mas mesmo aceito sem questionamentos, o argumento de Raz não é unívoco em sua inclinação. As mesmas pressões sectaristas frequentemente explicam também a negligência judicial com direitos. Vimos isso

80 RAZ, nota 71 supra, p. 46.

81 Veja infra o texto que acompanha as notas 137-141. É aí que tratarei das alegações (para os casos não essenciais) de que juízes que simpatizam com direitos de minorias estão em melhor posição para resistir ao preconceito popular do que os legisladores que simpatizam com direitos de minorias.

nos Estados Unidos em casos tão diversos quanto *Korematsu*, *Schenck*, *Dred Scott* e *Prigg*.⁸²

Mais recentemente, Laurence Tribe (habitualmente um defensor ferrenho do *judicial review*) observou que, no pânico que afligiu os Estados Unidos da América do Norte após 11 de setembro, “seria um erro terrível para aqueles que se preocupam com os direitos e liberdades civis depositar esperanças demais no judiciário em tempos de crise”.⁸³

Seja como for, Raz reconhece que razões relacionadas ao resultado também argumentam na direção oposta:

Algumas vezes... há razões para pensar que aqueles cujos interesses não serão afetados por uma decisão dificilmente tentarão descobrir o que é justo nas circunstâncias. Às vezes pode-se ser incapaz de compreender a dificuldade da situação de uma classe de pessoas a menos que se pertença a essa classe e, por isso, em vez de confiar a decisão àqueles não afetados por ela, ela deveria ser dada àqueles que são por ela afetados.⁸⁴

Os parlamentos são erigidos com estruturas de representação precisamente para fomentar esse sentido de compreensão.

Por vezes se indica que as estruturas de participação democrática não tomam qualquer conhecimento da importância independente de se assegurar resultados apropriados – elas apenas dão poderes à maioria às cegas. Isso é um contrasenso. Todas as democracias limitam o direito de voto a fim de assegurar um mínimo de julgamento maduro nas eleições. Elas excluem as crianças, por exemplo, mesmo que sejam afetadas pelas decisões em exame. Além disso, os legislativos são constituídos de maneira a assegurar que sejam inseridas no processo decisório informações sobre a tolerabilidade de várias opções para diferentes segmentos da sociedade. E as decisões são tomadas normalmente no

82 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) (recusando proteger cidadãos descendentes de japoneses do confinamento em campos de prisioneiros durante a Segunda Guerra Mundial); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) (julgando que criticar o recrutamento durante a Primeira Guerra Mundial era como disparar tiros em um teatro lotado); *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27 (1857); *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612 (1842) (derubando legislação estadual que buscava proteger afro-americanos de caçadores de recompensas).

83 TRIBE, Laurence. “Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush’s Military Courts”. *New Republic*, [S.L.], 10 de dezembro de 2001, p. 18, 19; veja também DWORKIN, Ronald. “The Threat to Patriotism”. *N.Y. Rev. Books*, [S.L.], 28 de fevereiro de 2002, p. 44, 46-47 (chamando a atenção para a tolerância passada dos tribunais para com violações de direitos em tempos de crise).

84 RAZ, nota 71 supra, p. 46.

contexto de instituições bicamerais, de modo que cada proposta legislativa tem que assegurar apoio majoritário em cada uma das duas casas com escalas de votação ligeiramente diferentes.⁸⁵

Ademais, sistemas com controle de constitucionalidade fraco ou sem controle de constitucionalidade às vezes contam com disposições específicas no processo legislativo para que questões de direitos recebam destaque.⁸⁶ Há disposições específicas na maioria das democracias para debates cuidadosamente orquestrados por volta da época da eleição, bem como um conjunto de conexões entre o debate formal no parlamento e o debate informal e o acúmulo de informações fora dele. Todos esses são ajustes dos procedimentos democráticos relacionados ao resultado. O que vemos, no lado participativo, não é aquilo que Rawls chamou de reivindicação de uma justiça procedimental pura, mas algo como uma justiça procedimental imperfeita.⁸⁷

Em geral, o que percebo quando leio argumentos relacionados ao resultado a favor do *judicial review* é que se presume que uma argumentação relacionada ao resultado deva ser capaz de ser apresentada a favor dos tribunais, pelo menos por que os argumentos mais conhecidos contra o *judicial review* não são relacionados ao resultado. As pessoas se esforçam para associar razões relacionadas ao resultado com o judiciário e, ao fazê-lo, frequentemente passam uma imagem bastante irreal de como é a tomada de decisão judicial.⁸⁸ Oponentes do *judicial review* são frequentemente acusados de adotar uma visão ingenuamente otimista dos parlamentos. Mas às vezes fazemos isso deliberadamente, combinando uma imagem otimista com uma outra diante da recusa pelos defensores dos tribunais de dar uma explicação realista do que acontece ali.⁸⁹

No restante desta Parte, quero examinar com mais detalhes três vantagens relacionadas ao resultado, alegadas às vezes a favor dos tribunais, (a) que

85 Alguns sistemas bicamerais, como o do Reino Unido, possuem uma câmara superior não eleita e disposições (nas Leis do Parlamento e em algumas convenções da Constituição Britânica) que permitem à câmara inferior prevalecer (no final) em caso de conflito.

86 Veja nota 63 supra e o texto que a acompanha.

87 Veja RAWLS, *Uma teoria da justiça*, nota 53 supra, p. 84-85. Falamos de justiça procedimental pura quando queremos indicar que o mais determinante para a justiça do resultado é o fato de que este foi alcançado seguindo-se escrupulosamente um procedimento justo. Falamos de justiça procedimental imperfeita quando queremos transmitir a ideia de que um dado resultado deve ser julgado por seus méritos e também com base no procedimento que o produziu.

88 Para uma crítica geral dos argumentos que associam o *judicial review* à deliberação moral cuidadosa entre, por exemplo, os juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, veja KRAMER, nota 11 supra, p. 240. Kramer fornece uma boa descrição da maneira como as agendas políticas dos juizes e as falanges de escrivães com motivações ideológicas interferem em qualquer coisa que poderia ser reconhecida como deliberação colegiada significativa.

89 Veja WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. 2 [S.l.:s.n.], 1999.

questões de direitos são apresentadas aos tribunais no contexto de casos específicos; (b) que a abordagem dos tribunais às questões de direitos é orientada para o texto de uma Declaração de Direitos e (c) que o raciocínio e a fundamentação desempenham um papel proeminente na deliberação judicial. Afirma-se que essas vantagens pesam a favor do *judicial review*. Em todas as três, contudo, argumentarei que existem importantes defeitos relacionados ao resultado na maneira como os tribunais abordam direitos e vantagens importantes relacionadas ao resultado do lado dos parlamentos.

A. Orientação a processos específicos

Argumenta-se às vezes que o aspecto mais fantástico quanto ao raciocínio judicial sobre direitos (em oposição ao raciocínio legislativo sobre direitos) é que questões de direitos apresentam-se aos juizes na forma de situações de indivíduos de carne e osso. Direitos, afinal de contas, são direitos individuais e há utilidade em atentarmos para o modo como um indivíduo é afetado por uma lei. Como Michael Moore coloca a questão, “os juizes estão mais bem posicionados do que os legisladores para... terem um *insight* moral, pois juizes têm experiências com pensamento moral apresentadas a eles todos os dias [sic] com o tipo de detalhe e de envolvimento pessoal concreto necessários para o *insight* moral”.⁹⁰

Mas isso é principalmente um mito. No momento em que as ações alcançam os níveis recursais mais altos sobre os quais estamos principalmente falando em nossa discussão sobre o *judicial review*, praticamente todos os traços originais de detentores de direitos de carne e osso desaparecem e o argumento como tal gira em torno da questão abstrata do direito questionado. Os autores ou peticionários são escolhidos por defensores de uma causa precisamente para incorporar as características abstratas que estes desejam enfatizar como parte de uma discussão geral de política pública. As idiosincrasias dos litigantes individuais normalmente já foram perdidas de vista no momento em que a Suprema Corte dos Estados Unidos examina a questão, e a Corte quase sempre examina a questão em termos gerais.⁹¹

O processo legislativo está aberto à consideração de casos individuais, através de *lobby*, em audiências e no debate. De fato, existe uma tendência

90 MOORE, Michael S. *Law as a Functional Kind*. in *Teoria do direito natural*, nota 19 supra, p. 188, 230. Para uma resposta, veja WALDRON, *Verdade moral e revisão judicial*, nota 19 supra, p. 83-88.

91 Veja WEDDINGTON, Sarah. *Roe v. Wade: Past and Future*. Discurso proferido na Faculdade de Direito da Universidade de Suffolk, *The Donahue Lecture Series* (7 de dezembro de 1989), in *24 Suffolk U. L. Rev.* p. 601, 602-03, 1990.

hoje em dia a iniciar leis com base em casos individuais notórios – a lei de Megan, por exemplo.⁹² Diz-se às vezes que ações complicadas resultam em leis ruins. Na medida em que isso é verdade, parece-me então que os legislativos estão mais bem posicionados para avaliar o significado de um caso individual quanto à questão geral dos direitos que afeta milhões, e que os afeta de muitas maneiras diferentes.⁹³

B. Orientação ao texto de uma Declaração de Direitos

Estamos imaginando uma sociedade com Declaração de Direitos, e se for preciso existir o *judicial review* sobre a legislação, ele se centrará presumivelmente na Declaração de Direitos. A Declaração de Direitos, nós assim presumimos, foi adotada na sociedade de acordo com o comprometimento compartilhado pelos membros com a ideia de direitos individuais e de minorias, não obstante o fato de que aqueles discordam sobre o que são esses direitos e o que eles acarretam. Agora, quando estouram discordâncias sobre direitos com relação à legislação, existe uma dúvida sobre o papel que a Declaração de Direitos deveria desempenhar no processo decisório no qual a questão é apresentada. Perguntamos: do ponto de vista do resultado, é boa ou má ideia tentar resolver as discordâncias sobre direitos conforme os termos da Declaração de Direitos?

Uma razão para pensar que essa é uma boa ideia é a de que as informações escritas da Declaração de Direitos podem ajudar os litigantes a se concentrarem nas questões de direitos abstratos em jogo. Mas existem razões poderosas do outro lado. As formas das palavras utilizadas na Declaração de Direitos não terão sido escolhidas com as discordâncias sobre direitos em mente. Ou,

se assim o foram, elas terão sido escolhidas para lidar de maneira habilidosa com as discordâncias sobre direitos que existiam quando a Declaração de Direitos foi erigida. Seus lugares-comum podem ser exatamente as formulações erradas para enfocar explorações lúcidas, responsáveis e de boa-fé das discordâncias sobre direitos.

As formulações escritas de uma Declaração de Direitos também tendem a encorajar certo formalismo textual rígido.⁹⁴ Um direito legal que encontra proteção em uma Declaração de Direitos o faz sob os auspícios de alguma forma canônica de uso das palavras na qual as disposições da declaração são enunciadas. Uma lição da experiência constitucional norte-americana é a de que as palavras de cada disposição tendem a assumir vida própria, tornando-se o chavão obsessivo para expressar tudo o que se possa querer dizer sobre o direito em questão.

