

Revista **DIREITO GV**

ISSN 2317-6172

v. 18 n. 2 MAIO-AGO 2022

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

1 Universidade de Nova York, Nova York, Estados Unidos

2 Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1943-0110>

3 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-7761-1315>

4 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1855-7793>



O cerne da posição contrária à revisão judicial

THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW

Jeremy Waldron¹

Tradução do texto:

WALDRON, JEREMY. THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW. *THE YALE LAW JOURNAL*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, ABR. 2006.

Tradução: Bruno da Cunha de Oliveira², Daniel Wei Liang Wang³ e José Garcez Ghirardi⁴

Resumo

Este ensaio apresenta a posição geral contrária à revisão judicial de legislação de maneira clara e sem se deter em discussões sobre decisões específicas ou na história de sua emergência em sistemas específicos de direito constitucional. O ensaio critica a revisão judicial sob duas bases principais. Primeiro, argumenta-se que não há razão para supor que direitos são mais bem protegidos por essa prática do que por legislaturas democráticas. Em segundo lugar, argumenta-se que, independentemente dos resultados que ela gera, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. O segundo argumento é conhecido; o primeiro, não tanto.

A posição contrária à revisão judicial não é, contudo, absoluta ou incondicional. Neste ensaio, ela pressupõe diversas condições, incluindo as de que a sociedade em questão tenha instituições democráticas que funcionem bem e que a maioria de seus cidadãos leve os direitos a sério (mesmo se eles discordarem sobre quais direitos eles têm). Este ensaio finaliza examinando o que decorre da ausência dessas condições.

Palavras-chave

Revisão judicial; constitucionalismo; democracia; direitos; legislação.

Abstract

This essay states the general case against judicial review of legislation clearly and in a way that is uncluttered by discussions of particular decisions or the history of its emergence in particular systems of constitutional law. The essay criticizes judicial review on two main grounds. First, it argues that there is no reason to suppose that rights are better protected by this practice than they would be by democratic legislatures. Second, it argues that, quite apart from the outcomes it generates, judicial review is democratically illegitimate. The second argument is familiar; the first argument less so.

However, the case against judicial review is not absolute or unconditional. In this Essay, it is premised on a number of conditions, including that the society in question has good working democratic institutions and that most of its citizens take rights seriously (even if they may disagree about what rights they have). The essay ends by considering what follows from the failure of these conditions.

Keywords

Judicial review; constitutionalism; democracy; rights; legislation.

INTRODUÇÃO

Os juízes deveriam ter autoridade para invalidar leis quando estivessem convencidos de que elas violam direitos individuais? Em muitos países eles têm. O exemplo mais conhecido são os Estados Unidos. Em novembro de 2003, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts decidiu que as leis estaduais sobre licença para casar* violavam os direitos constitucionais estaduais ao devido processo legal e à igual proteção perante a lei ao implicitamente limitar o reconhecimento jurídico do casamento à união entre um homem e uma mulher.¹ A decisão entusiasmou muitas pessoas que sentiam que seus direitos não haviam sido reconhecidos e que, por serem homens e mulheres homossexuais, eram tratados como cidadãos de segunda classe sob o direito matrimonial existente.² Mesmo se o resultado da decisão for eventualmente revertido por uma emenda à constituição do estado, os autores da ação e seus apoiadores podem sentir que ao menos a questão de direitos está agora sendo confrontada diretamente. Uma boa decisão e um processo em que reivindicações de direitos sejam permanentes e seriamente considerados:³ para muitas pessoas essas são as razões para se proteger a instituição da revisão judicial. Elas reconhecem que a revisão judicial às vezes leva a decisões ruins – como a invalidação de 170 leis trabalhistas por cortes estaduais e federais durante a era *Lochner*⁴ – e, também, reconhecem que a prática padece de algum tipo de déficit democrático. Todavia, dizem elas, esses custos são frequentemente exagerados e distorcidos. O processo democrático está longe de ser perfeito e, de qualquer forma, a objeção democrática é em si problemática quando o que está em jogo é a tirania da maioria. Elas argumentam que podem tolerar um resultado ruim ocasional como preço pela prática que proporcionou decisões como *Lawrence*, *Roe* e *Brown*,⁵ que reafirmaram o compromisso da nossa sociedade com os direitos individuais em face de maiorias preconceituosas.

•••

* N.T.: Em alguns estados dos Estados Unidos, como o Massachusetts, é necessária uma licença para que o casal seja autorizado a se casar. É após a obtenção dessa licença e a realização da cerimônia de casamento que a certidão de casamento é emitida.

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

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

3 É uma adaptação de uma frase de Ronald Dworkin, em: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985. p. 9-32.

4 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905. O cálculo do número total de casos em que leis estaduais ou federais sobre relações trabalhistas e condições de trabalho foram invalidadas no período de 1880 a 1935 baseia-se em listas apresentadas em: FORBATH, William E. *Law and the Shaping of the American Labor Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. Apêndices A e C. p. 177-192, 199-203.

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

Essa é praticamente a última coisa boa que direi sobre a revisão judicial (quero reconhecer de antemão o valor de muitas das decisões que ela nos proporcionou e a complexidade das questões procedimentais). Este ensaio argumentará que a revisão judicial de legislação é inadequada como um modelo de tomada de decisões definitivas em uma sociedade livre e democrática.

Argumentos nesse sentido já foram apresentados antes, e com frequência. É natural que isso ocorra em relação a esse tipo de prática. Dentro da teoria política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular,⁶ e os ideais democráticos sempre permanecerão em uma relação desconfortável com qualquer prática que afirma que legislaturas eleitas devem operar somente sob o beneplácito de juizes não eleitos. Alexander Bickel resumiu a questão na bem conhecida expressão “a dificuldade contramajoritária”.⁷ Nós podemos tentar mitigar essa dificuldade, disse Bickel, mostrando que os procedimentos legislativos existentes não representam perfeitamente a vontade popular ou da maioria. Contudo, continuou ele,

nada nas complexidades e perplexidades adicionais do sistema, que a ciência política moderna tem explorado com admirável e engenhosa diligência, e algumas das quais ela tem tendido a multiplicar com uma fertilidade que ultrapassa o mero zelo do descobridor – nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial de que a revisão judicial é uma instituição desviante na democracia americana.⁸

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada dessa forma, o próprio povo pode decidir em definitivo, por processos legislativos ordinários, se eles querem permitir aborto, ações afirmativas, *vouchers* escolares e casamento homoafetivo. Eles podem decidir por si mesmos se terão leis punindo a expressão pública de ódio racial ou restringindo os gastos dos candidatos nas eleições. Se eles discordarem sobre qualquer um desses assuntos, podem eleger representantes para deliberar e resolver a controvérsia por meio do voto no Legislativo. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, na Grã-Bretanha nos anos 1960, quando

...

⁶ O *locus classicus* desse conceito é: LOCKE, John. *The Second Treatise of Government*. In: LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Edição de Peter Laslett. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1988 [1690]. p. 265, 366-367.

⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Heaven/Londres: Yale University Press, 1986. p.16-17. (“[R]evisão judicial é uma força contra-majoritária em nosso sistema [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo... ela frustra a vontade dos representantes do povo de verdade do aqui e do agora...”).

⁸ *Idem*, p. 17-18.

o Parlamento debateu a liberalização da legislação sobre o aborto, a legalização de condutas homossexuais consentidas entre adultos e a abolição da pena de morte.⁹ Em cada uma dessas questões, a ampla deliberação pública se refletiu em um debate sério na Câmara dos Comuns. A qualidade desses debates (e de debates similares no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e em outros lugares) torna sem sentido a alegação de que legisladores são incapazes de lidar responsabilmente com tais controvérsias – assim como os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvida sobre a alegação corriqueira de que maiorias populares não assegurarão os direitos das minorias.

Em contrapartida, nos Estados Unidos, o povo ou seus representantes nos Legislativos estaduais e federal podem enfrentar essas questões se eles quiserem, mas eles não têm certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discorda da resolução legislativa decide levar a matéria ao Judiciário, a visão que prevalecerá será a dos juizes. Como observa Ronald Dworkin – e ele é um *defensor* da revisão judicial – sobre “questões de moralidade política complexas, controversas e profundas que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido por muitos séculos”, o povo e seus representantes simplesmente têm de “aceitar as decisões de uma maioria de juizes, cujo conhecimento sobre essas grandes questões não é particularmente especial”.¹⁰

Ao longo dos últimos anos, surgiram várias obras criticando a revisão judicial nos Estados Unidos.¹¹ Por anos, o apoio à prática tem vindo de liberais, enquanto a oposição vem de oponentes conservadores dos direitos que as cortes liberais asseguraram. Mais recentemente, no entanto, temos visto o crescimento da oposição liberal à revisão judicial, após a judicatura presidida por Rehnquist ter revertido algumas conquistas significativas da política legislativa liberal.¹² Entretanto, houve também defesas vigorosas da prática.¹³ O ducentésimo aniversário

•••

9 Abortion Act, 1967, c. 87; Sexual Offences Act, 1967, c. 60; Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965, c. 71.

10 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 74.

11 Cf., por exemplo: KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Nova York: Oxford University Press, 2004; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

12 Cf., por exemplo, *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000 (derrubou parte do Violence Against Women Act); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 1995 (sustentou que o Congresso não tem autoridade para legislar uma proibição sobre a posse de armas dentro de uma certa distância de uma escola); cf. também: TUSHNET, Mark. Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 47-71, 2003. p. 47.

13 Cf., por exemplo: DWORKIN, nota 10 *supra*; EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-government*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001; SAGER, Lawrence G. *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Heaven; Londres: Yale University Press, 2004.

de *Marbury v. Madison* suscitou diversas discussões sobre suas origens e sobre sua legitimidade original e o quinquagésimo aniversário de *Brown v. Board of Education* forneceu uma lembrança oportuna do serviço que as cortes nacionais prestaram na metade do século XX ao figurar na vanguarda do ataque à segregação e a outras leis racistas.

As linhas de batalha estão, portanto, traçadas, as manobras são familiares, e as posições dos dois lados estão bem compreendidas. Qual é o propósito da presente intervenção? Eu mesmo já escrevi muito sobre isso.¹⁴ Por que mais um artigo atacando a revisão judicial?

O que quero fazer é identificar um argumento central contra a revisão judicial que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões sobre seus efeitos particulares – as decisões (boas e ruins) que ela produziu, as mágoas e alegrias que ela tenha trazido. Desejo focar em aspectos da posição contrária à revisão judicial que são distintos dos argumentos sobre a forma como juízes exercem seus poderes e sobre o espírito (deferente ou ativista) com que abordam a legislação submetida à sua aprovação. Livros recentes de Mark Tushnet e Larry Kramer mesclam uma crítica teórica da prática com discussões sobre suas origens históricas e a visão deles do que envolveria uma constituição dos Estados Unidos menos judicializada.¹⁵ Isso não é uma crítica a Tushnet ou a Kramer. Os livros deles são valiosos em grande medida por conta da riqueza e do colorido que eles trazem à controvérsia teórica. Como Frank Michelman afirma na contracapa de *The People Themselves*, a história de Kramer “dá vida aos debates sobre revisão judicial e constitucionalismo popular”.¹⁶ E é isso mesmo que ele faz. No entanto, eu quero dar um passo atrás e reduzir o argumento normativo à sua estrutura fundamental para que possamos olhar diretamente para a revisão judicial e ver quais são as premissas que a embasam.

Charles Black observou, certa vez, que, na prática, a oposição à revisão judicial tende a ser “uma coisa esporádica”, com pessoas a apoiando pelos poucos casos cujos resultados elas aprovam (como *Brown* ou *Roe*) e opondo-se a ela somente quando gera resultados que elas deploram.¹⁷ Na política, o apoio à revisão judicial está, às vezes, fortemente associado ao apoio

...

14 Cf., por exemplo: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 10-17, 211-312; WALDRON, Jeremy. *Deliberation, Disagreement, and Voting*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (orgs.). *Deliberative Democracy and Human Rights*, 1999. p. 210 [doravante WALDRON, *Deliberation, Disagreement, and Voting*]; WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*. In: GRABER, Mark A.; PERHAC, Michael (orgs.). *Marbury Versus Madison: Documents and Commentary*. CA: CQ Press, 2002. p. 181 [doravante WALDRON, *Judicial Power and Popular Sovereignty*]; WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993 [doravante WALDRON, *A Right-Based Critique*].

15 Cf. KRAMER, nota 11 *supra*; TUSHNET, nota 11 *supra*.

16 MICHELMAN, Frank. *Jacket Comment on KRAMER*, nota 11 *supra*.

17 BLACK JR., Charles L. *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 109.

a decisões específicas. Isso se torna ainda mais evidente no debate sobre o direito ao aborto, no qual se vê um traço de pânico na recusa dos partidários pró-escolha de sequer considerar o caso contra revisão judicial, devido ao medo de que isso proporcione força e encorajamento àqueles que consideram *Roe v. Wade* uma intromissão indevida nos direitos dos legisladores conservadores. Eu espero que delimitar a posição central contrária à revisão judicial abstraindo-a de suas consequências particulares possa ajudar a superar um pouco desse pânico. Pode ser que a revisão judicial ainda seja necessária como uma medida protetiva contra patologias legislativas relacionadas a sexo, raça ou religião em alguns países específicos. No entanto, mesmo se esse for o caso, vale a pena compreender se esse tipo de defesa ataca o cerne da questão, ou se, em vez disso, deveria ser considerada uma razão excepcional para se abster de seguir a tendência daquilo que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo muito convincente contra a prática.

Uma razão adicional para centrar a análise na estrutura fundamental da crítica teórica é a de que a revisão judicial é uma questão também para outros países, que têm uma história, uma cultura jurídica e uma experiência com instituições legislativas que são diferentes da que os Estados Unidos tiveram. Por exemplo, quando os britânicos debatem os poderes relativamente limitados que seus juízes têm para revisar legislação, eles não estão particularmente interessados no que os Republicanos disseram aos Federalistas em 1805, ou no legado de *Brown v. Board of Education*. O que se faz necessário é um entendimento geral, não contaminado pelas preocupações culturais, históricas e políticas de cada sociedade.¹⁸

Meus próprios escritos nesse campo têm sido mais abstratos que os da maioria; mas tenho buscado discutir a revisão judicial de uma forma que envolva outras questões da teoria do direito e da filosofia política.¹⁹ Eu não estou convencido de que tenha apresentado a objeção

•••

18 Repito, isso não é para descartar os relatos mais pormenorizados. A ideia por trás deste ensaio é que nós tenhamos uma visão clara do argumento teórico e o coloquemos ao lado de nossa compreensão mais rica sobre a forma como o debate se desenvolve, para citar alguns exemplos, no Reino Unido, nos Estados Unidos, no Canadá e na África do Sul.

19 Questionei se a própria ideia de direitos individuais nos compromete com a revisão judicial em: WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*. Refleti sobre sua relação com ideias cívicas republicanas em: WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Republican Government. In: WOLFE, Christopher (org.). *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 159; sobre sua relação com a diferença entre as concepções de Bentham e Rousseau acerca da democracia em: WALDRON, Jeremy. Rights and Majorities: Rousseau Revisited. In: CHAPMAN, John W.; WERTHEIMER, Alan (orgs.). *Nomos XXXII: Majorities and Minorities*. Nova York: New York University Press, 1990. p. 44 [doravante WALDRON, Rights and Majorities]; e sobre sua relação com as teorias continentais de soberania popular em: WALDRON, Judicial Power and Popular Sovereignty, nota 14 *supra*. Eu refleti sobre a relação da controvérsia da revisão judicial com debates de metaética sobre realismo e com a objetividade de valores em: WALDRON, Jeremy. The Irrelevance of Moral Objectivity. In: GEORGE, Robert P. (org.). *Natural Law Theory*.

principal de forma clara e organizada, e penso não ter dado respostas satisfatórias àqueles que criticaram os argumentos que apresentei em *Law and Disagreement* e em outros escritos.

Neste ensaio, sustentarei que a revisão judicial é vulnerável a ataques em duas frentes. Ela não fornece, como frequentemente se afirma, uma maneira para a sociedade focar claramente nas controvérsias reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; ao contrário, ela os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ela é politicamente ilegítima no que diz respeito a valores democráticos: ao privilegiar a maioria de votos obtida entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ela marginaliza os cidadãos comuns e põe de lado estimados princípios de representação e igualdade política na resolução definitiva de controvérsias sobre direitos.

Procederei da seguinte forma: na seção I, definirei o alvo do meu argumento – a versão forte da revisão judicial de legislação – e o distinguirei de outras práticas que não tenho intenção de atacar. A seção II estabelecerá alguns pressupostos dos quais o meu argumento depende: meu argumento contra revisão judicial não é incondicional, mas depende de certas características institucionais e políticas de democracias liberais modernas. A seguir, na Seção III, revisarei o caráter geral do argumento que me proponho a fazer. Esse argumento tratará tanto de razões relacionadas ao resultado quanto de razões relacionadas ao processo, que serão discutidas nas seções IV e V, respectivamente. Na seção VI, irei expor a falácia do argumento mais comum contra permitir que instituições representativas prevaleçam, a saber, que um sistema como esse inevitavelmente leva à tirania da maioria. Finalmente, na seção VII, abordarei um pouco sobre casos não centrais – isto é, casos em que há razões para se afastar dos pressupostos que embasam o argumento central.

I. DEFINIÇÃO DE REVISÃO JUDICIAL

Começo com uma breve explicação do que eu entendo por revisão judicial. Este é um ensaio sobre revisão judicial de legislação, não revisão judicial de atos ou decisões administrativas.²⁰

...

Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 158 [doravante WALDRON, The Irrelevance of Moral Objectivity]; e WALDRON, Jeremy. Moral Truth and Judicial Review. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, n. 1, p. 75-97, 1998 [doravante WALDRON, Moral Truth and Judicial Review]. Eu respondi a várias defesas da revisão judicial, partindo do argumento do pré-compromisso, cf.: WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry (org.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Nova York: Cambridge University Press, 1998. p. 271 [doravante WALDRON, Precommitment and Disagreement], ao argumento particular que Ronald Dworkin apresenta em *O direito da liberdade* a respeito da sua definitiva compatibilidade com a democracia, cf.: WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

²⁰ Muito do que é feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos é revisão judicial de atos do Executivo. Parte é revisão judicial de atos do Legislativo e parte é, na verdade, revisão judicial de atos do Judiciário. Cf.

A questão que quero abordar envolve legislação ordinária promulgada pela legislatura eleita de uma comunidade política. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também a atos do Executivo, afinal, o Executivo tem algumas credenciais eleitorais próprias que o permitem se opor à tomada de decisão por juízes. Porém, é quase universalmente aceito que as credenciais eletivas do Executivo estão sujeitas ao princípio do Estado de Direito e que, como resultado, as autoridades públicas podem acertadamente ser requeridas pelas cortes a agir de acordo com a autorização legal.²¹ A proposição equivalente para os legisladores tem sido proposta também: revisão judicial é só a sujeição da legislatura ao Estado de Direito. Porém, no caso do Legislativo, isso não é incontestado; de fato, é precisamente essa a contestação de que me ocuparei aqui.

Várias práticas ao redor do mundo poderiam ser agrupadas sob a designação geral de revisão judicial de legislação. Elas podem ser distinguidas em diferentes dimensões. A diferença mais importante é entre o que eu chamarei de revisão judicial forte e revisão judicial fraca. Meu alvo é a revisão judicial forte.²²

Em um sistema de revisão judicial forte, as cortes têm a autoridade de se recusar a aplicar uma lei em um caso particular (embora a lei em seus próprios termos claramente se aplique àquele caso) ou modificar o efeito de uma lei para fazer sua aplicação se conformar aos direitos individuais (de formas que a lei em si não prevê). Além disso, cortes nesse sistema têm autoridade para estabelecer com força de lei que determinado diploma ou dispositivo legislativo não será aplicado, de forma que, como resultado do *stare decisis* e da coisa julgada,

...

KREIMER, Seth F. *Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s*. *William & Mary Bill Rights Journal*, v. 5, n. 2, p. 427-526, 1997, p. 458-459, para o argumento de que a maioria das decisões constitucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos diz respeito a desafios a ações de burocratas menos graduados em vez de atos do Legislativo.

- 21 Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman e outros me instaram a refletir sobre o quanto meu argumento contra revisão judicial de legislação pode também se estender à revisão judicial de atos do Executivo à luz de leis promulgadas há muito tempo ou leis cujas provisões requerem interpretação extensiva das cortes. Claramente é preciso haver maior debate sobre isso. Aprofundar o assunto nessa direção pode ser considerado tanto uma *reductio ad absurdum* do meu argumento ou uma aplicação atraente dele.
- 22 A distinção entre revisão judicial forte e fraca é separada da questão de supremacia judicial. Supremacia judicial se refere à situação na qual (1) as cortes resolvem questões importantes para o sistema político todo, (2) essas resoluções são tratadas como absolutamente vinculantes a todos os outros atores no sistema político, e (3) as cortes não são deferentes às posições tomadas nessas questões por outros poderes (nem mesmo na extensão de o quão deferentes eles são a suas próprias decisões passadas sob um princípio limitado de *stare decisis*). Cf. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*. *New York University Law Review*, v. 73, n. 2, p. 333-433, 1998, p. 352 & n. 63, maio 1998; WALDRON, Jeremy. *Judicial Power and Popular Sovereignty*, nota 14 *supra*, p. 191-198.

uma lei que eles se recusaram a aplicar se torne, na prática, letra morta. Uma forma ainda mais forte de revisão judicial daria poder às cortes para efetivamente invalidar completamente uma lei. Algumas cortes europeias têm essa autoridade.²³ As cortes americanas não parecem tê-la,²⁴ mas o efeito real de sua autoridade não é muito menor que esse.²⁵

Em um sistema de revisão judicial fraca, em contrapartida, cortes podem examinar a conformidade da legislação com direitos individuais, mas eles não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque, do contrário, haveria violação de direitos.²⁶ Ainda assim, o escrutínio judicial pode ter algum efeito. No Reino Unido, as cortes podem revisar uma lei com a perspectiva de emitir uma “declaração de incompatibilidade” quando “a corte está convencida de que a disposição é incompatível com um direito da Convenção” – isto é, com um dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos conforme incorporada ao Direito britânico pelo *Human Rights Act*. Essa lei estipula que uma declaração como essa “não afeta a validade, operação continuada ou execução da norma a respeito da qual é feita; e [...] não é vinculante às partes do processo em que é emitida”.²⁷ Contudo, ainda assim, ela tem um efeito: um ministro pode usar tal declaração como autorização para iniciar um processo legislativo mais célere para remediar essa

• • •

23 Cf. CAPPELLETTI, Mauro; ADAMS, John Clarke. Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations. Seção Comment. *Harvard Law Review*, v. 79, n. 6, p. 1207-1224, abr. 1966. p. 1222-1223. Existem complicações mais profundas com relação a se uma lei declarada inválida é considerada como sendo inválida desde o momento de sua aprovação.

