

As constituições são legítimas?¹

Are constitutions legitimate?

Andrei Marmor²

Resumo

O artigo critica o constitucionalismo sobre o ponto de vista de sua legitimidade moral. Para tanto, o Autor, na primeira parte, inicia expondo as principais características do constitucionalismo, que chama de “pacote constitucional”: supremacia normativa da constituição, revisão judicial, longevidade, rigidez, conteúdo bidimensional, generalidade/abstração. Na segunda parte, na qual é iniciada a análise crítica, o Autor argumenta que o propósito e o fundamento lógico do constitucionalismo, a saber, proteger alguns princípios do Estado e certos direitos morais e políticos do processo de decisão democrático ordinário, são frágeis no que diz com sua legitimidade moral, por duas razões básicas: o problema da vinculação de gerações futuras e o problema do pluralismo. Na terceira parte, o Autor explica, para depois criticar, quatro dos principais argumentos dos adeptos do constitucionalismo, a saber, os argumentos da oportunidade, da estabilidade, da prática e dos limites inerentes à regra da maioria, os quais estariam destinados a suplantar os dois problemas de legitimidade moral ao constitucionalismo apresentados pelo Autor na segunda

¹ Título original: *Are Constitutions Legitimate?*. Este artigo foi originalmente publicado no **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v.20, n.1, p.69-94, jan. 2007. Traduzido por José Guilherme Giacomuzzi, Doutor em Direito pela George Washington University Law School.

Nota do Tradutor: mantive a numeração das notas de rodapé fiel ao texto original, mas adaptei o formato das citações ao padrão brasileiro da ABNT e não traduzi os títulos das obras; quando a obra citada já foi traduzida ao português, indiquei isso entre colchetes. Algumas vezes deixei o texto original entre parênteses logo após a tradução e noutras apus uma nota explicativa indicada por um asterisco (*), para que o leitor fizesse sua opção de tradução. O resumo/abstract e as referências ao final foram preparados por mim, porque não constam do texto original. Agradeço ao Professor Andrei Marmor por gentilmente permitir a presente tradução, bem como ao **Canadian Journal of Law & Jurisprudence** por permitir a publicação.

² Maurice Jones Jr. Professor of Philosophy and Law, Director of the Center for Law and Philosophy, University of Southern California, USA.

parte. Seguem, em resumo, duas conclusões, uma no campo da interpretação constitucional e outra no da estrutura constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Legitimidade moral. Revisão judicial. Democracia.

Abstract

The article criticizes constitutionalism from a standpoint of its moral legitimacy. To do so, Marmor begins by explaining the main elements of constitutionalism, which he calls “constitutional package”: normative supremacy, judicial review, longevity, rigidity, two-pronged content, and generality/abstraction. In the second section, in which the critic itself is initiated, the author argues that the purposes and the rationale of constitutionalism, vis., to shield certain principles of government and moral/political rights from the ordinary decision making process, are hardly morally legitimate, for two main reasons: inter-generational issue and the problem of pluralism. In the third section, the Author explains, to criticize right after, four of the main arguments presented by the defenders of constitutionalism, viz., the argument from stability, from opportunity, from practice, and from the inherent limits of majority rules, which were supposedly directed to address the two main problems of moral legitimacy offered by the Author in the previous section. It follows, in short, two main conclusions, one in the domain of constitutional interpretation, another in the domain of constitutional design.

Keywords: *Constitutionalism. Moral legitimacy. Judicial review. Democracy.*

O liberalismo pode não ter vencido a batalha global como previsto por alguns comentadores, mas o constitucionalismo certamente o fez. A vasta maioria dos países no mundo, pouco importando se democráticos ou não, promulgaram constituições escritas que se destinam a entrincheirar a estrutura jurídica básica de seus regimes. A maioria das constituições também enumera uma lista de direitos e princípios gerais que pretendem situar-se acima do direito ordinário, e a maioria dos países confia a interpretação de suas constituições a um tribunal. Não tentarei especular aqui sobre o porquê isso é assim. Meu objetivo é escrutinar a ideia do constitucionalismo a partir de um ponto de vista

moral, sustentando que o constitucionalismo não merece inteiramente os louvores que tem provocado.

O argumento procede da seguinte forma: depois de um esboço preliminar das características principais do constitucionalismo, apresento o que penso serem as principais inquietações morais sobre sua legitimidade. Considero então vários argumentos que têm sido apresentados para responder a essas inquietações, sustentando que os argumentos apresentados fracassam no seu propósito. Concluo com algumas palavras sobre as implicações morais desse fracasso e algumas sugestões de reforma.³

1 O pacote constitucional

O constitucionalismo vem em diferentes pacotes, variando segundo uma dimensão importante, que chamarei de “robustez”. Os principais elementos da robustez são compostos pelo grau de “rigidez” da constituição, pelo poder relativo dos tribunais de determinar o conteúdo da constituição e pelo poder dos tribunais de prevalecer sobre o poder do parlamento democrático. Explicarei tudo isso em breve. Primeiro, uma clarificação terminológica.

A palavra “constituição” é ambígua. Quando falamos sobre a constituição de uma ordem jurídica, ou seu direito constitucional, podemos nos referir à estrutura básica do sistema jurídico em questão. Todo sistema jurídico, enquanto tal, deve ter algumas regras ou convenções que determinam quem produz o direito naquele sistema jurídico, e como;

³ Sou grato a Scott Altman, Richard Bronaugh, Marshall Cohen, Chaim Ganz, Elizabeth Garret, Alon Harel e Wil Waluchow por comentários úteis feitos em versões anteriores. Seja-me permitida uma nota apoloética sobre bibliografia: a literatura sobre a crítica do constitucionalismo é vasta, particularmente nos Estados Unidos. Dúzias de livros e centenas de artigos tratam sobre muitos, se não todos, os temas que discuto aqui. Eu jamais conseguiria fazer justiça a toda essa literatura, e tenho certeza de que a maioria dos argumentos que desenvolvo já foi aludido por alguém em algum lugar. Meu propósito aqui é apresentar um tratamento sistemático, mas não enciclopédico, do debate sobre a legitimidade moral do constitucionalismo. Tentei incorporar referências relevantes, mas as notas não pretendem ser exaustivas.

quem deve interpretá-lo e aplicá-lo aos casos particulares; quais são os principais órgãos do Estado e qual é sua autoridade etc. Nesse sentido de “constituição”, todo e qualquer sistema jurídico, enquanto tal, tem necessariamente uma constituição. A maioria dos países, porém, tem mais que isso; eles têm uma *constituição escrita*, a saber, um documento (ou, algumas vezes, um número limitado de documentos) que contém a formulação canônica da constituição do país. Na teoria, a existência de um documento que seja referido como “A Constituição” não deveria fazer diferença. Na prática, porém, isso tipicamente ocorre. O fundamento lógico essencial das constituições escritas é afastar do processo legislativo ordinário algumas decisões morais/políticas importantes. Nos regimes democráticos – e doravante neste artigo vou-me restringir à discussão do constitucionalismo nas democracias⁴ – o ponto essencial das constituições escritas, junto com o poder jurídico da revisão judicial (*judicial review*), é afastar algumas decisões dos processos legislativos democráticos ordinários; em essência, escudá-las da regra da maioria. Sem dúvida essa não é uma característica necessária das constituições escritas. Na prática, porém, quase todas elas têm essa característica essencial nalguma medida.⁵ Portanto, de agora em diante, vou-me referir à ideia de uma constituição, ou constitucionalismo, nesse segundo sentido.

Há seis principais traços das constituições que são característicos e moralmente significativos. Cito-os aqui resumidamente:

Supremacia Normativa. As constituições pretendem estabelecer e regular a estrutura básica dos sistemas jurídicos, e por isso elas são tidas como normativamente superiores a todas as outras formas de legislação. A constituição, como dizemos, é *a lei suprema do país* (*the*

⁴ E vou-me restringir a constituições de países, não de estados-membros e regiões. Estas suscitam questões político-morais muito diferentes.

⁵ A razão principal para a existência de um documento constitucional fazer tanta diferença consiste no fato de que sem um documento canônico como esse os tribunais encontrariam muita dificuldade em exercer seu poder de revisão. Em regra, esse poder é conferido às cortes pelo documento constitucional. Mas mesmo que não o seja, o documento permite que as cortes mantenham mais facilmente o parlamento sob seu poder de revisão.

supreme law of the land).⁶ Geralmente se presume que, se as provisões constitucionais não prevalecerem sobre a legislação ordinária, então não há qualquer razão para ter uma constituição. Vou, portanto, assumir que esse é um traço essencial das constituições escritas.

Revisão Judicial. A fim de implementar a supremacia da constituição, os sistemas jurídicos tipicamente entregam a aplicação e interpretação do documento constitucional nas mãos do judiciário. Algumas constituições estabelecem uma corte constitucional especial para esse propósito, outras deixam a tarefa nas mãos do sistema judiciário ordinário.⁷ O ponto essencial aqui, porém, é o de ser o judiciário que determina o que a constituição significa, e tais decisões judiciais devem prevalecer sobre as decisões tomadas pelas instituições democráticas de criação do direito.⁸

Longevidade. As constituições, pela sua natureza, pretendem vigorar por um tempo bastante longo, estabelecendo a estrutura básica do sistema jurídico para as gerações futuras. Pode ocorrer que leis ordinárias também vigorem por um tempo bastante longo. Mas esse não é um aspecto essencial da legislação ordinária. É, entretanto, um aspecto essencial das constituições o fato de elas serem feitas para durar, de que elas pretendam aplicar-se a gerações muito além da geração na qual elas tenham sido editadas.

⁶ A supremacia normativa da constituição não deve ser confundida com a ideia segundo a qual todo o direito deriva sua validade jurídica da constituição. Esta última tese, famosamente proposta por Kelsen, é provavelmente falsa na maioria dos sistemas jurídicos (ver KELSEN, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002, § 31).

⁷ Em regra isso significaria, de facto, que o mais alto tribunal do país é, em suma, sua corte constitucional. Saber se esse é o caso, e em que medida, depende principalmente de [verificar] quão fácil é fazer com que casos constitucionais cheguem ao mais alto tribunal do país.

⁸ Uma exceção muito interessante e sugestiva é o artigo 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), que permite ao parlamento ignorar (overrule) decisões constitucionais da suprema corte (preventivamente ou ex post), contanto que isso seja feito de forma bastante explícita e renovado a cada cinco anos. Mais sobre isso na última secção.

Rigidez. A principal técnica pela qual as constituições podem ser garantidas para vigorar por gerações é sua rigidez: as constituições tipicamente dispõem sobre suas próprias formas de alteração ou emenda, tornando sua mudança muito mais difícil do que a da legislação ordinária. Quanto mais difícil é emendar uma constituição, mais “rígida” ela é. As constituições variam consideravelmente quanto a essa dimensão, mas é um aspecto essencial das constituições que elas sejam relativamente protegidas de alterações formais pelo processo democrático normal. Sem essa relativa rigidez, as constituições não poderiam atingir sua longevidade.⁹

Conteúdo bidimensional. A maioria das constituições regulam dois campos dimensionais principais: a estrutura básica dos Estados com suas divisões do poder político e a área dos direitos humanos e civis. No primeiro campo normalmente encontramos temas como a instituição dos principais poderes do Estado, legislativo, executivo e judiciário, e suas respectivas funções; a divisão de poderes entre as autoridades federais e locais, se existe essa divisão; a instituição e controle das forças armadas, e assim por diante. No segundo campo, as constituições geralmente definem uma lista de direitos individuais e algumas vezes direitos de grupos que são tidos por assegurados contra transgressão pelas autoridades do Estado, incluindo o legislador. Não há nada essencial ou necessário nesse conteúdo constitucional bidimensional, e as razões para tanto são históricas. O conteúdo moral e importância moral de uma carta de direitos é óbvio. Vale lembrar, porém, que vários aspectos do outro campo dimensional das constituições, o estrutural, envolvem também questões morais. Determinar a estrutura do Estado, as regras para a elaboração das leis etc. é talvez parcialmente uma questão de eficiência e coordenação, mas muitos desses aspectos não são destituídos de significação moral. Afinal, não somos moralmente

⁹ Como sustentei noutro lugar, o conteúdo da constituição está fadado a mudar de acordo com a interpretação feita pelos tribunais. Ver o meu “Constitutional Interpretation”. In: **Interpretation and Legal Theory**. 2.ed. Oxford: Hart, 2005, capítulo. 9. Algumas implicações disso serão discutidas abaixo.

indiferentes à questão de quem produz o direito e como isso é feito.¹⁰ É, porém, principalmente na carta de direitos que irei focar este artigo, simplesmente porque o seu conteúdo moral e importância moral é muito mais notável.