Isso pode ser um perigo menor em um sistema de supremacia legislativa, porque os legisladores podem colocar a questão a si próprios, se quiserem, sem referência às formulações da Declaração de Direitos. Mas faz parte do *modus operandi* dos tribunais buscar abrigos textuais para seu raciocínio e eles certamente tenderão a se orientar pelo texto da Declaração de Direitos de uma maneira um tanto obsessiva.

No mínimo, os tribunais tenderão, em sua argumentação sobre direitos, a ser distraídos por discussões secundários sobre como um texto como a Declaração de Direitos pode ser mais bem abordado por juízes. A experiência norte-americana comprova isso: a proporção de argumentação sobre teorias interpretativas, comparada com a argumentação direta sobre as questões morais, é tão desequilibrada na maioria das decisões judiciais que ninguém que considere as próprias questões importantes pode achar satisfatória. Isso se dá parcialmente porque a legitimidade do *judicial review* é ela própria tão problemática. Por estarem os juízes (assim como nós) preocupados com a legitimidade de um processo que nos permite decidir essas questões, eles se agarram aos textos que lhes concedem autoridade e debatem sua interpretação, em vez de se aventurarem a discutir as razões morais de forma direta.⁹⁵

Um último ponto. O texto de uma Declaração de Direitos pode distorcer o raciocínio judicial não apenas por aquilo que inclui, mas também por aquilo que omite. Suponha que os membros de uma dada sociedade discordem sobre

92 A lei de Megan, que criou um registro de condenados por crime contra a liberdade sexual, foi promulgada em Nova Jersey em 1994, 1994 N.J. Laws 1152 (codificada no N.J. Stat. Ann. §§ 2C:7-1 a 7-11 (2005)), após Megan Nicole Kanka ter sido estuprada e assassinada por um condenado desse tipo. Existe também uma Lei Federal [*Federal Megan's Law*]. 42 U.S.C. § 14071 (2000). Para uma descrição da promulgação dessa legislação, veja FILLER, Daniel M. "Making the Case for Megan's Law: A Study in Legislative Rhetoric". 76 *Ind. L.J.*, [S.L.], 315, 2001.

93 Veja EISGRUBER, nota 13 supra, p. 173 ("Os juízes dedicam-se a questões constitucionais quando decidem controvérsias entre as partes. Consequentemente, tais questões chegam a eles de uma maneira que é incompleta.... Nem todas as pessoas interessadas terão legitimidade para comparecer em juízo. Os juízes recebem as provas e ouvem os argumentos de apenas um número limitado de partes.... Consequentemente, os juízes podem não ter as informações necessárias para formar uma perspectiva abrangente da justiça de todo um sistema social, político ou econômico"). Eisgruber conclui, a partir disso, que é provavelmente insensato para os juízes tentar abordar questões que dependem do que ele chama de princípios morais "abrangentes". *Ibid.*, p. 165, 171, 173.

94 Este é um argumento que desenvolvi em WALDRON, *Uma crítica baseada em direitos*, nota 14 supra.

95 Veja TUSHNET, nota 11 supra, p. 60 ("Os tribunais podem invocar algumas doutrinas para refletir a percepção que têm de suas próprias habilidades limitadas, não para refletir diretamente valores constitucionais substantivos").

sua Declaração de Direitos dever ou não incluir direitos positivos (socioeconômicos) bem como negativos (liberdades).⁹⁶ Aqueles que acham que os direitos positivos deveriam ter sido incluídos podem pensar que a presente Declaração de Direitos distorce o raciocínio moral por excluí-los. Uma resposta pode ser que, na pior das hipóteses, essa omissão apenas leva a uma possível falha para reexaminar a legislação nos casos em que a revisão seria apropriada, mas não se trata de um argumento contra o *judicial review* como tal. Mas isso é simples demais. Deixar de incluir direitos positivos pode alterar (ou distorcer) o entendimento pelos juízes dos direitos que *estão* incluídos. Os juízes podem dar maior peso aos direitos de propriedade e à liberdade de contrato, digamos, do que dariam se propriedade ou liberdade de contrato fossem dispostos ao lado de direitos explícitos de assistência social. E dar mais peso a eles pode levar os juízes a derrubarem leis que não devem ser derrubadas – leis que estão tentando compensar a deficiência e implementar através da legislação aqueles direitos que deixaram de ser registrados nas formulações da Declaração de Direitos.

C. Apresentação das razões

Pensa-se sempre que a grande vantagem da tomada de decisão judicial sobre questões de direitos individuais é o raciocínio explícito e a fundamentação a ele associados. Os tribunais apresentam razões para suas decisões, ouvimos dizer, e isso é um sinal de que levam a sério o que está em jogo, ao passo que os legislativos não fazem o mesmo. Na verdade, esse é um falso contraste.

Os legisladores apresentam as razões para seus votos, tal como os juízes. As razões são dadas naquilo que chamamos de debate e são publicadas no *Hansard* (relatório oficial do debate do Parlamento inglês ou canadense) ou nos *Anais do Congresso*. A diferença é que os juristas aprendem a estudar a fundo as razões apresentadas por juízes; eles não recebem treinamento para estudar a fundo o raciocínio legislativo (embora ocasionalmente o vasculhem com propósitos interpretativos).

Talvez este argumento não seja realmente sobre a presença ou ausência da fundamentação, mas, antes, sobre sua qualidade. Do meu ponto de vista, contudo, as razões que os tribunais tendem a apresentar quando exercem os

96 Veja *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (observando que o esquema constitucional norte-americano “tem um caráter de liberdades negativas, mais do que de positivas”); cf. TUSHNET, Mark. “An Essay on Rights”. 62 *Tex. L. Rev.* 1363, 1393-94, 1984 (“Poderíamos, é claro, ter uma Constituição diferente... Pode-se argumentar que o partido da humanidade deve lutar para reformular a retórica dos direitos de modo que a descrição do Juiz Posner deixaria de parecer natural e talvez pudesse até parecer forçada”).

poderes de *judicial review* sobre a legislação raramente são as razões que seriam examinadas em uma discussão deliberativa plena, e o processo de pesquisar, de citar, de avaliar e de comparar o peso de tais razões é bem diferente para os tribunais em comparação a um debatedor político ideal. Em parte, esse é o ponto mencionado anteriormente – de que as razões serão orientadas para a terminologia da Declaração de Direitos. Quando alguém tiver sorte bastante de possuir uma Declaração de Direitos boa e atualizada, então pode haver alguma compatibilidade entre o fornecimento de razão judicial e o fornecimento de razão que procuraríamos em uma deliberação plenamente racional, moral ou política. Mas quando se tem uma constituição antiquada, com 200 ou 300 anos de idade, então o suposto fornecimento de razão tem chances de ser artificial e distorcido.

Nos Estados Unidos, aquilo que é chamado de “fundamentação” é normalmente uma tentativa de conectar a decisão do tribunal com algum trecho de prosa mal resolvido do séc. XVIII ou XIX. (Por exemplo, a discussão sobre ser ou não o “devido processo legal substantivo” um oxímoro é a melhor estrutura para analisar o direito trabalhista ou, quanto a isso, sobre direitos de aborto?).

A fundamentação pelos tribunais também envolve tentativas de construir analogias desesperadas ou “desanalogias” entre a presente decisão que enfrentam e outras decisões que tenham sido proferidas antes delas (e nas quais eles envolveram-se com contorções similares). Existe uma discussão laboriosa do precedente, ainda que seja reconhecido nos níveis jurisdicionais mais elevados que o precedente não resolve a questão.⁹⁷ (Assim há também uma discussão laboriosa das circunstâncias nas quais os precedentes deveriam ou não ser anulados.⁹⁸) E, o tempo todo, as verdadeiras questões em jogo na discordância de boa-fé sobre direitos ficam relegadas às margens. Elas em geral ocupam apenas um parágrafo ou dois das vinte páginas ou mais de um acórdão, e mesmo então as questões são raramente abordadas de maneira direta. No acórdão de 50 páginas da Suprema Corte em *Roe v. Wade*, por exemplo, existem uns poucos parágrafos tratando da importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade e os poucos parágrafos que abordam a outra questão moral em jogo – o *status* dos direitos do feto – ocupam-se principalmente com a demonstração da diversidade de opiniões sobre a questão.⁹⁹ Leiam aqueles parágrafos: o resultado pode ser atraente, mas o “raciocínio” é trivial.

97 Veja, p. ex., MONAGHAN, Henry Paul. “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”. 88 *Colum. L. Rev.* 723, 1988.

98 Veja, p. ex., *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 854-69 (1992) (discutindo as circunstâncias em que precedentes constitucionais poderiam ser derrubados).

99 Há uma quantidade imensa de história jurídica e social no acórdão, mas apenas algumas páginas abordam as verdadeiras questões morais em jogo. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55 (1973) (dis-

Eu realmente penso que existe uma boa razão para isso. Os tribunais estão preocupados com a legitimidade de sua tomada de decisão e, assim, concentram sua “fundamentação” nos fatos que tendem a demonstrar que eles estão juridicamente autorizados – pela constituição, por lei ou por precedente – a tomar a decisão a qual se propõem a tomar. É compreensível que se faça assim. Mas isso pesa fortemente contra os tribunais no argumento relacionado ao resultado sobre ser o *judicial review* preferível à legislação.¹⁰⁰ Distraídos por essas questões de legitimidade, os tribunais se concentram no que outros tribunais fizeram ou no que diz o texto da Declaração de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem ao menos a ir diretamente ao cerne da questão.¹⁰¹

Sob esse aspecto, é admirável o quão rico é o raciocínio nos debates legislativos sobre importantes questões de direitos em países que não possuem o *judicial review*.¹⁰² Recentemente li todos os debates da Câmara dos Comuns inglesa sobre o Projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez de 1966.¹⁰³ Esse projeto propunha a liberalização do direito de aborto. O segundo debate de interpretação desse projeto é um ótimo exemplo do que se pode encontrar quando uma instituição política discute questões morais. É um debate longo – cerca de 100 páginas no *Hansard*¹⁰⁴ – e envolveu trabalhistas pró-vida e pró-aborto, conservadores pró-vida e pró-aborto, discutindo e focalizando todas as questões que precisam ser abordadas quando se debate o aborto.

Eles debateram as questões apaixonadamente, mas também de maneira minuciosa e honrada, prestando atenção às questões de direitos, de princípios e pragmáticas de ambos os lados. Foi um debate no qual, ao final, venceram os que apoiavam o projeto; a facção pró-aborto prevaleceu.¹⁰⁵ O notável foi que

cutindo privacidade e a importância dos direitos de reprodução); *Ibid.* p. 159-62 (discutindo os supostos direitos ou personalidade do feto).