24 Essa questão não é clara. Em apoio à proposição de que leis inconstitucionais não são revogadas, considere *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 2000, no qual a Suprema Corte decidiu por maioria que uma lei federal (18 U.S.C. § 3501) pretendendo tornar confissões voluntárias admissíveis mesmo quando o réu não foi avisado de seus direitos era inconstitucional. As últimas palavras do voto dissidente do Justice Scalia naquele caso parece indicar que a legislação que a Suprema Corte julga inconstitucional permanece disponível para referência judicial. Justice Scalia disse: “Eu divirjo da decisão de hoje, e, até a § 3501 ser revogada, iriei continuar a aplicá-la em todos os casos em que houver fortes indícios de que a confissão do réu foi voluntária”. *Idem*, p. 464. Uma percepção contrária pode decorrer de *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 849, 5th Cir. 2004, na qual o Quinto Circuito julgou que a lei de aborto do Texas questionada em *Roe v. Wade* deve ser considerada revogada por consequência. Uma leitura aprofundada do caso, no entanto, mostra que a revogação implícita foi considerada efetuada pelas leis do Texas regulando o aborto depois de *Roe*, não pela decisão de *Roe* em si. (Sou grato a Carol Sanger por essa referência.)

25 Cf. FALLON, Jr., Richard H. Seção Commentary. As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 6, p. 1321-1370, abr. 2000. p. 1321, 1339-1340.

26 Cf. GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, p. 707-760, 2001.

27 Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4(2), (6).

28 *Id.* § 10.

incompatibilidade.²⁸ (Esse é um poder que o ministro não teria não fosse o processo de revisão judicial que levara à declaração.)

Uma forma ainda mais fraca de revisão judicial não daria aos juízes nem mesmo esse grau de autoridade. Como suas equivalentes britânicas, as cortes da Nova Zelândia não podem se recusar a aplicar legislação quando ela viola direitos humanos (na Nova Zelândia, os direitos dispostos na *Bill of Rights Act* de 1990);²⁹ mas elas podem buscar encontrar interpretações que evitem a violação.³⁰ Apesar de lá as cortes terem indicado que elas estão preparadas para eventualmente emitir declarações de incompatibilidade por iniciativa própria, essas declarações na Nova Zelândia não têm qualquer efeito legal no processo legislativo.³¹

Existem alguns casos intermediários. No Canadá, existe uma norma sobre a revisão de legislação pelas cortes, e as cortes lá, como suas equivalentes dos Estados Unidos, podem se recusar a aplicar uma lei nacional ou provincial se ela viola as disposições da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Todavia, a legislação canadense (provincial ou nacional) pode ser redigida de forma que a isole desse escrutínio – assembleias canadenses podem legislar “não obstante” os direitos da Carta.³² Na prática, contudo, a cláusula do não obstante é

...

29 New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. N. 109, § 4 (“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights)... [h]old any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or... [d]ecline to apply any provision of the enactment – by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.”). [“Nenhuma corte, em relação a qualquer ato legislativo (seja aprovado ou em vigor antes ou depois dessa Carta de Direitos)... considerará qualquer dispositivo do ato implicitamente revogado ou anulado, ou de qualquer forma inválido ou ineficaz; ou... declinará a aplicação de qualquer dispositivo do ato – por razão apenas de que o dispositivo é inconsistente com qualquer dispositivo dessa Carta de Direitos.”]

30 *Idem* § 6 (“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”) [“Sempre que um ato legislativo puder ser interpretado de uma forma que é consistente com os direitos e liberdades contidos nessa Carta de Direitos, essa interpretação deve ser preferida em relação a qualquer outra.”]

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

32 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, 5 33(1)-(2) (U.K.). The full text of the provision reads:

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

[Carta Canadense de Direitos e Liberdades, Parte I do Ato da Constituição, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, 5 33(1)-(2) (U.K.). O texto completo da disposição lê:

raramente invocada.³³ Assim, no que segue, eu considerarei o arranjo canadense como uma forma de revisão judicial forte, com sua vulnerabilidade a meu argumento apenas ligeiramente afetada pela possibilidade formal de veto.³⁴

Uma segunda distinção entre tipos de revisão judicial toma como foco o lugar dos direitos individuais no sistema constitucional de uma sociedade. Nos Estados Unidos, as leis são examinadas por sua conformidade aos direitos individuais conforme dispostos na Constituição.

...

(1) O Parlamento ou o Legislativo de uma província pode declarar expressamente em um Ato do Parlamento ou do Legislativo, de acordo com as circunstâncias, que o Ato ou uma disposição desse deverá operar não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.

(2) Um ato ou uma disposição sobre a qual uma declaração feita conforme essa seção está em vigor terá operação como teria não houvesse o dispositivo dessa Carta referenciado na declaração.]

33 Os casos em que ela foi invocada ocorreram majoritariamente no contexto da política do Québec. Cf.: KAHANA, Tsvi. The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter. *Journal of the Institution of Public Administration of Canada*, v. 44, n. 3, p. 255-291, 2001. p. 255.

34 Jeffrey Goldsworthy sugeriu que o dispositivo do “não obstante” fornece uma resposta suficiente para aqueles que se preocupam, por motivos democráticos, com a prática da revisão judicial forte. GOLDSWORTHY, Jeffrey. Judicial Review, Legislative Override, and Democracy. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 451-472, 2003. p. 454-459. Não importa, ele diz, que o dispositivo seja raramente utilizado.

Certamente essa é a prerrogativa democrática do eleitorado a que Waldron seria obrigado a respeitar. Não estaria aberta para ele a possibilidade de objetar dizendo que um eleitorado engenhoso é propenso a ser enganado por uma objetividade ilusória dos direitos constitucionais, ou ficar deslumbrado pela mística do Judiciário – por uma crença ingênua nas experientes habilidades jurídicas, na sabedoria superior ou na imparcialidade dos juízes. Essa objeção refletiria precisamente a mesma falta de fé na capacidade do eleitorado de formar um autogoverno esclarecido que motiva proponentes de direitos constitucionalmente rígidos.

Idem, p. 456-457. Eu acredito que o problema real é que a seção 33 requer que a legislatura apresente incorretamente a sua posição sobre direitos. Legislar não obstante a Carta é uma forma de dizer que você não acredita que os direitos da Carta têm a importância que a Carta diz que eles têm. Entretanto, o impasse característico entre cortes e legislaturas não envolve um grupo de pessoas (juízes) que acredita que direitos da Carta são importantes e outro grupo de pessoas (legisladores) que não pensa assim. O que isso normalmente envolve são grupos de pessoas (maiorias e minorias legislativas e maiorias e minorias judiciais) nos quais todos acreditam que os direitos da Carta são importantes, apesar de eles discordarem sobre como os direitos relevantes devem ser entendidos. Goldsworthy reconhece isso:

Quando o Judiciário discorda, ou é esperado que ele discorde, da legislatura sobre o significado e efeito “verdadeiros” das provisões da Carta, a legislatura não pode garantir que seu ponto de vista irá prevalecer sem parecer que está passando por cima da Carta em si. E isso é vulnerável à politicamente letal objeção de que a legislatura está abertamente e confessamente subvertendo direitos constitucionais.

Idem, p. 467. No entanto, talvez não exista redação que evite essa dificuldade. Na prática, a legislatura está sempre um tanto à mercê das declarações públicas das cortes sobre o significado da Lei ou Carta de Direitos da sociedade. Sou grato a John Morley por esse apontamento.

A revisão judicial orientada por direitos é elemento essencial da revisão constitucional geral e as cortes invalidam leis por violações a direitos individuais exatamente no mesmo espírito em que invalidam leis por violações dos princípios do federalismo ou da separação de poderes.³⁵ Isso dá às defesas americanas da revisão judicial um molde peculiar. Embora defesas filosóficas da prática sejam frequentemente formuladas em termos da aptidão particular do Judiciário para lidar com proposições sobre direitos, na realidade, esse argumento é subordinado à defesa do papel estrutural que as cortes devem desempenhar na garantia das regras da Constituição. Às vezes, essas duas linhas de defesa são consistentes; outras vezes, elas desmoronam. Por exemplo, o textualismo pode parecer apropriado para questões estruturais, mas pode facilmente se mostrar uma base inapropriada para pensar sobre direitos, mesmo quando os direitos estão incorporados em um texto que goza de autoridade.³⁶ Em outros países, a revisão judicial é realizada com base em uma carta de direitos que não é especificamente designada como parte (da estrutura) da constituição. A revisão judicial fraca no Reino Unido, com base no *Human Rights Act*, é desse tipo. Visto que a maioria dos casos de revisão judicial forte é associada à revisão constitucional, eu focarei nesses casos. Contudo, é importante lembrar que uma abordagem orientada a limites estruturais pode não ser particularmente apropriada como base para refletir sobre direitos e, levar em conta, também, a questão de que muitas das contestações à revisão judicial orientada a direitos podem ser feitas igualmente a outras formas de revisão constitucional. Nos últimos anos, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou diversas leis porque elas conflitam com sua visão sobre federalismo.³⁷ Pois bem, todo mundo admite que o país é governado sob uma base bastante diferente, no que tange a relação entre governos estaduais e governo central, daquela que existia no final do século XVIII, quando a maior parte do texto constitucional foi ratificado, ou na metade do século XIX, a última vez em que o texto sobre estrutura federativa foi significativamente modificado. No entanto, as opiniões diferem sobre qual deveria ser a nova base das relações estado/federação. O texto da Constituição não resolve a controvérsia. Então, ela é resolvida por votação entre os ministros da Suprema Corte: alguns votando por uma concepção de federalismo (que eles então atribuem à Constituição), e outros por outra, prevalecendo o lado que tiver mais votos. Não é claro que essa seja uma base apropriada para estabelecer os termos estruturais de associação em comunidades políticas livres e democráticas.³⁸

•••

35 A mais famosa defesa judicial da revisão judicial, *Marbury v. Madison*, não se refere a direitos individuais. Ela tratou do poder do Congresso para nomear e remover juízes de paz.

36 Cf. DWORKIN, nota 3 *supra*, p. 11-18; MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed. rev. Portland: Hart Publishing, 2005. p. 156-157.

37 Cf., por exemplo, nota 12 *supra*.

38 A necessidade de revisão judicial para patrulhar os limites estruturais da alocação de autoridade entre legislaturas estaduais e federal é frequentemente citada (oportunisticamente) por defensores de limitações

Uma terceira distinção se dá entre uma revisão *a posteriori* do tipo americano, que ocorre no contexto de casos concretos, às vezes muito depois de uma lei ter sido promulgada, e a revisão de legislação *ex ante* por uma corte constitucional especificamente instituída para conduzir uma análise em abstrato de um projeto nos estágios finais para sua promulgação.³⁹ Existem dúvidas sobre como entender a revisão *ex ante*. Algo que equivale na prática a um estágio final em um processo Legislativo multicameral, com a corte operando como um senado tradicional, não é realmente revisão judicial (embora as objeções a essa forma de dar poder a um órgão não eleito possam ser similares às que se fazem à revisão judicial).⁴⁰ Eu não elaborarei muito mais sobre isso. Para algumas defesas da revisão judicial, o caráter *a posteriori* de seu exercício – sua raiz em casos concretos⁴¹ – é importante e eu me concentrarei nisso.

Uma quarta distinção está ligada à terceira. A revisão judicial pode ser realizada por cortes comuns (como no caso de Massachusetts, com o qual começamos) ou pode ser realizada por uma corte constitucional especializada. Isso pode ser relevante para um argumento que farei adiante: exagera-se a habilidade de juízes nas cortes comuns de argumentar com base em direitos, uma vez que muito da prática judicial comum desvia sua atenção da consideração direta de argumentos morais. Talvez uma corte constitucional especialista possa se sair melhor, embora a experiência sugira que ela também pode se tornar preocupada demais com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes, de uma forma que impõe um filtro que acaba por distorcer a argumentação com base em direitos em que ela se engaja.

...

baseadas em direitos às legislaturas. As pessoas dizem “legislaturas são sujeitas à revisão judicial de qualquer forma, por razões relacionadas ao federalismo. Por que não explorar essa prática para desenvolver uma revisão judicial baseada em direitos também?”. Minha análise da desejabilidade de revisão judicial baseada em direitos será pertinente a esse tipo de argumento híbrido ou oportunista.

³⁹ Alguns sistemas do primeiro tipo fazem uso de opiniões consultivas *ex ante* em circunstâncias limitadas. Por exemplo, em Massachusetts, “[c]ada casa legislativa, assim como o governador e seu conselho, terá autoridade para requisitar as opiniões dos ministros da suprema corte judicial sobre questões de direito importantes e ocasiões solenes”. MASS. CONST. pt. II, ch. III, art. II (amended 1964). Esse procedimento foi utilizado nos meses que sucederam a decisão *Goodridge*, discutida no início deste ensaio. Em *Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2.a. 565, Mass. 2004, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts decidiu que uma disposição legislativa sobre uniões civis de casais do mesmo sexo que também proibia discriminação contra cônjuges em união civil não seria suficiente para evitar a objeção constitucional à proibição de casamentos do mesmo sexo reconhecida em *Goodridge*.

⁴⁰ Cf. WALDRON, Jeremy. Eisgruber’s House of Lords. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, n. 1, p. 89-114, 2002.

⁴¹ Cf. seção IV. A. *infra*.

II. QUATRO PRESSUPOSTOS

Para focar meu argumento e distinguir os casos centrais em que a objeção à revisão judicial está em sua forma mais clara dos casos não centrais, nos quais a revisão judicial pode ser considerada apropriada como uma forma anômala de lidar com patologias especiais, estabelecerei alguns pressupostos.⁴²

Alguns desses pressupostos podem parecer argumentos circulares [*question-begging*, no original] a alguns leitores, mas não estou lançando mão de nenhum tipo de subterfúgio aqui. Os motivos para iniciar com esses pressupostos tornar-se-ão evidentes conforme avançarmos e reconheço desde logo a possibilidade de casos não centrais, entendidos como casos em que um ou mais pressupostos não se sustentam, o que será considerado na seção VII. De fato, minha tese será a de que o argumento contrário à revisão judicial é condicional: se qualquer uma das condições estiver ausente, o argumento pode não se sustentar.⁴³ Permitam-me acrescentar que parte do que quero combater neste ensaio é um certo tipo de mentalidade que foca apenas no resultado [*bottom-line mentality*, no original] no que diz respeito ao debate sobre revisão judicial.⁴⁴ Tenho plena consciência de que alguns leitores só passarão os olhos pelos meus pressupostos para encontrar algum que não se aplique, por exemplo, à sociedade americana ou britânica como eles as entendem, levando-os a ignorar completamente o cerne do argumento como um todo. O que importa para eles é que a revisão judicial seja defendida e que contestações a ela sejam descartadas; eles não se importam particularmente pela forma como isso será feito. Trata-se de uma abordagem infeliz. É melhor tentar entender a base da objeção central e verificar se ela é válida em seus próprios termos antes de começar a examinar casos nos quais, por alguma razão, sua aplicação pode ser problemática.

Permitam-me apresentar um resumo dos quatros pressupostos que proponho. Devemos imaginar uma sociedade com (1) instituições democráticas que funcionem razoavelmente bem, incluindo um Legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também funcionando razoavelmente bem, estabelecido em uma base não representativa para julgar ações judiciais individuais, resolver controvérsias e manter o Estado de Direito; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e das minorias; e (4) divergências persistentes, substanciais e de boa-fé sobre direitos (isto é, sobre o que

• • •

⁴² Esses pressupostos são adaptações daqueles apresentados em: WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. *The Supreme Court Law Review*, v. 23, (2d) 7, p. 9-21, 2004.

⁴³ Cf. o texto que acompanha a nota 136.

⁴⁴ Para uma crítica geral à mentalidade que foca apenas na conclusão [*bottom-line mentality*] na filosofia política, cf.: WALDRON, Jeremy. What Plato Would Allow. In: SHAPIRO, Ian; DECEW, Judith Wagner (orgs.). *Nomos XXXVII: Theory and Practice*. Nova York: New York University Press, 1995. p. 138.

o compromisso com direitos efetivamente significa e quais são suas implicações) entre membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Argumentarei que, em relação a esses pressupostos, a sociedade em questão deve utilizar suas instituições legislativas para resolver as discordâncias que seus membros têm sobre direitos. Se esses pressupostos estão presentes, a posição favorável a submeter essas divergências aos tribunais para resolução definitiva é frágil e pouco convincente, não havendo necessidade para decisões sobre direitos serem revistas por cortes. Argumentarei também que a permissão para que decisões de cortes se sobreponham a decisões legislativas sobre esses assuntos não satisfaz critérios importantes de legitimidade política. Permitam-me primeiramente desenvolver os quatro pressupostos.

A. INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Eu pressuponho que a sociedade que estamos considerando é uma sociedade democrática e que, como a maioria delas no mundo ocidental moderno, passou por várias formas de monarquia, tirania, ditadura ou dominação colonial até uma situação em que suas leis e suas políticas públicas são determinadas pelo povo e seus representantes escolhidos por meio de eleições. Essa sociedade tem um sistema político amplamente democrático, com sufrágio universal adulto e um Legislativo representativo, para o qual eleições são realizadas de forma justa e com regularidade.⁴⁵ Presumo também que esse Legislativo é um grande órgão deliberativo, acostumado a lidar com questões difíceis, incluindo questões importantes sobre justiça e política social. Os legisladores deliberam e votam em questões públicas e os processos para a elaboração de leis são complexos e confiáveis⁴⁶ e que incorporam várias salvaguardas, como o bicameralismo,⁴⁷ o escrutínio robusto por comitês e múltiplas instâncias de análise, debate e votação. Pressuponho ainda que esses processos se articulam tanto formalmente (por meio de audiências públicas e processos de consulta) quanto informalmente, com debates mais amplos na sociedade. Os membros da legislatura pensam neles mesmos como representantes, em diversos sentidos, às vezes tornando centrais para sua participação os interesses e as opiniões de sua base eleitoral, às vezes pensando mais em termos de representação

...

⁴⁵ Assim, a aplicação do meu argumento a sociedades não democráticas ou sociedades cujas instituições diferem radicalmente desses modelos não é um assunto discutido neste ensaio.

⁴⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. *Legislating with Integrity*. *Fordham Law Review*, v. 72, n. 2, p. 373-394, 2003.

⁴⁷ A pressuposição do bicameralismo pode parecer problemática. Existem no mundo diversas legislaturas unicamerais em bom funcionamento, mais notavelmente nos países escandinavos: Dinamarca, Noruega e Suécia. Porém, arranjos unicamerais podem facilmente exacerbar outras patologias legislativas. Para um argumento de que isso aconteceu na Nova Zelândia em uma extensão que pode tirar esse país do benefício do argumento desenvolvido neste ensaio, cf.: WALDRON, Jeremy. *Compared to What? – Judicial Activism and the New Zealand Parliament*. *New Zealand Law Journal*, 2005. p. 441.

virtual dos interesses e opiniões que permeiam a sociedade como um todo. Pressuponho também que existem partidos políticos e que as afiliações partidárias dos legisladores são fundamentais para que eles tomem uma posição de amplitude maior do que os interesses e as opiniões de sua base eleitoral imediata.

Nada disso deveria ser controverso; parto da forma como instituições legislativas democráticas normalmente operam. Em geral, estou pressupondo que as instituições democráticas estejam funcionando razoavelmente bem. Elas podem não ser perfeitas e provavelmente há debates permanentes sobre como podem ser melhoradas. Eu depreendo, ademais, que esses debates são informados por uma cultura de democracia, valorizando a deliberação responsável e a igualdade política. O segundo desses valores – igualdade política – merece ênfase particular. Eu pressuponho que as instituições, os procedimentos e as práticas legislativas sejam mantidos sob exame constante nessa perspectiva, de forma que, caso se percebam desigualdades de representação que os afastem seriamente do ideal de igualdade política, todos os membros da sociedade compreendam que essa é uma crítica pertinente a se fazer e que, se necessário, o Legislativo e o sistema eleitoral devem ser alterados para remediar o problema. E eu prevejo que o Legislativo é capaz de organizar essa mudança, seja por iniciativa própria ou por referendo.⁴⁸

Insisto nesses pontos sobre cultura democrática e instituições eleitorais e legislativas em razoavelmente boas condições de funcionamento porque eles serão de extrema importância para o argumento que segue. A estrutura inicial do argumento será a de propor a seguinte questão: uma vez que tenhamos assumido esse primeiro pressuposto, que razão pode existir para se querer estabelecer um processo não eletivo para revisar e às vezes anular o trabalho que o Legislativo realizou? Por outro lado, eu não quero escamotear qualquer questão com esse pressuposto inicial. Eu o balancearei imediatamente com o pressuposto de que a sociedade que estamos postulando também tem cortes que funcionam bem – esse será o segundo pressuposto – fazendo razoavelmente bem aquilo que as cortes são boas em fazer. A sociedade que estamos contemplando tem o que é preciso para ter um sistema de revisão judicial, se for possível demonstrar que a revisão judicial é apropriada.