Generalidade e Abstração. Muitos dispositivos constitucionais, particularmente no campo da carta de direitos e questões semelhantes acerca de princípios, pretendem ter aplicação bastante genérica. Eles são feitos para serem aplicados a todas as esferas da vida pública. Essa é uma das principais razões para o alto nível de abstração em que os dispositivos constitucionais tendem a ser formulados.¹¹ A aspiração pela longevidade pode ser outra razão para princípios abstratamente formulados. E, claro, às vezes uma formulação abstrata é simplesmente um resultado de compromisso entre concepções antagônicas de princípio relevante sustentadas por grupos opostos de legisladores constituintes. Seja como for, devemos lembrar que importantes dispositivos constitucionais são frequentemente formulados em termos bastante abstratos e gerais.

As constituições variam consideravelmente com respeito a todos esses fatores e, claro, outros tantos. Deixe-me sugerir, porém, que, de um ponto de vista moral, há uma dimensão de *robustez* que é particularmente significativa. Vou chamar de robusta uma constituição se ela for relativamente rígida e permitir um poder substantivo de revisão judicial. Assim, quanto mais rígida é a constituição, e quanto mais poder ela confere ao judiciário, mais robusta ela é. A robustez é moralmente significativa porque ela, em essência, determina a medida em que as decisões constitucionais eliminam os temas político-morais do processo democrático ordinário: quanto mais robusta a constituição, mais ela

¹⁰ Claro que não estou sustentando que um importante conteúdo moral seja peculiaridade das constituições. Uma grande parcela das leis infraconstitucionais também disciplinam matérias de grande importância moral.

¹¹ Mais uma vez as constituições variam consideravelmente também nesse tocante. Muitas constituições contêm dispositivos bem específicos mesmo no âmbito dos direitos e princípios.

protege o seu conteúdo fundamental dos procedimentos ordinários de decisão democrática/majoritária. A robustez é, em essência, uma peculiaridade legal (*legal feature*) de um regime constitucional. Enquanto tal, ela tem um aspecto formal e um prático. Uma constituição que é formalmente, isto é, legalmente, robusta, pode não ser tão robusta na prática, e vice-versa. A prática é parcialmente determinada por realidades políticas e sociais.

Ambos esses elementos da robustez são de alguma maneira complexos. A rigidez é intimamente ligada ao elemento da longevidade. Até certo ponto, é em razão de as constituições pretenderem durar por longo tempo que elas são projetadas para serem emendadas com relativa dificuldade. A rigidez é também ligada à ideia de supremacia. Quanto mais fácil é emendar a constituição por meio do processo democrático normal, menor é o significado prático de sua supremacia. Da mesma forma, quando consideramos o poder de revisão judicial, devemos examiná-lo no contexto, que leva em consideração as outras características do sistema constitucional. Por exemplo, quanto mais abstratamente formulados são os dispositivos constitucionais, e quanto mais numerosos são os direitos e princípios arrolados, tanto mais poder teriam os juízes em determinar o real conteúdo da constituição. E, claro, a extensão do poder de revisão judicial é consideravelmente determinado pela rigidez da constituição. Quanto mais difícil é emendar a constituição, mais permanente é o poder dos juízes de determinar o seu conteúdo. Outro fator importante que determina o poder da revisão judicial diz respeito à independência política dos juízes, principalmente em relação aos outros poderes, o executivo e o legislativo. Quanto mais independentes forem os juízes, mais poderes eles normalmente terão. Entretanto, não estou aqui assumindo que os juízes sejam os únicos atores nessa cena. Muitos outros atores jurídicos também se engajam na interpretação constitucional, e suas ações e decisões também podem determinar, em alguma medida, o que a constituição realmente é. (Por amor à simplicidade, porém, vou ignorar quase completamente esse fator complicador).

Em resumo, a relativa robustez das constituições é um pacote completo de medidas conjuntas. Somente analisando o conjunto de fatores podemos determinar se, e em que medida, um dado sistema constitucional é robusto. Vou aqui assumir, contudo, que esse não é um juízo difícil de fazer na prática. Examinando as principais características de um sistema constitucional, devemos ser capazes de determinar, bem facilmente, se ele é um pacote relativamente robusto ou não. Por exemplo, tenho que a Constituição dos Estados Unidos é um dos sistemas constitucionais mais robustos do mundo. A Constituição dos Estados Unidos é muito difícil de ser emendada, sua supremacia sobre todas as outras fontes de direito é absoluta, e a Suprema Corte dos Estados Unidos tem considerável poder (jurídico e político) de determinar o conteúdo da constituição, parcialmente devido ao fato de que muitos dos seus dispositivos são altamente abstratos e permitem uma ampla gama de interpretações.¹² Muitos sistemas constitucionais chegam perto desse nível de robustez, e alguns estão muito mais distantes dele, algumas vezes tão longe que dificilmente merecem o título de sistema constitucional. É desnecessário dizer que, do ponto de vista da legitimidade moral, quanto mais robusto é o sistema constitucional, mais urgentes são as consequências morais que ele suscita. Portanto, na discussão que segue, vou assumir que estamos tratando de constituições relativamente robustas, mais ou menos nos moldes da Constituição dos Estados Unidos.

2 As inquietações morais

Para entender as principais inquietações sobre a legitimidade moral das constituições, precisamos entender os seus principais fundamentos político-morais. E também precisamos elucidar a distinção

¹² Outro aspecto do sistema constitucional dos Estados Unidos que o faz relativamente robusto tem a ver com o fato de que nos Estados Unidos não há um tribunal exclusivamente constitucional. O mais alto tribunal ordinário de apelação no país é também o principal tribunal constitucional. Muitos países separaram essas duas funções. Há algo a dizer em favor dessa separação, mas não tenho provas que confirmem minhas intuições aqui.

entre questões de legitimidade e outros aspectos de valor potencial das instituições político-jurídicas. Deixe-me abordar esses dois pontos na ordem inversa.

Instituições podem ter toda sorte de aspectos dignos de grande valor e podem apresentar esses valores em vários graus. Nem todos esses aspectos valiosos de uma instituição se relacionam com a sua legitimidade moral. John Rawls pode ter tido essa ideia em mente quando afirmou no início de *Uma Teoria da Justiça* que “A Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.¹³ Não estou certo de que precisamos aqui concordar com a ideia de Rawls sobre a primazia absoluta da justiça. Mas sua analogia acerca da verdade com os sistemas de pensamento é acurada. Teorias podem ter toda sorte de aspectos dignos de grande valor, tal como utilidade prática, simplicidade ou precisão teórica. Mas é claro que Rawls está inteiramente certo ao sustentar que esses valores sejam efetivamente dispensáveis¹⁴ no que toca à verdade da teoria; se a teoria termina por ser falsa, então devemos descartá-la, não obstante qualquer outro valor que ela possa ter. Da mesma forma, refere Rawls, as instituições podem apresentar uma grande variedade de valores. Entretanto, se a instituição é injusta, ela é ilegítima, e portanto, a despeito de outros valores que ela possa apresentar, devemos extingui-la. Não pretendo insinuar que a legitimidade de uma instituição é uma questão de tudo ou nada. Presumivelmente, as instituições podem ser mais ou menos legítimas. Pretendo sim mostrar, porém, que as questões sobre a legitimidade das instituições possuem uma certa prioridade mesmo que, como frequentemente ocorre, haja outros valores que as instituições possam ter.

¹³ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1971, p.3. [**Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.3].

¹⁴ Parasitic, no original, foi traduzido por “dispensável(veis)” tanto aqui como nas duas outras vezes em que o vocábulo aparece no parágrafo seguinte do texto, ou na nota de rodapé nº 13 infra. [N.T.]

Então o que determina a legitimidade de uma instituição? Rawls parece afirmar que é a justiça; uma instituição é legítima se ela é justa, e ilegítima se não é. Podemos aqui ser menos comprometidos dizendo que uma instituição é legítima se o seu principal propósito, ou fundamento lógico, é moralmente justificado e a justificação não é anulada por considerações morais contrárias.¹⁵ Uma vez que a justificação pode vir em graus (algo pode ser mais ou menos justificado), assumo de bom grado que uma instituição pode ser mais ou menos legítima. Entretanto, o ponto crucial é que a legitimidade é um critério moral basilar para avaliar uma instituição, enquanto podem existir valores institucionais que são apenas secundários e dispensáveis no que toca à sua legitimidade. Deixe-me dar um exemplo que é relevante aos nossos propósitos: presumivelmente, as constituições possuem certa importância educativa. A constituição é algo que pode ser ensinado ao jovem, seu conteúdo moral pode ser recitado e celebrado em vários contextos educativos etc. Esse é um aspecto das constituições escritas potencialmente digno de valor. Mas é claro que não é algo que possa legitimar uma constituição escrita. O valor educativo de uma constituição é inteiramente dispensável no que toca à legitimidade moral da constituição. Isso porque o valor educativo de uma constituição, por mais importante que possa ser, não é um dos principais propósitos de uma constituição e jamais poderá *fundamentar a constituição enquanto tipo de instituição que ela é*. Se a constituição é legítima, então é ainda melhor que ela possua esse valor educativo adicional. Se ela é ilegítima, então não devemos jamais ter uma constituição, e o seu valor educacional é algo a que deveremos simplesmente renunciar, por mais lamentável que isso possa ser.¹⁶

¹⁵ Estou usando propósito ou fundamento lógico (rationale) no singular somente para simplificar. As constituições podem ter inúmeros fundamentos lógicos (rationales).

¹⁶ Deixe-me aduzir duas clarificações. Primeiro, existe um outro sentido em que o valor educativo de uma constituição é dispensável no que toca à sua legitimidade: para algo ter valor, esse algo deve ser moralmente correto. Não há razão para celebrar e ensinar algo que é de fato errado. Mas esse não é o principal argumento que desenvolvo no texto. Segundo, pode-se imaginar que se uma instituição não é inteiramente, mas sim quase legítima, os seus valores adicionais podem, por assim dizer, equilibrar a balança, e então esses valores podem tornar algo que de outra forma não seria legítimo em uma instituição legítima. Talvez sim. Mas isso seria um caso peculiar, e penso que podemos descartá-lo.

Uma conclusão que segue é esta: para sermos capazes de determinar a legitimidade de uma instituição como um sistema constitucional, devemos primeiro ter uma ideia clara sobre o seu principal objetivo ou propósito, seu suposto fundamento lógico. E então devemos nos perguntar se esse fundamento é justificado moralmente. Assim, qual o principal fundamento lógico de uma constituição escrita? Num nível superficial, a resposta é suficientemente clara: o principal objetivo de uma constituição é proteger alguns princípios do Estado e certos direitos morais e políticos do processo de decisão democrático ordinário, isto é, essencialmente retirá-los do processo de decisão ordinário. Mas qual é o proveito disso? Por que quereríamos fazer isso em primeiro lugar?