100 Eisgruber parece admitir isso, reconhecendo que “muito frequentemente os juízes tentam justificar decisões controversas citando precedentes ambíguos e ... ocultando suas verdadeiras razões por trás de fórmulas nada esclarecedoras e citações emprestadas a casos anteriores” EISGRUBER, nota 13 supra, p. 70; veja também *ibid.* p. 135 (“os juízes... frequentemente... fingem que não estão fazendo julgamentos políticos por si e que suas decisões foram impostas a eles por detalhes textuais ou fatos históricos”).

101 Há um ponto importante aqui que foi enfatizado por Mark Tushnet: não deveríamos criticar os legisladores por deixarem de raciocinar como os juízes raciocinam, pois essa pode não ser uma maneira inteligente de abordar as questões em jogo. TUSHNET, nota 11 supra, p. 63-65.

102 Isto foi adaptado de WALDRON, nota 46 supra.

103 No parlamento britânico, o segundo debate de interpretação acontece quando se delibera sobre os princípios centrais do projeto.

104 732 Debate parlamentar, Câmara dos Comuns (5th ser.) (1966) 1067, 1067-1166.

105 O segundo debate de interpretação não foi o final, é claro. Houve um longo estágio de comitê e depois um terceiro debate de interpretação e, ainda, debates similares na Câmara dos Lordes. Mas, por fim, a legislação liberalizante foi promulgada.

todos que participaram do debate, mesmo o deputados pró-vida (quando viram para qual lado os votos estavam indo), louvaram o respeito com o qual suas posições tinham sido ouvidas durante a discussão.¹⁰⁶ Pensem nisso: quantas vezes já ouvimos qualquer um do lado pró-vida louvar a atenção e o respeito com que sua posição foi discutida, digamos, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?¹⁰⁷

Nos Estados Unidos, nós nos felicitamos por consignar questões de direitos individuais, tais como direito de aborto, aos tribunais para a jurisdição constitucional, com o fundamento de que os tribunais podem ser vistos como órgãos de princípios, para usar a famosa frase de Ronald Dworkin.¹⁰⁸

De fato, dizemos algumas vezes que os britânicos são retrógrados por não procederem dessa maneira.¹⁰⁹ Mas a diferença chave entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial norte-americano é que este último está principalmente preocupado com interpretação e doutrina, enquanto naquele debate os agentes que decidirão são capazes de focalizar firmemente na própria questão do aborto e naquilo que acarreta – no *status* ético do feto, na situação da mulher grávida e na importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, nos conflitos e dificuldades morais que tudo isso envolve e nas questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria desempenhar com relação a questões morais privadas. Tais são as questões que certamente precisam ser debatidas quando a sociedade está decidindo sobre o direito de aborto e tais são as questões às quais se dedica mais tempo nos debates legislativos e menos tempo nas deliberações judiciais.¹¹⁰

106 Veja, p. ex., Debate parlamentar 732, Câmara dos Comuns (5th ser.) (1966) 1152. Norman St. John-Stevas, um membro católico do parlamento que votou contra o projeto, começou sua argumentação, todavia, observando que “nós todos concordamos que este tem sido um debate de vital importância, conduzido em um nível digno das mais altas tradições desta Câmara”. *Ibid.* Depois ele passou a parabenizar o redator do projeto “pela maneira com que ele apresentou o Projeto, o que foi feito com extraordinária moderação e habilidade”. *Ibid.*

107 Quando menciono esse exemplo, meus amigos norte-americanos dizem que o parlamento britânico está organizado para tornar possíveis formas de debates que não são possíveis nos Estados Unidos. Bem, deixando de lado a questão de saber se os Estados Unidos deveriam ser vistos como um caso patológico, isso é simplesmente falso. O debate ao qual acabei de me referir funcionou porque a Câmara dos Comuns suspendeu uma de suas características distintivas – disciplina partidária forte – para fins dessa questão de direitos. Os membros do parlamento, na verdade, debateram o assunto muito mais no estilo de suas contrapartes norte-americanas, não necessariamente traçando uma linha partidária, mas apresentando suas próprias opiniões de maneira clara e enérgica.

108 DWORKIN, nota 3 supra, p. 33, 69-71.

109 Veja o editorial “*Half-Measures on British Freedoms*”. *N.Y. Times*, 17 de novembro de 1997, p. A22 (criticando a Lei de Direitos Humanos por não promover a passagem do Reino Unido para um sistema forte de controle de constitucionalidade).

110 Elena Kagan e outros sugeriram a mim que essa crítica da maneira como os tribunais discutem direitos é baseada em uma pressuposição de que aquilo que objetivamos proteger são os direitos

Tenho certeza de que existem mais coisas a serem ditas sobre a questão relacionada ao resultado. Pode-se certamente dizer que, assim como os tribunais lidam com questões de direitos de maneira que distorcem o que está realmente em jogo, também o raciocínio legislativo pode ser vergonhoso, na medida em que as maiorias legislativas agem por pânico, despreocupadamente ou simplesmente papagueando *slogans* populares ou sectaristas em seus pseudodebates.

A questão é: quais defeitos na deliberação deveriam ser vistos como normais e quais deveriam ser vistos como aberrações na maneira como se espera que as respectivas instituições – tribunais e parlamentos – devam se comportar?

A despeito da retórica de Dworkin sobre “órgãos de princípios”, penso que se espera que os tribunais se comportem do modo que eu tenho criticado, enfocando precedentes, textos, doutrinas e outros legalismos. Nossa pressuposição sobre os tribunais – pressuposição dois – diz respeito a instituições que se comportam dessa maneira, de fato, que se comportam bem de acordo com tais padrões (legalistas). No caso dos parlamentos, contudo, legislar de maneira apressada ou sectária não faz parte da teoria normal sobre o papel que cabe aos legislativos desempenhar. Não se trata do que deveríamos pressupor para a essência da argumentação da tomada de decisão legislativa em uma sociedade cuja maioria dos membros respeitam direitos. Pode haver alguns países – talvez os Estados Unidos – nos quais patologias legislativas específicas tenham-se desenvolvido. Se for o caso, então os norte-americanos deveriam confinar sua argumentação não essencial a favor do *judicial review* às suas próprias circunstâncias excepcionais.

V. Razões Relacionadas ao Processo

Dentre as razões que encontramos para estabelecer procedimentos decisórios de uma maneira ou de outra, algumas podem ter pouco a ver com resultados, sejam resultados específicos ou gerais. Elas dizem respeito, por sua vez,

morais. Se, por outro lado, aquilo que valorizamos é a proteção de nossos direitos legais, então esse modo de discussão não é tão apropriado como a minha crítica sugere. Não estou convencido. Aquilo que objetivamos proteger são os direitos e a questão é saber quais mecanismos disponíveis no Estado moderno são melhores para protegê-los e para facilitar a discussão inteligente sobre eles. Eu não parto do princípio de que o modo de discurso em um seminário de filosofia moral seja o mais apropriado. O que estou sugerindo aqui é que é importante, de uma maneira de outra, chegar às verdadeiras questões dos interesses humanos e das liberdades humanas que estão em jogo em nossas discordâncias. Uma maneira legalista de proceder pode ou não ser a melhor maneira de fazê-lo, mas seria bastante errado dizer que devemos valorizar o legalismo como um fim em si mesmo.

a voz ou imparcialidade ou outros aspectos do próprio processo. Como disse antes, parte-se frequentemente do princípio de que argumentos relacionados ao processo pesam inequivocamente contra o *judicial review*. Isso não é totalmente verdadeiro. Alguns argumentos fracos relacionados ao processo têm sido forjados por defensores da prática, e eu falarei sobre eles ao final desta parte. Mas é na maior parte verdadeiro: a preponderância das razões relacionadas ao processo pesa a favor dos parlamentos.

A questão da legitimidade política dos procedimentos decisórios em face da discordância sobre resultados pode ser colocada da seguinte maneira. (Temo que isso vá ser bastante abstrato.)

Imaginemos uma decisão sendo tomada por um determinado processo e imaginemos uma cidadã Cn – que será obrigada ou onerada pela decisão – discordando da decisão e perguntando por que ela deveria aceitar, cumprir ou tolerá-la. Algumas das pessoas que apoiam a decisão podem tentar persuadir Cn de que aquela está correta em sua substância. Mas eles podem não conseguir convencê-la, não por causa de qualquer obtusidade da parte de Cn, mas simplesmente porque ela continua (não sem razão) a sustentar um ponto de vista diferente sobre esse assunto tão debatido e sério. O quê então deve ser dito a Cn? Uma resposta plausível pode ser oferecida a ela dizendo respeito ao processo pelo qual a decisão foi tomada. Mesmo que ela discorde do resultado, ela pode ser capaz de aceitar que se chegou a ele de maneira imparcial. A teoria de uma resposta baseada no processo como essa é a teoria da legitimidade política.

Procedimentos de decisão política em geral tomam a seguinte forma. Por haver discordância sobre uma dada decisão, esta deve ser tomada por um grupo de indivíduos especificados {C1, C2... Cm} utilizando um procedimento de decisão especificado. A teoria do ônus da legitimidade deve explicar a razão pela qual é apropriado a esses indivíduos, e não a alguns outros, serem privilegiados para participar da tomada de decisão. Uma vez que Cn pode questionar, “Por que eles, e não eu?”, a teoria da legitimidade terá que fornecer a base para uma resposta a essa questão. Por ser um problema geral – não é só uma questão de perversidade idiossincrática de Cn – a teoria terá que dar uma resposta similar a questões similares formuladas por Co, Cp e todos os outros Cs não incluídos no grupo privilegiado de tomadores de decisão. Mas mesmo que a resposta seja aceita, a contenda ainda não terminou. A teoria da legitimidade tem também que fornecer uma resposta a outra questão que Cn pode propor: “No procedimento de tomada de decisão que foi utilizado, por que não foi dado maior peso aos pontos de vista daqueles tomadores de decisão que pensam como eu sobre a questão?”. Deve haver uma defesa do proce-

dimento decisório utilizado por {C1, C2... Cm}, não apenas uma defesa de sua qualidade de membro daquele grupo privilegiado.

Tornemos mais concreta essa álgebra abstrata. Suponha que uma cidadã que discorde da decisão legislativa sobre direitos e formule as duas questões que eu vislumbrei. Ela pergunta: (1) por que deveria esse grupo de aproximadamente 500 homens e mulheres (os membros do legislativo) ser privilegiado para decidir uma questão de direitos que afeta a mim e a outras 500 milhões de pessoas? e (2) mesmo que eu aceite o privilégio dado a esses 500, por que não foi dado maior peso aos pontos de vista daqueles legisladores com os quais eu concordo?

Nas democracias, os legislativos são erigidos de modo a fornecer respostas razoavelmente convincentes a essas duas questões.