Uma ressalva: quando digo que as instituições estão funcionando bem, eu não estou pressupondo que a legislação que o Legislativo razoavelmente democrático promulga é em geral

• • •

⁴⁸ Às vezes dizem que instituições eletivas são incapazes de se reformar porque os legisladores têm um arraigado interesse no *status quo*. Isso pode ser verdade quanto a alguns dos arranjos eleitorais e legislativos patológicos nos Estados Unidos. (Porém, as questões em que isso mais se aplica nos Estados Unidos são aquelas nas quais as cortes quase não ousaram intervir – considerando-se a lamentável condição dos arranjos de redefinição dos distritos eleitorais americanos, por exemplo.) É patentemente falso em outros locais. Na Nova Zelândia, por exemplo, em 1993, a legislatura promulgou leis mudando o sistema de representação parlamentar de um sistema majoritário para um sistema de representação proporcional, de uma forma que

boa ou justa, no que diz respeito ao seu conteúdo. Pressuponho que parte de sua legislação é justa e parte é injusta (indivíduos discordarão sobre qual é qual), e que isso é verdade tanto no que tange às medidas que podem estar plausivelmente sujeitas à revisão judicial quanto àquelas que ninguém propõe sujeitar à revisão judicial. Tudo o que eu disse sobre mecanismos legislativos e eleitorais funcionarem bem diz respeito a valores procedimentais, e não a valores de resultado. Na seção V, entretanto, tratarei mais sobre o tipo de raciocínio que nós esperaríamos encontrar em um processo como esse.

B. INSTITUIÇÕES JUDICIAIS

Deduzo que a sociedade que estamos considerando tem cortes – isto é, um Judiciário consolidado e politicamente independente, também funcionando bem, estabelecido para julgar ações judiciais, resolver controvérsias e preservar o Estado de Direito. Eu pressuponho que essas instituições já estão autorizadas a se engajarem em revisão judicial de ações do Executivo, avaliando-as em relação ao direito constitucional e legislação ordinária.

Eu pressuponho que, ao contrário das instituições referidas na seção anterior, as cortes em geral não são instituições eleitas ou representativas. Com isso, quero dizer não só que a autoridade judicial não é (em sua maioria) uma autoridade eleita, mas, também, que o Judiciário não é permeado por um *ethos* de eleições, representação e responsabilização eleitoral da forma como ocorre com o Legislativo. Muitos defensores da revisão judicial consideram isso uma enorme vantagem, porque significa que cortes podem deliberar sobre questões de princípios sem se distrair com pressões populares e se mantêm invulneráveis à indignação pública. Às vezes, no entanto, quando se entende necessário refutar a crítica democrática contra revisão judicial, defensores da prática apontarão orgulhosamente para estados em que juízes são eleitos. Isso ocorre em alguns estados dos Estados Unidos. Porém, mesmo onde juízes são eleitos, os trabalhos das cortes normalmente não são realizados, como os trabalhos do Legislativo o são, de acordo com um *ethos* de representação e responsabilização eleitoral.

Presumirei que, na sociedade que estamos considerando, as cortes são capazes de realizar as funções que seriam atribuídas a elas pela prática de revisão judicial. Elas poderiam revisar legislação; a questão é se elas deveriam e, em caso afirmativo, se suas determinações deveriam ser definitivas e vinculantes aos setores representativos do governo. Imagino, no entanto, que se a elas for atribuída essa função, elas a realizarão como cortes tipicamente realizam suas funções. Existe uma extensa literatura sobre revisão de legislação que trata do caráter específico do processo judicial e das tarefas para as quais as cortes parecem e não

...

desestabilizou os padrões de incumbência existentes. Cf. Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z. N. 87; Electoral Referendum Act 1993, 1993 S.N.Z. N. 86.

parecem ser institucionalmente competentes.⁴⁹ Não quero me aprofundar nisso neste ensaio. Como indiquei anteriormente, irei pressupor que estamos lidando com cortes que (1) não agem de ofício nem têm função consultiva, mas que respondem a alegações específicas trazidas por litigantes específicos; (2) lidam com questões em contexto apresentado de forma binária, isto é, cujo resultado é constitucional ou inconstitucional, e adversarial; e (3) fazem referência a e levam em consideração suas próprias decisões passadas em assuntos que pareçam relevantes ao caso em mãos. Pressuponho, ainda, uma hierarquia judiciária tradicional, com disposições sobre instâncias recursais e com órgãos colegiados maiores (talvez cinco ou nove juízes) analisando os casos no nível recursal mais alto, com cortes inferiores sendo, em grande medida, obrigadas a seguir no julgamento de controvérsias apresentadas perante elas o que foi estabelecido pelas cortes superiores.

Em algumas sociedades, os juízes recebem treinamento especial e em separado; em outras sociedades, eles são escolhidos entre advogados e juristas proeminentes. Em qualquer caso, deduzo que eles têm alto *status* no sistema político e uma posição que os isola de pressões políticas específicas. Além disso, pressuponho que eles têm o perfil típico dos membros de classes privilegiadas e de boa educação de sua sociedade. Isso é importante por duas razões. Primeiro, já que a sociedade se orgulha de ser, em larga medida, democrática, eu pressuponho que os juízes compartilham parte desse orgulho e assim estão provavelmente atentos à legitimidade de sua própria atividade se eles se envolvem com a revisão judicial de legislação. Isso pode afetar como eles exercem essa autoridade.⁵⁰ Segundo, embora juízes provavelmente sejam ao menos tão comprometidos com direitos quanto qualquer outra pessoa na sociedade, pressuponho que, como outros membros da sociedade, juízes discordam entre si sobre o significado e as implicações de direitos individuais e de minorias. Isto é, pressuponho que eles estão sujeitos ao meu quarto pressuposto sobre divergências sobre direitos, e que isso também afeta como eles exercem os poderes de revisão judicial (se eles têm esses poderes). Especificamente, assim como legisladores, modelos de tomada de decisão devem ser desenvolvidos para tribunais colegiados cujos membros discordam sobre direitos. O procedimento decisório mais frequentemente utilizado é a simples votação majoritária. Na seção V, trato da questão de se esse é um procedimento apropriado a ser utilizado pelos juízes.

• • •

⁴⁹ Cf., por exemplo: HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Edição de William N. Eskridge Jr. e Philip P. Frickey. Westbury, Nova York: Foundation Press, 1994. p. 640-647; FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

⁵⁰ Cf. CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1980 (discute a legitimidade da Suprema Corte nesse contexto); cf. também *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864-69, 1992 (mesmo assunto).

C. COMPROMISSO COM DIREITOS

Presumo que existe um forte compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade que estamos contemplando com a ideia de direitos individuais e de minorias. Embora eles acreditem na busca do bem comum sob alguma concepção ampla de utilitarismo, e embora acreditem na regra da maioria como um princípio geral para a política, ainda que imperfeito, eles aceitam que os indivíduos têm certos interesses e que têm direito a certas liberdades que não deveriam ser negadas simplesmente porque seria mais conveniente para a maioria das pessoas negá-las. Eles acreditam que as minorias têm direito a um grau de apoio, reconhecimento e proteção que necessariamente não é garantido pelos seus números ou por seu peso político.

Não é preciso que nos detenhamos aqui nos detalhes da teoria de direitos predominante. Eu pressuponho que esse amplo compromisso social com os direitos envolve um conhecimento do consenso mundial sobre direitos humanos e sobre a história do pensamento sobre direitos.⁵¹ Pressuponho que esse compromisso é um consenso vivo, desenvolvendo-se e evoluindo conforme defensores de direitos conversam uns com os outros sobre quais direitos eles têm e o que esses direitos implicam. Pressuponho que o compromisso com os direitos não é só da boca para fora e que os membros da sociedade levam direitos a sério: eles se preocupam com os direitos, mantêm suas próprias opiniões sobre direitos e a de outras pessoas sob constante consideração e debate acalorado, e estão atentos a questões de direitos em relação a todas as decisões sociais que são consideradas ou discutidas em seu meio.

Sem dúvida existem céticos sobre direitos em toda sociedade, mas entendo que esse posicionamento é raro. Alguns rejeitam direitos assim como rejeitam toda moralidade política; outros rejeitam direitos porque eles adotam doutrinas utilitaristas, socialistas ou outras que os repudiam por (o que eles consideram ser) boas razões de moralidade política – por exemplo, direitos são individualistas demais ou sua força como trunfo compromete a busca racional pela eficiência ou pelo que quer que seja. Contudo, pressuponho que o respeito geral por direitos individuais e de minorias é uma parte relevante de um amplo consenso da sociedade, parte constitutiva da opinião política mais prevalente e certamente parte da ideologia oficial.

Para tornar esse terceiro pressuposto mais concreto, podemos pressupor também que a sociedade valoriza direitos a um ponto que levou à adoção de uma carta ou declaração de direitos escrita e oficial do tipo mais comum. Farei referência a ela ao longo do texto como a

...

⁵¹ Isso se dá mesmo se essa consciência não envolver muito além de um vago entendimento de que as convenções de direitos humanos têm ascendido no mundo desde 1945 e que sua história tem origem nos tipos de concepções de direito natural aludidos em documentos como a Declaração de Independência de 1776 e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

“Carta de Direitos” da sociedade considerada. Isso deve corresponder, por exemplo, às disposições de direitos da Constituição dos Estados Unidos e suas emendas, à Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades, à Convenção Europeia de Direitos Humanos (como incorporada ao direito britânico, pelo *Human Rights Act*) ou ao *Bill of Rights Act* da Nova Zelândia. Aqueles que estão familiarizados com o último desses exemplos reconhecerão que não estou pressupondo que a Carta de Direitos esteja inscrita ou seja parte de uma constituição escrita. Quero deixar isso em aberto. Tudo o que pressuponho, por enquanto, é que tenha sido promulgada uma Carta de Direitos que materializa o compromisso com direitos da sociedade. Assim, ela pode ter sido promulgada no passado por iniciativa da própria sociedade, ou ela pode ter sido produto de imitação ou pode ser o cumprimento de obrigações externas do país sob a legislação de direitos humanos.

Os leitores podem estar intrigados com esses pressupostos. Por um lado, pareço estar argumentando contra meu interesse, favorecendo a revisão judicial ao pressupor uma Carta de Direitos. Por outro lado, pode parecer que eu esteja preparando alguma artimanha. Os leitores podem estar cientes de que argumentei no passado que a revisão judicial não deveria ser entendida como um confronto entre defensores de direitos e oponentes de direitos, mas como um confronto entre visões sobre direitos.⁵² O que pretendo enfatizar em resposta a ambas as observações é que existe uma distinção, tanto no nível cultural quanto no nível institucional, entre um compromisso com direitos (mesmo um compromisso escrito com direitos) e qualquer forma institucional particular (por exemplo, revisão judicial de legislação) que esse compromisso possa tomar. Estou cansado de ouvir oponentes da revisão judicial serem difamados como céticos em relação a direitos. A melhor resposta é construir a posição contrária à revisão judicial com base em um compromisso forte e generalizado com os direitos.

Esse terceiro pressuposto define como casos não centrais as sociedades nas quais o compromisso com direitos é tênue e frágil. Pode parecer estranho ou injusto proceder dessa forma, já que defensores da revisão judicial às vezes argumentam que nós precisamos dessa prática para ajudar a escorar nosso compromisso com os direitos, ensinar participantes em uma nova democracia a valorizar direitos ou fornecer a minorias garantias que podem não estar disponíveis em um sistema puramente majoritário. Esses argumentos são interessantes, mas não tocam o cerne da posição que é apresentada em favor da revisão judicial em países como Estados Unidos, Reino Unido ou Canadá. Nesses países, afirma-se que a revisão judicial é uma forma apropriada de institucionalizar ou administrar o compromisso já existente da sociedade

• • •

52 Cf. WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*, p. 28-31, 34-36.

53 Minha abordagem aqui é similar àquela do John Rawls. Uso essa ferramenta do caso central para definir algo como uma sociedade bem-ordenada com uma teoria da justiça publicamente aceita. Cf., por exemplo:

com direitos. Essas formulações devem ser tomadas ao pé da letra, e é isso o que estou fazendo com meu terceiro pressuposto.⁵³

D. DIVERGÊNCIAS SOBRE DIREITOS

Meu último e crucial pressuposto é de que o consenso sobre direitos não é isento da incidência de divergências generalizadas sobre todas as grandes questões políticas, o que encontramos em sociedades liberais modernas. Pressuponho, assim, que exista dissenso substancial sobre quais direitos existem e o que eles significam. Algumas dessas divergências são evidentes em nível filosófico (por exemplo, se direitos socioeconômicos deveriam ser incluídos na Carta de Direitos), algumas se tornam visíveis quando nós tentamos relacionar princípios de direito abstratos a propostas legislativas específicas (por exemplo, se a livre prática religiosa demanda imunidade a leis que de outro modo seriam de aplicação geral) e algumas se tornam visíveis apenas no contexto de casos individuais difíceis (por exemplo, quanta tolerância a discursos dissidentes se deve ter em um período de emergência nacional).

Eu pressuponho que as divergências sobre direitos não são, de maneira geral, questões de interpretação em um senso legalístico estrito. Elas podem se apresentar, à primeira vista, como questões de interpretação, mas suscitam questões de considerável importância prática para a comunidade política. Em outra oportunidade, fiz referência a elas como questões de direitos “divisoras de água”.⁵⁴ Elas são grandes questões de filosofia política com ramificações significativas para a vida de muitas pessoas. Além disso, pressuponho que elas não são idiossincráticas às sociedades em que surgem. Elas definem escolhas fundamentais que qualquer sociedade moderna precisa enfrentar, escolhas que são razoavelmente bem compreendidas no contexto dos debates morais e políticos existentes, escolhas que são pontos focais de divergência moral e política em muitas sociedades. Os exemplos vêm rápido à mente: aborto, ações afirmativas, a legitimidade da redistribuição feita pelo governo ou da sua interferência nos mercados, os direitos dos investigados por crimes, o significado exato de tolerância religiosa, os direitos culturais de minorias, a regulação de discursos e de gastos em campanhas eleitorais, e assim por diante.

Como esses exemplos sugerem, as divergências sobre direitos são frequentemente divergências sobre aplicações centrais, não apenas aplicações marginais. Uma vez que estou pressupondo

...

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 35-36 [doravante RAWLS, *Political Liberalism*]. Rawls parece pressupor que revisão judicial de legislação é apropriada mesmo em uma sociedade bem-ordenada. *Idem*, p. 165-166, 233-240; cf. também: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971. p. 195-199, 228-231 [doravante RAWLS, *A Theory of Justice*]. Um dos meus objetivos é mostrar que ele está errado quanto a isso.

⁵⁴ Cf. WALDRON, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, nota 14 *supra*, p. 198.

um compromisso geral com direitos, é tentador inferir que esse compromisso geral cobre o núcleo de cada direito e que o direito só se torna controverso nos aspectos marginais de sua aplicação. Isso é um erro. Um compromisso com direitos pode ser total e sincero mesmo quando casos divisores de água permanecem controversos. Por exemplo, duas pessoas que discordam sobre se restrições a discurso de ódio racista são aceitáveis podem ambas aceitar que o direito à liberdade de expressão é essencial para pensar sobre a questão; ambas podem aceitar, também, que o caso sobre o qual elas discordam é uma questão central e não marginal relacionada a esse direito. O que isso mostra, talvez, é que elas têm concepções diferentes sobre o direito,⁵⁵ mas não há motivo para se duvidar da sinceridade de sua aderência a ele.

Em geral, o fato de que pessoas discordam sobre direitos não significa que deva haver um dos lados na divergência que não leve direitos à sério. Sem dúvida algumas posições são mantidas e defendidas dissimulada ou ignorantemente por canalhas (que não se importam nada com direitos) ou analfabetos morais (que entendem mal a força e a importância deles). No entanto, pressuponho que, na maioria dos casos, a divergência se dá de forma razoável e em boa-fé. As questões envolvidas são questões sérias, nas quais não seria razoável esperar que haveria consenso. Em outras palavras, eu pressuponho algo como os “limites do juízo” [*“burden of judgment”*]* de John Rawls, mas aplicado (onde Rawls hesitou aplicar a doutrina) tanto a questões de direito como a questões sobre o bem.⁵⁶ Não é razoável esperar que as visões das pessoas sobre questões de direitos densas e complexas sejam sempre consensuais. E como Rawls enfatiza, “não é realista [...] supor que todas as nossas diferenças [nessas matérias] estejam enraizadas apenas na ignorância e na perversidade, ou então, em rivalidades por poder, *status* ou ganho econômico”.⁵⁷

O pressuposto de divergência não se relaciona ao relativismo moral. Pode-se reconhecer a existência de divergência sobre matérias de direito e de justiça – pode-se até reconhecer que divergências como essas são, para propósitos políticos práticos, irresolúveis – sem adotar

...

⁵⁵ Para uma discussão sobre a distinção entre o conceito de um direito e várias concepções dele, cf.: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977. p. 134-136.

* N.T.: Adotamos a tradução de “*burden of judgment*” proposta por Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita em: RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

⁵⁶ Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 54-58 (discutindo “os limites do juízo”). Rawls argumenta que “muitos dos nossos mais importantes julgamentos são feitos sob condições nas quais não se espera que pessoas conscientes com pleno poder de raciocínio, mesmo após discussão livre, chegarão à mesma conclusão”. *Idem*, p. 58. Para um argumento que aplique isso ao certo assim como ao bom, cf.: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 149-163.

⁵⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 58. [cf. *O liberalismo político*, p. 102.]

a alegação metaética de que não há resposta certa para a questão sobre a qual os participantes divergem. O reconhecimento da divergência é perfeitamente compatível com a existência de uma resposta certa sobre os direitos e os princípios do constitucionalismo – pressupondo que nossa condição não é tal que a resposta certa se manifesta de um modo que não possa ser razoavelmente contestado.⁵⁸

Se há uma Carta de Direitos, eu pressuponho que ela aborde, mas não resolva, as questões que são objeto das divergências. Eu mencionei alguns exemplos anteriormente. Nos Estados Unidos, é incontestável tanto que as disposições da Carta de Direitos são relevantes para o modo como cada uma dessas questões deva ser resolvida quanto o fato de que as disposições da Carta de Direitos não determinam elas mesmas a resolução da questão de uma forma que esteja além de divergência razoável. Assim, pressuponho que a extensão dessas discordâncias não impede nossa criatividade em conceber formulações abstratas. Divergências não impedem a promulgação de uma Carta de Direitos.⁵⁹ Todavia, as divergências permanecem não resolvidas, deixando-nos em uma situação na qual – quando uma questão sobre uma possível violação de direitos surge – conquanto seja incontestável que um dispositivo da Carta de Direitos incide sobre a matéria, permanece objeto de discordância entre pessoas razoáveis o sentido dessa incidência e se ela proíbe (ou deveria limitar a aplicação) da disposição legislativa em questão.⁶⁰

Isso não significa negar que possam ser feitos argumentos que pareçam conclusivos – ao menos àqueles que os fazem – sobre a incidência da Carta de Direitos no problema em questão. Se a revisão judicial está estabelecida na sociedade, juristas argumentarão sobre essas questões usando tanto o texto quanto a força gravitacional da Carta de Direitos. De fato, juristas terão um prato cheio. Cada lado em cada uma das divergências alegará que a sua posição está inscrita nos compromissos vagos da Carta dos Direitos se eles forem lidos de maneira ampla (ou restrita) o suficiente. Nenhum dos lados estará preparado para reconhecer publicamente o que eu estou pressupondo que agora será óbvio: que a retórica vaga da Carta de Direitos foi projetada simplesmente para contornar as divergências reais e razoáveis que são inevitáveis entre pessoas que levam o direito à sério por um tempo longo

...

58 Cf. WALDRON, The Irrelevance of Moral Objectivity, nota 19 *supra*, p. 182.

59 Cf. CHRISTIANO, Thomas. Waldron on Law and Disagreement. *Law and Philosophy*, v. 19, n. 4, p. 513-543, 2000. p. 513, 537.

60 Mais uma vez, eu não estou dizendo que as disposições da Carta de Direitos cobrem os casos centrais, com discordância confinada às margens de sua aplicação. As disposições são frequentemente vagas e abstratas, deixando aberta a possibilidade de que, mesmo quando há casos incontroversos, as pessoas ainda podem utilizar a mesma fórmula abstrata para cobrir abordagens substantivas diferentes sobre o direito – e nós ainda deveríamos dizer que ambas levam o direito à sério.

o suficiente para tal Carta de Direitos ser promulgada. Em vez de nos encorajar a confrontar essas divergências diretamente, a revisão judicial provavelmente nos levará a concebê-las como questões de interpretação daquelas formulações vagas. Se esse é um contexto desejável ou não para se deliberar sobre as questões morais que se apresentam é uma das coisas que consideraremos na seção V.

III. A FORMA DO ARGUMENTO

Então esses são nossos pressupostos. O que fazemos com a situação que eles definem? Os membros da comunidade são comprometidos com os direitos, mas eles discordam sobre eles. A maioria das questões de direitos necessita resolução. Nós necessitamos de resolução não tanto para encerrar a controvérsia – nada pode fazer isso⁶¹ – mas para providenciar uma base para ação comum quando isso for necessário. Pois bem, existem diversos tipos de questões sobre as quais nós não precisamos de uma solução que valha para toda a sociedade – a transubstanciação, o significado de *Hamlet*, o valor de uma vida puramente contemplativa –, e isto é bom, porque existe pouca perspectiva de concordância nessas áreas. Infelizmente, para questões de direitos sobre as quais temos necessidade de resolução também existe pouca perspectiva de acordo. A necessidade de resolução não faz o fato da divergência desaparecer; na verdade, significa que uma base comum para ação tem de ser forjada no calor dessas nossas divergências.

No mundo real, a necessidade de uma resolução nos confronta na arena legislativa. Nós legislamos sobre certas áreas e a legislação que nós promulgamos suscita questões sobre direitos. Essas questões podem não ser, à primeira vista, proeminentes na legislação. A legislação pode ser sobre formalidades matrimoniais, jornada mínima de trabalho, reforma de financiamento de campanhas eleitorais, ou a preservação histórica dos centros das cidades. O que acontece, entretanto, é que alguém percebe que a aplicação dessa legislação levanta uma questão sobre direitos e é em conexão com essa questão – deve a legislação ser aplicada de acordo com seus termos ou não? – que a necessidade de resolução surge.