A resposta essencial deve consistir na pressuposição de que temos razões *para não confiar* no processo democrático ordinário em relação àquelas áreas nas quais buscamos o resguardo constitucional. Queremos ter certeza de que as coisas não deem errado naquelas áreas, e a pressuposição deve ser a de que, seguindo o processo democrático comum, elas podem dar muito errado. Essa é a ideia básica do comprometimento prévio, frequentemente derivado do famoso mito de Ulisses.¹⁷ Ulisses tinha boas razões para não confiar no seu bom senso quando seu navio se aproxima das sereias. Por isso ele ordena que o amarrem ao mastro do navio e, o que é vital, ordena que seus subordinados *desconsiderem suas ordens no futuro*, quando a influência das sereias poderia restringir seu juízo, sabendo de antemão que seu juízo então, sob a influência das sereias, não merecerá confiança. A estratégia de Ulisses é em essência o fundamento lógico do constitucionalismo. Ulisses é o legislador constituinte, e os procedimentos democráticos são as vítimas potenciais das sereias. O canto das sereias é encantador, mas sua influência, mortal. Por isso decidimos, de antemão, amarrar-nos ao mastro e desconsiderar nossas ordens no futuro. O constitucionalismo é um comprometimento prévio de afastar determinados temas do alcance

¹⁷ Ver ELSTER, John. *Ulysses Unbound*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, capítulo 2. [**Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009, p.119-221].

dos processos democráticos ordinários, exatamente porque sabemos de antemão que o processo democrático não merece confiança quando as sereias cantam.

Ademais, esse fundamento lógico explica de alguma forma o papel especial dos tribunais num sistema constitucional. Assegurar na constituição direitos e princípios é necessário, segundo esse raciocínio, porque nesses assuntos o processo democrático não merece confiança. Queremos proteger alguns direitos e princípios dos caprichos das tentações e pressões políticas transitórias e imprevidentes. O pressuposto é o de que os tribunais, exatamente por não serem instituições democráticas, estariam relativamente livres dessas tentações políticas imprevidentes. Portanto, faz bastante sentido confiar a implementação da constituição aos tribunais.

Há dois problemas morais principais com esse fundamento lógico do constitucionalismo. Para seguir a linha da analogia feita sobre Ulisses, os problemas são estes: primeiro, o que temos no caso constitucional não é Ulisses amarrando *a si mesmo* ao mastro, mas um Ulisses que amarra outros, seus sucessores políticos, ao mastro, juntamente com ele. Segundo, ao contrário de Ulisses, que sabe que o canto das sereias é uma tentação fatal, nós podemos não saber muito bem disso no caso constitucional e certamente não estamos de acordo sobre isso. Mesmo se suspeitamos que as sereias existem, tendemos a ter discordâncias sérias e razoáveis sobre quem são essas sereias e quando seu canto é fatal. O primeiro é o problema da vinculação de gerações futuras; o segundo é o problema do pluralismo.

O tema da vinculação de futuras gerações é central à questão da legitimidade das constituições. A promulgação de uma constituição pretende comprometer as gerações presentes e futuras impondo-lhes limitações significativas no que toca ao seu poder de legislar e governar suas vidas conforme os processos de decisão democráticos ordinários. Assim, surge a questão: por que os líderes políticos de uma geração deveriam ter o poder de sujeitar gerações futuras às suas concepções do bem e do justo? É essencial chamar a atenção para o fato de que o

significado moral dessa questão não se restringe às constituições antigas. Mesmo se a constituição é nova ela pretende comprometer gerações futuras. É essa intenção, ou fundamento lógico, das constituições de impor limitações ao futuro distante que é problemática, e portanto, na verdade, não importa quão antiga é a constituição.

Pode ser contraposto que essa formulação subestima o significado de “*Nós, o povo*”, que ela ignora o fato de que as constituições tendem a incorporar princípios e ideais largamente compartilhados, representativos, por assim dizer, da *raison d'état* da nação. Mas isso faria pouquíssima diferença. Mesmo se ao tempo da promulgação da constituição os seus princípios e ideais forem realmente compartilhados por todos, o problema do comprometimento das gerações futuras permanece: talvez ninguém, mesmo uma geração inteira, deveria ter o poder de tomar decisões morais importantes para gerações futuras. Ao menos não deliberadamente. É verdade, claro, que um grande número de nossas práticas atuais e decisões coletivas terminam por afetar, para melhor ou pior, o destino de gerações futuras.¹⁸ Mas essas ações e decisões coletivas não pretendem ter *autoridade* sobre futuras gerações. Elas não são deliberadamente arquitetadas para vincular juridicamente as futuras gerações a certas concepções sobre boa administração e sobre leis justas. Portanto, os defensores do constitucionalismo devem explicar o que torna legítimo tomar decisões vinculativas e que possuem autoridade de comando e controle acerca de temas sobre política e moralidade, as quais são asseguradas para que durem por gerações e são difíceis de serem alteradas pela via do processo democrático.

Alguém pode imaginar que essa objeção não é difícil de ser respondida. As constituições quase sempre permitem uma flexibilidade interpretativa considerável. Elas podem ser interpretadas e aplicadas pelos tribunais de forma a responder a necessidades e concepções morais específicas da sociedade ao tempo da sua aplicação. Assim,

¹⁸ E, claro, alguns deles são moralmente muito perturbadores (e.g., dívida pública enorme, danos irreparáveis ao ambiente etc.).

mesmo se as constituições pretendem comprometer gerações futuras, esse comprometimento não é muito forte; ele permite flexibilidade suficiente para ajustar a interpretação constitucional às necessidades específicas e concepções de cada geração.

Em resposta, deixe-me mencionar dois pontos: primeiro, a flexibilidade tem seus limites. A flexibilidade da interpretação sempre se dá dentro de um contexto maior, no qual se inserem o texto constitucional e algumas interpretações gerais sobre o que significam a constituição e os direitos e princípios que ela contém. As constituições inevitavelmente criam uma cultura do discurso e determinam certas ações permissíveis e não permissíveis que restringem significativamente o tipo de decisões morais e políticas que seriam tidas como interpretações legítimas da constituição num dado momento qualquer. Noutras palavras, a despeito da considerável liberdade que os juízes possam ter na interpretação de um texto constitucional, ela é frequentemente uma liberdade muito limitada, restringida pelo sentido do texto constitucional e talvez ainda mais pelos precedentes e por toda uma cultura de interpretação constitucional.

Em segundo lugar, quanto mais flexível for considerada a cultura da interpretação constitucional, tanto maior será o poder conferido aos tribunais de determinar seu conteúdo. Em termos claros, pois, quanto mais flexível a cultura da interpretação constitucional, mais antidemocrática ela é. Assim, quanto menos razões você tiver para se preocupar com o problema de restrições quanto aos direitos das gerações futuras, maior razão você tem para se preocupar com o papel antidemocrático dos tribunais de decidir questões constitucionais de importância política e moral. E isso nos leva à segunda maior preocupação sobre o comprometimento constitucional prévio, a preocupação sobre o pluralismo.

O problema do pluralismo é diferente, embora relacionado. O ponto essencial é este: no intuito de justificar a previsão constitucional de alguns direitos e princípios, simplesmente não basta saber que os procedimentos democráticos ordinários não merecem confiança para

produzir bons resultados acerca desses temas. É também necessário pressupor que (1) podemos dizer de antemão *quais são esses direitos e princípios* e (2) que podemos estar suficientemente seguros de que a determinação judicial do conteúdo desses direitos e princípios irá produzir *melhores resultados* do que a alternativa democrática. Ambas as pressuposições são problemáticas, para dizer o menos. Principalmente, porém, como salienta Jeremy Waldron, não está nem um pouco claro que tenhamos uma concepção segura sobre o que sejam “melhores resultados” nesses temas.¹⁹ Isso significa que sabemos quais direitos as pessoas devem ter e em qual medida, e então nós simplesmente damos por certo que os tribunais encontrarão a resposta a esses temas melhor do que faria o parlamento? O problema aqui não é necessariamente, ou primeiramente, epistêmico. É uma preocupação moral sobre a necessidade de respeitar o pluralismo de valores. Em sociedades pluralistas, segmentos diferentes da população são profundamente divididos sobre matérias de direitos e princípios; eles são profundamente divididos no que toca às suas concepções sobre o bem e o justo. Decisivamente, o respeito pelo pluralismo baseia-se na ideia de que pelo menos uma parte significativa desses desacordos profundos é *razoável*. Pessoas razoáveis podem ter desacordos profundos e genuínos acerca de concepções sobre o bem e o justo.²⁰ Noutras palavras, não é tanto que não saibamos quem são as sereias e quando seu canto é mortal, mas sim que temos razoáveis e muitas vezes profundas divergências sobre tudo isso. O entrenchamento constitucional de valores, ou de concepções de direitos e do bem, necessariamente favorece determinadas concepções em detrimento de outras ao escudar algumas decisões político-morais, que gozam de especial proteção, do alcance do processo democrático. É muito difícil

¹⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 243-9, 268.

²⁰ Esse é um dos temas bem conhecidos na obra **Political Liberalism** de John Rawls. Tendo a concordar com Waldron, porém, que o desacordo razoável também se estende a concepções sobre os direitos, e não somente a concepções sobre o bem, como Rawls parece ter sustentado.

ver como essa blindagem possa ser compatível com o respeito pelo pluralismo.

Ou, quem sabe não seja assim? Parece plausível responder que as constituições podem entrincheirar aqueles valores que são conducentes ao pluralismo e pretendem garanti-lo. De acordo com esse argumento, então, longe de ameaçar o pluralismo, as constituições podem, na verdade, garanti-lo, entrincheirando aqueles princípios de administração e valores morais que são necessários para que o pluralismo prospere. Esse parece um argumento forte; sua força vem da compreensão de que a proteção de certos direitos e princípios é realmente conducente, e talvez essencial, à possibilidade de o pluralismo prosperar. Afinal, como podemos manter uma sociedade pluralista sem uma proteção da liberdade de expressão, da liberdade de consciência e religião, sem um direito à privacidade etc.?