A resposta à primeira questão é dada pela teoria das eleições imparciais para a composição do parlamento, eleições nas quais pessoas como Cn foram tratadas com igualdade, juntamente com seus concidadãos, para determinar quem seria privilegiado para fazer parte do pequeno grupo que toma decisões desse tipo. A resposta à segunda questão é dada pelos bem conhecidos argumentos de imparcialidade subjacentes ao princípio da decisão majoritária (DM). Não é minha tarefa defender isso aqui; a defesa de imparcialidade/igualdade da regra da decisão majoritária é bem conhecida.¹¹¹

Mais do que qualquer outra regra, a decisão majoritária (DM) é neutra em relação aos resultados contestados, trata os participantes com igualdade e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões. Quando discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos predispor uma questão antecipadamente de uma forma

morais. Se, por outro lado, aquilo que valorizamos é a proteção de nossos direitos legais, então esse modo de discussão não é tão apropriado como a minha crítica sugere. Não estou convencido. Aquilo que objetivamos proteger são os direitos e a questão é saber quais mecanismos disponíveis no Estado moderno são melhores para protegê-los e para facilitar a discussão inteligente sobre eles. Eu não parto do princípio de que o modo de discurso em um seminário de filosofia moral seja o mais apropriado. O que estou sugerindo aqui é que é importante, de uma maneira de outra, chegar às verdadeiras questões dos interesses humanos e das liberdades humanas que estão em jogo em nossas discordâncias. Uma maneira legalista de proceder pode ou não ser a melhor maneira de fazê-lo, mas seria bastante errado dizer que devemos valorizar o legalismo como um fim em si mesmo.

111 Para o teorema (na teoria da escolha social) de que a DM sozinha satisfaz condições elementares de imparcialidade, igualdade e racionalidade, veja SEM, Amartya K. *Collective Choice and Social Welfare*. [S.l.:s.n.], 1970, p. 71-74; e MAY, Kenneth O. "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision" 20 *Econometrica*, [S.l.], 680, 1952. Há também discussões úteis em BEITZ, Charles R. *Political Equality*. [S.l.:s.n.], 1989, p. 58-67; e DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*. [S.l.:s.n.], 1989, p. 139-41.

ou de outra e quando cada um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral a ser tratada como igual no processo, então a DM – ou algo parecido – é o princípio a ser utilizado.¹¹²

No entanto, e seu responder assim: entendo por que cidadãos como Cn têm direito a serem tratados como iguais em um processo de tomada de decisão sobre um assunto que afeta a todos eles. Mas, por que os 500 componentes do legislativo têm direito a serem tratados como iguais nesse processo? O que justifica o emprego que fazem da DM?

As respostas se referem à continuidade entre as respostas à primeira e à segunda questões no caso dos parlamentos. Para os legislativos, utilizamos uma versão da DM para escolher representantes e uma versão da DM para tomar decisões entre os representantes. A teoria é a de que, juntas, essas versões fornecem uma aproximação razoável do uso da DM como processo decisório entre a coletividade dos cidadãos como um todo (e, assim, uma aproximação razoável da aplicação dos valores subjacentes à DM à coletividade dos cidadãos como um todo).

Em geral, então, o que estamos dizendo a Cn é mais ou menos isto: você não é a única que questiona os procedimentos decisórios que utilizamos. Na verdade, milhões de indivíduos o fazem. E nós respondemos a cada um deles admitindo o questionamento de Cn e dando a ela uma oportunidade de opinar na decisão. Na realidade, tentamos dar a ela tanta oportunidade de opinar quanto podemos, embora, é claro, isso fique limitado pelo fato de que estamos tentando responder imparcialmente ao argumento que pode ser levantado seguindo as mesmas linhas para considerar a voz de cada cidadão individual. Conferimos a cada pessoa a maior oportunidade de opinar possível que é compatível com uma igual oportunidade de opinar para cada um dos outros. Este é o nosso princípio. E acreditamos que nossos complicados arranjos eleitorais e de representação satisfaçam à demanda de igualdade política – ou seja, de voz igual e de igual autoridade decisória.

É claro, no mundo real, a concretização da igualdade política através das eleições, da representação e do processo legislativo é imperfeita. Os sistemas eleitorais frequentemente possuem defeitos (por exemplo, arranjos insatisfa-

112 Ronald Dworkin me convenceu, conversando comigo, que a DM sozinha não é um princípio apropriado a ser usado em relação a questões de justiça de primeira ordem. Se estivéssemos em um bote salva-vidas superlotado e alguém tivesse que ser lançado ao mar, não seria apropriado usar a DM para decidir quem seria. A DM é um princípio apropriado, contudo, para escolher entre regras gerais. Se alguém no bote salva-vidas propuser que deveríamos tirar a sorte e outra pessoa sugerir que a pessoa mais velha deveria deixar o bote, então a DM parece uma base justa para escolher entre essas regras.

tórios para traçar fronteiras entre distritos eleitorais ou falta de proporcionalidade entre eles) e isso também vale para os procedimentos legislativos (por exemplo, um sistema de hierarquia por idade que compromete a imparcialidade no legislativo). Tudo isso pode ser reconhecido. Mas lembre-se de nossa primeira pressuposição: um conjunto de instituições legislativas – incluindo um sistema de eleições para o legislativo e um sistema de tomada de decisão dentro dele – em condições razoavelmente boas no que se diz respeito a esses valores democráticos de igualdade e imparcialidade.

Estamos pressupondo também que os legisladores e seus eleitores revejam esse sistema constantemente quanto à conformidade àqueles princípios. Por exemplo, em muitas democracias existem debates sobre sistemas concorrentes de representação proporcional, divisão de distritos eleitorais e procedimento legislativo. Cn pode reclamar que esses sistemas não são perfeitos e que não foram reformados tanto quanto deveriam. Mas uma boa teoria de legitimidade (para estados politicamente organizados do mundo real) contará com certa maleabilidade para acomodar defeitos inevitáveis. Falarei sobre imparcialidade razoável, não sobre imparcialidade perfeita. Não há dúvidas de que alguns sistemas eleitorais e legislativos deixam de atender mesmo a esses critérios generosos. Mas nosso argumento principal não deve abordar situações nas quais os sistemas legislativos e eleitorais são patológica ou incorrigivelmente disfuncionais.

Vamos retornar ao nosso caso essencial e à confrontação que estamos imaginando com nossa recalcitrante cidadã Cn. Que algo no sentido descrito acima possa ser dito em resposta à reclamação de Cn sobre a decisão de um parlamento razoavelmente bem organizado é importante para a legitimidade, mas não é conclusivo, pois Cn pode vislumbrar um procedimento diferente que seja ainda mais legítimo do que o procedimento legislativo. A legitimidade é parcialmente comparativa.¹¹³ Pela razão de diferentes instituições poderem produzir resultados diferentes, defender a legitimidade de uma dada instituição ou processo envolve demonstrar que tal instituição ou processo é ou poderia ser mais imparcial do que outros disponíveis e que poderiam chegar à decisão contrária.¹¹⁴

Então imaginemos agora – ou, em um sistema como os Estados Unidos, observemos – decisões sendo tomadas não por um legislativo, mas por um tribunal (digamos, a Suprema Corte dos Estados Unidos) quanto a uma questão difícil de direitos sobre a qual os cidadãos discordam. E uma cidadã – nova-

113 Veja WALDRON, nota 47 supra.

114 Veja MICHELMAN, nota 76 supra, p. 57-59.

mente a chamaremos de Cn – que discorda da substância de uma das decisões da Corte reclama desta. Ela pergunta: (1) por que esses nove homens e mulheres decidem o assunto? e (2) mesmo que decidam, por que deveriam tomar sua decisão utilizando o procedimento que empregam em vez de um procedimento que dê mais peso aos Juizes com pontos de vista que Cn apoia?

Essas questões são muito mais difíceis de serem respondidas para a Corte do que o foram para os legisladores. Sabemos de fonte segura que questionamentos como esses são frequentemente expressos com alarde do lado de fora da Corte e que os Juizes às vezes se incomodam com eles. (Agora é hora de fazer uma careta e não prestar atenção por alguns minutos, porque citarei o Juiz Antonin Scalia e irei citá-lo extensamente.)

Na verdade, estou incomodado tanto quanto a Corte... com a “pressão política” sobre a Corte: as passeatas, as cartas, os protestos com o objetivo de nos induzir a mudar nossas opiniões. Quanto isso é irritante, que tantos de nossos cidadãos (pessoas de bem, que obedecem às leis, de ambos os lados dessa questão do aborto e de diversos lados de outras questões também) achem que nós Juizes deveríamos levar em consideração os seus pontos de vista, como se estivéssemos envolvidos não com a apuração de um direito objetivo, mas com a determinação de algum tipo de consenso social. A Corte se beneficiaria, penso eu, se prestasse menos atenção a esse fenômeno lastimável e mais atenção à sua causa. Essa causa permeia a opinião de hoje: um novo modo de jurisdição constitucional que se pauta não no texto e na prática tradicional para apurar o direito, mas naquilo que a Corte chama de “julgamento arrazoado”, que vem a ser nada além de predileção filosófica e intuição moral.¹¹⁵

O Juiz Scalia continuou:

O que torna tudo isso relevante para a aplicação incômoda de “pressão política” sobre a Corte são os fatos geminados de que o povo norte-americano ama a democracia e de que o povo norte-americano não é tolo. Enquanto esta Corte pensava (e o povo pensava) que nós Juizes estávamos realizando aqui essencialmente trabalho de juristas – interpretando texto e discernindo o entendimento tradicional de nossa sociedade daquele texto – o público bem nos deixava em paz. Textos e tradições são

115 *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 999-1000 (1992) (Scalia, J., dissentindo) (citação omitida).

fatos para se estudar, não convicções para manifestações públicas de protesto. Mas se na realidade nosso processo de jurisdição constitucional consiste primariamente em fazer *juízos de valores*... então se pode esperar que a atitude de um povo livre e inteligente para conosco seja (*tenha* que ser) bem diferente. O povo sabe que seus julgamentos de valores são tão bons quanto aqueles ensinados em uma faculdade de direito – talvez melhores. Se, de fato, as “liberdades” protegidas pela Constituição, como a Corte *afirma*, são indefinidas e ilimitadas, então o povo *deveria* fazer manifestações, para protestar que nós não implementamos *seus* valores em vez dos *nossos*.¹¹⁶

Então, afirma Scalia, as questões de legitimidade são primordiais e os defensores do *judicial review* têm que descobrir uma resposta.

Primeiro, por que deveriam esses Juízes e apenas eles decidir o assunto? Uma resposta possível é que os Juízes foram nomeados e aprovados por agentes e órgãos com poder de assim decidir (o Presidente e o Senado) que possuem certas credenciais eleitorais. O Presidente é eleito e o povo com frequência sabe quais tipos de pessoas ele deve nomear para a Suprema Corte e os Senadores estadunidenses que têm que aprovar as nomeações também são eleitos, e seus pontos de vistas sobre esse tipo de coisa podem também ser conhecidos. Na verdade, os Juízes não são regularmente responsabilizados da maneira como o são os legisladores, mas, como já observamos, não buscamos a perfeição.

Então, o defensor do *judicial review* não está completamente incapacitado a falar em resposta ao questionamento de nossa cidadã: existe algo a dizer. Todavia, se a legitimidade é um assunto comparativo, então essa é uma resposta desconcertantemente inadequada.

O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas ele é evidentemente superior por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário. Os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os Juízes.