Um argumento, que eu respeito, para algum tipo de poder de revisão judicial articula-se da seguinte maneira: pode nem sempre ser fácil para legisladores verem que questões de direitos estão envolvidas em uma proposta legislativa que estejam discutindo; pode nem sempre ser fácil para eles prever que questões de direito podem surgir de sua subsequente aplicação.

• • •

⁶¹ Cf. STEWART, Jon *et al.* *America (The Book): A Citizen's Guide to Democracy Inaction*. Nova York/Boston: Warner Books, 2004. p. 90 (discute *Roe v. Wade* e narra que “a Corte decide que o direito à privacidade protege a decisão da mulher de ter um aborto e que o feto não é uma pessoa com direitos constitucionais, assim encerrando todo o debate sobre essa questão que um dia foi controversa”).

Então, é útil ter um mecanismo que permita que cidadãos levem essas questões à atenção de todos, à medida que elas surjam. No entanto, esse é um argumento apenas para revisão judicial fraca, não para uma forma forte da prática na qual a questão abstrata de direito que foi identificada é resolvida segundo aquilo que uma corte considera apropriado. É um argumento para algo como o sistema no Reino Unido, no qual uma corte pode emitir uma declaração de que existe uma questão importante de direitos em jogo.⁶² Alternativamente, é um argumento para o arranjo que encontramos em sistemas com revisão ainda mais fraca, em que o advogado geral (*attorney general*) tem o dever não partidário de examinar propostas legislativas e identificar publicamente quaisquer questões de direitos que elas suscitem.⁶³ Um arranjo como esse é um tipo de institucionalização da atenção a questões de direitos que foi incorporado no pressuposto três.

Vamos assumir, por enquanto, que a legislatura esteja plenamente consciente das questões de direitos que uma dada proposta suscita e que, tendo deliberado sobre o assunto, decide — por meio de debate e votação — resolver essa questão de uma determinada maneira. O Legislativo toma partido em uma ou mais das divergências que imaginamos no pressuposto quatro. A questão que enfrentamos é se essa resolução do Legislativo deveria ser dispositiva ou se há motivos para ela ser reavaliada e talvez anulada pelo Judiciário.

Como deveríamos responder a essa questão? Já ouvi pessoas dizerem que a regra para esse tipo de decisão deveria ser a seguinte: a decisão do Legislativo permanece, exceto quando ela viola direitos. Porém, isso claramente não é suficiente. Nós estamos pressupondo que os membros da sociedade discordam sobre uma determinada proposta legislativa violar ou não direitos. Precisamos de uma forma de resolver essa divergência. O tema é tão antigo quanto Hobbes: precisamos estabelecer um procedimento decisório cuja operação resolverá, e não reacenderá, as controvérsias cuja existência levou à necessidade de um procedimento decisório.⁶⁴ Isso significa que, mesmo que os membros da sociedade que estamos imaginando discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório que resolverá suas divergências. Então, ao pensar sobre

62 Cf. o texto *supra* que é acompanhado pelas notas 26-28.

63 Cf. New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. N. 109, § 7 (“Quando qualquer projeto for introduzido na Câmara dos Representantes, o Advogado-Geral deverá [...] o quão antes for possível após a introdução do projeto — atentar a Câmara dos Representantes a qualquer provisão no projeto que parece ser inconsistente com qualquer direito ou liberdade contidos na Carta de Direitos.”). Para um exemplo controverso do exercício desse poder, cf.: HUSCROFT, Grant. Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pre-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights. *Public Law Review*, v. 14, n. 4, p. 109, 2003.

64 Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Editado por Richard Tuck, 1996 [1651]. p. 123.

as razões para estabelecer um procedimento como esse, nós devemos pensar sobre razões que podem ser endossadas por pessoas de ambos os lados de qualquer uma dessas divergências.⁶⁵

Estou apresentando a necessidade de procedimentos decisórios legítimos como uma resposta ao problema da discordância moral. Entretanto, ouvi filósofos dizerem que, porque a divergência é generalizada na política, nós não deveríamos deixá-la nos fazer perder o foco. Uma vez que discordamos tanto sobre procedimentos decisórios legítimos quanto sobre a justificação dos resultados, e porque (sob minha perspectiva) é evidente que temos de nos posicionar sobre *algo* – a saber, procedimentos decisórios – apesar dessa discordância, por que nós não podemos simplesmente nos posicionar sobre a questão substancial e colocar um ponto final no problema?⁶⁶ A resposta a isso é a de que nós precisamos enfrentar a questão da legitimidade independentemente da possibilidade de haver ou não divergências sobre isso. Em primeiro lugar, nós realmente precisamos formular um procedimento decisório e nós precisamos considerar as razões relevantes para seu desenho. Além disso, existem razões importantes relacionadas à legitimidade – por exemplo, equidade, voz, participação – que surgem por conta da discordância e que não surgem separadas da nossa discussão sobre procedimentos decisórios. Mesmo se discordarmos também sobre esses procedimentos, nós não temos escolha a não ser considerá-los. O fato de discordarmos sobre eles não é motivo suficiente para deixá-los de lado e simplesmente nos posicionarmos de um lado ou de outro na divergência prévia (ou substancial).

Nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não sujeito à revisão, seja um processo de revisão judicial, ele às vezes levará à decisão errada, traindo direitos em vez de protegê-los.⁶⁷ Isso é um fato da vida política. Todos devemos admitir que, algumas vezes, haverá dissonância entre o que entendemos ser a escolha certa e o que

...

⁶⁵ Outra forma de dizer isso é que uma teoria política normativa precisa incluir mais que só uma base para justificar certas decisões sob seus méritos. É necessário mais que, por exemplo, uma teoria da justiça ou uma teoria do bem comum. Também é necessário endereçar a questão normativa da legitimidade dos procedimentos decisórios que são utilizados para tomar decisões políticas diante de divergências. Uma teoria política normativa que não faz isso está seriamente incompleta.

⁶⁶ Christiano formula esse ponto em termos de um regresso de procedimentos: “Nós podemos esperar divergências em todos os estágios, se Waldron estiver certo; então se nós precisamos recorrer a um procedimento de ordem maior para resolver cada disputa que surgir, logo seremos incapazes de parar a regressão de procedimentos” (CHRISTIANO, nota 59 *supra*, p. 521). Contudo, Christiano não tenta mostrar que isso é um regresso vicioso. Para discussão do regresso, cf.: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 298-301.

⁶⁷ Eu ouvi pessoas dizerem que os erros são quase sempre prováveis de serem piores no lado do Legislativo: a legislatura pode efetivamente violar direitos, enquanto o pior que as cortes podem fazer é falhar em intervir para protegê-los. Isso é um erro. Cortes exercendo o poder da revisão judicial podem às vezes violar direitos ao derrubar uma lei que busca protegê-los. Discutirei isso a fundo no final da seção IV.

entendemos ser a escolha produzida pelo procedimento decisório que consideramos legítimo. Richard Wollheim chamou a isso de “um paradoxo na teoria da democracia”,⁶⁸ porque permite que um mesmo cidadão afirme que a lei *A* não deveria ser promulgada porque *A* é a política contra a qual ele votou, e que a lei *A* deveria ser promulgada porque *A* é a política escolhida pela maioria. Contudo, Wollheim estava errado em atribuir esse paradoxo à democracia. Isso é um paradoxo geral na teoria da política que afeta qualquer teoria política que complementa sua descrição de o que deve ser feito com uma descrição de como decisões devem ser tomadas quando há discordância sobre o que deve ser feito.

Com essa ressalva em mente, quais são as razões que precisam ser levadas em consideração ao formular e avaliar um processo decisório de resolução de divergências sobre direitos? Dois tipos de razões podem ser considerados. Eu irei chamá-las de razões “relacionadas ao resultado” e razões “relacionadas ao processo”, embora ambas sejam relevantes para a questão do processo decisório.

Razões relacionadas ao processo são razões para insistir que alguma pessoa tome uma decisão, ou participe do processo de tomada de decisão, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Na vida pessoal, nós dizemos às vezes que um pai ou uma mãe tem o direito de tomar a decisão sobre disciplinar ou não seu filho ou sua filha por uma dada desobediência: não cabe nem a alguém passando na rua e nem a um passageiro no ônibus tomar essa decisão. Nós podemos dizer isso mesmo sem revelar nossa opinião sobre se a criança deva ser disciplinada. Aliás, podemos dizer isso até mesmo se pensamos que a pessoa na rua provavelmente tomará uma decisão melhor do que o pai ou a mãe. Na política, as razões relacionadas ao processo mais recorrentes são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de um indivíduo ser ouvido mesmo quando os outros discordam daquilo que ele diz.

Razões relacionadas ao resultado, em contrapartida, são razões para formular o processo decisório de forma a garantir o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta). Nosso objeto de análise são divergências sobre direitos. Porque direitos são importantes, é igualmente importante que nós acertemos e por isso nós realmente precisamos levar bastante a sério as razões relacionadas ao resultado. Respostas erradas podem ser toleráveis em questões envolvendo políticas, mas, em questões de princípio, se a resposta errada for dada, haverá violação de direitos. Os membros da sociedade que nós estamos imaginando entendem o quão importante é evitar resultados como esse ou minimizá-los na medida do possível.

...

⁶⁸ WOLLHEIM, Richard. A Paradox in the Theory of Democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W.G. (orgs.). *Philosophy, Politics and Society*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1969. p. 71.

Claro, pode não ser fácil identificar razões relacionadas ao resultado sobre as quais pessoas em lados opostos das divergências sobre direitos possam concordar. Como disse anteriormente,⁶⁹ a formulação de um procedimento decisório precisa ser independente da divergência específica que se espera que ele resolva; de nada adianta se ele apenas a reacende. Então, nós precisamos evitar razões relacionadas ao resultado que mirem especificamente em resultados controversos específicos – por exemplo, favorecer um procedimento decisório porque ele é mais propenso a gerar um resultado pró-escolha do que um resultado pró-vida. Um procedimento decisório escolhido nessa base dificilmente obterá o apoio de partidários pró-vida. Dada a divergência, o objetivo aqui é estabelecer um procedimento para resolução de controvérsias que possa ser reconhecido como legítimo por ambos os lados.

É possível, de todo modo, reunir as razões relacionadas ao resultado em uma base mais modesta. Em vez de dizer (de uma maneira circular) que nós deveríamos escolher aqueles procedimentos políticos mais propensos a produzir um conjunto específico e controverso de direitos, podemos dizer que deveríamos escolher procedimentos políticos que são mais propensos a nos conduzir à verdade sobre direitos, qualquer que seja essa verdade. Como aponta Aileen Kavanagh:

Nós não precisamos de uma descrição exata de quais direitos nós temos e como eles devem ser interpretados para fazer algumas alegações instrumentalistas [isto é, relacionadas ao resultado]. Muitos argumentos instrumentalistas não são baseados em conhecimento sobre o conteúdo de qualquer direito em particular. Na verdade, eles são baseados nas considerações institucionais gerais sobre a forma pela qual legisladores tomam decisões em comparação a juízes, nos fatores que influenciam a decisão deles e nas maneiras pelas quais indivíduos podem levar suas reivindicações a um ou ao outro fórum.⁷⁰

Razões desse tipo merecem ser levadas à sério. Joseph Raz foi mais longe e sugeriu que esses tipos de razões relacionadas ao resultado são as únicas razões que merecem ser levadas em consideração.⁷¹ Esse dogmatismo é baseado, presumivelmente, na importância das questões em jogo. Os resultados das decisões sobre direitos são importantes. Porém, existem também diversos tipos de razões importantes, não relacionadas ao resultado, que não deveríamos

•••

⁶⁹ Cf. o texto *supra* que é acompanhado pela nota 64.

⁷⁰ KAVANAGH, Aileen. Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, v. 22, n. 5, p. 451-486, 2003. p. 451, 466.

⁷¹ RAZ, Joseph. Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, n. 1, p. 25-52, 1998. p. 45-46; cf. também: RAWLS. A Theory of Justice, nota 53 *supra*, p. 230 (“O critério fundamental para julgar qualquer procedimento é a justiça de seus prováveis resultados”).

hesitar em aplicar às escolhas que fazemos sobre o desenho de procedimentos para a resolução de divergências sobre direitos. Eu já dei alguns exemplos, mas aqui está outro: o princípio da autodeterminação. Existe uma razão para que cada sociedade resolva essa divergência por meio do seu próprio sistema político, em vez de por imposição vinda de fora (por exemplo, por um governo vizinho ou por uma antiga potência colonial). Alguns pensam que essa não é uma razão conclusiva. Eles dizem que a autodeterminação nacional e a soberania deveriam, às vezes, dar lugar à autoridade internacional em questões sobre direitos humanos,⁷² mas poucos negam que ele tenha alguma importância. Raz não prestou atenção suficiente ao argumento de que embora as razões relacionadas ao resultado sejam muito importantes para a temática da tomada de decisões sobre direitos, razões de outros tipos podem ser importantes também.

Uma vez que percebemos que existem razões de todos os tipos em jogo, temos de considerar seu caráter normativo, porque isso irá afetar como elas se relacionam umas com as outras. A expressão “relacionado ao resultado” soa consequencialista, mas, porque as consequências que estamos tentando evitar são violações de direitos, evitar tais violações tem um pouco da urgência deontológica associada a direitos. Elas podem não ser tão convincentes quanto o princípio que proíbe violações diretas: os *designers* de um procedimento decisório são indiretamente, não diretamente, responsáveis pelas violações que podem estar envolvidas no exercício daquele procedimento. Contudo, a responsabilidade deles é ainda uma responsabilidade baseada em direitos – existe um dever de cautela a este respeito.⁷³

E quanto ao caráter normativo de razões relacionadas ao processo? As razões relacionadas ao processo são também frequentemente matérias de urgência deontológica. Ronald Dworkin, penso, apresenta incorretamente o caráter de razões participativas quando ele se refere a elas como “as consequências participativas de um processo político”.⁷⁴ Ele sugere que conceder a cidadãos individuais a oportunidade de participar da tomada de decisão política da comunidade tem uma consequência – uma boa consequência – que é a de que isso confirma seu igual pertencimento ou *status* na comunidade. Isso lhes garante que eles são considerados por outros como pessoas cujas opiniões e escolhas têm valor. Permitir que pessoas participem também tem a boa consequência de ajudar os cidadãos a se identifica-

...

72 Cf., por exemplo: HENKIN, Louis. That “S” Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera. Address at Fordham University School of Law, Robert R. Levine Distinguished Lecture Series (23 fev. 1999). *Fordham Law Review*, v. 68, n. 1, p.1-14, 1999.

73 Para a ideia de várias ondas de dever sendo geradas por um direito específico, cf.: WALDRON, Jeremy. Rights in Conflict. *Ethics*, v. 99, n. 3, p. 503-519, 1989. p. 509-512.

74 DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 187.

rem com os resultados das decisões políticas e a considerar essas decisões em alguma medida como sendo deles, com bons efeitos multiplicadores para legitimidade (no sentido que os sociólogos empregam o termo).⁷⁵ Tudo isso é, sem dúvida, importante; no entanto, faz pensar em um diretor mencionando as vantagens que podem ser obtidas ao permitir seus alunos opinarem sobre assuntos educacionais por meio de um conselho escolar. A descrição de Dworkin subestima radicalmente a noção de um *direito* de participação, o imperativo de que um indivíduo seja tratado como igual no que diz respeito à tomada de decisão de uma sociedade, o sentido de princípio que está em jogo quando alguém, indignado, pergunta “como eles se atrevem a excluir a *minha* opinião – *me* marginalizar da votação – dessa decisão, que me afeta e à qual estou sujeito?”.

Então, como ponderamos essas considerações relacionadas ao processo e ao resultado? Temos pela frente o problema habitual de tentar maximizar o valor de duas variáveis, como quando pedimos para alguém comprar o carro mais rápido pelo menor preço. Existem várias maneiras pelas quais podemos formular essa questão. Nós poderíamos perguntar: “Que método é mais propenso a nos levar à verdade sobre direitos, e que simultaneamente respeite adequadamente a reivindicação, por parte daqueles que são afetados, de terem igual direito de terem suas vozes escutadas?”.⁷⁶ Ou poderíamos perguntar: “Que método melhor respeita a reivindicação de igual direito de escuta que vem das vozes daqueles afetados, e que simultaneamente seja razoavelmente propenso a nos levar à verdade sobre direitos?”. Acredito que eu possa cortar esse nó górdio. O que eu irei argumentar, na seção IV, é que as razões relacionadas ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Elas são importantes, mas elas em nada estabelecem (ao contrário do que comumente se pensa) uma posição clara favorável à revisão judicial. As razões relacionadas ao processo, no entanto, são bastante unilaterais. Elas acabam, sobretudo, por desacreditar a revisão judicial e deixa ileso a tomada de decisão legislativa. Então, parece-me que o lado Legislativo vence em qualquer formulação da questão. E esse será o cerne da posição contrária à revisão judicial.

IV. RAZÕES RELACIONADAS AO RESULTADO

De acordo com Raz, “[uma] forma natural de proceder é pressupor que a implementação dos direitos fundamentais deveria ser confiada a qualquer procedimento decisório político que

• • •

⁷⁵ Esse resumo da opinião do Dworkin foi adaptado de Kavanagh, nota 70 *supra*, p. 458-459.

⁷⁶ A questão é posta assim em: MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 59-60.

seja, nas circunstâncias do tempo e espaço, o mais propenso a implementá-los bem, com a menor quantidade de efeitos colaterais adversos”.⁷⁷ Imagino que a discussão nesse ponto deve estar em linha com o debate mais amplo sobre a competência institucional das cortes, iniciado pela escola do Processo Legal.⁷⁸ Cortes são boas para decidir algumas questões, mas não outras. Tecnicamente, nós usamos o termo “direitos” para denotar as questões que cortes caracteristicamente decidem, porque um demandante tem de manifestar uma reivindicação de direito para poder conseguir ser ouvido pela corte. Contudo, como Lon Fuller observou, disso não decorre que cortes são conseqüentemente o fórum apropriado para lidar com reivindicações de direito no senso menos técnico que está sob consideração aqui.⁷⁹ Algumas reivindicações de direitos têm o caráter do tipo de questão binária que cortes podem ser competentes para enfrentar, outras têm um caráter multifacetado que tem recorrentemente sido considerado inapropriado para decisão pela estrutura judicial. Esse tema demanda considerações adicionais. Não direi muito mais sobre isso agora, e voltarei minha atenção às alegações mais específicas que são feitas sobre a competência de cortes e das legislaturas sobre as questões morais importantes que são o tema deste ensaio.

É tentador associar razões relacionadas ao resultado à posição favorável à revisão judicial (e razões relacionadas ao processo com a posição contrária a ela). Isso é um erro. É verdade que muitas das mais importantes razões relacionadas ao processo dizem respeito à participação e, portanto, favorecem instituições eletivas ou representativas. Porém, disso não decorre que todas ou a maioria das razões relacionadas ao resultado argumentam em favor do outro lado. As razões relacionadas ao resultado, como veremos, servem aos dois lados. Existem aspectos das legislaturas que às vezes as tornam vulneráveis aos tipos de pressões contra os quais os direitos supostamente deveriam nos proteger; mas existem também aspectos dos tribunais que fazem com que seja difícil para elas enfrentarem diretamente as questões morais que divergências sobre direitos apresentam.

Raz reconhece que as razões relacionadas ao resultado podem pesar para os dois lados. Ele apresenta um argumento conhecido

[E]m muitos países existem amplas razões para suspeitar que membros do Legislativo são influenciados por interesses sectários em tal nível que não é provável que eles sequer tentem estabelecer quais direitos as (algumas) pessoas têm [...] Nós podemos saber que certos fatores tendem a obnubilar o julgamento das pessoas. Eles podem ser, por exemplo,

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

78 Cf. HART e SACKS, nota 49 *supra*, p. 640-647.

79 FULLER, nota 49 *supra*, p. 368-370.

suscetíveis à influência de seus próprios interesses. Nós podemos então preferir um procedimento no qual aqueles encarregados com uma decisão não são afetados, ou não são diretamente afetados, por sua própria decisão. Existem outros fatores conhecidos por enviesar decisões, e a natureza e presença deles pode ser estabelecida mesmo sem conhecimento sobre o conteúdo dos direitos em questão.⁸⁰

Agora, ao ponderar uma afirmação crítica como essa, temos de questionar a sua compatibilidade com nosso terceiro pressuposto: Esse tipo de preconceito sectário é típico de legislaturas em todas as sociedades? Ou nós deveríamos associá-lo ao caso não central de uma sociedade cujos membros são em grande parte indiferentes a direitos? Discorrerei mais sobre isso na seção VII.⁸¹ No entanto, mesmo pelo seu valor de face, o argumento do Raz não aponta univocamente a uma direção. As mesmas pressões sectárias frequentemente também explicam a negligência judicial de direitos. Vimos isso nos Estados Unidos em casos tão diversos quanto *Korematsu*, *Schenck*, *Dread Scott* e *Prigg*.⁸² Mais recentemente, Laurence Tribe (normalmente um vigoroso defensor da revisão judicial) observou que no pânico que atingiu os Estados Unidos depois do 11 de setembro, “seria um terrível erro para aqueles que se preocupam com direitos e liberdades civis depositar esperança demais no Judiciário em tempos de crise”.⁸³

Em qualquer caso, Raz reconhece que razões relacionadas ao resultado também argumentam na direção oposta:

Às vezes [...] existem razões para se pensar que aqueles cujos interesses não serão afetados por uma decisão não estarão propensos a tentar honestamente descobrir o que é justo nas circunstâncias postas. Às vezes o indivíduo pode ser incapaz de apreciar as dificuldades

...

⁸⁰ RAZ, nota 71 *supra*, p. 46.

⁸¹ Cf. o texto *infra* que é acompanhado pelas notas 137 a 141. Esse é o trecho no qual eu tratarei da alegação (para casos não centrais) de que juízes simpatizantes de direitos de minorias estão em uma posição melhor para resistir o preconceito popular do que legisladores simpatizantes de direitos de minorias.

⁸² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944 (recusou proteção à detenção de cidadãos de descendência japonesa durante a Segunda Guerra Mundial); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919 (julgou que criticar o alistamento obrigatório durante a Primeira Guerra Mundial seria análogo a gritar fogo em um teatro lotado); *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27, 1857; *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612, 1842 (derrubaram legislação estadual que buscava proteger afro-americanos de caçadores de escravos).