O argumento, contudo, é enganoso. A objeção ao constitucionalismo não precisa negar que o pluralismo requer a proteção de certos direitos e princípios administrativos. De fato, é um pressuposto explícito, embora eu espere não seja polêmico, deste artigo que o pluralismo só pode prosperar num regime democrático liberal que funcione bem. A questão aqui é: por que esse regime precisaria de mais alguma coisa? Desacordos razoáveis são característicos de questões sobre o escopo dos direitos que as pessoas devem ter, e incontáveis são os dilemas morais sobre conflitos entre direitos, e entre estes e outros temas político-morais. A discussão sobre o constitucionalismo é uma discussão institucional: dá-se sobre *quem* deve decidir o que são aqueles direitos e princípios, e de acordo com que tipo de procedimento. As objeções baseadas no pluralismo sustentam que tendemos a ter discordâncias profundas e razoáveis sobre os direitos que as pessoas devem ter, bem como sobre o escopo desses direitos, e sustentam que ao retirar essas discussões do processo democrático nós solapamos o respeito que é devido a tais discordâncias profundas. Há duas considerações a fazer aqui. Primeiro, devemos lembrar que, não importa quão abstratos são os direitos e princípios entrincheirados numa constituição, o entrincheiramento necessariamente favorece certas concepções do

bem e do justo, de forma que, simplesmente, tornam muito mais difícil para aqueles que defendem uma concepção diferente mudá-las. As constituições necessariamente favorecem um certo *status quo*, assim tornando determinadas mudanças sociais mais difíceis de conquistar para uns que para outros. Isto é, ao menos com relação ao fundamento básico²¹ de um processo democrático regular. Segundo, devemos lembrar que o debate sobre o constitucionalismo é, sobretudo, um debate sobre instituições e procedimentos: é lugar-comum que o pluralismo requer, por exemplo, a proteção da liberdade de expressão. A questão é quem deve decidir o que é liberdade de expressão e como delimitar seus limites. A objeção ao constitucionalismo sustenta que, dados os desacordos profundos e difusos sobre tais temas, não há justificativa para retirá-los dos processos democráticos.²²

Mas agora você pode querer saber por que o processo democrático deveria ser privilegiado? Por que ele é o fundamento básico adequado? É desnecessário dizer que uma resposta completa a essa questão excederia em muito o escopo deste artigo. Um argumento essencial, porém, deve ser apresentado: ao menos do ponto de vista do respeito ao valor do pluralismo, um processo democrático regular, isto é, basicamente um voto majoritário, tem este proveito moral: ele é notavelmente igualitário.²³ Um voto majoritário expressa igual preocupação e respeito pelas ideias de todos os envolvidos. Teoricamente, a todo e cada membro do processo de decisão democrático é dado o direito de participar da decisão, e o seu tem o mesmo valor que o voto de todos os outros no processo. Este é o principal sentido no qual podemos pressupor que o respeito pelo pluralismo é consubstanciado num processo democrático: ele trata a todos igualmente.

²¹ Base-line, no original, foi traduzido por “fundamento básico”, tanto aqui como no parágrafo seguinte do texto. [N.T.]

²² Creio que essa seja a posição de Waldron. Ver nota 16 supra.

²³ Defendi essa posição no meu *Authority, Equality, and Democracy*. **Ratio Juris**, v. 18, p. 315, 2005.

3 Os argumentos principais

Nada disso pretendia ser conclusivo. Nesta secção considero vários argumentos que buscam justificar a legitimidade das constituições escritas. Começo com os argumentos que são relativamente fáceis de responder e passo aos argumentos que têm mais probabilidade de êxito.

O argumento da estabilidade. Algumas pessoas dizem que precisamos de um sistema constitucional porque ele assegura uma estabilidade duradoura do regime político e dos princípios básicos de seu sistema jurídico. O argumento é baseado em dois pressupostos principais: primeiro, ele confia na grande importância e valor da estabilidade e da previsibilidade de um sistema jurídico. Segundo, o argumento pressupõe que as constituições são instrumentalmente essenciais para atingir a adequada estabilidade e previsibilidade do regime político e sua ordem jurídica. Um aspecto correto desse argumento é o de que ele, de alguma forma, responde à objeção sobre a vinculação das gerações futuras. Quanto mais devemos valorar a estabilidade duradoura de uma ordem jurídica, melhor é o nosso argumento em favor da longevidade das constituições e sua aplicação a gerações futuras. Afinal, diria esse argumento, precisamente porque damos valor à estabilidade entre gerações é que nós quereríamos ter uma constituição antes de tudo. Então, por que se preocupar com sua aplicação a várias gerações?

Réplica: Primeiro, embora o argumento da estabilidade pareça fazer algum sentido com respeito ao aspecto estrutural do entrancheamento constitucional, ele teria aplicação muito limitada ao domínio dos direitos e princípios morais. Existem algumas boas razões para valorar a estabilidade em áreas como as que disciplinam quem faz a lei e como ela é feita, como a autoridade jurídica é estruturada e qual é a divisão estatal de funções, e aspectos similares de um regime político organizado. Mas essas preocupações dificilmente se aplicam a questões de princípios e a temas morais. Nessas questões, é em regra verdade que nós não valoramos a estabilidade. As pessoas devem ter os direitos que devem ter, não aqueles que tiveram por longo tempo.

A estabilidade simplesmente não é um valor muito importante no campo dos direitos básicos e dos princípios morais.

Em segundo lugar, o argumento da estabilidade baseia-se fundamentalmente num pressuposto empírico muito questionável: está longe de ser claro que as constituições garantem efetivamente um nível maior de estabilidade do que os regimes políticos não constitucionais. Não parece haver qualquer prova que embasaria tal conclusão.²⁴

O argumento da oportunidade. Esse argumento pressupõe que as constituições entrincheiram valores e princípios que são, de alguma forma, amplamente sustentados. A explicação para o seu entrincheiramento constitucional é histórica: na história de uma nação existem, por vezes, oportunidades únicas de cultivar, num documento constitucional, princípios morais de grande importância. Tais oportunidades históricas devem ser aproveitadas, diz esse argumento, uma vez que os valores que elas entrincheiram são fundamentais e refletem um nível profundo de consenso. Se surge uma oportunidade de legalizar tais temas sobre princípios, justifica-se aproveitar a oportunidade.

Réplica: Esse argumento tira partido de uma ambiguidade decisiva. Ou o entrincheiramento constitucional faz pouca diferença na prática, ou ele faz uma diferença significativa. Se o argumento pressupõe que o entrincheiramento constitucional faz pouca diferença na prática porque a nação de alguma forma compartilha amplamente aqueles valores, então se torna muito pouco claro qual a razão para o seu entrincheiramento constitucional.²⁵ Se, ao contrário, o entrincheiramento constitucional faz

²⁴ A Inglaterra tem tido um regime político bastante estável nos últimos séculos sem uma constituição escrita. A Nova Zelândia não parece correr qualquer perigo de instabilidade por não ter um sistema constitucional escrito. Ao mesmo tempo, sabemos que existem incontáveis exemplos de instabilidade política em países que possuem constituições admiráveis.

²⁵ Talvez se possa sugerir a conhecida ideia do papel das constituições como uma “religião cívica”; a ideia é a de que as constituições tendem a fornecer um centro de identidade cívica e coesão social. Um dito vulgar tem o constitucionalismo como nossa religião civil

diferença na prática quanto aos direitos e princípios que ele protege, então a justificação para tal diferença não pode residir no fato de que havia uma oportunidade a ser aproveitada. Em termos gerais, sugerir uma oportunidade histórica somente pode responder à questão “Por que *agora*?”, mas não à questão “Por que *de qualquer forma*?”

Algumas vezes o argumento da oportunidade é combinado com a alegação adicional de que, naqueles momentos históricos singulares, os legisladores constituintes são tidos corretamente como possuidores de um conhecimento moral superior, e por isso devemos curvar-nos à sua sabedoria e habilidade político-moral. Como sustentei noutra lugar com mais detalhes, esse tipo de argumento baseia-se em dois equívocos: primeiro, ele confia na mistificação de grandes momentos históricos, uma mistificação que muito pouco provavelmente resistirá a um exame crítico; em segundo lugar, e mais importante, o argumento é falho porque ele pressupõe a possibilidade de que haja um conhecimento especializado em questões sobre juízos morais básicos. É muito pouco provável que haja alguma possibilidade de um conhecimento especializado em tais questões.²⁶

O argumento da prática. Múltiplos aspectos de um sistema jurídico são convencionais. As convenções sociais determinam, em grande medida, o que é o direito, o que conta como sendo direito numa dada comunidade, como ele é produzido ou modificado etc. O direito é uma prática profundamente convencional. As convenções por si só não reivindicam que sejam seguidas na prática. Algumas convenções

²⁵ e a constituição como sua sagrada escritura. O problema aqui não se dá com o insight sociológico, que pode bem ser mais verdadeiro e mais interessante do que parece, mas com o seu significado normativo; é difícil extrair um argumento político-moral dessa sociologia popular. Talvez não devêssemos abandonar o ateísmo constitucional: é pouquíssimo claro que as democracias fortes devem ter uma religião cívica. (Nem é claro que as constituições tenham um papel significativo em criar as condições para o surgimento dessa religião). Em todo caso, na medida em que as constituições são conducentes a manter uma certa coesão social e uma identidade civil, isso pode ser um benefício adicional do constitucionalismo (similar ao seu potencial educativo), mas não uma justificativa moral para sua legitimidade.

²⁶ Ver o meu **Interpretation and Legal Theory**, nota 7 supra, p. 137-8, 146.

podem ser erradas e não devem ser seguidas. Entretanto, se a prática convencional está dentro dos limites da permissibilidade moral, parece que as pessoas têm razões para seguir as convenções pelo simples fato de que são convenções que são seguidas por outros na sua comunidade. Da mesma forma, Raz sustenta,

contanto que elas permaneçam dentro dos limites fixados por princípios morais, as constituições se auto-validam no sentido de que sua validade deriva simplesmente do fato de existirem.

[...]

O direito prático se auto-justifica. A constituição de um país é uma constituição legítima porque é a constituição que o país possui.²⁷

Réplica: O argumento da prática é válido num sentido muito limitado. De fato, há dois limites importantes aqui. Primeiro, como o argumento da estabilidade, o argumento da prática faz algum sentido no que toca aos aspectos estruturais de uma constituição, mas não à sua declaração de direitos. O tipo de temas que são tratados na parte estrutural das constituições são tipicamente determinados por convenções sociais naqueles sistemas jurídicos que não possuem uma constituição escrita. Em temas como o que é considerado direito e como o direito é produzido ou alterado, tendo a concordar com Raz que as práticas podem ser auto-justificativas, que “sua validade deriva simplesmente do fato de existirem.” Mas esse tipo de raciocínio não pode reivindicar o entrincheiramento constitucional de importantes temas de direitos morais e princípios. A não ser, claro, se pressuponha que esse entrincheiramento está “dentro dos limites fixados por princípios morais”, mas então, naturalmente, devemos pressupor o ponto que precisa ser

²⁷ RAZ, Joseph. On the Authority and Interpretation of Constitutions. In: ALEXANDER, Larry (Ed.), **Constitutionalism**: Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 152[-193]. [As citações estão na p. 173].

provado. Não podemos simplesmente pressupor que Ulisses estava moralmente perdoado por amarrar-nos ao seu mastro; se ele estava ou não perdoado é precisamente a questão moral que foi aqui levantada.

Além disso, referi que eu *tendo* a concordar com Raz, que práticas convencionais podem ser auto-validativas, porque essa afirmação precisa ser melhor explicada. É verdade que as convenções criam razões para a ação porque elas são praticadas, e, na medida em que as convenções não são moralmente proibidas, as razões para agir criadas pelas convenções são válidas. O fato de que deveríamos ter tido uma convenção diferente e talvez melhor sob tais ou quais condições, normalmente não quer dizer que haja algo errado ao seguirmos as convenções que de fato temos. Da mesma forma, presumo que Raz queira afirmar que, contanto que a constituição que temos não seja imoral, o simples fato de termos uma constituição é uma boa razão para nos sujeitarmos a ela. Mas temos que ser mais cuidadosos aqui. Nossas razões para seguir uma convenção social não são inteiramente deriváveis do fato de que as convenções são respeitadas na prática, embora as razões certamente dependam disso. As convenções surgem ou para resolver um problema social pré-existente, como uma resposta para uma necessidade social prévia, ou então elas em parte constituem seus próprios valores, criando uma prática convencional na qual vale a pena engajar-se.²⁸ Em qualquer dos casos, deve haver algo digno de valor na prática de seguir convenções para que isso dê origem a razões para ação, algo para além do fato de que as convenções existem e simplesmente são seguidas. Da mesma forma, o fato de que a constituição existe e que seja porventura seguida não pode ser a razão definitiva para se obedecer à constituição. Ela deve servir a alguns valores, ou resolvendo alguns problemas que necessitavam ser resolvidos, ou criando práticas dignas de serem valoradas e seguidas, ou ambas as coisas. Para concluir, o argumento da prática tem algum

²⁸ Para uma visão muito mais detalhada da natureza das convenções sociais ver os meus *On convention*. **Synthese**, v.107, p.349, 1996; e **Positive Law & Objective Values**. Oxford: Oxford University Press, 2001, capítulos 1 e 2.

mérito e pode justificar alguns poucos aspectos do constitucionalismo, mas ele deixa sem resposta as principais questões morais sobre o constitucionalismo. Se essas respostas podem ser dadas por outros argumentos, ainda precisamos ver.