Segundo, mesmo que admitamos que as difíceis questões de direitos deveriam ser decididas por esses nove homens e mulheres, por que deveriam elas ser decididas por maioria simples de votos entre os Juízes? Aqui, a situação fica pior para os defensores do *judicial review*. Sempre me intri-

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1000-01.

gou o fato de que os tribunais tomam suas decisões por meio de votação, aplicando o princípio da DM a seus poucos membros. Eu sei que eles apresentam fundamentações e tudo o que discutimos acima. Mas, no final das contas, a coisa se resume a contagens individuais: 5 votos contra 4 na Suprema Corte dos EUA, independente dos argumentos que os Juízes forjaram. Se a DM for questionada nesse contexto, podemos responder mais ou menos da mesma maneira que imaginamos uma resposta em nome dos parlamentos? Na verdade, não, não podemos. A DM é apropriada para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios. No entanto, não consigo ver qualquer base moral para essa razão no caso dos Juízes da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. Sua reivindicação para participar é funcional, não é uma questão de prerrogativa.

Eu me encontro limitado por uma falta mais ou menos completa de atenção teórica ao uso da DM nos tribunais.¹¹⁷ Alguns acadêmicos escreveram sobre nossa experiência empírica de votar e sobre a estratégia de voto dos tribunais, outros indicaram novas maneiras de combinar os votos dos juízes nas questões específicas envolvidas em cada caso, em vez de ser assim para o resultado geral.¹¹⁸ Mas não estou ciente de qualquer defesa elementar do majoritarismo judicial.¹¹⁹

A defesa costumeira de imparcialidade-e-igualdade não se encontra disponível. Suspeito que se a utilização da DM pelos tribunais fosse ser defendida, isso se daria seja como um simples dispositivo técnico de decisão sem quaisquer ramificações teóricas adicionais¹²⁰ ou com fundamento no teorema do júri de Condorcet (maioria de votos por um grupo de julgadores aumenta aritmeticamente a competência do grupo para além da competência média de

¹¹⁷ Tento falar um pouco sobre isso em WALDRON, *Deliberação, discordância e eleição*, nota 14 supra, p. 215-24.

¹¹⁸ Veja, p. ex., KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. “The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts”. 81 *Cal. L. Rev.*, [S.1.], 1, 1993; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. “Unpacking the Court”. 96 *Yale L.J.*, [S.1.], 82, 1986; POST, David; SALOP, Steven C. “Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels”. 80 *Geo. L.J.*, [S.1.], 743, 1992.

¹¹⁹ Uma razão para isso é que os defensores do *judicial review* preferem não falar sobre o uso da votação por maioria simples entre os Juízes para decidir questões de direitos. Eles querem ser capazes de condenar a votação por maioria como característica dos legislativos. Se pressionados, é claro que reconhecerão que os juízes decidem questões por, digamos, maiorias de 5-4 ou 6-3 na Suprema Corte. Mas nunca na vida ouvi um defensor do *judicial review* incluir isso na discussão, muito menos tentar explicar a razão de ser esta uma boa ideia.

¹²⁰ Veja ARENDT, Hannah. *On Revolution*. [S.1.:s.n.], 1982, p. 163, (1963) (declarando que “o princípio da maioria é inerente ao próprio processo de tomada de decisão” e “tem chances de ser adotado quase automaticamente em todos os tipos de conselhos deliberativos e assembleias”).

seus membros).¹²¹ Se tal se der como da segunda forma, então a defesa da DM faz parte da argumentação relacionada com o resultado a favor da competência judicial, o que significa que ela terá que competir com uma argumentação similar que pode ser apresentada a favor de órgãos votantes muito maiores nos parlamentos.¹²² Como quer que essa discussão se desenvolva, meu ponto é o seguinte: não há argumento de imparcialidade adicional a favor do uso da DM pelos tribunais, como há para seu uso pelos legislativos.

Esses últimos pontos deveriam nos lembrar que as respostas que temos imaginado para o questionamento de Cn dos procedimentos legislativos e judiciais não são as únicas. Podemos também apresentar uma argumentação relacionada ao resultado para responder ao seu questionamento. Mas penso ter sido capaz de demonstrar nesta Parte e na Parte anterior que a argumentação relacionada ao resultado não é conclusiva (ou ela vai a favor dos parlamentos), enquanto a argumentação relacionada ao processo está quase que completamente do lado legislativo. Lembre-se também do que dissemos no final da Parte III. As razões de ambos os lados têm a ver com direitos. Se uma instituição ou outra fosse claramente superior para decidir quais direitos as pessoas realmente têm, então esse fato pesaria muito a favor dessa instituição. Mas esse não é o caso. Do lado do processo, as instituições que concedem autoridade final quanto a esses assuntos a juízes deixam de oferecer qualquer tipo de resposta adequada à reclamação de imparcialidade do cidadão comum fundamentada no princípio – não apenas no valor – da igualdade política. Essa falha poderia ser tolerável se houvesse uma argumentação convincente baseada em resultado a favor da tomada de decisão judicial. Os defensores do *judicial review* fingem que existe. Mas, como vimos acima, trata-se apenas de uma afirmação não confirmada.

Talvez estando cientes de tudo isso, os defensores do *judicial review* tentaram algumas cartadas finais para reconciliar a instituição que apoiam com os valores democráticos. Examinarei essas tentativas brevemente, porque não há muito que falar sobre elas.

121 MARQUÊS DE CONDORCET. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*. 1785, reimpresso em *Condorcet: Selected Writings*. 33 Keith Michael Baker ed. & trans., [S.l.:s.n.], 1976.

122 O teorema de Condorcet sustenta que quanto maior o grupo votante, maior o aprimoramento da competência do grupo a elevar-se acima da competência do eleitor individual médio através de votação por maioria. É claro, o resultado pressupõe que a competência do indivíduo médio é maior que cinquenta por cento. Para uma discussão das dúvidas de Condorcet sobre a aplicação dessa última condição, veja WALDRON, Jeremy. "Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited". 83 *Am. POL. SCI. Rev.*, [S.l.], 1317, 1322, 1989.

Em primeiro lugar, os defensores do *judicial review* alegam que os juízes não tomam suas próprias decisões sobre direitos; eles simplesmente aplicam decisões do povo que estão incorporadas em uma Declaração de Direitos, a qual tem, ela própria, credenciais democráticas, seja como legislação, seja como parte de uma constituição. Essa alegação não enfraquece o argumento essencial contra o *judicial review*. Estamos partindo do princípio de que a Declaração de Direitos não resolve discordâncias que existem em uma sociedade sobre direitos individuais e de minorias. Ela os influencia, mas não os resolve. Na melhor das hipóteses, os termos abstratos da Declaração de Direitos são lugares popularmente selecionados para disputas sobre essas questões. A pergunta que estamos examinando é: quem deve resolver essas questões que são disputadas nesses lugares.

Em segundo lugar, e com espírito bastante semelhante, os defensores do *judicial review* alegam que os juízes estão simplesmente aplicando o próprio pré-comprometimento da sociedade com os direitos. A sociedade amarrou a si própria ao mastro de determinados princípios de direito e, como os colegas de bordo de Ulysses, os juízes estão apenas garantindo que as cordas permaneçam bem atadas. Essa analogia comum foi completamente desacreditada na literatura.¹²³

De maneira breve, a resposta é que a sociedade não se comprometeu com qualquer ponto de vista específico sobre o que um dado direito acarreta, então, quando cidadãos discordam sobre isso, não fica clara a razão pela qual conceder aos juízes o poder de decidir deveria ser entendido como manutenção de um pré-comprometimento.

Contudo, se alguém insiste que a sociedade comprometeu-se com um ponto de vista específico sobre o direito em questão (e os juízes, ao votar entre si, de alguma forma reafirmam esse pré-comprometimento), uma vez que um entendimento alternativo do direito está em jogo, não fica claro por que o pré-comprometimento deveria ser mantido. O modelo de Ulysses funciona apenas quando o pré-comprometimento resguarda contra diversas aberrações, não quando ele resguarda contra mudanças de opinião em relação à discordância genuína quanto ao que deveria ser um resultado razoável.¹²⁴

Em terceiro lugar, os defensores do *judicial review* alegam que, caso os legisladores discordem de uma decisão judicial sobre direitos, eles podem fazer uma campanha para emendar a Declaração de Direitos para explicitamente anulá-la. Deixar de fazer isso corresponde a um endosso democrático

123 Veja ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound*. [S.l.:s.n.], 2000, p. 88-96 (lançando dúvida sobre alguns argumentos apresentados em ELSTER, Jon. *Ulysses And The Sirens: Studies In Rationality And Irrationality*. [S.l.:s.n.], 1984, p. 93); veja também WALDRON, nota 14 supra, p. 255-81.

124 Veja WALDRON, nota 14 supra, p. 266-70.

tácito. Esse argumento é imperfeito porque não defende a linha base que o processo decisório judicial estabelece. Emendar uma Declaração de Direitos envolve caracteristicamente uma maioria absoluta ou, se for uma lei no estilo britânico ou neozelandês, ela terá referências na cultura política que aumentam o interesse e o fardo associados ao esforço de emendar. Se nossa desapontada cidadã Cn perguntar por que as cartas deveriam ser dispostas dessa maneira escusa, a única resposta que podemos dar a ela remete à decisão judicial. E isso já foi considerado insuficiente.

Em quarto lugar, os defensores do *judicial review* insistem que juízes têm de fato credenciais democráticas: eles são nomeados e confirmados por autoridades eleitas e o tipo de nomeação judicial que um candidato a um cargo político provavelmente fará desempenha hoje em dia um papel importante na sua campanha eleitoral.¹²⁵ Isso é verdade; mas (como já observei) a questão é comparativa, e essas credenciais estão longe de competir com as credenciais democráticas de legisladores eleitos. Além disso, na medida em que aceitamos os juízes em virtude de suas credenciais democráticas, nós enfraquecemos o argumento afirmativo que é apresentado a favor do *judicial review* como uma forma nitidamente valiosa de um processo decisório político.

Em quinto e último lugar, os defensores do *judicial review* alegam que a prática pode ser justificada como um modo adicional de acesso à participação do cidadão no sistema político. Às vezes os cidadãos têm acesso ao sistema político como eleitores, às vezes como lobistas, às vezes como litigantes. Dizem que deveríamos avaliar a legitimidade do pacote completo dos vários modos de acesso do cidadão, não apenas as credenciais democráticas desse componente específico. A alegação é justa, mas podia ser melhor. Porém, incluir o *judicial review* em um conjunto mais amplo de modos de participação do cidadão não altera o fato de que esse modo de envolvimento dos cidadãos não se pauta em princípios de igualdade política normalmente vistos como cruciais para a democracia. As pessoas tendem a depositar suas esperanças no *judicial review* quando querem maior peso para suas opiniões do que conseguiriam com a política eleitoral. Talvez seja possível fazer com que esse modo de acesso pareça respeitável quando outras vias da mudança política estejam bloqueadas.¹²⁶ Discutiremos isso na parte VII. Mas as atitudes para

125 EISGRUBER, nota 13 supra, p. 4 (“Embora os juízes não sejam escolhidos por eleição direta, eles são, todavia, selecionados através de um processo que é tanto político quanto democrático... [Eles são escolhidos por autoridades eleitas: nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado... Os juízes têm... uma linhagem democrática: devem suas nomeações a seus pontos de vista políticos e a suas conexões políticas tanto quanto... a suas habilidades jurídicas”).