⁸³ TRIBE, Laurence. Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush’s Military Courts. *New Republic*, v. 225, 10 dez. 2001. p. 18-19; cf. também: DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. *New York Review Books*, 28 fev. 2002. p. 44, 46-47 (aponta a tolerância passada da Corte a violações de direitos em tempos de crise).

de uma classe de pessoas a não ser que o indivíduo pertença ele mesmo a essa classe e, portanto, em vez de confiar a decisão àqueles que não são afetados por ela, ela deveria ser dada àqueles que ela afeta.⁸⁴

Legislaturas são estabelecidas com estruturas de representação precisamente com o objetivo de fomentar esse sentido de compreensão de circunstâncias particulares.

Às vezes, sugere-se que as estruturas de participação democrática não se preocupam minimamente com a importância de assegurar resultados apropriados – cegamente, elas só dariam poder à maioria. Isso é um disparate. Todas as democracias limitam o direito de voto de várias formas para assegurar um mínimo de maturidade no momento do voto. Eles não dão às crianças, por exemplo, o direito de votar, apesar de elas serem afetadas pelas decisões em consideração. Além disso, as legislaturas são constituídas de maneira que se garanta que o processo de decisão inclua informações sobre o grau de aceitabilidade das diversas opções para diferentes setores sociais. E as decisões são normalmente tomadas no contexto de instituições bicamerais, de forma que cada proposta legislativa tenha de obter apoio da maioria em cada uma das duas casas com calendários eleitorais ligeiramente diferentes.⁸⁵ Ademais, sistemas com revisão judicial fraca ou sem revisão judicial às vezes têm disposições específicas no processo legislativo para que questões de direitos sejam destacadas.⁸⁶ Na maioria das democracias, há disposições específicas para debate cuidadosamente orquestrado perto das eleições, assim como uma vasta gama de conexões entre o debate formal no Legislativo e o debate informal e a acumulação de informação fora do Legislativo. Todos esses são ajustes a procedimentos democráticos relacionados ao resultado. O que vemos, no quesito participação, não é o que Rawls chamou de uma alegação de justiça procedimental pura, mas algo como justiça procedimental imperfeita.⁸⁷

Em geral, o que percebo quando leio argumentos relacionados ao resultado em favor da revisão judicial é que as pessoas pressupõem que deva ser possível fazer um argumento

...

⁸⁴ RAZ, nota 71 *supra*, p. 46.

⁸⁵ Alguns sistemas bicamerais, como o Reino Unido, têm uma câmara alta não eleita e disposições (nos Atos do Parlamento e em algumas convenções da Constituição Britânica) que permitem que a câmara baixa (eventualmente) prevaleça em caso de conflito.

⁸⁶ Cf. a nota 63 *supra* e o texto que é acompanhado por ela.

⁸⁷ Cf.: RAWLS, *A Theory of Justice*, nota 53 *supra*, p. 84-85. Nós falamos de justiça puramente procedimental quando queremos indicar que não há nada mais para a justiça do resultado do que o fato de que ele foi obtido por meio da aderência criteriosa a um procedimento justo. Nós falamos de uma justiça procedimental imperfeita quando nós queremos transmitir a ideia de que um determinado resultado precisa ser julgado com base em seus próprios méritos, além de com base no procedimento que o produziu.

desse tipo em favor das cortes, nem que seja pelo fato de que os argumentos contrários à revisão judicial mais corriqueiros não estão relacionados ao resultado. As pessoas se esforçam para associar as razões relacionadas ao resultado ao Judiciário e, ao fazer isso, elas frequentemente passam uma imagem bem pouco realista da forma como são tomadas as decisões judiciais.⁸⁸ Os oponentes da revisão judicial são constantemente acusados de adotar uma visão ingenuamente otimista do Legislativo, mas, às vezes, nós fazemos isso deliberadamente, contrapondo uma imagem otimista a outra, diante da recusa dos defensores das cortes de apresentarem uma descrição realista do que acontece lá.⁸⁹

No restante dessa seção, eu quero analisar em mais detalhe três vantagens relacionadas ao resultado que são, por vezes, atribuídas às cortes. Essas vantagens seriam que: (a) as questões de direitos são apresentadas às cortes no contexto de casos específicos; (b) as cortes abordam as questões de direitos orientadas pelo texto de uma Carta de Direitos; (c) a racionalidade e fundamentação têm um papel proeminente na deliberação judicial. Essas vantagens são apresentadas como favorecendo a ideia de revisão judicial. Examinando os três argumentos, entretanto, sustentarei que há importantes defeitos relacionados ao resultado na forma pelas quais as cortes abordam os direitos e importantes vantagens relacionadas ao resultado a favor da legislatura.

A. ORIENTAÇÃO A CASOS PARTICULARES

Argumenta-se, às vezes, que a melhor coisa da argumentação judicial sobre direitos (em oposição à argumentação legislativa) é que as questões de direitos se apresentam a juízes na forma de situações individuais concretas. Os direitos, afinal, são direitos individuais, e é útil focar o exame na forma como um indivíduo é afetado por um diploma legislativo. Como propõe Michael Moore, “os juízes estão mais bem posicionados para [...] ter perspicácia moral do que legisladores porque os juízes têm experimentos mentais sobre questões morais apresentados a eles todos os dias com o tipo de detalhe e envolvimento pessoal concreto necessário para a perspicácia moral”.⁹⁰

Porém, isso é, em grande parte, um mito. Quando os casos chegam aos altos níveis recursais sobre os quais nós estamos em geral falando em nossas discussões sobre revisão judicial,

...

⁸⁸ Para uma crítica geral dos argumentos que associam a revisão judicial à deliberação moral minuciosa entre, por exemplo, ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos, cf. KRAMER, nota 11 *supra*, p. 240. Kramer apresenta uma descrição precisa da forma como as agendas políticas dos ministros, e as falanges de assessores ideologicamente motivados em diversos gabinetes, interferem com qualquer coisa que poderia ser reconhecida como deliberação colegiada significativa.

⁸⁹ Cf.: WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Nova York: Cambridge University Press, 1999. p. 2.

⁹⁰ MOORE, Michael S. Law as a Functional Kind. In: *Natural Law Theory*, nota 19 *supra*, p. 188, 230. Para uma resposta, cf.: WALDRON, Moral Truth and Judicial Review, nota 19 *supra*, p. 83-88.

quase todos os traços dos titulares de direito de carne e osso desapareceram, e discussões como essa giram em torno da questão abstrata sobre o direito em disputa. Litigantes ou petionários são selecionados por grupos de *advocacy* precisamente com o objetivo de encarnar as características abstratas que esses grupos querem enfatizar como parte de um argumento geral de política pública. As idiosincrasias particulares dos litigantes individuais normalmente já saíram de cena quando a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrenta a questão, e a Corte quase sempre enfrenta a questão em termos gerais.⁹¹

O processo legislativo é aberto à consideração de casos individuais, por meio de *lobby*, em audiências e no debate. De fato, existe hoje uma tendência de se propor legislação com base em casos individuais notórios – a Lei Megan, por exemplo.⁹² Os casos difíceis geram mau direito, às vezes se diz. Na medida em que isso é verdade, parece-me que as legislaturas estão muito mais bem posicionadas para avaliar a relevância de um caso individual em relação a uma questão geral de direitos que afeta milhões e que os afeta de muitas maneiras diferentes.⁹³

B. ORIENTAÇÃO AO TEXTO DE UMA CARTA DE DIREITOS

Estamos imaginando uma sociedade com uma Carta de Direitos e, se é para existir uma revisão judicial de legislação, ela presumivelmente focará na Carta de Direitos. A Carta de Direitos, nós pressupusemos, foi adotada na sociedade de acordo com o compromisso compartilhado de seus membros com a ideia de direitos individuais e de minorias, não obstante o fato de que eles discordam sobre o que esses direitos são e o que eles implicam. Pois bem, quando divergências sobre direitos irrompem em relação à legislação, surge a questão do papel que

...

⁹¹ Cf. WEDDINGTON, Sarah. *Roe v. Wade: Past and Future*. Address at Suffolk University Law School, The Donahue Lecture Series (7 dez. 1989). *Suffolk University Law Review*, v. 24, p. 601-620, 1990. p. 602-603.

⁹² A Lei Megan, que criou um registro de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade sexual, foi promulgada em Nova Jérsei em 1994, 1994 N.J. Laws 1152 (codificada em N.J. STAT. ANN. §§ 2C:7-1 a 7-11, 2005), depois que Megan Nicole Kanka foi estuprada e assassinada por um homem previamente condenado por crime contra a liberdade sexual. Há agora também uma Lei Megan federal. 42 U.S.C. § 14071, 2000. Para uma descrição da aprovação dessa lei, cf.: FILLER, Daniel M. Making the Case for Megan’s Law: A Study in Legislative Rhetoric. *Indiana Law Journal*, v. 76, n. 2, p. 315-365, 2001.

⁹³ Cf. EISGRUBER, nota 13 *supra*, p. 173 (“Juizes tratam de questões constitucionais no curso de decidir controvérsias entre partes específicas. Como resultado, essas questões vêm a eles de uma maneira que é incompleta [...]. Nem todas as pessoas interessadas terão a legitimidade ativa para se apresentar perante a corte. Juizes recebem provas e ouvem argumentos de apenas um número limitado de partes [...]. Como resultado, juizes podem não ter as informações necessárias para obter uma perspectiva completa sobre a equidade de um sistema social, político ou econômico inteiro”). Eisgruber conclui com isso que seja provavelmente imprudente os juizes tentarem tratar de questões que se transformem no que ele chama de princípios morais “completos”. *Idem*, p. 165, 171, 173.

a Carta de Direitos deveria ter no processo decisório sobre o tema sendo discutido. De um ponto de vista relacionado ao resultado, é uma boa ou uma má ideia que as divergências sobre direitos sejam debatidas em relação aos termos de uma Carta de Direitos?

Um motivo para se pensar que essa seja uma boa ideia é que as formulações escritas da Carta de Direitos podem ajudar os debatedores a focar nas questões de direitos abstratas que estão em jogo. Contudo, existem motivos fortes no outro lado. A redação usada na Carta de Direitos não terá sido escolhida tendo em mente as divergências sobre direitos. Ou, se foi, ela terá sido escolhida de modo a contornar as divergências sobre direitos que existiam na época em que a Carta de Direitos foi estabelecida. Suas platitudes podem ser exatamente as formulações erradas para nortear explorações lúcidas, responsáveis e de boa fé sobre divergências sobre direitos.

As formulações escritas de uma Carta de Direitos também tendem a encorajar certo formalismo textual rígido.⁹⁴ Um direito positivado em uma Carta de Direitos encontra sua proteção sob os auspícios de uma formulação canônica na qual as disposições da Carta são enunciadas. Uma lição da experiência constitucional americana é a de que as palavras de cada dispositivo tendem a assumir uma vida própria, tornando-se um termo guarda-chuva para expressar tudo o que alguém possa querer dizer sobre o direito em questão. Isso pode ser um perigo menor em um sistema de supremacia legislativa, porque legisladores podem, se desejarem, colocar a pergunta para eles mesmos sem referência às formulações da Carta de Direitos. Todavia, é parte do *modus operandi* das cortes buscar refúgios textuais para seu raciocínio, e elas certamente tenderão, de uma maneira um tanto quanto obsessiva, a ter como norte o texto da Carta de Direitos.

No mínimo, as cortes tenderão a ser distraídas em seus argumentos sobre direitos por argumentos laterais, incidindo sobre a melhor forma de os juízes abordarem um texto como a Carta de Direitos. A experiência americana ilustra essa situação: na maioria dos votos dos juízes, a proporção de argumentos sobre teorias de interpretação é tão maior que a de argumentos versando diretamente sobre questões morais que ninguém que pense que as questões substantivas em si são importantes irá considerá-la satisfatória. Isso ocorre, em parte, pelo fato de a legitimidade da revisão judicial ser, em si mesma, tão problemática. Uma vez que os juízes (como o resto de nós) estão preocupados com a legitimidade de um processo que os permite decidir essas questões, eles se agarram aos textos que os autorizam e debatem sua interpretação deles em vez de se aventurarem a discutir diretamente razões morais.⁹⁵

94 Esse é um argumento que eu desenvolvi em: WALDRON, A Right-Based Critique, nota 14 *supra*.

95 Cf.: TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 60 (“Cortes podem conceber algumas doutrinas para refletir seu juízo sobre suas próprias habilidades limitadas, não para refletir diretamente valores constitucionais substantivos”).

Um argumento final: o texto de uma Carta de Direitos pode distorcer o raciocínio judicial não só pelo que ele inclui, mas também pelo que ele omite. Suponhamos que membros de uma dada sociedade discordem sobre se a Carta de Direitos deveria ter incluído direitos positivos (socioeconômicos) além de negativos (de liberdade).⁹⁶ Aqueles que pensam que direitos positivos deveriam ter sido incluídos podem pensar que a presente Carta de Direitos distorce o raciocínio moral ao excluí-los. Uma resposta poderia ser a de que, na pior das hipóteses, essa omissão só leva a uma possível não revisão de legislação em casos em que essa seria apropriada, mas não é, em si, um argumento contrário à revisão judicial. No entanto, isso é simplista demais. Deixar de incluir direitos positivos pode alterar (ou distorcer) o entendimento dos juízes sobre os direitos que *estão* incluídos. Os juízes podem dar mais peso aos direitos de propriedade ou à liberdade contratual, por exemplo, do que eles dariam se a propriedade e a liberdade contratual estivessem positivadas ao lado de direitos explícitos à seguridade social. E dar a eles maior peso pode levar os juízes a invalidar leis que não deveriam ser invalidadas – leis que estão tentando compensar essa deficiência e implementar, por meio de legislação, aqueles direitos que não foram incluídos nas formulações da Carta de Direitos.

C. FUNDAMENTAÇÃO

Frequentemente se pensa que a grande vantagem da tomada de decisão judicial em questões de direitos individuais são o raciocínio e a fundamentação explícitos que são associados a ela. As cortes fundamentam suas decisões, diz-se, e isso é um sinal de que estão levando a sério o que está pautado, enquanto que legislaturas não fundamentam suas decisões. Na verdade, esse é um falso contraste. Legisladores fundamentam seus votos assim como os juízes o fazem. Os fundamentos são apresentados no que nós chamamos de debate, e eles são publicados no *Hansard* ou no *Congressional Record*. A diferença é que juristas são treinados para estudar de perto os fundamentos que os juízes apresentam; eles não são treinados para estudar de perto o raciocínio legislativo (embora eles ocasionalmente o vasculhem com propósitos interpretativos).

Talvez esse argumento não seja realmente sobre a presença ou ausência de fundamentação, mas sim sobre sua qualidade. De meu ponto de vista, entretanto, os fundamentos que

• • •

⁹⁶ Cf. *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (observa que o sistema constitucional americano “é uma carta de liberdades negativas em vez de positivas”); TUSHNET, Mark. An Essay on Rights. *Texas Law Review*, v. 62, n. 8, p. 1363-1403, 1984. p. 1393-1394 (“Nós poderíamos certamente ter uma constituição diferente [...]. Pode-se argumentar que o partido da humanidade deve lutar para reformular a retórica de direitos de modo que a descrição do juiz Posner não pareça mais natural e talvez pareça até mesmo forçada”).

as cortes tendem a dar quando exercem poderes de revisão judicial de legislação são raramente os fundamentos que seriam considerados em uma discussão amplamente deliberativa, e o processo de buscar, citar, avaliar e comparar o peso desses fundamentos é bastante diferente para cortes do que para um deliberador político ideal. Esse é, em parte, o argumento mencionado anteriormente – o de que os argumentos terão como norte a terminologia da Carta de Direitos. Se tivermos sorte o suficiente para ter uma boa e atualizada Carta de Direitos, então pode haver alguma congruência entre a fundamentação judicial e a fundamentação que nós buscaríamos em uma deliberação plenamente racional, moral ou política. Entretanto, se temos uma constituição antiquada, com 200 ou 300 anos, então a alegada fundamentação é provavelmente artificial e distorcida. Nos Estados Unidos, o que é chamado de “fundamentação” é normalmente uma tentativa de conectar o caso que a corte está enfrentando a algum texto em prosa escrito sem muita reflexão no século XVIII ou XIX. (Por exemplo, será que a discussão sobre “devido processo substantivo” ser ou não um oxímoro é a melhor abordagem para pensar sobre direito trabalhista ou, ainda, direito ao aborto?)

A fundamentação das cortes também envolve tentativas de construção de analogias ou distinções desesperadas entre o caso que elas enfrentam no momento e outros casos que decidiram antes (e nos quais eles se engajaram em contorcionismos similares). Realiza-se uma trabalhosa discussão sobre precedentes, apesar de se admitir, nos mais altos níveis de jurisdição, que os precedentes não resolvem a questão.⁹⁷ (Então, há também uma discussão árdua sobre as circunstâncias nas quais os precedentes devem ou não ser superados.⁹⁸) E, durante todo esse tempo, as controvérsias reais pautadas nas divergências de boa-fé sobre direitos ficam de lado. Elas normalmente ocupam apenas um parágrafo ou dois das 20 ou mais páginas devotadas a um voto em uma decisão, e, mesmo assim, as controvérsias raramente são enfrentadas diretamente. Na decisão de 50 páginas da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, por exemplo, não há mais que alguns poucos parágrafos lidando com a importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade, e os poucos parágrafos que abordam a outra questão moral pautada – o estatuto dos direitos do feto – tratam, sobretudo, da diversidade de opiniões sobre a questão.⁹⁹ Leia aqueles parágrafos: o resultado pode ser atraente, mas o “raciocínio” é raso.

...

⁹⁷ Cf., por exemplo: MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 4, p. 723-773, 1988.

⁹⁸ Cf., por exemplo, *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 854-69, 1992 (discute as circunstâncias nas quais precedentes constitucionais podem ser revertidos).

⁹⁹ Há uma quantidade tremenda de história jurídica e social na opinião, mas apenas algumas páginas endereçam as reais questões morais em jogo. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55, 1973 (discute privacidade e a importância de direitos reprodutivos); *idem*, p. 159-162 (discute os supostos direitos ou personalidade do feto).

Na verdade, creio que haja uma boa razão para as coisas serem assim. As cortes estão preocupadas com a legitimidade de sua tomada de decisão e, por isso, elas focam seus argumentos em fatos que tendem a mostrar que elas têm respaldo legal – na constituição, na lei ou em precedentes – para tomar a decisão que estão propondo. Isso é compreensível, mas esse aspecto pesa fortemente contra as cortes sob o ponto de vista do argumento relacionado ao resultado, no que diz respeito à revisão judicial ser preferível à legislação.¹⁰⁰ Distraídas por essas questões de legitimidade, as cortes focam no que outras cortes fizeram ou em qual é a linguagem da Carta de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem, pelo menos, a tratar diretamente do cerne da questão.¹⁰¹

Nesse sentido, é surpreendente o quanto é rica a argumentação em debates legislativos sobre questões importantes de direito em países sem revisão judicial.¹⁰² Recentemente, li os debates da Câmara dos Comuns sobre a *Medical Termination of Pregnancy Bill* de 1966.¹⁰³ Esse foi um projeto que propunha liberalizar o direito ao aborto. O debate da segunda rodada de discussões sobre aquele projeto é um dos melhores exemplos que poderíamos esperar de uma instituição política confrontando questões morais. É um debate prolongado – cerca de 100 páginas na *Hansard*¹⁰⁴ – envolvendo parlamentares trabalhistas pró-vida e trabalhistas pró-escolha, parlamentares conservadores pró-vida e conservadores pró-escolha, todos discutindo e focando sobre todas as questões que precisam ser enfrentadas quando o aborto está sendo debatido. Eles debateram as questões ardentemente, mas também cuidadosa e honradamente, e os dois lados estavam atentos a direitos, princípios e questões pragmáticas. Esse foi um debate em que, ao final, os apoiadores do projeto venceram: a ala pró-escolha prevaleceu.¹⁰⁵ Algo

...

100 Eisgruber parece conceder isso, reconhecendo que “[m]uito frequentemente juízes tentam justificar decisões controversas citando precedentes ambíguos, e [...] encobrem suas verdadeiras razões atrás de fórmulas e citações pouco elucidativas emprestadas de casos anteriores”. Eisgruber, nota 13 *supra*, p. 70; cf. também: *Idem*, p. 135 (“[J]uízes [...] frequentemente [...] fingem que eles não estão fazendo julgamentos políticos eles mesmos, e que suas decisões foram forçadas a eles por detalhes textuais ou fatos históricos”).

101 Há um ponto importante aqui enfatizado por Mark Tushnet: Nós não deveríamos criticar os legisladores por não conseguirem raciocinar como os juízes, já que essa pode não ser a forma inteligente de endereçar as questões pautadas. TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 63-65.

102 Isso foi adaptado de WALDRON, nota 46 *supra*.

103 No Legislativo britânico, o debate da segunda rodada de discussões é o momento de deliberação sobre os princípios centrais do projeto.

104 732 Parl. Deb., H.C. (5. ser.), 1966, p. 1067-1166.