O argumento dos limites inerentes à regra da maioria. Aqui (finalmente, você pode pensar) chegamos a um argumento a favor do constitucionalismo que pretende justificar diretamente seu principal fundamento lógico enquanto mecanismo de comprometimento prévio. O constitucionalismo, como vimos, é deliberadamente planejado para ser anti-majoritário; toda a ideia de uma constituição escrita é afastar certos temas do processo democrático de decisão majoritária. Um passo natural aqui seria justificar isso indicando os limites morais inerentes de um processo democrático de decisão. Até onde posso ver, há aqui duas principais linhas de pensamento. Uma é o conhecido argumento de que o processo democrático não pode proteger adequadamente as minorias vulneráveis. O segundo ponto é mais sutil, sustentando que o processo democrático tem seus limites morais inerentes que levam aos fundamentos da democracia em si. Deixem-me responder ao primeiro argumento e depois desenvolver o segundo.

a. Proteção das minorias

A proteção das minorias potencialmente vulneráveis e constantes é certamente uma preocupação importante, mas não está claro que o constitucionalismo robusto seja um meio particularmente adequado para lidar com o problema. De um modo geral, há dois meios de tentar assegurar a proteção das minorias, e o problema acaba resumindo-se à questão empírica sobre qual sistema tende a gerar melhores resultados (em termos de equidade, presumo).²⁹ Um meio de proteger as minorias

²⁹ Anote-se que estamos falando aqui de minorias vulneráveis e constantes. Qualquer um pode pertencer à minoria num ou noutro assunto, mas isso não é muito problemático. Nossas preocupações morais dizem respeito às minorias que são particularmente fracas ou vulneráveis e tendem a continuar como minorias por longo tempo.

é confiando sua proteção a uma corte constitucional, com base em uma carta de direitos que se espera que a corte aplique. Outro meio de lidar com o problema é planejar o processo democrático de forma a maximizar o relativo poder de barganha das minorias, assim tornando difícil para a maioria dominante tomar decisões sem ao menos prestar atenção aos interesses da minoria.³⁰ Qual estrutura funciona melhor é essencialmente uma questão empírica.

Até onde podemos especular sobre isso, porém, penso que a razão toma o partido da opção não constitucional. Os juízes não têm qualquer estímulo especial para não medir esforços a fim de proteger minorias vulneráveis (frequentemente bastante impopulares). É verdade que os juízes são menos vulneráveis do que os políticos a pressões do sentimento popular, mas isso não dá aos juízes qualquer estímulo especial para inverter o sentido da decisão. Tudo depende da boa vontade dos juízes, ou da sua consciência moral, se o leitor prefere. (Pode ser útil lembrar que os juízes tendem a provir de elites bem sucedidas, não dos círculos sociais das minorias sem poder.) Confiar na boa vontade e na sabedoria moral de uns poucos indivíduos não é necessariamente um mecanismo estável de proteção das minorias vulneráveis.³¹ Às vezes isso funciona, e muitas vezes não. Restrições estruturais estabelecidas no próprio processo democrático, no poder da maioria dominante de ignorar os interesses da minoria funcionariam muito melhor.

³⁰ Um exemplo claro é o sistema eleitoral: a representação proporcional tende a proteger as minorias muito melhor que a representação não proporcional. Outros exemplos dizem respeito ao voto distrital, ao papel e estrutura dos partidos políticos no cenário político etc. Ver, por exemplo, LIPHART, A. **Patters of Democracy, Government Forms and Performance in 36 Countries**. New Haven, CT: Yale University Press, 1999, e HOROWITZ, D. **Ethic Groups in Conflict**. Berkeley: University of California Press, 1985, 2.ed. 2000.

³¹ Essa formulação é confessadamente excessiva. Claro que há alguns limites no processo de decisão judicial em casos constitucionais, principalmente os que derivam dos precedentes e da tradição constitucional. Mas devemos lembrar que esses precedentes e tradições são criados pelo judiciário, isto é, pela mesma instituição que deve ser limitada pelos precedentes e tradições.

Mas então você pode se perguntar: como essas restrições estruturais podem ser implementadas sem o entrincheiramento constitucional? Há duas questões relacionadas aqui: como podemos propor um sistema de representação que seja mais adequado aos direitos das minorias, e o que tornaria esse sistema estável no fim das contas? Afinal, parece que a maioria não teria qualquer estímulo para mudar em direção a um sistema que limita o seu poder, e, mesmo que limitasse, o novo sistema poderia não ser suficientemente estável. A maioria sempre teria estímulo para fortalecer, e não enfraquecer, seu próprio poder.

Penso que há duas respostas a essas questões. Primeiro, deve ser lembrado que o problema de como propor um sistema que seja mais proveitoso aos direitos da minorias também está presente, e pelas mesmas razões, na questão de como as constituições são aprovadas. Em ambos os casos, a maioria renuncia a uma parcela de poder para garantir um melhor regime democrático. Em ambos os casos, os que detêm o poder devem ser convencidos a renunciar a uma parcela dele. Presume-se que haja duas razões principais para a maioria detentora do poder renunciar a uma parcela desse poder: por vezes isso é simplesmente uma tentativa de boa-fé de construir um sistema de governo justo; outras vezes a razão reside no fato de que os atores políticos operam sob um véu parcial de ignorância: aqueles que formam a maioria hoje sabem que podem compor a minoria no futuro. Os atores políticos teriam normalmente um interesse em garantir um sistema de regras honestas quando eles não podem, antecipadamente, estar seguros do papel que poderão ter no futuro.³² E então, uma vez que você tem em funcionamento um sistema que torna difícil para a maioria ignorar os interesses da minoria, o sistema tende a manter sua estabilidade, justamente porque é difícil fazer mudanças sem o consentimento da minoria.

³² Ver, por exemplo, GARRET, Elizabeth. The Purposes of Framework Legislation. **Journal of Contemporary Legal Issues**, v.14, p.717, 2005.

Segundo, mesmo se eu estiver errado sobre isso e as preocupações antes aludidas justificarem o entrincheiramento constitucional, elas apenas o justificariam em áreas muito limitadas da estrutura do processo democrático, e não no âmbito dos direitos substantivos e dos princípios morais.³³

Deixe-me explorar a segunda linha de pensamento. De fato, há aqui dois argumentos diferentes, pelo que vou tratá-los separadamente.

b. O argumento instrumental

Este argumento parte da premissa de que não há nada *intrinsecamente justo* num processo de decisão democrático. A democracia é justificada somente na medida em que conduz ao bom governo, às boas decisões; seu valor é essencialmente instrumental. Portanto, não há nada inerentemente ou intrinsecamente errado com uma decisão oficial (*authoritative decision*) que seja não democrática. Se um sistema não democrático funciona melhor, isto é, em termos de probabilidade de gerar resultados justos, então não podemos ter objeções morais a esse sistema. Por que preferir um sistema menos justo (em seus resultados finais) a um mais justo?³⁴ Agora, assumindo que esse é um bom argumento, os propositores do constitucionalismo podem aduzir as medidas necessárias para completar a defesa do constitucionalismo: tudo o que precisamos é comprovar a presunção de que a democracia funciona bem em certos contextos, mas que tende a falhar quando as sereias cantam. E então, claro, temos que aduzir a presunção de que,

³³ Penso que essa é essencialmente a principal intuição que guia a concepção “procedimental” da revisão judicial de J. H. Ely. O que ele entende como legítimo no controle da constitucionalidade norte-americano é a proteção do processo democrático, e não de direitos “substantivos”. Ver o seu *Democracy and Distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980 [Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010]. É uma questão difícil, a qual não preciso abordar aqui, saber se a posição de Ely é uma estratégia de interpretação constitucional defensável. Muitos levantaram dúvidas sobre isso, e suspeito que com razão.

³⁴ Ver, por exemplo, ARNESON, R. *Democracy is not Intrinsically Just*. In: DOWDING, K., GOODIN, R. E., PATERMAN, C. (Eds.). **Justice and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 40.

quanto as sereias cantam, é melhor deixar as decisões para um tribunal constitucional. Os tribunais são mais propensos que o parlamento a tomar decisões justas nesses casos. Logo, o constitucionalismo pode ser justificado por razões instrumentais.

Réplica: O principal problema do argumento instrumental é que ele tende a desapontar seus próprios propósitos, por duas razões básicas. Primeiro, o argumento deve pressupor que, no processo ordinário de produção do direito, a democracia fundamentalmente funciona e que é justificada instrumentalmente. Do contrário, tudo, e não somente as matérias entrincheiradas constitucionalmente, deveria ser retirado do processo democrático. Então deve haver alguma explicação do porquê a democracia tende a produzir resultados adequados no contexto ordinário (a saber, não constitucional). Por exemplo, pode-se confiar no valor epistêmico dos procedimentos democráticos sustentando-se que tais procedimentos são relativamente confiáveis, ou mais confiáveis que outros procedimentos, para produzir o tipo de conhecimento necessário à tomada de decisões justas.³⁵ Ou se pode sustentar que a democracia é relativamente confiável ao agregar as preferências como um todo, ou algo assim. Em qualquer dos casos, deve-se presumir que na produção ordinária do direito a democracia funciona. O desafio ao argumento instrumental, portanto, é o de justificar a diferença: o que faz com que a democracia funcione nalguns casos e não funcione noutros? Vamos assumir que essa questão possa ser respondida em termos instrumentais. O problema é que não há garantia de que as diferenças na *confiabilidade* dos procedimentos democráticos corresponderiam à distinção entre as matérias constitucionais e não constitucionais. De fato, alguns exemplos conhecidos apontariam para a direção oposta. Por exemplo, sabemos que os procedimentos democráticos tendem a ser inconfiáveis em tempos de emergência nacional,³⁶ quando o país se

³⁵ Ver ESTLUND, D. Beyond Fairness and Deliberation: the Epistemic Dimension of Democratic Authority. In: BOHMAN; REHG (Eds.). **Deliberative Democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999, p. 173.

³⁶ National emergency, o que corresponderia ao “Estado de Sítio” regulado pelos arts. 137 a 139 da Constituição Federal Brasileira de 1988. [N.T.]

sente seriamente ameaçado por forças externas. É precisamente nesses momentos de emergência, porém, que as garantias constitucionais tendem a ser deixadas de lado e que o poder executivo passa a ter maior poder no que toca às decisões políticas. Ou, mais genericamente, consideremos a confiabilidade dos procedimentos democráticos naquelas áreas que necessitam de notável expertise em termos fáticos. Mas esses também são tipicamente casos não constitucionais. Claro que não estou presumindo que exista alguma distinção natural entre matérias constitucionais e não constitucionais. A alegação aqui é que as constituições tendem a entrincheirar temas de princípios de moralidade política, não um processo de decisão construído para ser mais confiável em áreas que necessitam expertise.