126 Veja ELY, John Hart. *Democracy And Distrust: A Theory Of Judicial Review*. [S.l.:s.n.], 1980.

com os concidadãos que o *judicial review* comunica não são respeitáveis no caso essencial que estamos considerando, qual o legislativo e os arranjos eleitorais estão em condições razoavelmente boas naquilo que diz respeito aos valores democráticos.

VI. A Tirania da Maioria

Quero conceder aos defensores do *judicial review* – para nosso caso principal – uma última mordida na maçã. A preocupação que mais comumente se expressa sobre o trabalho de um parlamento democrático é o de que, por ser ele organizado em uma base majoritária, os procedimentos legislativos podem dar expressão à “tirania da maioria”.

Esse medo é tão difundido, esse elemento de nossa cultura política é tão bem conhecido, a frase “tirania da maioria” é proferida com tanta facilidade,¹²⁷ que a necessidade de restrições judicialmente vigiadas às decisões legislativas tornou-se mais ou menos axiomática. Qual outra segurança as minorias têm contra a tirania da maioria?

Acredito que esse argumento comum seja seriamente confuso. Vamos aceitar, por enquanto, que a tirania seja aquilo que acontece a alguém quando seus direitos são negados. A primeira coisa a se reconhecer é que, de acordo com essa definição, a tirania quase sempre estará em jogo em qualquer discordância sobre direitos. Em qualquer desacordo sobre direitos, o lado a favor do entendimento mais expansivo de um dado direito (o lado que alega reconhecer um direito que o outro nega) pensará que o lado oposto é potencialmente tirânico. Por exemplo, consumidores de peiote pensarão que a sujeição de seus ritos sagrados às leis de narcóticos é tirânica. Oponentes das leis de financiamento de campanha pensarão que essas leis são tirânicas. Mas saber se estão certos é uma questão que fica em aberto. Algumas dessas alegações sobre a tirania estão sem dúvida corretas. Mas elas não se tornam corretas simplesmente porque foram apresentadas. De fato, em alguns casos, haverá alegações de tirania vindo de ambos os lados de uma questão de direitos. Os defensores dos direitos de aborto pensam que a posição pró-vida seria tirânica para as mulheres; mas as pessoas pró-vida pensam que a posição pró-aborto é tirâni-

127 Uma das críticas de Stuart Mill ao Democracia na América [*Democracy in America*] de Tocqueville foi apontar que o efeito político mais provável de se popularizar sua expressão “tirania da maioria” seria o de conceder às forças conservadoras maior retórica para se opor à legislação progressista. Veja MILL, John Stuart. *M. de Tocqueville on Democracy in America*. Edinburgh Rev., Oct. 1840, reimpresso em *Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and historical 1*, [S.l.:s.n.], 1973, p. 79-81 (1859).

ca para outra classe de pessoas (os fetos são pessoas, de acordo com eles). Alguns pensam que a ação afirmativa contra discriminação de minorias é tirânica; outros pensam que deixar de implementar programas de ação afirmativa é tirânico. E assim por diante.

Vamos admitir o que reconhecemos na Parte III, em nossa discussão sobre o paradoxo de Wollheim. As instituições democráticas chegarão às vezes a decisões incorretas sobre direitos e ao modo de aplicá-las. Isso significa que às vezes agirão de maneira tirânica. Mas o mesmo é verdade para qualquer processo decisório. Os tribunais também agirão tiranicamente às vezes.¹²⁸ A tirania, de acordo com a definição que estamos usando, é mais ou menos inevitável. É apenas uma questão de saber a quantidade de tirania que provavelmente haverá, o que foi objeto de nossa discussão na Parte IV.

A tirania de uma decisão política é agravada pelo fato de que ela é imposta por uma maioria?

Deixo de lado o argumento pedante de que o tribunal pode também tomar sua decisão por maioria de votos. A tirania por maioria popular (por exemplo, uma maioria de deputados eleitos, cada um apoiado por uma maioria de seus eleitores) é uma forma especialmente chocante de tirania? Não vejo como poderia ser. Ou dizemos que tirania é tirania independente do modo como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou dizemos – e este é o meu ponto de vista – que o aspecto majoritário realmente suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: ela não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais.

Isso pode parecer um pouco leviano, então, deixe-me abordar a questão de forma menos provocativa.

O receio mais comumente expresso sobre a autoridade legislativa irrestrita é o de que minorias ou indivíduos possam sofrer opressão em relação à maioria. Eles podem ser oprimidos, ou sofrer discriminação, ou ter seus direitos negados e violados em comparação aos daqueles da maioria, ou seus interesses podem ser indevidamente subordinados àqueles dos membros da maioria (por exemplo, prejudicados ou negligenciados de uma maneira que a justiça condena). Ao descrever essas formas de tirania, de opressão ou de injustiça, utilizamos os termos “maioria” e “minorias”. Mas, nesse contexto particu-

128 Eu não estou me referindo a seus pecados de omissão (deixar de nos proteger contra determinados abusos legislativos. Para exemplo de casos assim, veja nota 82 supra. Aqui, refiro-me a seus pecados de comissão: às vezes o poder de *judicial review* será exercido de forma tirânica para evitar que legislativos concedam ao povo (o que é na verdade) seus direitos. Para referência a alguns exemplos, veja nota 4 supra e texto que a acompanha.

lar, eles não se relacionam diretamente com os processos de decisão política. Deixe-me explicar.

Injustiça é aquilo que acontece quando os direitos ou interesses de minorias são erroneamente subordinados àqueles da maioria. Agora, nós admitimos que isso pode acontecer em consequência de uma tomada de decisão política majoritária. Quando isso acontece, contudo, precisamos distinguir, ao menos inicialmente, entre a maioria e minoria “decisória” e o que chamarei de maioria ou minoria “tópica”¹²⁹ – isto é, os grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em jogo na decisão.

Em alguns casos, a qualidade de membro da maioria decisória pode ser a mesma daquela da maioria tópica e a qualidade de membro da minoria decisória – aqueles que votaram contra a injustiça – pode ser a mesma daquela da minoria tópica. Isso é frequentemente verdadeiro no caso de injustiça racial, por exemplo: legisladores brancos (maioria decisória) votam a favor de privilégios para brancos (maioria tópica); legisladores negros perdem na batalha por direitos para negros. Esses são os casos, na minha opinião, com os quais deveríamos estar especialmente preocupados quando falamos da “tirania da maioria”.

Com essa distinção em mente, vamos retornar aos casos de discordância sobre direitos. Suponha que exista uma discordância em uma sociedade sobre os direitos de uma minoria tópica. Partindo do princípio de que essa discordância precisa ser conciliada, a sociedade terá que deliberar sobre ela e aplicar seus procedimentos decisórios à questão. Suponha que a sociedade utilize a DM para resolver esse assunto, que eu tome parte dessa tomada de decisão usando meu voto e que o lado em que eu vote perca. Sou dessa forma membro da minoria decisória sobre essa questão. Mas, até aqui, não foi demonstrado que nada de tirânico tenha acontecido a mim. Para fazer isso, teríamos que demonstrar duas coisas a mais: (1) que a decisão realmente foi errada e tirânica em suas implicações para os direitos das pessoas afetadas e (2) que eu era um membro da minoria tópica cujos direitos foram negativamente afetados por essa decisão errada.

129 Utilizo o adjetivo “tópico” porque seus direitos e interesses são o tópico da decisão. O termo “minorias tópicas” é um termo frouxo e sempre há chances de haver dúvidas sobre quem ele abrange (e o mesmo é verdade para “maiorias tópicas”). Mas a frouxidão não é problema. Mesmo tenuemente definidos, a distinção entre os termos minoria tópica e decisória nos permite ver que nem todos que votam no lado que perde em uma questão sobre direitos deveriam ser vistos como membros do grupo cujos direitos foram negativamente afetados pela decisão. Veja WALDRON, nota 14 supra, p. 13-14; WALDRON, *Pré-comprometimento e discordância*, nota 19 supra; WALDRON, *Direitos e maiorias*, nota 19 supra, p. 64-66.

O ponto a lembrar aqui é que nada de tirânico acontece a mim meramente em virtude do fato de a comunidade da qual sou membro não ter agido de acordo com minha opinião. Contanto que a opinião de acordo com a qual se age leve meus interesses em consideração juntamente com os das outras pessoas, o fato de minha opinião não ter prevalecido, em si, não é uma ameaça aos meus direitos, ou à minha liberdade ou ao meu bem-estar. Nada disso muda necessariamente caso eu seja também um membro da minoria tópica cujos direitos estão em questão. Pessoas – incluindo membros de minorias tópicas – não têm necessariamente os direitos que pensam ter. Elas podem estar erradas quanto aos direitos que têm; a maioria pode estar certa. Discussões responsáveis sobre “tirania da maioria” manterão essas colocações analíticas em mente.

Para resumir, a tirania da maioria é possível. Mas esse termo não deveria ser usado simplesmente para registrar o desacordo de alguém com o resultado de uma decisão da maioria. A maneira mais proveitosa de caracterizar a tirania da maioria é dizer que ela acontece quando minorias tópicas estão alinhadas com minorias decisórias. Na parte VII, examinarei a aplicação disso às chamadas “minorias discretas e insulares”.¹³⁰ Por ora, entretanto, podemos notar que esse tipo de alinhamento é exatamente aquilo que não deveríamos esperar ao partir das pressuposições essenciais que estamos considerando. A pressuposição três era a de que a maioria das pessoas e, portanto, a maioria dos membros de qualquer dada maioria decisória, importa-se com os direitos tanto quanto os membros de uma dada minoria decisória. E a pressuposição quatro sobre discordância era a de que a discordância não é normalmente motivada por interesses egoístas. A discordância é suficientemente explicada pela complexidade e pela dificuldade das próprias questões. O que Rawls chamou de “os fardos do juízo”¹³¹ vai precisamente contra o tipo de alinhamento entre opinião e interesses que, como acabamos de ver, discussões responsáveis sobre a tirania da maioria deveriam pressupor.

A conclusão, contudo, não é a de que a tirania da maioria seja algo com o qual não devemos nos preocupar. Antes, conclui-se que a tirania da maioria – caso esse termo esteja sendo usado de maneira responsável – é uma característica de casos não essenciais, nos quais as pessoas se importam pouco com direitos individuais ou de minorias que não sejam os seus. Não quero negar que isso aconteça. Mas acho que é importante enfatizar a sua incompatibilidade com minha terceira pressuposição e não tentar falar *simultaneamente*

130 Veja texto infra que acompanha notas 137-141.

131 RAWLS, *Liberalismo político*, nota 53 supra, p. 54-58.

sobre uma sociedade comprometida com direitos na qual a tirania da maioria seja, não obstante, uma possibilidade endêmica.