105 O debate da segunda leitura não foi o fim, é claro. Houve uma etapa longa em comitê e então um debate de terceira leitura, e em seguida debates similares na Câmara dos Lordes. No entanto, eventualmente a legislação liberalizante foi promulgada.

notável foi que todos que participaram do debate, mesmo parlamentares pró-vida (quando eles viram para que lado a votação penderia), reconheceram o respeito com a qual suas posições haviam sido ouvidas e levadas a sério naquela discussão.¹⁰⁶ Pense: quantas vezes nós ouvimos qualquer pessoa do lado pró-vida elogiar a atenção e o respeito com a qual a sua posição foi discutida, por exemplo, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?¹⁰⁷

Nos Estados Unidos, nós nos congratulamos por remeter às cortes controversias sobre direitos individuais, como o direito ao aborto, para a jurisdição constitucional; e nos congratulamos sob o argumento de que cortes podem ser consideradas fóruns de princípio, para usar a famosa frase do Ronald Dworkin.¹⁰⁸ De fato, nós às vezes dizemos que os britânicos são retrógrados por não fazerem isso.¹⁰⁹ Contudo, a diferença fundamental entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial americano é que este está mais preocupado com interpretação e doutrina, enquanto aqueles parlamentares são capazes de focar unicamente na questão do aborto em si e no que ela implica – sobre o *status* ético do feto, sobre a situação difícil das mulheres grávidas e a importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, sobre os conflitos morais e as dificuldades que tudo isso envolve, e sobre as questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria ter em relação a questões morais privadas. Essas são questões que certamente precisam ser debatidas quando a sociedade está decidindo sobre o direito ao aborto, e essas são questões que recebem o maior tempo nos debates legislativos e o menor tempo nas deliberações judiciais.¹¹⁰

106 Cf., por exemplo, 732 Parl. Deb., H.C. (5. ser.), 1966, p. 1152. Norman St. John-Stevas, um parlamentar católico que votou contra o projeto, entretanto, começou notando que “[n]ós todos concordamos que esse tem sido um debate vitalmente importante, conduzido em um nível que é digno das mais altas tradições desta Casa”.

107 Quando eu menciono esse exemplo, meus amigos americanos me dizem que a legislatura britânica é organizada para tornar possíveis formas de debate que não são possíveis nos Estados Unidos. Bem, deixando de lado a questão de se os Estados Unidos devem ser considerados um caso patológico, isso é simplesmente falso. O debate a que eu acabei de me referir funcionou porque a Câmara dos Comuns suspendeu uma de suas características marcantes – disciplina partidária forte – para o propósito dessa questão de direitos. Parlamentares debateram de fato o assunto muito mais no estilo de seus equivalentes americanos, não necessariamente seguindo a linha partidária, mas declarando suas próprias opiniões clara e vigorosamente.

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

109 Cf. Editorial, Half-Measures on British Freedoms. *New York Times*, 17 nov. 1997, p. A22 (critica o Ato dos Direitos Humanos por não levar o Reino Unido convictamente a um sistema de revisão judicial forte).

110 Elena Kagan e outros me sugeriram que essa crítica da forma como as cortes discutem direitos é predicada em um pressuposto de que o que nós estamos visando proteger são direitos morais. Se, por outro lado, o que nós valorizamos é a proteção dos nossos direitos constitucionais positivados, então esse modo de discussão não é tão inapropriado quanto minha crítica sugere. Eu não estou convencido. O que nós buscamos proteger são direitos, e a questão é quais mecanismos disponíveis no Estado moderno são melhores em protegê-los e

Tenho certeza de que haveria mais a ser dito sobre a questão relacionada ao resultado. Não há dúvidas de que assim como cortes enfrentam controvérsias sobre direitos de formas que distorcem o que está realmente em jogo, o raciocínio legislativo também pode ser uma desgraça, como quando maiorias legislativas atuam com base no pânico, ou imprudentemente, ou simplesmente repetem *slogans* populares ou sectários em seus pseudodebates. A questão é a seguinte: que defeitos na deliberação deveriam ser considerados normais e quais deveriam ser considerados aberrações na forma como as respectivas instituições – cortes e legislaturas – supostamente deveriam se comportar? Apesar da retórica de Dworkin sobre “fóruns de princípio”, eu penso que as cortes tendem a se comportar nas formas que eu critiquei, focando em precedentes, texto, doutrina e outros legalismos. Nossa pressuposição sobre cortes – pressuposto dois – é sobre instituições que se comportam dessa forma, na verdade, que se comportam bem por esses padrões (legalistas). No caso das legislaturas, entretanto, legislar apressada ou sectariamente não é parte da teoria normal sobre o que legislaturas deveriam fazer. Não é o que devemos pressupor para o argumento central de tomada de decisão legislativa em uma sociedade cuja maioria dos membros respeita direitos. Pode haver alguns países – talvez os Estados Unidos – que desenvolveram patologias legislativas específicas. Se esse é o caso, então os americanos devem restringir a posição não central deles, favorável à revisão judicial, às suas próprias circunstâncias excepcionais.

V. RAZÕES RELACIONADAS AO PROCESSO

Entre as razões que temos para estabelecer procedimentos decisórios de uma forma ou outra, algumas podem ter pouco a ver com os resultados, sejam resultados particulares ou resultados em geral. Elas se relacionam, em seu lugar, com voz ou equidade ou outros aspectos do processo em si. Como disse antes, frequentemente se pressupõe que argumentos relacionados ao processo pesam inequivocamente contra a revisão judicial. Isso não é bem verdade. Alguns argumentos frágeis relacionados ao processo foram formulados por defensores da prática, e eu os revisarei ao final desta seção. Porém, em geral, é verdade: a preponderância das razões relacionadas ao processo pesa em favor das legislaturas.

A questão da legitimidade política dos procedimentos decisórios diante de divergências sobre resultados pode ser posta da seguinte forma. (Tenho o receio de que isso será bastante abstrato.)

...

facilitar discussões inteligentes sobre eles. Eu não pressuponho que o modo de discurso em um seminário de filosofia moral é o apropriado. O que estou sugerindo aqui é que é importante, de uma forma ou outra, chegar às questões reais dos interesses humanos e das liberdades humanas que estão em jogo em nossas divergências. Uma maneira legalística de proceder pode ou não ser a melhor maneira de fazer isso, mas seria bastante errado dizer que nós devemos valorizar o legalismo como um fim em si mesmo.

Imaginemos uma decisão sendo tomada por um certo processo e imaginemos uma cidadã C_n – que ficará vinculada ou será onerada pela decisão – discordando da decisão e perguntando por que ela deveria aceitá-la, cumpri-la ou tolerá-la. Alguns daqueles que apoiam a decisão podem tentar persuadir C_n de que a decisão está certa em sua substância. Contudo, eles podem não conseguir convencê-la, não por conta de alguma dificuldade de entendimento por parte de C_n , mas simplesmente porque C_n continua (de maneira não irrazoável) a ter uma visão diferente sobre esse assunto sério e controvertido. O que então deve ser dito a C_n ? Uma resposta plausível pode ser oferecida a ela tendo por base o processo por meio do qual a decisão foi alcançada. Mesmo se discorda do resultado, ela pode aceitar que o resultado foi alcançado de maneira justa. A teoria que funda uma resposta baseada em processo como essa é a teoria da legitimidade política.

Os processos decisórios políticos normalmente adotam a seguinte forma: uma vez que existe divergência sobre uma determinada decisão, a decisão deve ser tomada por um conjunto designado de indivíduos $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$ usando algum procedimento decisório designado. O ônus da teoria de legitimidade é o de explicar por que é apropriado que esses indivíduos, e não outros, tenham o privilégio de participar da tomada de decisão. Como poderia dizer C_n : “Por que eles? Por que não eu?”. A teoria da legitimidade terá de providenciar a base da resposta a esse questionamento. Dado que o problema é geral – não é só uma questão da perversidade idiossincrática de C_n – há a necessidade de oferecer uma resposta similar a questionamentos similares de C_0 e C_p e todos os outros Cs não incluídos no conjunto privilegiado de tomadores de decisão. No entanto, mesmo se essa resposta for aceita, a dificuldade não terá sido superada. A teoria da legitimidade também tem de fornecer uma resposta a um questionamento adicional que C_n pode fazer: “No procedimento decisório utilizado, por que não foi dado peso maior às posições dos tomadores de decisão que pensam assim como eu sobre o assunto?”. É preciso haver uma defesa do procedimento decisório utilizado por $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$, não só uma defesa do conjunto de participantes.

Tornemos agora mais concreta essa álgebra abstrata. Imagine que um cidadão que discorda de uma decisão legislativa sobre direitos apresente as duas questões que eu conjecturei. Ele pergunta: (1) por que deveria esse grupo de cerca de 500 homens e mulheres (os membros da legislatura) ter o privilégio de decidir uma questão de direitos que afeta a mim e a um quarto de bilhão de outros?; e (2) mesmo que eu aceite o privilégio desses 500, por que não foi dado um peso maior às visões daqueles legisladores que concordam comigo?

Em democracias, as legislaturas são estabelecidas de formas que fornecem respostas razoavelmente convincentes a essas duas questões. A resposta à primeira pergunta é fornecida pela teoria de eleições justas para o Legislativo, eleições nas quais pessoas como C_n sejam tratadas igualmente a todos os seus concidadãos na determinação de quem deveria ser privilegiado para fazer parte do pequeno grupo que participa das decisões desse tipo. A resposta à segunda pergunta é dada por argumentos de equidade bastante conhecidos que

subjazem ao princípio da decisão majoritária (DM). Não é minha tarefa defendê-lo aqui: a defesa da regra da decisão majoritária com base na equidade/igualdade é bem conhecida.¹¹¹ Melhor do que qualquer outra regra, o DM é neutro em relação aos resultados em disputa, trata seus participantes igualmente e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com dar igual peso a todas as opiniões. Quando discordamos sobre o resultado desejado, quando nós não queremos, logo de saída, enviesar a questão em pauta, seja para um lado ou para o outro, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral de ser tratado como um igual no processo, o DM – ou algo nesse sentido – é o princípio a ser usado.¹¹²

Entretanto, e se alguém responde da seguinte maneira: eu posso ver por que cidadãos como C_n têm um direito de serem tratados como iguais em um processo de tomada de decisão de uma matéria que afeta a todos. Por que os 500 representantes na legislatura têm o direito de ser tratados como iguais nesse processo? O que justifica o uso que eles fazem do DM?

A resposta se refere à congruência entre as respostas à primeira e à segunda perguntas no caso de legislaturas. Para as legislaturas, nós usamos uma versão do DM para escolher representantes, e nós usamos uma versão do DM para a tomada de decisão entre os representantes. A teoria é a de que, juntas, elas fornecem uma aproximação razoável do uso do DM como um procedimento decisório entre todos os cidadãos (e, portanto, uma aproximação razoável da aplicação dos valores pressupostos no DM a todos os cidadãos).

De maneira geral, então, o que estamos dizendo a C_n é mais ou menos o seguinte: você não é a única que faz esse questionamento sobre os procedimentos decisórios que usamos. Na verdade, milhões de indivíduos o fazem. E nós respondemos a cada um deles aceitando seu argumento e dando a eles a chance de opinar sobre a decisão. De fato, nós tentamos dar a eles a maior chance possível de opinar, embora isso com certeza seja limitado pelo fato de que

...

111 Para o teorema (na teoria da escolha social) de que só DM satisfaz condições elementares de justiça, igualdade e racionalidade, cf.: SEM, Amartya K. *Collective Choice and Social Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970. p. 71-74; e MAY, Kenneth O. A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica*, v. 20, 1952. p. 680. Há também discussões úteis em: BEITZ, Charles R. *Political Equality*. Princeton: Princeton University Press, 1989. p. 58-67; e DAHL, Robert A. *Democracy and its Critics*. New Haven, CT: Yale University Press, 1989. p. 139-141.

112 Ronald Dworkin me convenceu, em uma conversa, que DM não é um princípio apropriado para ser utilizado em relação a questões de justiça de primeira ordem. Se nós estivéssemos em um bote salva-vidas superlotado e alguém tivesse que sair, não seria apropriado usar DM para decidir quem deveria ser. DM é um princípio apropriado, no entanto, para escolher entre regras gerais. Se alguém no bote salva-vidas propusesse que nós deveríamos sortear quem sai e outra pessoa sugere que a pessoa mais velha deveria ser obrigada a sair do bote salva-vidas, então DM parece uma base justa para escolher entre essas regras.

estamos tentando responder de maneira justa ao pedido – que pode ser feito sob a mesma justificativa – para levar em consideração a voz de cada cidadão individualmente. Damos a cada pessoa a maior chance possível de opinar que seja compatível com uma igual chance de opinar dada às outras. Esse é o nosso princípio. E nós acreditamos que nossos complexos arranjos eleitorais e representativos satisfazem, *grosso modo*, a demanda por igualdade política – isto é, igual voz e igual autoridade na tomada de decisões.

É evidente que, no mundo real, a efetivação da igualdade política por meio de eleições, representação e processo legislativo é imperfeita. Os sistemas eleitorais são frequentemente falhos (por exemplo, devido a arranjos insatisfatórios no desenho das fronteiras dos distritos eleitorais ou à falta de proporcionalidade entre distritos), assim como são falhos os procedimentos legislativos (por exemplo, devido a um sistema de senioridade que compromete a equidade na legislatura). Pode-se admitir tudo isso, mas lembre-se de nosso primeiro pressuposto: um conjunto de instituições legislativas – incluindo um sistema de eleições para o Legislativo e um sistema de tomada de decisão dentro desse – que funciona razoavelmente no que diz respeito a esses valores democráticos de igualdade e equidade. Nós estamos pressupondo, também, que os legisladores e suas bases eleitorais mantêm esse sistema sob revisão quanto à sua conformidade a esses princípios. Por exemplo, em muitas democracias existem debates sobre sistemas rivais de representação proporcional, desenho de distritos e procedimento legislativo. C_n pode reclamar que esses sistemas não são perfeitos e não foram reformados na extensão que deveriam ter sido. Contudo, uma boa teoria de legitimidade (para a política do mundo real) terá alguma flexibilidade para dar conta de defeitos inevitáveis. Essa teoria falará de equidade razoável, não de equidade perfeita. Não há dúvida de que alguns sistemas eleitorais e Legislativos são falhos mesmo se considerados critérios generosos. Entretanto, nossa posição central não busca enfrentar situações nas quais os sistemas legislativos e eleitorais são patológica ou incorrigivelmente disfuncionais.

Retornemos ao nosso caso central e ao embate que estamos imaginando com nossa recalcitrante cidadã C_n . Que algo na linha do que foi descrito acima possa ser dito em resposta à reclamação de C_n – sobre a decisão de um Legislativo razoavelmente bem-organizado – é importante para legitimidade, mas não conclusivo. C_n pode imaginar um procedimento diferente que seja ainda mais legítimo que o procedimento legislativo. A legitimidade é, em parte, comparativa.¹¹³ Uma vez que diferentes instituições e processos podem produzir resultados diferentes, defender a legitimidade de uma dada instituição ou processo envolve a demonstração de que eles foram ou seriam mais justos do que alguma outra instituição ou processo disponível e que poderia ter levado à decisão contrária.¹¹⁴

• • •

113 Cf. WALDRON, nota 47 *supra*.

114 Cf. MICHELMAN, nota 76 *supra*, p. 57-59.

Imaginemos agora – ou, em um sistema como o dos Estados Unidos, observemos – decisões sendo tomadas não por uma legislatura, mas por uma corte (tomemos como base a Suprema Corte dos Estados Unidos) em uma questão controvertida de direitos sobre a qual os cidadãos discordam. E uma cidadã – novamente a chamaremos de C_n – que discorda do conteúdo de uma das decisões da corte e reclama dela. Ela pergunta: (1) por que deveriam esses nove homens e mulheres decidir a questão?; e (2) mesmo que devessem, por que deveriam tomar essa decisão utilizando o procedimento que eles usam em vez de um procedimento que dê mais peso a juízes com uma visão que C_n prefere?

Essas questões são muito mais difíceis para a Corte responder do que o foi para os legisladores responderem. Temos de fonte segura a informação de que questionamentos como esses são frequentemente expressos ruidosamente do lado de fora da Corte e que os ministros se sentem incomodados com eles. Alguns deles, no entanto, refletem sobre esse incômodo. (É tempo agora de revirar os olhos e deixar de prestar atenção por alguns minutos porque eu citarei o Ministro Antonin Scalia, e irei citá-lo longamente.)

Na verdade, eu estou tão incomodado quanto a corte está [...] com a “pressão política” dirigida à Corte: as passeatas, as cartas, os protestos com o objetivo de nos induzir a mudar nossos votos. Como é frustrante que tantos de nossos cidadãos (pessoas de bem, não desordeiras, nos dois lados da questão do aborto, e em vários lados de outras questões também) pensem que nós, ministros, deveríamos levar em consideração adequadamente suas opiniões, como se nós não estivéssemos engajados em definir o sentido de uma lei objetiva, mas em determinar algum tipo de consenso social. A Corte se beneficiaria, penso eu, se desse menos atenção ao *fato* desse fenômeno incômodo e mais atenção à *causa* dele. Essa causa permeia o voto de hoje: um novo modo de julgamento constitucional que se baseia não no texto e na prática tradicional para determinar o direito, mas no que a Corte chama de “julgamento fundamentado”, que não é nada além de predileção filosófica e intuição moral.¹¹⁵

Prossegue o Ministro Scalia:

O que torna tudo isso relevante à incômoda aplicação da “pressão política” sobre a Corte é o fato de que, simultaneamente, a população americana ama a democracia e não é boba. Enquanto essa Corte pensava (e as pessoas pensavam) que nós, Ministros, estávamos aqui essencialmente trabalhando como juristas – lendo textos e distinguindo entendimentos

...

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

tradicionais de nossa sociedade sobre aquele texto – o público quase sempre nos deixava em paz. Os textos e as tradições são fatos a se estudar, não convicções contra as quais protestar. Porém, se, na realidade, nosso processo de julgamento constitucional consiste principalmente em fazer *juízos de valor* [...] então é de se esperar que a atitude de um povo livre e inteligente em relação a nós seja (*deva ser*) bastante diferente. As pessoas sabem que os julgamentos de valor delas são tão bons quanto aqueles que estudaram em qualquer faculdade de direito – talvez melhores. Se, realmente, as “liberdades” protegidas pela Constituição são, como a Corte diz, indefinidos e sem limites, então o povo *deve* se manifestar, para protestar que nós não implementamos os valores *deles* em vez de *nostros*.¹¹⁶

Então, como Scalia diz, as questões de legitimidade são centrais, e os defensores da revisão judicial devem providenciar uma resposta.

Primeiro, por que deveriam esses ministros e só esses ministros decidir a matéria? Uma resposta pode ser a de que ministros foram nomeados e aprovados por tomadores de decisão e por órgãos de tomada de decisão (o Presidente e o Senado) que têm certas credenciais eleitorais. O Presidente é eleito, e o povo frequentemente sabe que tipo de pessoas ele provavelmente nomeará para a Suprema Corte; os senadores dos Estados Unidos que têm de aprovar as nomeações também são eleitos e suas opiniões sobre esse tipo de assunto podem ser conhecidas também. É certo que os ministros não são regularmente responsabilizados da maneira como os legisladores são, mas, como já apontamos, não estamos buscando a perfeição.

Assim, o defensor da revisão judicial não está completamente sem resposta ao questionamento feito pela nossa cidadã: há algo a dizer. Entretanto, se a legitimidade é uma questão comparativa, então essa é uma resposta espantosamente inadequada. O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas é evidentemente superior – no que se refere à democracia e a valores democráticos – do que a base indireta e limitada de legitimidade democrática do Judiciário. Legisladores são regularmente responsabilizados por suas bases eleitorais e eles se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os ministros.

Segundo, mesmo se nós admitirmos que questões controvertidas sobre direitos devam ser decididas por esses nove homens e mulheres, por que elas deveriam ser decididas por votação de maioria simples entre os juízes? Aqui, a situação piora para os defensores da revisão judicial. Sempre me intrigou o fato de as cortes tomarem as suas decisões por meio do voto, aplicando o princípio da DM a seus poucos números. Eu sei que eles apresentam fundamentos e tudo o que nós discutimos aqui, mas, ao fim e ao cabo, o procedimento se resume à contagem de cabeças: cinco votos derrotam quatro na Suprema Corte dos Estados Unidos,

...

¹¹⁶ *Idem*, p. 1000-1001.

independentemente dos argumentos formulados pelos ministros. Se o DM for questionado nesse contexto, nós podemos responder ao questionamento mais ou menos da mesma maneira que imaginamos responder em nome do Legislativo? Na realidade, não, não podemos. O DM é apropriado para pessoas que têm uma reivindicação moral para insistir em serem consideradas como iguais em algum processo decisório. Todavia, não consigo ver qualquer base moral para essa reivindicação no caso dos ministros da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. O fundamento de sua participação é funcional, não uma questão de prerrogativa.

Vejo-me aqui limitado pela quase completa falta de atenção teórica no uso do DM em cortes.¹¹⁷ Estudiosos escreveram algo sobre nossa experiência empírica de votação e de estratégia de votação em cortes, e alguns sugeriram novas maneiras de combinar o voto de juízes sobre questões particulares envolvidas em cada caso, em vez de sobre o resultado geral.¹¹⁸ Contudo, não estou ciente de qualquer defesa elementar do majoritarianismo judicial.¹¹⁹ A defesa habitual da equidade e igualdade está indisponível. Suspeito que, se o uso do DM pelas cortes fosse ser defendido, ele seria defendido ou como um simples dispositivo técnico de decisão, sem nenhuma ramificação teórica aprofundada,¹²⁰ ou na base do teorema dos júris de Condorcet (votação majoritária por um grupo de adjudicadores incrementa aritmeticamente a competência do grupo para além da competência média de seus membros).¹²¹ Se for essa segunda, então a defesa do DM é parte do argumento favorável à competência

...

117 Eu tento falar um pouco sobre isso em: WALDRON. *Deliberation, Disagreement, and Voting*, nota 14 *supra*, p. 215-224.

118 Cf., por exemplo: KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-59), 1993; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *Unpacking the Court*. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, p. 82-117), 1986; POST, David; SALOP, Steven C. *Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels*. *Georgetown Law Journal*, v. 80, 1992. p. 743.

119 Um motivo para isso é que defensores da revisão judicial preferem não falar sobre o uso de votação majoritária simples entre os ministros em questões de direito. Eles querem poder condenar a votação majoritária sobre direitos como uma característica dos Legislativos. Se pressionados, eles reconhecerão que, é claro, juízes decidem questões por, por exemplo, maiorias de 5 a 4 ou 6 a 3 na Suprema Corte. Entretanto, eu nunca ouvi um defensor ou uma defensora da revisão judicial introduzir isso em uma questão ele mesmo ou ela mesma, quem dirá se comprometer a explicar por que isso é uma boa ideia.