Além disso, devemos ter em mente que a confiabilidade de um procedimento democrático é profundamente dependente do contexto, e o contexto é fluido, varia de acordo com circunstâncias específicas e através do tempo e lugar. Como podemos saber tanto de antemão, muitas vezes décadas ou mesmo séculos antes, quais seriam as circunstâncias que tenderiam a minar a confiabilidade de um procedimento democrático? Note-se que o instrumentalismo torna impossível uma resposta de princípios a essa questão; talvez, enquanto princípio moral, se pudesse conceber uma resposta sobre por que certos temas não devem ser decididos democraticamente. Mas essa não é a linha instrumentalista; o instrumentalismo confinou-se aqui a uma abordagem empírica. Ele deve basear a inconfiabilidade dos procedimentos democráticos nas suas probabilidades de promover resultados justos. Mas então, uma vez mais, é difícil ver como podemos determinar com muita antecedência quais tipos de casos produziram decisões democráticas inconfiáveis. Isso certamente dependeria de circunstâncias específicas.

A segunda razão para o insucesso do argumento instrumental consiste em fundamentos que têm a ver com a competência institucional relativa. Os instrumentalistas devem pressupor que os tribunais têm maior probabilidade de decidir melhor que o parlamento a respeito de importantes questões morais. Mas essa pressuposição não é tão

certa. É verdade, claro, que os tribunais têm algumas vantagens nesse particular. Por exemplo, eles devem ouvir os argumentos apresentados pelas partes, os tribunais devem justificar publicamente suas decisões com argumentos razoáveis, e assim por diante. Portanto, há alguns elementos institucionais na forma como os tribunais decidem que podem levar a deliberações morais justas. Por outro lado, há também outros problemas sérios. Para começar, os tribunais geralmente estão sob forte pressão política para lançar seus argumentos em termos jurídicos, justificando suas decisões em termos legais, isto é, mesmo se for o caso de a decisão ser, na verdade, eminentemente política ou moral, como ocorre na maioria dos temas constitucionais. Esse pretexto legalista, que os tribunais encontram muita dificuldade em evitar, não contribui muito com a tomada de decisões morais justas. Depois, os tribunais, em regra, operam num sistema de processo contencioso no qual as partes, em igualdade de condições, apresentam seus argumentos perante a corte e atêm-se aos casos específicos. Assuntos morais e políticos de grande importância, no entanto, devem levar em consideração um espectro muito maior de temas e interesses que podem não ser adequadamente representados num processo contencioso. Finalmente, deve-se ter em mente que juízes não são *experts* em deliberação moral. Os juízes constitucionais podem ser reis, mas não são reis-filósofos. Nada na sua formação jurídica ou experiência jurídica adquirida os prepara melhor para tomar decisões morais justas do que legisladores ou outros membros (razoavelmente educados) da comunidade.

Deve-se admitir que tais temas sobre competência institucional não tendem a ser conclusivos para nenhum dos lados. Mas pelo menos devemos ser cautelosos. Elaborar leis muitas vezes parece ser uma atividade desordenada, e então as pessoas tendem a respeitar os tribunais, admirando sua civilidade e seus procedimentos deliberativos. É fácil demais e muito enganoso precipitar a conclusão de que os tribunais são, portanto, mais propensos a tomar melhores decisões morais que o parlamento. Devemos ter em mente que os juízes, na conclusão de casos constitucionais, em regra, divergem tanto quanto

o público em geral.³⁷ Para dizer o menos, deveríamos suspeitar do argumento instrumental nesse tocante e assumir que ele é inconclusivo.

c. O argumento do valor intrínseco

Este segundo dos dois argumentos antes referidos inicia com a assunção oposta. Ele é baseado no valor intrínseco de um procedimento de decisão democrático, mas ele também indica os limites morais inerentes a esse valor. Vamos assumir, por exemplo, que a justificação da democracia se baseia no valor da igual distribuição do poder político. Mas então surge a questão: o que deve ser considerado como poder *político* a ser igualmente distribuído? Certamente não seria qualquer decisão que as pessoas pudessem tomar; nem mesmo qualquer decisão que afetasse a vida de muitos.³⁸ Para que algo como o argumento da igualdade surta efeito (ou qualquer argumento similar baseado na equidade), precisamos articular uma certa concepção do que deve ser considerado como uma decisão política, sobre a qual as pessoas tenham parcelas iguais de poder ao tomá-la. Mas isso implica somente que o valor da democracia deva ter seus limites inerentes ao seu campo de aplicação, que somente pode dirigir-se a algumas áreas e não a outras. E isso, diz o argumento, é precisamente o que fazemos quando retiramos do processo democrático certas decisões; nós somente delineamos, como devemos, a esfera de aplicação do valor da igual distribuição do poder político.

Réplica: As constituições não diminuem a necessidade de tomar decisões vinculativas (*authoritative*) sobre temas publicamente controversos. Elas somente transferem o poder decisório de muitos para poucos, i.e., para aqueles poucos indivíduos que compõem o tribunal constitucional ou supremo. Para justificar o constitucionalismo,

³⁷ Um ponto frequentemente destacado por Waldron. Ver nota 16 supra.

³⁸ Considere este exemplo: a decisão de J.K. Rowling sobre escrever outro episódio da série Harry Potter afeta a vida de milhões. Certamente esse não é o tipo de decisão que deve sujeitar-se ao processo democrático.

não basta simplesmente justificar a *exclusão* de certas matérias do processo democrático. Deve-se também justificar a sua *inclusão* no poder decisório dos tribunais. É muito difícil ver como tal justificação estaria acessível com base em considerações de equidade. Que princípio de equidade poderia justificar o singular poder dos tribunais de tomar aquelas decisões públicas que deveriam ser retiradas do processo democrático? A equidade certamente tem muito a propor sobre o poder dos tribunais de decidir questões privadas e resolver conflitos entre indivíduos. A equidade pode também corroborar a legitimidade das decisões dos tribunais em matéria de aplicação do direito a casos particulares, de resolver temas sobre interpretação jurídica, e assim por diante. Mas isso não é o que está em jogo aqui. O que procuramos é um argumento para mostrar que há temas de interesse público e geral, potencialmente controversos e moralmente importantes, que os tribunais, e não o parlamento, devem resolver, porque esses temas não devem ser sujeitos à autoridade democrática. Não conheço nenhuma razão de equidade que possa, de alguma forma, suportar uma tal conclusão.

O argumento do consenso profundo. Este argumento sustenta que as constituições tentam entrincheirar temas de princípios morais e políticos que refletem um nível profundo de consenso na comunidade. Toda a questão do entrincheiramento constitucional, como dissemos desde o início, é proteger os valores profundamente arraigados dos caprichos das tentações políticas transitórias e imprevidentes. Portanto, sustenta o argumento, está plenamente justificado retirar do processo democrático regular a proteção desses valores profundamente arraigados e confiá-los aos cuidados dos tribunais. Então, um aspecto fundamental do argumento do consenso é a distinção que ele faz entre temas de opinião moral, que são superficiais e potencialmente controversas, e algum nível mais profundo de compromisso moral que é amplamente partilhado na comunidade. Como Wil Waluchow recentemente afirmou:

o papel dos juízes não é curvar-se aos desejos inautênticos da maioria e fazer cumprir suas mal-orientadas opiniões morais e discordâncias valorativas [...]. O seu papel é

respeitar e fazer cumprir os verdadeiros compromissos da moralidade constitucional da comunidade em equilíbrio reflexivo.³⁹

A necessidade dessa distinção entre opiniões morais e compromissos morais profundos é muito clara: em sociedades pluralistas, as pessoas parecem não concordar sobre uma boa parcela de juízos morais sobre a concepção do bem e do justo. Desacordos morais são abundantes. Mas, concede esse argumento, há um nível mais profundo de compromissos morais, amplamente partilhados na comunidade, e é esse nível mais profundo de consenso que devemos trazer à baila nos casos constitucionais. De fato, o ponto é mais sutil que isso. Como enfatiza Waluchow, não há necessidade de assumir que neste nível mais profundo o consenso moral seja de alguma forma explícito. E certamente não há consenso nos detalhes. A assunção é de que existem compromissos morais num nível profundo para gerar uma moralidade constitucional mais articulada por algum processo de raciocínio ou “equilíbrio reflexivo”.

O argumento do consenso precisa esclarecer um ponto adicional. Mesmo se existir esse nível profundo de consenso sobre a moralidade constitucional da comunidade, deve também ser demonstrado que o judiciário é mais apto que o parlamento a aplicar corretamente esses valores. Se existe essa distinção entre valores autênticos e opiniões morais frequentemente mal-orientadas e inautênticas, a tese deve ser a de que os juízes são mais aptos do que o parlamento ou qualquer outra instituição democrática a tomar suas decisões constitucionais com base nos valores autênticos corretos. Existem razões para suportar essa assunção? Presumivelmente, a razão é esta: a legislação democrática é um processo representativo e de barganha. Os legisladores representam

³⁹ WALUCHOW, Wil. **A Common Law Theory of Judicial Review**: the living tree. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2006, [p. 237] [N.T.: quando A. Marmor escreveu o artigo, o livro de W.J. Waluchow estava no prelo, pelo que o original do presente artigo não traz a página; como o livro está hoje publicado, apus a pág. da citação entre colchetes nesta tradução.]

os (auto-considerados) interesses dos seus eleitores. Esses interesses estão muitas vezes em desacordo com os de outros constituintes, e o processo legislativo é fundamentalmente de barganha e compromisso. A legislação é um acordo entre partes que têm alguns interesses em comum e muitos outros em desacordo. É muito improvável que tal processo de barganha se baseie nos valores morais autênticos, profundos, da comunidade como um todo. É mais provável que ele reflita um compromisso experimental e muitas vezes desviado entre interesses superficiais e opiniões. As decisões judiciais, por outro lado, não são baseadas em representação e não são tomadas por meio de um processo de barganha.⁴⁰ Os juízes não têm eleitores a representar nem barganhas a fazer. Eles são livres para fundamentar suas decisões em valores morais que são profundamente partilhados pela comunidade como um todo. Além disso, como enfatiza Waluchow, as decisões judiciais em casos constitucionais têm esta vantagem crucial, que ele chama de abordagem “de baixo pra cima”: a interpretação constitucional procede caso a caso. O direito constitucional evolui à maneira da *common law*, indo de decisões concretas sobre temas particulares a temas gradualmente mais gerais, e não ao contrário, do geral, e portanto de princípios potencialmente controversos, a regras concretas e decisões.

Conforme entende Waluchow, a ideia sobre o nível profundo de consenso na qual se funda o constitucionalismo responde fundamentalmente às questões sobre o pluralismo; e a forma de proceder da *common Law*, que é característica do direito constitucional, responde às questões sobre o problema da vinculação das gerações futuras. Como refere Waluchow:

Longe de basear-se na injustificada assunção de que podemos ter, de antemão, todas as respostas certas para temas constitucionais de moralidade política que podem

⁴⁰ Aqueles que conhecem um pouco sobre o trabalho da Suprema Corte dos Estados Unidos podem franzir as sobrancelhas aqui; ao menos nos EUA, uma grande parcela dos processos de decisão na Suprema Corte é certamente baseada numa barganha sutil entre os nove ministros.

surgir de um ato do Estado questionado com base na constituição e de que estamos seguros ao impor essas respostas aos que nos sucederem, a concepção da *common law* origina-se [...] do sentimento *exatamente oposto*: do reconhecimento de que não temos todas as respostas e que seria aconselhável que projetássemos cuidadosamente nossas instituições jurídicas e políticas de formas capazes de comportar essa nossa característica.⁴¹

Esse é um argumento complexo, pelo que vou resumi-lo:

Sob a superfície do desacordo sobre as opiniões morais, há um nível profundo de consenso sobre os valores morais fundamentais ou, pelo menos, consenso suficiente para gerar alguns princípios que gerariam esse consenso profundo. As constituições pretendem entrincheirar esses valores profundos.