As distinções feitas nesta parte podem ajudar-nos a lidar com duas outras argumentações sobre o *judicial review*. Primeiro, Ronald Dworkin argumenta em *Direito da liberdade* [*Freedom's Law*] que o processo decisório democrático é inerentemente tirânico se os direitos das pessoas não forem respeitados. Isso é assim não apenas porque pode gerar resultados tirânicos, argumenta ele, mas porque o respeito aos direitos é uma condição de fundo para a legitimidade de qualquer sistema de tomada de decisão política. Dworkin não está apenas apresentando a bem conhecida alegação de que a democracia depende (de maneira constitutiva) de determinados direitos, como o direito ao voto ou, indiretamente, o direito à liberdade de expressão e à liberdade de associação. Sua alegação é mais sofisticada do que isso. Ele sustenta que processos como a DM não têm qualquer legitimidade em um contexto democrático (ou qualquer outro contexto) a menos que cada eleitor tenha certeza de que os outros o veem com igual interesse e respeito. Um grupo de terroristas decidindo o meu destino por decisão majoritária (mesmo através de um processo de DM no qual eu tenha direito a voto) não possui qualquer legitimidade que seja, porque essa condição de fundo não é satisfeita. Em geral, argumenta Dworkin, dificilmente pode-se esperar que uma pessoa aceite decisões majoritárias como legítimas se ela sabe que outros membros da comunidade não levam seus interesses a sério ou se as instituições estabelecidas da comunidade demonstram desprezo ou indiferença com ela ou com pessoas como elas.¹³²

Dworkin acha que isso refuta a objeção democrática ao *judicial review*.¹³³ suponha que uma lei seja promulgada por uma assembleia eleita e então questionada por um cidadão com o fundamento de que ela enfraquece o direito D, um direito que é uma condição da legitimidade democrática. Nós imaginamos que outras pessoas discordarão, algumas porque pensam que D não é uma condição da democracia, outros porque entendem D de uma maneira bem diferente. Suponha que a questão seja entregue para um tribunal decidir de modo definitivo e que o tribunal revogue a lei, aceitando o questionamento do cidadão. Existe aí uma perda para a democracia? A resposta, afirma Dworkin, depende completamente do fato de a Corte tomar a decisão correta ou não. Se tomar – isto é, se a lei fosse realmente incompatível com direitos necessários como condição para aplicação legítima da DM – então a

132 DWORKIN, nota 10 supra, p. 25.

133 Dworkin é cuidadoso ao dizer que não se trata de um argumento a favor do *judicial review*. Ibid., p. 7 (“A democracia não insiste para que juízes tenham a última palavra, mas ela não insiste para que não a tenham”).

democracia será certamente aprimorada por aquilo que o tribunal fez, pois a comunidade está agora mais democraticamente legitimada do que estaria se permitisse que a lei permanecesse.¹³⁴

Há muitas coisas erradas com esse argumento, algumas das quais eu apontei em outro lugar.¹³⁵ Em primeiro lugar, Dworkin parece estar sugerindo que se uma decisão política disser respeito à democracia, então não há qualquer questão interessante a ser levantada sobre o processo institucional pelo qual a decisão foi tomada. E isso me parece errado. Se uma decisão sobre o processo majoritário (ou sobre as condições de sua legitimidade) for tomada utilizando algum procedimento que, por exemplo, impeça a participação de mulheres, objeções àquele procedimento baseadas na igualdade não seriam desqualificadas simplesmente porque a legitimidade do processo majoritário foi na verdade a matéria em questão. Nós nos importamos com valores de processo, mesmo quando o processo é o que está em jogo em nossas discordâncias.

Mas a objeção mais reveladora é esta. Vamos aceitar a premissa de Dworkin – de que os procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que respeitam os direitos uns dos outros. Isso pode ser interpretado de duas maneiras: (1) os procedimentos democráticos são legítimos somente entre pessoas que possuem um ponto de vista correto sobre os direitos uns dos outros e que agem de acordo com ele ou (2) os procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que levam os direitos uns dos outros a sério e que, de boa fé, tentam tudo o que podem para imaginar o que são esses direitos. A primeira interpretação é forte demais; nenhum sistema político imaginável a satisfaz. E não posso ver qualquer objeção à segunda interpretação da premissa de Dworkin. Mas, se a interpretarmos dessa maneira, então a premissa de Dworkin será satisfeita pelo tipo de sociedade que estamos levando em consideração neste ensaio. Mesmo que as pessoas discordem sobre direitos, elas podem levar os direitos uns dos outros a sério. Maiorias decisórias podem prevalecer. Às vezes elas estarão certas e às vezes, erradas. Mas isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e isso sozinho não pode enfraquecer sua legitimidade, contanto que as minorias tópicas tenham uma garantia de que a maior parte dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério.

134 Ibid., p. 32-33 (“Se admitimos que a decisão do tribunal estava errada, então nada disso é verdade. Certamente atrapalha a democracia quando um tribunal com autoridade toma a decisão errada sobre o que as condições democráticas exigem – mas não mais do que o faz quando um legislativo democrático toma uma decisão constitucional errada que permanece em vigor. A possibilidade de erro é simétrica”).

135 Para uma resposta completa, veja WALDRON, nota 14 supra, p. 282-312.

Segundo, podemos também usar as distinções desenvolvidas nesta Parte para nos ajudar a lidar com a alegação de que o processo decisório legislativo sobre direitos quando não passível de revisão envolve a maioria, sendo o juiz em causa própria. Aqueles que invocam a máxima *nemo iudex in sua causa* nesse contexto dizem que ela exige que uma decisão final sobre direitos não deveria ser deixada nas mãos do povo. Em vez disso, ela deveria ser passada às mãos de uma instituição independente e imparcial, tal como um tribunal.

É difícil ver a força desse argumento. Praticamente qualquer regra decisória concebível irá eventualmente envolver alguém decidindo em causa própria. A menos que vislumbremos uma cadeia literalmente infinita de recursos, sempre haverá alguma pessoa ou instituição cuja decisão é final. E dessa pessoa ou instituição, podemos sempre dizer que, por ter ela a última palavra, seus membros estão *ipso facto* julgando a aceitabilidade de seu próprio ponto de vista. Invocações fáceis de *nemo iudex in sua causa* não são desculpa para esquecer a lógica elementar da legitimidade: as pessoas discordam e há necessidade de uma decisão final e de um procedimento decisório final.

O que esse argumento a favor da necessidade do *judicial review* pode querer dizer é que os membros da maioria tópica – isto é, a maioria cujos direitos e interesses estão em jogo – não deveriam ser aqueles cujos votos são decisivos para determinar se tais direitos e interesses devem permanecer sendo preponderante. E há motivos legítimos para preocupação quando maiorias tópicas se alinham com maiorias decisórias (se esse alinhamento for endêmico, então eu penso que estamos lidando com um caso não essencial, por razões que explicarei na Parte VII.) Mas é notável o quão raramente isso acontece, inclusive quão raramente isso acontece nos tipos de casos com os quais normalmente se lida através do *judicial review* nos Estados Unidos. Pense nos dois exemplos que mencionei mais cedo: aborto e ação afirmativa. Em nenhum dos casos existe o tipo de alinhamento que pode ser preocupante. Muitas mulheres apoiam os direitos de aborto, mas assim também o fazem muitos homens e muitas mulheres se opõem a esses direitos. Muitos afro-americanos apoiam a ação afirmativa contra discriminação de minorias, mas assim também o fazem muitos membros da maioria branca e muitos afro-americanos se opõem a ação afirmativa. Isso é o que deveríamos esperar de uma sociedade na qual nossas pressuposições três e quatro, detalhadas na Parte II, são satisfeitas. Deve-se esperar que as pessoas que levam os direitos a sério discordem delas. Todavia, é um sinal de que levam os direitos a sério o fato de que essas discordâncias serão relativamente independentes das posições pessoais que indivíduos tomam nesse assunto.

VII. Casos não Essenciais

Os argumentos que apresentei até aqui foram baseados em quatro pressuposições bastante exigentes. O que acontece com esses argumentos quando as pressuposições falham ou em sociedades nas quais as pressuposições não se sustentam? Penso especialmente na minha primeira pressuposição de que uma sociedade possui instituições democráticas e legislativas em boas condições no que diz respeito à igualdade política e na minha terceira pressuposição de que os membros da sociedade que estamos levando em consideração estão de modo geral comprometidos com a ideia de direitos individuais e de minorias. Para muitas pessoas, acho que a argumentação a favor do *judicial review* se apoia na recusa de aceitar essas pressuposições. O *judicial review* é, em parte, uma resposta às falhas notadas de instituições democráticas ou ele é, em parte, uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam os direitos suficientemente a sério (então eles precisam que um tribunal faça isso por eles). Em resumo, aqueles que apoiam essa prática dirão que precisamos do *judicial review* sobre a legislação no mundo real, não no mundo ideal definido por minhas pressuposições.

É preciso dizer uma série de coisas em resposta a isso antes de nos voltarmos para algumas questões específicas sobre os casos não essenciais. Primeiro, as pressuposições sobre as quais tenho trabalhado não são irreais. A pressuposição três, por exemplo, de um comprometimento geral com direitos na sociedade, é bem facilmente satisfeita, dado que a argumentação a favor do *judicial review* quase sempre pressupõe que de alguma forma a sociedade para a qual o *judicial review* é vislumbrado tem uma Declaração de Direitos que mantém alguma relação real com os pontos de vista dos cidadãos. A primeira pressuposição foi sobre arranjos eleitorais e legislativos estando em condições razoavelmente boas, mantendo em mente que, mesmo em nome da igualdade política, não temos o direito de exigir perfeição. Também, na Parte V, quando falei sobre a legitimidade dos legislativos e dos tribunais, enfatizei novamente que meu argumento não dependia da existência de uma resposta perfeita às demandas dos cidadãos individuais relativas a voz e participação. A argumentação a favor da legitimidade do processo decisório legislativo não depende de qualquer pressuposição de uma perfeição utópica das instituições legislativas e nem de que elas incorporem perfeitamente o princípio da igualdade política em seus aspectos eleitorais e procedimentais. Depende de essas instituições estarem explicitamente orientadas para esse princípio, organizadas de uma maneira projetada para satisfazer o princípio e fazerem esforço razoável para satisfazê-lo. Finalmente, tomei o cuidado de citar as delibera-

ções reais de um legislativo real – a Câmara dos Comuns deliberando sobre o Projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez de 1966 – como um exemplo do modo como os parlamentos podem trabalhar, não como algo forjado a partir de um *a priori* filosófico.

Tendo dito tudo isso, podemos ainda perguntar: o que acontece com a argumentação contra o *judicial review* se as pressuposições não forem satisfeitas?