120 Cf. ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres: Penguin Books. p. 163 (foto. reimpressão 1982) [1963] (propõe que “o princípio da maioria é inerente ao próprio processo da tomada de decisão” e é “provável que seja adotado quase automaticamente em todos os tipos de conselhos deliberativos e assembleias”).

121 CONDORCET, Marquis de. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*, 1785, *reimpresso em Condorcet: Selected Writings* 33. Editado e traduzido por Keith Michael Baker. EUA: Macmillan, 1976.

judicial relacionada ao resultado, o que quer dizer que ela terá de competir com um argumento similar que pode ser feito em favor de um órgão de votação muito mais amplo no Legislativo.¹²² Independentemente da forma como essa discussão se desenvolveria, meu ponto é o seguinte: não há argumento adicional de equidade favorável ao uso do DM pelas cortes, ao contrário do que ocorre para seu uso pelo Legislativo.

Essas últimas questões devem nos lembrar de que as respostas que estamos imaginando para o questionamento de C_n sobre procedimentos legislativo e judicial não são as únicas possíveis. Poderíamos igualmente apresentar um argumento relacionado ao resultado para responder a seu questionamento. No entanto, acho que consegui demonstrar nesta seção, e na seção anterior, que a posição relacionada ao resultado é inconclusiva (ou argumenta em favor das legislaturas), enquanto a posição relacionada ao processo está quase inteiramente do lado das legislaturas. Lembremos, também, do que dissemos ao final da seção III. As razões, em ambas as posições, relacionam-se a direitos. Se uma ou outra instituição fosse claramente superior na determinação de quais direitos as pessoas realmente têm, então isso pesaria muito fortemente em favor daquela instituição. Porém, esse não é o caso. No lado do processo, as instituições dando autoridade final sobre essas matérias a juízes deixam de oferecer qualquer tipo de resposta adequada à demanda de equidade do cidadão comum baseada no princípio, não só no valor, de igualdade política. Essa falta de resposta poderia ser tolerável se houvesse um argumento relacionado ao resultado convincente para a tomada de decisão judicial. Os defensores da revisão judicial fazem de conta que há. No entanto, como vimos anteriormente, essa é só uma asserção sem fundamento.

Talvez cientes de tudo isso, os defensores da revisão judicial fizeram uma série de tentativas desesperadas para reconciliar sua instituição preferida e valores democráticos. Eu as considerarei rapidamente, porque elas não têm muita substância.

Em primeiro lugar, os defensores da revisão judicial alegam que os juízes não tomam as suas próprias decisões sobre direitos; eles simplesmente impõem decisões do povo que foram incorporadas em uma Carta de Direitos, que tem em si mesma credenciais democráticas, seja como legislação ou como parte da constituição. Essa alegação não mina a posição central contrária à revisão judicial. Estamos pressupondo que a Carta de Direitos não resolve as divergências que existem na sociedade sobre direitos individuais e de minorias. Ela os embasa, mas

...

122 O teorema de Condorcet estabelece que quanto maior o grupo votante, maior o incremento da competência do grupo acima da competência do votante individual médio. Evidentemente, o resultado pressupõe que a competência individual média é maior que 50%. Para uma discussão das dúvidas de Condorcet sobre a aplicação dessa última condição, cf.: WALDRON, Jeremy. Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 4, p. 1317-1340, 1989. p. 1322.

não os resolve. No máximo, os termos abstratos da Carta de Direitos são espaços selecionados pela população para disputas sobre essas questões. A questão que estivemos considerando é a de definir quem deve resolver as questões debatidas nesses espaços.

Em segundo lugar, e basicamente na mesma linha de argumento, os defensores da revisão judicial alegam que os juízes estão simplesmente impondo os pré-compromissos da própria sociedade com os direitos. A sociedade amarrou a si mesma ao mastro de certos princípios de direito, e, como os companheiros de embarcação de Ulisses, os juízes estão só garantindo que as cordas permanecem amarradas. Essa analogia habitual tem sido completamente desacreditada pela literatura.¹²³ Resumidamente, a resposta é a de que a sociedade não se comprometeu com qualquer visão particular sobre o que um determinado direito implica, então, quando cidadãos discordam sobre isso, não é claro por que o ato de dar aos juízes o poder de decidir deveria ser compreendido como a preservação de um pré-compromisso. Se alguém, ainda assim, insiste que a sociedade se comprometeu com uma visão particular sobre o direito questionado (e que os juízes, ao votar entre eles mesmos, de alguma forma asseguram esse pré-compromisso), não é claro por que o pré-compromisso existente deve ser mantido quando um entendimento alternativo do direito está em questão. O modelo de Ulisses funciona somente quando o pré-compromisso protege contra diversas aberrações, não quando ele protege contra mudanças de opinião em relação a uma divergência genuína sobre o que constitui um resultado razoável.¹²⁴

Em terceiro lugar, os defensores da revisão judicial alegam que se legisladores discordam da decisão judicial sobre direitos, eles podem fazer campanha pela emenda à Carta de Direitos para explicitamente substituí-la. A incapacidade de os legisladores fazerem isso equivale, tacitamente, a um endosso democrático. Esse argumento é falho porque não defende o parâmetro que a tomada de decisão judicial estabelece. Emendar uma Carta de Direitos tipicamente envolve uma supermaioria; ou, se é uma lei no estilo britânico ou neozelandês, ela terá credenciais na cultura política que aumentam o que está em jogo e ampliam o ônus associado ao esforço de emenda. Se nossa cidadã insatisfeita C_n perguntar por que as cartas devem estar dispostas dessa maneira, a única resposta que podemos dar a ela remete de volta à decisão judicial. E isso já se mostrou insuficiente.

Em quarto lugar, os defensores da revisão judicial insistem que juízes têm, sim, credenciais democráticas: eles foram nomeados e confirmados por oficiais eleitos, e o tipo de nomeações

• • •

¹²³ Cf. ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000. p. 88-96 (joga dúvida sobre alguns argumentos feitos em: ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1984. p. 93); cf. também: WALDRON, nota 14 *supra*, p. 255-281.

¹²⁴ Cf. WALDRON, nota 14 *supra*, p. 266-270.

judiciais que um candidato a cargos políticos é propenso a fazer hoje tem um papel importante na campanha eleitoral daquele candidato.¹²⁵ Isso é verdade, mas (como eu já destaquei) essa questão é comparativa e essas credenciais não são remotamente competitivas com as credenciais democráticas dos legisladores eleitos. Além disso, na medida em que nós aceitamos os juízes por conta de suas credenciais democráticas, minamos o argumento afirmativo que é feito em favor da revisão judicial como uma forma distintamente valiosa de tomada de decisão política.

Finalmente, em quinto lugar, os defensores da revisão judicial alegam que a prática pode ser justificada como um modo adicional de acesso a contribuições dos cidadãos no sistema político. Às vezes, os cidadãos acessam o sistema como eleitores, às vezes como lobistas, às vezes como litigantes. Eles dizem que nós deveríamos avaliar a legitimidade do pacote completo dos vários modos de acesso dos cidadãos, não só as credenciais democráticas desse componente particular. Esse argumento é justo, em alguma medida, mas embutir a revisão judicial em um conjunto mais amplo de modos de participação do cidadão não altera o fato de que esse é um modo de envolvimento de cidadãos que não é regulamentado pelos princípios da igualdade normalmente considerados cruciais para a democracia. As pessoas tendem a recorrer à revisão judicial quando elas querem dar um peso maior às suas opiniões do que a política eleitoral daria. Talvez esse modo de acesso possa parecer respeitável quando outros canais de mudança política estão bloqueados.¹²⁶ Discutiremos esse ponto na seção VII. Entretanto, as atitudes que a revisão judicial expressa em relação a seus concidadãos não são respeitáveis para o argumento central que estamos considerando, na qual a legislatura e os arranjos eleitorais funcionam razoavelmente bem no que diz respeito aos valores democráticos envolvidos.

VI. A TIRANIA DA MAIORIA

Quero dar aos defensores da revisão judicial – nos casos centrais – uma última tentativa. A preocupação mais comumente expressa sobre o trabalho de uma legislatura democrática é a de que, pelo fato de se organizarem sobre uma base majoritária, procedimentos legislativos

...

¹²⁵ EISGRUBER, nota 13 *supra*, p. 4 (“Embora os ministros não sejam escolhidos por eleição direta, eles ainda são selecionados por meio de um processo que é tanto político quanto democrático [...] [E]les são escolhidos por autoridades eleitas: são nomeados pelo presidente e confirmados pelo Senado [...] Os ministros têm [...] um pedigree democrático: eles devem sua nomeação a suas opiniões políticas e suas conexões políticas tanto quanto a [...] suas habilidades jurídicas”).

¹²⁶ Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 1980.

podem se transformar em “tirania da maioria”. Esse medo é tão difundido, esse é um elemento tão familiar em nossa cultura política, utilizamos com tanta facilidade a expressão “tirania da maioria”,¹²⁷ que a necessidade de limitações controladas judicialmente para as decisões legislativas se tornou mais ou menos axiomática. Que outra segurança as minorias têm contra a tirania da maioria?

Acredito que esse argumento habitual tem sérias imprecisões. Admitamos, por enquanto, que tirania é o que ocorre a alguém quando seus direitos são negados. A primeira coisa a se reconhecer é que, de acordo com essa definição, a tirania quase sempre estará em pauta em qualquer divergência sobre direitos. Em qualquer divergência sobre direitos, o lado favorável ao entendimento mais abrangente de um determinado direito (ou o lado que reivindica o reconhecimento do direito que o outro lado nega) pensará que a posição do lado oposto é potencialmente tirânica. Por exemplo, os fumantes de peiote considerarão que é tirânica a sujeição de seus sacramentos às leis de drogas normalmente aplicáveis. Os oponentes de leis de financiamento de campanha considerarão que essas leis são tirânicas. Todavia, é uma questão aberta se eles estão certos ou não. Algumas dessas alegações sobre tirania são, sem dúvida, corretas, mas elas não se tornam corretas simplesmente porque são alegadas. De fato, em alguns casos, haverá alegações de tirania nos dois lados de uma controvérsia sobre direitos. Defensores do direito ao aborto pensam que a posição pró-vida seria tirânica em relação às mulheres; mas os partidários do pró-vida pensam que a posição pró-escolha é tirânica em relação a outra classe de pessoas (fetos são pessoas, sob a perspectiva deles). Alguns pensam que ações afirmativas são tirânicas; outros pensam que deixar de implementar programas de ação afirmativa é tirânico. E assim por diante.

Concedamos o que nós reconhecemos na seção III, em nossa discussão sobre o paradoxo de Wollheim. As instituições democráticas irão, às vezes, chegar a decisões incorretas sobre direitos e implementá-las. Isso significa que elas, às vezes, agirão tiranicamente. Contudo, isso se aplica a qualquer processo de decisão. As cortes também às vezes agirão tiranicamente.¹²⁸

127 A única crítica de Mill a *A democracia na América* de Tocqueville foi a de que o efeito político provável da popularização da expressão “a tirania da maioria” seria dar a forças conservadoras retórica adicional com a qual se opor a legislação progressista. Cf. MILL, John Stuart. M. De Tocqueville on Democracy in America, *Edinburgh Review*, out. 1840, reimpresso em *2 Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and Historical* 1. Nova York: Haskell House, 1973 [1859]. p. 79-81 (Foto reimpressão).

128 Eu não estou me referindo a seus pecados de omissão (não conseguir nos proteger contra certos abusos de direitos pelo Legislativo). Para exemplo como esses, cf. nota 82 *supra*. Aqui, estou me referindo a seus pecados de comissão: às vezes, o poder de revisão judicial será exercido tiranicamente para prevenir que legislaturas concedam ao povo (o que são de fato) seus direitos. Para consultar alguns exemplos, cf. nota 4 *supra* e o texto que é acompanhado por ela.

A tirania, na definição que estamos usando, é quase inevitável. É só uma questão de quanta tirania é provável que haja, o que foi objeto de nossa discussão na seção IV.

A tirania de uma decisão política é agravada pelo fato de que ela foi imposta por uma maioria? Eu deixo de lado a observação pedante de que uma corte pode também obter sua decisão por votação majoritária. A tirania por uma maioria popular (por exemplo, uma maioria dos representantes eleitos, cada um apoiado por uma maioria de sua base eleitoral) é uma forma particularmente flagrante de tirania? Eu não vejo como poderia ser. Ou nós dizemos que a tirania é tirania independentemente de como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou nós dizemos – e esse é o meu ponto de vista – que, na verdade, o aspecto majoritário mitiga a tirania, porque indica que houve ao menos um elemento não tirânico na decisão: ela não foi feita de uma forma que tiranicamente exclui certas pessoas de participarem como iguais.

Isso pode fazer crer que não estou levando o problema a sério, então me permitam enfrentar a questão de maneira menos provocativa. A preocupação mais comumente expressa sobre a autoridade legislativa irrestrita é a de que minorias ou indivíduos podem sofrer opressão em relação à maioria. Eles podem ser oprimidos, ou discriminados, ou ter seus direitos negados e violados, se comparados àqueles da maioria, ou eles podem ter seus interesses indevidamente subordinados àqueles dos membros da maioria (por exemplo, prejudicados ou negligenciados de uma forma injusta). Ao descrever essas formas de tirania, opressão ou injustiça, nós usamos os termos “maioria” e “minorias”. Contudo, nesse contexto específico, eles não são necessariamente termos relacionados aos processos de decisão políticos. Permitam-me explicar.

Injustiça é o que ocorre quando os direitos ou interesses da minoria são erroneamente subordinados àqueles da maioria. Pois bem, nós admitimos que isso possa acontecer como resultado da tomada de decisão política majoritária. Quando isso ocorre, entretanto, nós precisamos distinguir, ao menos em um primeiro momento, entre a maioria e a minoria “decisórias” e o que chamarei de maioria e minoria “tópicas”¹²⁹ – isto é, os grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em jogo na decisão. Em alguns casos, a filiação à maioria decisória pode ser a mesma que a filiação à maioria tópica e a filiação à minoria decisória –

• • •

129 Uso “tópica” porque seus direitos e interesses são o tópico da decisão. O termo “minorias tópicas” é impreciso, e é provável que sempre haja disputa sobre quem ele engloba (e isso também é válido para “maiorias tópicas”). Mas a imprecisão não é um problema. Mesmo imprecisamente definido, a distinção entre minorias tópicas e decisórias nos permitem ver que nem todos que votam em favor do lado perdedor de uma questão de direitos deveria ser considerada como membro de um grupo cujos direitos foram adversamente afetados pela decisão. Cf. WALDRON, nota 14 *supra*, p. 13-14; WALDRON, Precommitment and Disagreement, nota 19 *supra*; WALDRON, Rights and Majorities, nota 19 *supra*, p. 64-66.

aqueles que votaram contra a injustiça – pode ser a mesma que a filiação à minoria tópica. Isso é frequentemente verdade no caso da injustiça racial, por exemplo: legisladores brancos (maioria decisória) votam em favor do privilégio branco (maioria tópica); legisladores negros perdem o embate em favor de direitos iguais para os negros. Esses são os casos, eu entendo, com os quais nós deveríamos estar particularmente preocupados sob o título de “a tirania da maioria”.

Tendo essa distinção em mente, retornemos aos casos de divergências sobre direitos. Suponha que exista divergência em uma sociedade sobre quais são os direitos de uma minoria tópica. Pressupondo que essa divergência tenha de ser resolvida, a sociedade terá de deliberar sobre ela e aplicar seus procedimentos decisórios para a questão. Suponha que a sociedade use o DM para resolver essa questão e que eu participe dessa tomada de decisão, usando o meu voto, e o lado em favor do qual eu voto perde. Sou, portanto, um membro da minoria decisória nessa questão. Porém, até aqui, não foi demonstrado que qualquer coisa tirânica tenha ocorrido comigo. Para demonstrar isso, nós teríamos de demonstrar dois elementos adicionais: (1) que a decisão realmente foi errada e tirânica em suas implicações para os direitos daqueles afetados; e (2) que fui um membro da minoria tópica cujos direitos foram adversamente afetados por essa decisão errada.

O ponto a ser aqui destacado é o de que nada tirânico acontece comigo meramente em virtude do fato de que a minha opinião não foi adotada pela comunidade da qual eu sou membro. Desde que a opinião adotada leve adequadamente em consideração meus interesses junto aos de todos os demais, o fato de que minha opinião não tenha prevalecido não é em si mesmo uma ameaça aos meus direitos, à minha liberdade, nem ao meu bem-estar. Nada disso muda necessariamente se eu também sou um membro da minoria tópica cujos direitos estão em pauta. As pessoas – incluindo os membros de minorias tópicas – não têm, necessariamente, os direitos que elas pensam ter. Elas podem estar erradas sobre os direitos que pensam que têm; a maioria pode estar certa. Discursos responsáveis sobre “tirania da maioria” terão esses elementos analíticos em mente.

Para resumir, a tirania da maioria é possível, mas o termo não deveria ser utilizado simplesmente para marcar a divergência do orador com o resultado de uma decisão majoritária. A maneira mais frutífera de caracterizar a tirania da maioria é dizer que ela acontece quando minorias tópicas se alinham com minorias decisórias. Na seção VII, considerarei a aplicação disso ao que é chamado de “minorias específicas e insulares”.¹³⁰ Por ora, no entanto, podemos notar que esse tipo de alinhamento é exatamente o que nós não deveríamos esperar entre os pressupostos centrais que estamos considerando. O pressuposto três é o de que a maioria das

...

¹³⁰ Cf. o texto *infra* que é acompanhado pelas notas 137 a 141.

peças, e, portanto, a maioria dos membros de qualquer maioria decisória, importa-se com direitos tanto quanto os membros de uma determinada minoria decisória. E nosso quarto pressuposto, sobre divergências, era o de que as divergências não são frequentemente movidas por interesses egoístas. A divergência é suficientemente explicada pela complexidade e dificuldade das próprias controvérsias. O que Rawls chamava de “ônus da decisão”¹³¹ argumenta precisamente contra o tipo de alinhamento entre opinião e interesses que, como nós acabamos de ver, discursos responsáveis sobre a tirania da maioria devem pressupor.

A conclusão não é, no entanto, a de que tirania da maioria é algo com a qual nós não precisamos nos preocupar. Na realidade, a conclusão é de que a tirania da maioria – se esse termo estiver sendo utilizado de forma responsável – é uma característica de casos não centrais, nos quais pessoas se preocupam pouco com os direitos de minorias e com direitos individuais além dos seus próprios. Não quero negar que isso aconteça, mas entendo ser importante enfatizar a sua incompatibilidade com meu terceiro pressuposto e não tentar tratar de uma sociedade que é *simultaneamente* comprometida com direitos e na qual a tirania da maioria é, ainda assim, uma possibilidade endêmica.

As distinções feitas nesta seção podem nos ajudar a lidar com dois outros argumentos sobre revisão judicial. Primeiro, Ronald Dworkin argumenta em *O direito da liberdade* que a tomada de decisão democrática é intrinsecamente tirânica se os direitos das pessoas não são respeitados. Isso é assim não só porque pode gerar resultados tirânicos, ele argumenta, mas porque o respeito aos direitos é uma condição antecedente para a legitimidade de qualquer sistema de tomada de decisão política. Dworkin não está só apresentando o argumento bem conhecido de que a democracia depende (constitutivamente) de certos direitos, como o direito ao voto ou, indiretamente, o direito à liberdade de expressão ou liberdade de associação. O seu argumento é mais sofisticado que isso. Ele sustenta que processos como o DM não têm legitimidade alguma em um contexto democrático (ou em qualquer contexto) a não ser que a cada votante seja assegurado que os outros já o consideram com igual consideração e respeito. Um bando de terroristas decidindo meu destino por decisão majoritária (mesmo um processo de DM no qual eu tenho um voto) não tem legitimidade alguma, porque essa condição antecedente não é cumprida. Em geral, argumenta Dworkin, dificilmente se pode esperar que uma pessoa aceite decisões majoritárias como legítimas se ela sabe que outros membros da comunidade não levam seus interesses a sério ou se as instituições estabelecidas da comunidade evidenciam desprezo ou indiferença a ela ou a pessoas do mesmo grupo.¹³²

• • •

131 RAWLS, *Political Liberalism*, nota 53 *supra*, p. 54-58.

132 DWORKIN, nota 10 *supra*, p. 25.

Dworkin acredita que isso refuta a objeção democrática à revisão judicial.¹³³ Suponha que um diploma legislativo seja promulgado por uma assembleia eleita e então contestado por um cidadão sob o argumento de que o diploma mina o direito D, um direito que é uma condição para a legitimidade democrática. Imaginamos que outros discordarão, alguns porque acreditam que D não é uma condição para a democracia, outros porque entendem D de uma forma bastante diferente. E suponha que a questão seja levada a uma corte para decisão final, e a corte anule a lei, aceitando a contestação do cidadão. Há ali uma perda para a democracia? A resposta, diz Dworkin, depende inteiramente de se a corte tomou a decisão correta. Se ela tomou – isto é, se a lei realmente era incompatível com os direitos requeridos como condições para aplicação legítima do DM – então a democracia é certamente aprimorada pelo que a corte fez, porque a comunidade é agora mais democraticamente legítima do que seria se fosse permitida a manutenção da lei.¹³⁴

Existem muitas coisas erradas com esse argumento e já indiquei algumas delas em outros lugares.¹³⁵ Para começar, Dworkin parece estar sugerindo que se uma decisão política é *sobre* democracia, então não há qualquer questionamento interessante a ser levantado sobre o processo institucional por meio do qual a decisão foi tomada. Isso me parece errado. Se uma decisão sobre o processo majoritário (ou sobre as condições de sua legitimidade) foi tomada usando algum procedimento que, por exemplo, impediu a participação de mulheres, objeções àquele procedimento que fossem baseadas na igualdade não seriam desconsideradas simplesmente porque a legitimidade do processo majoritário era efetivamente o assunto pautado. Nós nos preocupamos com os valores do processo mesmo quando o processo é o que está em jogo em nossa divergência.

No entanto, a objeção mais significativa é a seguinte. Aceitemos a premissa de Dworkin – de que procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que respeitam os direitos uns dos outros. Isso pode ser lido de duas maneiras: (1) procedimentos democráticos são legítimos somente entre pessoas que mantêm e agem segundo uma visão correta dos direitos uns dos outros; ou (2) procedimentos democráticos são legítimos somente entre pessoas que levam os direitos uns dos outros a sério e que se esforçam ao máximo e de boa-fé

...