O entrincheiramento constitucional desses valores profundos é necessário para protegê-los dos caprichos dos sentimentos populistas momentâneos e das opiniões potencialmente inautênticas ou mal orientadas.

Ao menos se comparado com o parlamento, o judiciário está melhor equipado para descobrir (*discover*)⁴² o que são esses valores profundos e aplicá-los a dilemas morais concretos em casos constitucionais.

⁴¹ Waluchow, nota 34 supra, p. 213. [N.T.: O artigo original traz aqui uma nota, e não um asterisco; mas, talvez por equívoco, o número da nota é novamente o nº 34, talvez para remeter o leitor à mesma obra de Waluchow citada na nota nº 34 supra. Mais uma vez a nota, no original, não traz a referência da pág. da obra de Waluchow, por razões já explicadas.]

⁴² Realmente desejo aqui pôr algum peso no termo “descoberta” (discovery). Waluchow advoga algo como um método do Equilíbrio Reflexivo Rawlsiano, Dworkin conta com sua teoria da “interpretação construtiva”, e ainda outros podem ter ideias diferentes em mente. Qualquer método que se tenha em mente não deve afetar os argumentos do texto. Com uma notável exceção: o assim chamado “originalismo” em interpretação constitucional não seria compatível com o argumento de Waluchow. Mas nisso estamos inteiramente concordes. Sobre a questão do porquê o originalismo não faz nenhum sentido na interpretação constitucional, abordei mais profundamente no meu “Constitutional Interpretation”.

Essa descoberta e aplicação de valores profundos é um processo que se dá caso a caso, “de baixo para cima”, e não precisa pressupor que nós conheçamos de antemão, por assim dizer, todas as verdades sobre os valores. Nessa perspectiva da decisão caso a caso, as decisões constitucionais são adaptadas às circunstâncias particulares e às relevantes necessidades sociais presentes ao tempo da decisão relevante.

Portanto, o constitucionalismo: (a) não abala o respeito pelo pluralismo e (b) não envolve o tipo de mecanismo de vinculação das gerações futuras que o argumento do comprometimento prévio assume.

Réplica: Cada passo desse argumento é questionável. Entretanto, vou me concentrar nos dois maiores mitos nos quais o argumento se fia: algo como o mito de Rousseau sobre a “vontade geral” e o mito de Blackstone sobre a sabedoria da *common law*. Waluchow não cita Rousseau no seu livro, mas o espírito de Rousseau está por todo o argumento. Sob o nível superficial da vontade particular dos indivíduos, há um *self* moral mais profundo, mais autêntico, comum, que se direciona ao bem comum. Esse bem comum, ou “vontade geral”, abstrai-se da opinião moral concreta, do *self* superficial autointeressado, e só pode ser revelado coletivamente, por um processo que é deliberadamente destinado para ser não agregativo. É um processo que deve ser originado para o bem comum, para o subjacente e autêntico *self* comum. Rousseau pensava que a democracia, decentemente amoldada, é o processo apropriado para gerar a vontade geral. Constitucionalistas como Waluchow e Dworkin (ao menos como Waluchow o entende)⁴³ acreditam que se passa exatamente o contrário: a democracia é inevitável e irremediavelmente inclinada ao particular e ao inautêntico. Somente um processo não democrático, um processo que não seja destinado a agregar vontades particulares ou opiniões morais poderia

⁴³ Não sem boas razões. Os argumentos de Dworkin em *Law's Empire* (sobre o valor da integridade a importância em entender as decisões políticas como se a comunidade falasse com uma só voz) certamente suportam a interpretação de Waluchow sobre Dworkin.

permitir o triunfo da “vontade geral” ou da “moralidade constitucional” subjacente.

É desnecessário dizer que este não é o lugar para oferecer uma crítica à concepção de Rousseau sobre a “vontade geral” ou às teorias similares sobre o bem comum.⁴⁴ Meu propósito em salientar isso é muito mais limitado. Primeiro, deve-se compreender claramente o que é necessário, filosoficamente falando, para aceitar o argumento do consenso profundo: nada exceto uma defesa filosófica bastante abrangente da “vontade geral” ou alguma concepção similar do bem comum. Segundo, e mais importante, deve-se compreender claramente que o argumento de Waluchow na verdade não se dirige ao argumento do pluralismo, mas simplesmente o pressupõe ausente, por assim dizer. Aqueles que se opõem ao constitucionalismo baseando-se no respeito ao pluralismo, como Waldron (e eu, neste caso), confiam na observação de que nas sociedades pluralistas as pessoas são profundamente discordes sobre suas concepções do justo e do bem. E, principalmente, que essas profundas controvérsias morais são, dentro de certos limites, razoáveis e, portanto, dignas de respeito. Há duas maneiras de entender essa alegação. Uma é basicamente uma questão factual; é simplesmente o ponto de vista de que o pluralismo é baseado numa falsa premissa. Os desacordos morais, segundo essa alegação, simplesmente não são tão profundos quanto o pluralismo os compreende. Na outra maneira alternativa, a alegação pode ser a de que, mesmo se os desacordos morais forem profundos, eles não são merecedores do respeito que o pluralismo assume, uma vez que eles não são suficientemente autênticos; eles não manifestam os verdadeiros valores morais que as pessoas que vivem numa sociedade política devem compartilhar.

⁴⁴ Notadamente, teorias contemporâneas que advogam uma tal ênfase no bem comum, as chamadas teorias da “democracia deliberativa”, sustentam a visão oposta: elas confiam no valor da deliberação pública ampla, inclusiva e igualitária como o tipo de processo apto a veicular decisões que constituam ou estejam de acordo com o bem comum. Ver, por exemplo, COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: BOHMAN; REHG (Eds.), nota 31 supra, p.67.

Não tentarei defender o pluralismo aqui.⁴⁵ Basta salientar um aspecto relevante: o pluralismo não sustenta que toda questão moral seja profunda e razoavelmente controvertida. Mesmo diante de profundo e difuso desacordo, há vários valores morais que todos nós compartilhamos, ou que pelo menos seria desarrazoado não compartilhar. A objeção ao constitucionalismo é baseada na ideia de que esses valores compartilhados são verdadeiramente muito gerais e abstratos para resolver debates morais e políticos particulares que tendem a surgir em casos constitucionais. Considere, por exemplo, o debate sobre a permissibilidade de abortos. Para colocar o ponto de uma forma bastante simplificada: algumas pessoas sustentam que o aborto é (ou é similar ao) homicídio e por isso deve ser proibido. Outros negam veementemente isso. Admitidamente, aqueles que negam ser o aborto similar ao homicídio concederiam que se aborto é similar a homicídio, ele deve ser proibido. Então existe alguma coisa sobre a qual os dois campos concordam; nós todos concordamos que homicídio é um delito sério e deve ser proibido. Mas essa concordância geral não pode, de nenhuma maneira, resolver o debate sobre a permissibilidade dos abortos. Aqueles que acreditam que o aborto é exatamente igual ao homicídio de um ser humano adulto baseiam sua crença numa visão de mundo religiosa ou outra qualquer, que é profundamente oposta à visão de mundo dos liberais “pró-escolha”. Não se trata somente de desacordo superficial que pode ser posto de lado como inautêntico. Para católicos devotos, por exemplo, há pouca coisa que seja tão autêntica e profunda quanto suas crenças religiosas. E para alguns ateus há pouca coisa que seja mais autêntica que sua oposição a essas crenças. Então o problema não é o de que não haja algo acerca dos valores sobre o que possamos efetivamente concordar. O problema é que há muitas

⁴⁵ No meu *Constitutional Interpretation* (nota 7 supra) defendi algo detalhadamente que o discurso dos direitos é particularmente enganoso neste contexto. Em essência, o argumento é o de que os direitos em sociedades pluralistas são tais que é relativamente fácil concordar sobre os direitos que devemos ter, mas que esse consenso é bastante enganoso. As razões subjacentes para se ter direitos e suas apropriadas ramificações são quase inevitavelmente controversas.

questões de convicção moral profunda sobre as quais nós realmente discordamos, que muitos desses desacordos são razoáveis e devem ser respeitados, e que a maioria dos debates que tendem a chegar às cortes constitucionais dizem com os valores e visões morais sobre os quais estamos profundamente divididos, não sobre aqueles sobre os quais todos nós concordamos.

O argumento a partir do consenso, ao menos da forma com que Waluchow o desenvolve, confia em outro mito, o mito sobre a sabedoria da *common law*. Vamos assumir, por amor ao argumento, que exista um profundo nível de consenso, que chamaremos de moralidade constitucional da comunidade, a qual deve por vezes prevalecer sobre os resultados dos procedimentos democráticos. Por que devemos pensar que uma corte constitucional ou suprema é a instituição apropriada para encontrar o conteúdo da moralidade constitucional da comunidade e aplicar corretamente seus princípios? Mesmo se concordarmos que os parlamentos democráticos são institucionalmente mal aparelhados para aplicar corretamente nossa moralidade constitucional, isso não acarreta que juízes necessariamente fariam melhor trabalho nesse aspecto. Precisamos algum argumento positivo para nos convencer que esse é o caso. Então é aqui que a sabedoria da *common law* vem em nosso auxílio: ao contrário do parlamento, que em regra deve editar regras gerais, os tribunais revelam o direito caso a caso. Daí que os tribunais podem concentrar-se em sutilezas morais particulares do caso em tela, desenvolver o direito constitucional pouco a pouco, mais humildemente, como sustenta Waluchow, portanto mais honestamente.

Uma implicação interessante dessa forma da *common law* de encarar o tema do constitucionalismo é que ela confere ao texto constitucional muito menos importância que habitualmente se assume. Em parte, esse é um tema de tradição constitucional que pode variar de lugar a lugar. Não vou insistir nesse assunto aqui. Quero pôr alguma ênfase, porém, na principal assunção, a de que a *common law* é via de regra progressista e moralmente confiável. Penso que não é nem numa coisa nem outra.

Meu ponto não será o de que a *common law* seja, no todo, um sistema ruim. Longe disso. O argumento que pretendo construir é o de que a *common law* tem alguns problemas inerentes e que esses problemas são consideravelmente aumentados no contexto constitucional. Seja-me permitido mencionar, em poucas palavras, três problemas comuns na decisão judicial da *common law*: ela é quase sempre insular, auto-perpetua-se e carece de um mecanismo de renovação adequado. A *common law* tende a ser relativamente insular justamente porque ela é confinada a um processo decisório que se preocupa com casos particulares, num procedimento contencioso de igualdade de partes que não necessariamente permitem às cortes perceber inteiramente o problema social ou moral no seu conjunto de complexidades. Ao decidir casos particulares, os juízes são forçados a prestar atenção às características específicas do caso em tela (ao menos até certo ponto) e são constrangidos pelos argumentos e pelas provas fáticas trazidas pelas partes em disputa. Por vezes, isso é inteiramente suficiente a capacitar a tomada de uma boa decisão, mas frequentemente não o é. Em segundo lugar, o processo de decisão da *common law* é baseado na força vinculante do precedente. Os juízes confiam nas suas decisões anteriores, quase sempre ampliando seu alcance aos poucos. Esse é, no fundo, um mecanismo de auto-perpetuação. Seu perigo consiste no fato de que exatamente como ele possibilita a expansão de *insights* acurados, ele é igualmente inclinado a expandir o efeito dos erros.⁴⁶

Por fim, e mais importante, um sistema fechado da *common law* tem muito poucas oportunidades de corrigir a si próprio ao confiar em mecanismos de renovação. A principal forma de renovação da qual os juízes dispõem dá-se por meio dos novos casos trazidos perante o tribunal. Mas eles estão já confinados ao conjunto de precedentes, então esse não é um grande mecanismo de renovação. (De fato, isto é ainda pior: precedentes numa área do direito tendem a canalizar os tipos de casos que inicialmente chegariam aos tribunais superiores. Litigantes

⁴⁶ Ver RAZ, Joseph. **Ethics in Public Domain**. Oxford: Oxford University Press, 1994, capítulo 12.

em potencial, em regra não dispõem de dinheiro para desperdiçar em processos inúteis.) Em contraste, os parlamentos têm um mecanismo de renovação muito mais desenvolvido à sua disposição. Grupos de interesse, organizações de trabalhadores, agências governamentais, resultados eleitorais, e, claro, os tribunais estão aí para prover o parlamento com informações sobre os efeitos potenciais ou efetivos da sua legislação. A grande vantagem da *common law* infraconstitucional é a de que ela não é um sistema fechado: a qualquer hora, o parlamento pode intervir e corrigir o curso, por vezes alterá-lo por completo, por meio da legislação. Mas em casos constitucionais, essa opção não está inteiramente à disposição. A única forma de alterar o curso é via emenda constitucional. E isso é frequentemente muito custoso e difícil de conseguir.