Nos casos em que as pressuposições não se sustentam, a argumentação contra o *judicial review* apresentada neste ensaio não subsiste. Como enfatizei na Parte II, a minha argumentação é condicional.¹³⁶ Contudo, não segue daí que o *judicial review* da legislação seja defensável sempre que as pressuposições não subsistirem. Pode haver outros bons argumentos contra o *judicial review* que não estejam condicionados por pressuposições como as minhas. Ou pode ser o caso de que o *judicial review* não ofereça qualquer esperança de melhoramento para uma situação específica. Pode não ser apropriado adotar o *judicial review* sobre a legislação se o processo decisório judicial em uma sociedade não for menos corrupto ou menos preconceituoso do que o processo decisório legislativo. Os argumentos que levamos em consideração para o caso essencial são em grande parte comparativos e sua lógica se aplica aos casos não essenciais também.

Suponha que estejamos lidando com um caso que não é essencial em virtude de não subsistir a minha primeira pressuposição: neste caso, os legislativos são inadequadamente representativos ou deliberativos, o sistema eleitoral está comprometido e os procedimentos utilizados nos parlamentos não mantêm mais qualquer relação digna de crédito com a legitimidade política.

Duas questões surgem então: (1) É possível melhorar a situação no que diz respeito ao parlamento? (2) O poder de decisão final para questões importantes de direitos deveria ser concedido aos tribunais, partindo do princípio de que os tribunais lidariam melhor com esses assuntos?

As questões são independentes, pois bem podemos pensar que algumas questões de direitos são urgentes demais para aguardar o surgimento de um legislativo mais responsável e representativo. Mas elas não são absolutamente independentes. Conceder poder final de decisão aos tribunais pode bem tornar mais difícil reformar o parlamento ou desenvolver o *ethos* legislativo que a primeira pressuposição, e talvez também a terceira, pressupõe. Já ouvi especulação nesse sentido sobre os Estados Unidos: a ideia é a de que os legislativos estadunidenses, especialmente os estaduais, funcionam de maneira irres-

¹³⁶ Veja texto *supra* que acompanha a nota 43. Para um exemplo de fracasso do argumento, veja WALDRON, nota 47 *supra*.

ponsável e deixam de levar os direitos a sério porque o fato de saberem que os tribunais estarão disponíveis para auxiliar torna mais difícil desenvolver uma cultura responsável entre os legisladores. O que isso é verdadeiro, eu não sei. Mas certamente merece ser levado em consideração.

Quero terminar discutindo uma maneira bem conhecida pela qual minha primeira pressuposição pode ser vista como não satisfeita. Tenho em mente a sugestão do Juiz Stone na famosa nota de rodapé número quatro de *Carolene Products*: “preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tende seriamente a restringir o funcionamento daqueles processos políticos com os quais se pode ordinariamente contar para proteger minorias...”¹³⁷ Isso me parece uma forma excelente de caracterizar o tipo de caso não essencial para o qual a argumentação a favor do *judicial review* sobre decisões legislativas apresenta alguma plausibilidade. As minorias nessa situação podem precisar de cuidados especiais que apenas instituições não eleitorais podem proporcionar – cuidado especial para proteger seus direitos e cuidado especial (como aponta John Hart Ely) para reparar o sistema político e facilitar sua representação.¹³⁸

Precisamos tomar cuidado com esse argumento, entretanto. Segue do que afirmo na Parte VI que nem toda minoria merece esse tratamento especial: com certeza nem toda minoria decisória e nem toda minoria tópica.¹³⁹ Não há razão para supor que mesmo cada minoria crônica mereça esse tratamento especial, com certeza nem toda minoria decisória crônica – bolcheviques nos Estados Unidos, por exemplo.

Muito frequentemente a expressão “discreta e insular” é usada irrefletidamente. Nem toda minoria distinta e identificável é discreta e insular. Não há nada mágico na linguagem do Juiz Stone. Mas, se levados a sério, os adjetivos “discreta” e “insular” são úteis, pois transmitem não apenas a ideia de uma minoria que existe separada do processo decisório político – em outras palavras, uma minoria tópica –, mas também uma minoria cujos membros estão isolados do resto da comunidade no sentido de não compartilhar muitos interesses com não membros que lhes permitiriam construir uma série de coalizões para promover seus interesses. O alinhamento das minorias decisórias e

137 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938); veja também WHITTINGTON, Keith E. “An ‘Indispensable Feature’? Constitutionalism and Judicial Review”. 6 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol’y*, [S.L.], 21, 31, 2002 (dizendo que negligenciar essa ideia em meu *Direito de discordância* é “notável da perspectiva de uma teoria constitucional norte-americana”).

138 ELY, nota 126 supra, p. 135-70.

139 TUSHNET, nota 11 supra, p. 159 (“Toda lei anula os pontos de vista da minoria que perde... Temos que distinguir entre meros perdedores e minorias que perdem por não conseguir se proteger na política”).

tópicas, contra o qual chamei atenção na Parte VI, é um bom exemplo de “insularidade” nesse sentido. E é motivo de preocupação.

O que dizer do outro critério mencionado pelo Juiz Stone – de que a minoria é vítima de preconceito? O preconceito difuso certamente é incompatível com a terceira e a quarta pressuposições. Ele conota indiferença ou hostilidade com os direitos dos membros do grupo e isso pode levar os membros da maioria a divergir de forma irracional das estimativas que os membros minoritários têm de seus próprios direitos. Mas o termo “preconceito” pode ser estreito demais e suas conotações podem deixar de captar a profundidade da antipatia arraigada entre um grupo e outro.¹⁴⁰ A questão não é insistir em qualquer modo de antipatia, mas distinguir entre seus vários modos e o fenômeno da discordância razoável sobre direitos.¹⁴¹

Em tais casos, o argumento essencial contra o *judicial review* que eu delineei não pode ser sustentado. Mas, novamente, isso não equivale a dizer que se apresentou um argumento a favor daquele. Tudo depende de saber se as maiorias judiciais estão infectadas pelos mesmos preconceitos das maiorias legislativas. Se estiverem, então o caso pode ser, além de não essencial, irremediável.

A prática do *judicial review* não pode fazer nada a favor dos direitos de minorias se não houver o apoio de toda a sociedade aos direitos de minorias. A argumentação positiva que frequentemente se apresenta a favor do *judicial review* nessas circunstâncias parte do princípio de que existe algum respeito pelos direitos relevantes de minorias fora da própria condição de membro de uma minoria, mas que isso está confinado principalmente a elites políticas. A ideia é que os membros mais comuns da maioria não compartilham essa simpatia. Agora os membros da elite que de fato a compartilham – chamá-los-ei de simpatizantes da elite – podem estar no legislativo ou então no judiciário. O argumento em prol de conceder autoridade final aos juízes é o de que os simpatizantes da elite que estão no judiciário estão mais bem capacitados do que os simpatizantes da elite no legislativo para proteger a si próprios quando conferem direitos aos membros de uma minoria impopular. Eles estão menos vulneráveis ao clamor público e não precisam se preocupar com retaliações. Têm, por isso, maior probabilidade de proteger a minoria.

140 Veja LAWRENCE III, Charles R. “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism” 39 *STAN. L. Rev.*, [S.L.], 317, 1987. Agradeço a Ian Haney-Lopez por enfatizar este ponto.

141 É importante também distinguir preconceitos e pontos de vista fortemente fundados em bases religiosas ou éticas. Não deveríamos ver os pontos de vista dos defensores pró-vida como preconceitos simplesmente porque não compartilhamos das mesmas convicções que os sustenta. Quase todos os pontos de vista sobre direitos – incluindo aqueles dos pró-aborto – têm bases em sentimentos profundos e, em última análise, em convicções de valores firmes e arraigados.

Percebam como esse argumento a favor do *judicial review* depende de uma pressuposição específica sobre a distribuição de apoio aos direitos de minorias. Presume-se que a simpatia seja mais forte entre as elites políticas. Se isso for falso – se a simpatia for mais forte entre pessoas comuns – então não há razão para aceitar o argumento do parágrafo anterior. Pelo contrário, instituições eleitas podem ser melhores para proteger direitos de minorias porque os arranjos eleitorais fornecerão uma maneira de canalizar o apoio popular aos direitos de minorias para o parlamento, ao passo que tais canais não existem para o judiciário. Sem dúvida, a distribuição de apoio aos direitos de minorias varia caso a caso. Mas acho interessante que a maioria dos defensores do *judicial review*, quando partem do princípio de que haverá algum apoio aos direitos das minorias na sociedade, estejam convencidos de que esse apoio será, em todos os casos, encontrado entre as elites, se forem encontrados em qualquer lugar. Eles defenderão isso como uma alegação empírica, mas devo dizer que isso está inteiramente em consonância com antigos preconceitos sobre o processo decisório democrático.

Outro fator a ser considerado é saber se uma prática estabelecida de *judicial review* facilitará ou dificultará, no longo prazo, remediará as disfunções eleitorais e legislativas que estamos imaginando aqui. Em determinadas circunstâncias, minorias discretas e insulares podem se beneficiar da intervenção judicial para proteger seus direitos. Mas institucionalmente, a solicitude judicial pode piorar a situação ou ao menos não conseguir torná-la muito melhor. Como os Estados Unidos descobriram nas décadas de 1950 e 1960, apesar de toda a agitação dos ataques judiciais à segregação em *Brown* e outros casos, o que foi necessário no final das contas foi uma forte intervenção legislativa (na forma da Lei dos Direitos Humanos), e revelou-se que a principal diferença não se dava entre os tribunais e os legislativos *per se*, mas entre as instituições federais e as estaduais, com o legislativo federal desempenhando um papel decisivo.

No geral, não deveríamos interpretar a nota de rodapé de *Carolene Products* ou qualquer doutrina similar como uma forma de “alavancar” uma prática mais geral do *judicial review*.¹⁴² O problema de minorias discretas e insulares não deve ser visto como um tipo de Cavalo de Troia para o *judicial review* ou como uma base para atrapalhar os argumentos contra ele. O objetivo de levar tais casos em consideração não é defender o *judicial review*; antes, é o de se fazer aquilo que assegure da melhor forma os direitos das minorias atingidas. Deveríamos focar diretamente nisso, conscientes do fato de que não

¹⁴² Veja TUSHNET, nota 11 supra, p. 158-63, para uma boa discussão geral dos limites sobre a utilidade dessa linha argumentativa para apoiar o *judicial review*.

há qualquer argumento geral convincente a favor do *judicial review* a partir do qual este poderia ser tratado como um tipo de vanguarda ideológica.

Conclusão

Eu não tentei demonstrar que a prática do *judicial review* da legislação é inapropriada em todas as circunstâncias. Antes, tentei demonstrar a razão pela qual o *judicial review* baseado em direitos é inapropriado para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é o fato de suas instituições legislativas serem disfuncionais, mas o fato de que seus membros discordam sobre direitos.

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentam, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos.

Talvez haja circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de ofuscação e cerceamento valham a pena ser suportados por certo tempo. Mas os defensores do *judicial review* devem começar a fazer suas alegações a favor da prática francamente sobre essa base – e fazê-lo com um grau de humildade e vergonha em vista das circunstâncias que a fizeram surgir – em vez de pregá-la aos quatro cantos como o epítome do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da moderna democracia constitucional.