¹³³ Dworkin teve o cuidado de ressaltar que isso não é um argumento favorável à revisão judicial. *Idem*, p. 7 (“A democracia não insiste que juízes tenham a última palavra, mas também não insiste que eles não devam tê-la.”)

¹³⁴ *Idem*, p. 32-33 (“[S]e pressupusermos que a decisão da corte foi errada, então nada disso é verdade. Certamente a democracia é comprometida quando uma corte autoritativa toma a decisão errada sobre o que as decisões democráticas requerem – mas não mais do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão errada que é mantida. A possibilidade de erro é simétrica”).

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

para entender o que são esses direitos. A primeira leitura é forte demais; nenhum sistema político imaginável a satisfaz. E não observo qualquer objeção à segunda leitura da premissa do Dworkin. Porém, se nós a lermos dessa maneira, então a premissa do Dworkin é satisfeita pelo tipo de sociedade que nós estamos considerando neste ensaio. Mesmo se as pessoas discordarem sobre direitos, elas podem levar os direitos uns dos outros a sério. As maiorias decisórias podem prevalecer. Às vezes, elas estarão certas sobre direitos e, às vezes, estarão erradas, mas isso é algo que elas têm em comum com todos os sistemas de tomada de decisão e isso, por si só, não mina a sua legitimidade, enquanto as minorias tópicas tiverem garantias de que a maioria dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério.

Em segundo lugar, podemos também utilizar as distinções desenvolvidas nesta seção para ajudar a lidar com a alegação de que a tomada de uma decisão legislativa irrecorrível sobre direitos faz com que a maioria seja o juiz de seu próprio caso. Aqueles que invocam a máxima *nemo iudex in sua causa* nesse contexto dizem que ela requer que a decisão final sobre direitos não fique nas mãos do povo. Pelo contrário, ela deveria ser atribuída a uma instituição independente e imparcial, como uma corte.

É difícil ver a força desse argumento. Quase qualquer regra de decisão concebível eventualmente envolverá alguém decidindo seu próprio caso. A não ser que nós imaginemos uma corrente de recursos literalmente interminável, haverá sempre alguma pessoa ou instituição cuja decisão é final. E, dessa pessoa ou instituição, nós poderemos sempre dizer que, porque ela tem a última palavra, seus membros estarão *ipso facto* julgando a aceitabilidade de seu próprio ponto de vista. Invocações superficiais de *nemo iudex in sua causa* não são desculpa para esquecer a lógica elementar da legitimidade: as pessoas discordam e existe a necessidade de uma decisão final e de um procedimento decisório final.

O que esse segundo argumento em favor da necessidade de revisão judicial pode significar é que os membros da maioria tópica – isto é, a maioria cujos direitos e interesses estão em pauta – não devem ser aqueles cujos votos serão decisivos para se determinar se aqueles direitos e interesses devem permanecer predominantes. E existem motivos legítimos para preocupação quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias. (Se esse alinhamento é endêmico, então penso que estamos lidando com um caso não central, por razões que explicarei na seção VII.) Entretanto, é surpreendente o quão raramente isso acontece, incluindo o quão raramente isso acontece nos tipos de casos com os quais a revisão judicial normalmente lida nos Estados Unidos. Pense nos dois exemplos que mencionei anteriormente: aborto e ações afirmativas. Em nenhum caso há o tipo de alinhamento que pode ser preocupante. Muitas mulheres apoiam o direito ao aborto, assim como muitos homens; e muitas mulheres se opõem a ele. Muitos afro-americanos apoiam ações afirmativas, assim como muitos membros da maioria branca; e muitos afro-americanos se opõem às ações afirmativas. Isso é o que nós deveríamos esperar em uma sociedade em que os nossos terceiro e quarto pressupostos, apresentados na seção II, são satisfeitos. Espera-se que pessoas que levam direitos a sério discordem sobre eles; e é um sinal de que elas levam os direitos a sério o fato

de que essas divergências serão relativamente independentes dos interesses pessoais que os indivíduos terão na matéria.

VII. CASOS NÃO CENTRAIS

Os argumentos que apresentei até agora são baseados em quatro pressupostos bastante exigentes. O que acontece com esses argumentos quando esses pressupostos inexistem ou no caso de sociedades nas quais esses pressupostos não se sustentam? Tenho em mente principalmente meu primeiro pressuposto, o de que uma sociedade tenha instituições democráticas e legislativas funcionando razoavelmente bem no que se refere à igualdade política, e o meu terceiro pressuposto, o de que os membros da sociedade que estamos considerando são, em sua maioria, comprometidos com a ideia de direitos individuais e de minorias. Acredito que, para muitas pessoas, a posição favorável à revisão judicial se baseie na recusa a aceitar esses pressupostos. A revisão judicial é, em parte, uma resposta às aparentes falhas das instituições democráticas, ou é em parte uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam direitos suficientemente a sério (então eles precisam de uma corte que faça isso por elas). Em suma, os apoiadores da prática dirão que precisamos de revisão judicial de legislação no mundo real, não no mundo ideal definido por meus pressupostos.

Diversas coisas precisam ser ditas em resposta a isso, antes de passarmos para algumas questões específicas sobre casos não centrais. Primeiro, os pressupostos sob os quais eu tenho procedido não são irrealistas. O pressuposto três, por exemplo – um compromisso geral com direitos em uma sociedade – é muito facilmente satisfeito, dado que a posição favorável à revisão judicial quase sempre pressupõe que, de alguma forma, a sociedade para a qual a revisão judicial é concebida tem uma Carta de Direitos que guarda alguma relação com os pontos de vista dos cidadãos. O primeiro pressuposto foi sobre arranjos eleitorais e legislativos funcionarem razoavelmente bem, tendo em mente que mesmo em nome da igualdade política nós não podemos demandar perfeição. Além disso, na seção V, quando tratei da legitimidade de legislaturas e cortes, enfatizei novamente que meu argumento não dependia da existência de uma resposta perfeita à demanda de cidadãos individuais por voz e participação. A posição em favor da legitimidade da tomada de decisões legislativa não depende de qualquer pressuposto sobre a perfeição utópica de instituições legislativas, nem da incorporação perfeita do princípio de igualdade política em seus aspectos eletivos e procedimentais. Ela depende dessas instituições serem explicitamente orientadas a esse princípio, organizadas de uma forma que seja desenhada para satisfazer esse princípio, e de que façam um esforço razoável para satisfazê-lo. Finalmente, preocupei-me em citar deliberações reais de uma legislatura real – a Câmara dos Comuns sobre a *Medical Termination of Pregnancy Bill 1966* – como um exemplo de como legislaturas podem funcionar, não me baseei em uma conjectura filosófica apriorística.

Dito tudo isso, nós ainda precisamos perguntar: o que acontece com o argumento contrário à revisão judicial se esses pressupostos falharem?

Nos casos em que os pressupostos falham, o argumento contrário à revisão judicial apresentado neste ensaio não se sustenta. Como enfatizei na seção II, meu argumento é um argumento condicional.¹³⁶ No entanto, não decorre daí que a revisão judicial de legislação seja defensável sempre que os pressupostos falharem. Podem existir outros bons argumentos contrários à revisão judicial que não dependam de pressupostos como os meus. Ou pode acontecer que a revisão judicial não ofereça nenhuma esperança para melhorar uma situação específica. Pode não ser apropriado estabelecer a revisão judicial de legislação se a tomada de decisão judicial em uma sociedade não é menos corrupta, nem menos preconceituosa, que a tomada de decisão legislativa. Os argumentos que nós analisamos para a posição central foram em grande parte comparativos, e essa lógica se aplica também aos casos não centrais.

Suponha que estejamos lidando com um caso que é não central em virtude do fracasso do meu primeiro pressuposto: nesse caso, legislaturas são inadequadamente representativas ou deliberativas, o sistema de eleições está comprometido, e os procedimentos utilizados pelo Legislativo não detêm qualquer relação crível com a legitimidade política. Dois questionamentos então emergem: (1) é possível melhorar a situação, no que se refere à legislatura?; (2) deveria um poder último de decisão em questões importantes de direitos ser conferido às cortes, pressupondo que as cortes lidariam melhor com tais questões? As perguntas são independentes, já que nós podemos razoavelmente pensar que algumas questões de direitos são urgentes demais para esperar o surgimento de uma legislatura mais responsável e representativa, mas elas não são totalmente independentes. Conferir o poder último de decisão às cortes pode tornar mais difícil melhorar a legislatura ou mais difícil desenvolver o *ethos* legislativo suposto pelo primeiro e, talvez, também pelo terceiro pressuposto. Eu ouvi especulações nesse sentido sobre os Estados Unidos: a ideia é a de que as legislaturas americanas, em particular as legislaturas estaduais, operam irresponsavelmente e de uma forma que deixa de levar direitos a sério porque a informação de que as cortes estão lá como *backup* torna mais difícil desenvolver uma cultura responsável entre legisladores. O quão longe isso está da verdade eu não sei. É certamente válido refletir sobre isso.

Quero terminar discutindo uma forma bem conhecida pela qual meu primeiro pressuposto pode parecer falhar. Tenho em mente a sugestão do Ministro Stone na famosa nota de rodapé quatro do caso *Carolene Products*: “O preconceito contra minorias específicas e insulares pode ser uma condição especial, que tende seriamente a limitar a operação daqueles processos políticos em que normalmente confiaríamos para proteger as minorias [...]”.¹³⁷

136 Cf. o texto *supra* que é acompanhado pela nota 43. Para um exemplo do fracasso do argumento, cf. WALDRON, nota 47 *supra*.

137 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n. 4, 1938; cf. também: WHITTINGTON, Keith E. An “Indispensable Feature”? Constitutionalism and Judicial Review. *New York University Journal of*

Isso me parece ser uma maneira excelente de caracterizar o tipo de casos não centrais nos quais o argumento favorável à revisão judicial de decisões legislativas tem alguma plausibilidade. As minorias nessa situação podem precisar de cuidado especial que apenas instituições não eletivas podem providenciar – cuidado especial para proteger os seus direitos e cuidado especial (como John Hart Ely aponta) para reparar o sistema político e facilitar a sua representação.¹³⁸

Temos, no entanto, de ser cautelosos em relação a esse argumento. Decorre do que eu mencionei na seção VI que nem toda minoria merece esse tratamento especial: certamente não toda minoria decisória e nem mesmo toda minoria tópica.¹³⁹ Não há razão para supor nem mesmo que toda minoria crônica mereça esse tratamento especial, certamente não minorias decisórias crônicas – bolcheviques nos Estados Unidos, por exemplo.

Muito frequentemente a frase “específica e insular” é usada sem reflexão. Nem toda minoria distinta e identificável é específica e insular. Não há nada mágico sobre a linguagem do juiz Stone, mas, se utilizados com atenção, “específica” e “insular” são adjetivos úteis, pois eles transmitem não só a ideia de uma minoria que existe fora da tomada de decisão política – em outras palavras, uma minoria tópica – mas também uma minoria cujos membros são isolados do resto da comunidade no sentido de que eles não compartilham muitos interesses com os não membros, o que lhes permitiriam construir uma série de coalizões para promover seus interesses. O alinhamento de minorias decisórias e tópicas sobre o qual nós alertamos na seção VI é um bom exemplo da “insularidade” nesse sentido. E esse é um motivo para se preocupar.

E o outro critério mencionado pelo Ministro Stone – de que a minoria é vítima de preconceito? O preconceito generalizado é certamente incompatível com meus terceiro e quarto pressupostos; ele conota indiferença ou hostilidade aos direitos dos membros do grupo e pode levar membros da maioria a divergirem, de forma não razoável, da avaliação dos membros da minoria sobre os direitos destes. No entanto, o termo “preconceito” pode ser estreito demais e suas conotações podem deixar de capturar a profundidade da antipatia enraizada e inconsciente entre um grupo e outro.¹⁴⁰ A questão não é insistir em nenhum modo particular

...

Legislation and Public Policy, v. 61, p. 21-33, 2002. p. 31 (aponta que a minha negligência quanto a essa ideia em *Law and Disagreement* é “surpreendente sob a perspectiva da teoria constitucional americana”).

¹³⁸ ELY, nota 126 *supra*, p. 135-179.

¹³⁹ TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 159 (“Toda lei se sobrepõe às opiniões da minoria que perde [...] Nós temos de distinguir *meros* perdedores de minorias que perdem porque elas não podem proteger a si mesmas na política.”)

¹⁴⁰ Cf. LAWRENCE III, Charles R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 2, p. 317-388, 1987. Sou grato a Ian Haney-Lopez por enfatizar essa questão.

de antipatia, mas distinguir entre os vários modos e o fenômeno da discordância razoável sobre direitos.¹⁴¹

Nesses casos, o argumento central contrário à revisão judicial que delineei não se mantém. Contudo, novamente, isso não é a mesma coisa que dizer que um argumento foi feito em favor da revisão judicial. Tudo depende de se maiorias judiciais são infectadas com o mesmo preconceito que as maiorias legislativas. Se elas são, então o caso pode não ser só não central, mas um caso perdido. Uma prática de revisão judicial não pode fazer nada em favor dos direitos da minoria se não há apoio algum na sociedade aos direitos da minoria. O argumento positivo que é frequentemente feito em favor da revisão judicial nessas circunstâncias pressupõe que haja algum respeito aos direitos da minoria em questão fora dos próprios membros do grupo, mas que ele está em grande parte restrito às elites políticas. A ideia é a de que a maioria dos cidadãos comuns não compartilha dessa simpatia. Já os membros da elite que a compartilham – eu os chamarei de simpatizantes da elite – podem estar no Legislativo ou no Judiciário. O argumento favorável a dar a autoridade última aos juízes é o de que os simpatizantes da elite no Judiciário são mais capazes de se proteger que os simpatizantes da elite em um Legislativo eleito quando eles concedem direitos aos membros de uma minoria impopular. Eles são menos vulneráveis à indignação popular e não precisam se preocupar com retaliação. Eles têm, portanto, maior probabilidade de proteger a minoria.

Perceba como esse argumento favorável à revisão judicial depende de um pressuposto específico sobre a distribuição de apoio aos direitos das minorias. É pressuposto que a simpatia é mais forte entre as elites políticas. Se isso é falso – se a simpatia é mais forte entre a população comum – então não há razão para aceitar o argumento do parágrafo anterior. Ao contrário, as instituições representativas podem ser melhores para proteger os direitos das minorias porque os arranjos eleitorais providenciarão um caminho de direcionamento à legislatura do apoio popular aos direitos das minorias, enquanto não há canais como esse em relação ao Judiciário. Sem dúvida, a distribuição de apoio aos direitos das minorias varia de caso a caso, mas acho curioso que a maioria dos defensores da revisão judicial, quando eles pressupõem que haverá algum apoio favorável aos direitos das minorias na sociedade, estão convencidos de que, em todos os casos, se esse apoio puder ser encontrado em algum lugar, ele será encontrado entre as elites. Eles defenderão isso como uma alegação empírica,

...

141 É importante também distinguir entre preconceitos e pontos de vista defendidos enfaticamente sob bases religiosas ou éticas. Nós não deveríamos considerar as opiniões de partidários do pró-vida como preconceitos simplesmente porque nós não compartilhamos as convicções religiosas que as apoiam. Quase todas as opiniões sobre direitos – incluindo opiniões pró-escolha – são profundamente pensadas e apoiam-se em uma análise final de convicções de valor firmes e arraigadas.

mas eu devo dizer que isso é inteiramente condizente com preconceitos antigos sobre a tomada de decisão democrática.

Outro fator a ser levado em consideração é se uma prática estabelecida de revisão judicial tornará mais fácil ou mais difícil, a longo prazo, a remediação das disfunções eletivas e legislativas que estamos imaginando aqui. Em algumas circunstâncias, as minorias específicas e insulares podem se beneficiar de intervenção judicial para proteger os seus direitos. Todavia, institucionalmente, a solicitude judicial pode tornar as coisas piores, ou deixar de torná-las muito melhores. Como os Estados Unidos percebeu nas décadas de 1950 e 1960, apesar de toda a empolgação com os ataques judiciais à segregação em *Brown* e em outros casos, o que foi necessário no final foi uma forte intervenção legislativa (na forma do *Civil Rights Act*), e acabou por se perceber que a principal diferença não era entre cortes e legislaturas *per se*, mas entre instituições federais e instituições estaduais, com a legislatura federal desempenhando, ao final, um papel decisivo.

Acima de tudo, nós não devemos ler a nota de rodapé do *Carolene Products* ou qualquer doutrina similar como uma forma de “alavancar” a criação de uma prática mais geral de revisão judicial.¹⁴² O problema das minorias específicas e insulares não deve ser visto como um tipo de Cavalo de Troia favorável à revisão judicial ou como uma base para problematizar os argumentos contrários a ela. O objetivo de refletir sobre esses casos não é o de defender a revisão judicial, mas, sim, o de fazer aquilo que melhor garante os direitos da minoria afetada. Nós deveríamos mirar diretamente nisso, conscientes do fato de que não há argumento geral convincente em favor da revisão judicial para que pudéssemos tratá-la como um tipo de vanguarda ideológica.

CONCLUSÃO

Não busquei demonstrar que a prática de revisão judicial de legislação é inapropriada em todas as circunstâncias. Na realidade, tentei demonstrar o porquê de a revisão judicial baseada em direitos ser inapropriada para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é o de ter instituições legislativas disfuncionais, mas de haver discordância entre seus membros sobre direitos.

Divergências sobre direitos não são irrazoáveis, e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda assim estarem levando direitos a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam adotar procedimentos para resolução das divergências, procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – em seus milhões – cujos direitos estão em jogo nessas divergências;

• • •

¹⁴² Cf. TUSHNET, nota 11 *supra*, p. 158-163, para uma boa discussão geral sobre os limites da utilidade dessa linha de raciocínio para defender a revisão judicial.

procedimentos que as tratem como iguais no processo. Ao mesmo tempo, elas precisam garantir que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões árduas e complexas que as divergências sobre direitos suscitam. Os procedimentos legislativos ordinários conseguem fazer isso, eu argumentei, e uma camada adicional de revisão final pelas cortes acrescenta pouco ao processo, a não ser a adição de uma forma um tanto quanto insultante de marginalização eleitoral e de obscurecimento legalista das questões morais em jogo em nossas divergências sobre direitos.

Talvez existam circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de obscurecimento e marginalização possam ser temporariamente aceitos. No entanto, os defensores da revisão judicial devem começar a fazer suas alegações sobre a prática mencionando com franqueza sobre esse ponto de partida – e fazê-las com um grau de humildade e vergonha em relação às circunstâncias que a provocam – em vez de alardeá-la como o auge do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da democracia constitucional moderna.

AUTOR

Jeremy Waldron

DOUTOR EM FILOSOFIA DO DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE OXFORD. FOI FELLOW NO LINCOLN COLLEGE DA UNIVERSIDADE DE OXFORD, PROFESSOR DE TEORIA POLÍTICA NA UNIVERSIDADE DE EDIMBURGO, PROFESSOR OF LAW NO JURISPRUDENCE AND SOCIAL POLICY PROGRAM DA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA, BERKELEY, E UNIVERSITY PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COLUMBIA. ATUALMENTE, É UNIVERSITY PROFESSOR DA NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. FOI ELEITO MEMBRO DA AMERICAN ACADEMY OF ARTS AND SCIENCES EM 1998 E FELLOW DA BRITISH ACADEMY EM 2011.

jeremy.waldron@nyu.edu

TRADUÇÃO

Bruno da Cunha de Oliveira

BACHARELANDO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FADUSP). PESQUISADOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP) E DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. COORDENADOR DO OBSERVATÓRIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA FADUSP.

bruno.dcdo@usp.br

COMO CITAR ESTA TRADUÇÃO:

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Tradução de Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022.

Daniel Wei Liang Wang

PÓS-DOCTOR E DOUTOR EM DIREITO PELA LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (LSE). MESTRE EM FILOSOFIA E POLÍTICAS PÚBLICAS PELA LSE. MESTRE EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). BACHAREL EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA USP. BACHAREL EM DIREITO PELA FDUSP. FOI PROFESSOR DE SAÚDE E DIREITOS HUMANOS NO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON E RESEARCH POSTDOCTORAL FELLOW NO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA LSE, ONDE LECIONOU DIREITOS HUMANOS. PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.

daniel.wang@fgv.br

José Garcez Ghirardi

PROFESSOR ASSOCIADO EM TEMPO INTEGRAL DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP) (GRADUAÇÃO, MESTRADO E DOUTORADO). PÓS-DOCTORADO PELO COLLÈGE DE FRANCE, CHAIRE ÉTAT SOCIAL ET MONDIALISATION, COM BOLSA FAPESP E PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP). MESTRE E DOUTOR EM ESTUDOS LINGUÍSTICOS E LITERÁRIOS EM INGLÊS PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). ADVOGADO FORMADO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). FOI MEMBRO, POR DOIS MANDATOS, DA DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENSINO DO DIREITO (ABEDI), TENDO TAMBÉM ATUADO COMO MEMBRO DA COMISSÃO DE ESPECIALISTAS DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DO MEC PARA A ÁREA DE DIREITO. COORDENADOR DO PROJETO CAPES-PRINT/FGV "O DIREITO NA ERA DIGITAL". COORDENADOR DO OBSERVATÓRIO DO ENSINO DO DIREITO DA FGV DIREITO SP E MEMBRO DO CONSELHO ACADÊMICO DO CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO DA (CEPI) DA FGV DIREITO SP. ADJUNCT FACULTY DA GONZAGA LAW SCHOOL (WA/ESTADOS UNIDOS), ONDE LECIONOU OS CURSOS JURISPRUDENCE AND THE ARTS E POLITICAL ECONOMY OF LAW AND DEVELOPMENT. FOI PESQUISADOR VISITANTE NA WAYNE STATE UNIVERSITY (DETROIT-MI, ESTADOS UNIDOS), COM BOLSA CONCEDIDA PELO CNPQ.

Jose.Ghirardi@fgv.br