Em casos infraconstitucionais, a *common law* e o direito legislado complementam-se. O direito evolui num processo contínuo de negociação entre o judiciário e o legislativo, [processo] no qual cada instituição pode corrigir a outra. O problema do direito constitucional da *common law* num sistema constitucional robusto é precisamente a falta desse processo de ajuste mútuo. É um sistema fechado pelo qual os tribunais têm a última palavra em assuntos constitucionais, e suas decisões são muito difíceis de ser alteradas por um processo de emenda constitucional. Mais que isso, porque emendas são relativamente difíceis de ser editadas, as decisões constitucionais tendem a perdurar por longo tempo. Não vejo nada particularmente humilde nesse processo, nem muito que nos tranquilize que o direito constitucional da *common law* seja suficientemente sensível ao reconhecimento de nossas falibilidades morais, como sustenta Waluchow. Embora todas as suas conhecidas falhas, a legislação democrática tem esta considerável vantagem: a decisão alcançada por um processo democrático pode ser alterada pelo mesmo processo democrático. E se a decisão é particularmente controvertida, não é provável que dure por tempo demasiado. Aqueles que hoje perderam podem ter sucesso amanhã. Numa sociedade pluralista, é assim que deve ser.

Você pode pensar que tudo isso é pura especulação. Afinal, temos uma longa história de revisão judicial de casos constitucionais, e essa história pode nos mostrar ..., bem, o que exatamente? Que as cortes constitucionais tendem a ser mais progressistas que os parlamentos? Que os tribunais têm, em regra, feito um trabalho admirável, protegendo os direitos que deveríamos ter? Ou talvez que os tribunais têm-se mantido firmes contra a opinião pública e protegido as minorias vulneráveis e impopulares? Tais lições de história longa e complexa são muito difíceis de aprender. A imagem da história está nos olhos do espectador. E, seja como for, nossa visão é turva, uma vez que é muito difícil saber quais seriam os contra-fatos relevantes. Talvez sem a revisão judicial, os parlamentos teriam errado ainda mais; ou talvez ocorresse exatamente o oposto, e tendo total responsabilidade por suas ações, as legislaturas teriam feito (ainda) melhor. É muito difícil saber.

4 Algumas conclusões

Se meus argumentos estão corretos, o constitucionalismo robusto está diante de sérios problemas de legitimidade. Quais são as implicações morais e políticas disso? Há dois campos principais aos quais essa questão é pertinente: o campo da interpretação constitucional e o campo da estrutura constitucional. Gostaria de concluir com algumas palavras sobre cada um.

Este não é o lugar para articular uma concepção de interpretação constitucional. Fiz algo assim alhures.⁴⁷ A questão que eu gostaria de tratar aqui é se o problema da legitimidade deveria ter algum sentido particular na questão de como os juízes devem interpretar o texto constitucional. De fato, eu gostaria somente de responder a uma sedutora linha de pensamento: pode ser tentador pensar que se a própria legitimidade de uma constituição robusta é posta em dúvida, os juízes deveriam agir com considerável moderação (*restraint*) na sua

⁴⁷ Ver meu *Constitutional Interpretation*, nota 7 *supra*.

interpretação constitucional. Em outras palavras, alguém poderia pensar que as dúvidas lançadas sobre a legitimidade das constituições implica um argumento contra o ativismo judicial no campo constitucional. Não penso que seja assim.

Os temas constitucionais são majoritariamente (ou, pelo menos, muito frequentemente) temas morais. Em casos constitucionais, os juízes têm o poder de fazer uma significativa diferença moral. As dúvidas que suscitamos sobre o constitucionalismo acarretam a ideia de que os juízes não deveriam ter esse tipo de poder. Mas isso não implica que se os juízes tiverem esse poder, então eles deveriam abster-se de tomar a decisão moral autorizada, dadas as circunstâncias. Considere o seguinte exemplo: suponha que decisões sobre a contratação de novo professor para a faculdade tenham de ser tomadas por meio de um processo deliberativo, inclusivo e quase-democrático que inclua todo o corpo docente da faculdade. Acontece, porém, que na faculdade X tais decisões são tomadas pelo diretor sozinho. (Assuma que isso seja um fato dado, que não existe maneira de o diretor ou qualquer pessoa mudar isso.) Agora considere o seguinte dilema enfrentado pelo diretor: há dois candidatos para uma única vaga; um dos candidatos é academicamente (e em todos outros aspectos relevantes) melhor que o outro. Ou o diretor tem boas razões para acreditar nisso. Ele tem igualmente boas razões para acreditar que o corpo docente da faculdade escolheria o outro, o candidato inferior. Como o diretor deveria decidir?⁴⁸ O argumento que está sendo aqui considerado nos levaria a concluir que, por ser moralmente questionável a autoridade moral do diretor para tomar tais decisões, ele deveria curvar-se à presumida vontade do corpo docente e tomar a decisão que é, no mérito, inferior. Mas não vejo qualquer boa razão para embasar uma tal conclusão. Se é dado que o diretor é o único que tem autoridade para tomar a decisão, por mais duvidosa que possa ser sua autoridade, a conclusão correta é a de que o diretor deveria chegar à melhor decisão possível sobre o mérito do

⁴⁸ Para o propósito do exemplo, devemos ignorar as restrições práticas ou institucionais que poderiam estar envolvidas em tais decisões.

caso. Se não for assim, somente compilaremos um erro sobre o outro: teremos um processo ruim e resultados ruins. Se o processo ruim não pode ser alterado, ao menos deveríamos aspirar a alcançar os melhores resultados possíveis. Admito que a analogia com a revisão judicial não é inteiramente isenta de problemas. Em alguns casos constitucionais os juízes têm a opção de devolver a decisão ao palco democrático. Se essa é uma opção, não vejo qualquer argumento contra ela.⁴⁹

Deixe-me agora concluir com algumas poucas palavras sobre a estrutura constitucional. Aqui a conclusão é mais direta: se existe uma preocupação séria sobre a legitimidade do constitucionalismo robusto, deveríamos aspirar a construir regimes constitucionais menos robustos. Certamente não estou sugerindo que deveríamos ter constituições escritas. Mas se as temos, então pelo menos deveríamos tê-las em um pacote menos robusto. Há várias formas de fazer isso, e algumas podem ser melhores que outras. Algo como a “cláusula do não obstante” (*notwithstanding clause*) do artigo 33 da Carta Canadense parece ser uma forma particularmente atrativa de minimizar a robustez das constituições. Em suma, o artigo 33 permite ao parlamento ignorar as decisões constitucionais dos tribunais, mas somente com um custo político acrescido: o parlamento deve tornar bastante explícito que está fazendo justamente isso, ignorando uma decisão constitucional da corte, e deve renovar a decisão periodicamente.⁵⁰ Esse arranjo constitucional responde consideravelmente aos tipos de inquietações sobre a legitimidade constitucional que suscitamos aqui. Primeiro, ele certamente mitiga, de maneira bastante substancial, as inquietações sobre a

⁴⁹ Preciso qualificar esse ponto: não pretendo sustentar que esse argumento se aplica sem qualquer requisito aos sistemas federais, nos quais as decisões das cortes chegam a permitir que Estados-membros (ou regiões) tomem a decisão democraticamente no âmbito da sua jurisdição. Esse é um tema muito mais complicado, envolvendo questões difíceis sobre a divisão apropriada dos processos democráticos entre autoridades federais e locais.

⁵⁰ A formulação específica do artigo 33 suscita questões interpretativas, sobretudo sobre o seu escopo, as quais não precisamos discutir aqui. Não estou sugerindo que a fórmula específica do artigo 33 seja ideal. Até hoje, o artigo 33 não foi invocado pelo parlamento canadense em nível federal. Eu não acharia isso particularmente desanimador. Sanções jurídicas não têm que ser sempre aplicadas para alterar o comportamento dos agentes.

vinculação das gerações futuras. Na medida em que a palavra final em assuntos constitucionais é conferida ao parlamento democraticamente eleito, o efeito vinculativo da constituição é substancialmente reduzido; Ulisses está amarrado ao mastro, mas ele pode ser desamarrado pelo processo democrático a qualquer tempo. Verdade, há um preço atrelado à possibilidade de desamarrar Ulisses, mas o preço não diminui substancialmente a autoridade democrática. Por razões similares, embora talvez em menor medida, a “cláusula do não obstante” também mitiga nossas preocupações sobre o pluralismo. Em que medida? Receio que essa seja uma questão muito difícil de responder. A resposta depende parcialmente das circunstâncias específicas da sociedade em questão, de sua cultura política e de aspectos particulares do regime, sobre os quais não podemos especular em abstrato.

Referências

ARNESON, R. Democracy is not intrinsically just. In: DOWDING, K.; GOODIN, R. E.; PATERMAN, C. (Ed.). **Justice and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 40-72.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999, p.67-89.

ELSTER, John. **Ulysses unbound**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESTLUND, D. Beyond fairness and deliberation: the epistemic dimension of democratic Authority. In: BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999, p. 173-201.

GARRET, Elizabeth. The purposes of framework legislation. **Journal of Contemporary Legal Issues**, v. 14, p.717- 756, 2005.

HOROWITZ, D. **Ethic groups in conflict**. 2nd. ed. Berkeley: University of California Press, 1985, 2000.

KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.

LIPHART, A. **Patters of democracy, government forms and performance in 36 countries**. New Haven, CT: Yale University Press, 1999.

MARMOR, Andrei. Authority, equality, and democracy. **Ratio Juris**, v. 18, p. 315-328, 2005.

MARMOR, Andrei. Constitutional interpretation. In: MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2nd. ed. Oxford: Hart, 2005. chap. 9.

MARMOR, Andrei. On convention. **Synthese**, v. 107, p. 349-361, 1996.

MARMOR, Andrei. **Positive law & objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAWL, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1971.

RAZ, Joseph. **Ethics in public domain**. Oxford: Oxford University Press, 1994. chap. 12.

RAZ, Joseph. On the authority and interpretation of constitutions. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism**: philosophical foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 152-193.

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

WALUCHOW, Wil. **A common law theory of judicial review**: the living tree. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2006.

Recebido em: 24/02/2011

Avaliado em: 08/03/2011

Aprovado para publicação em: 08/03/2011