



Revista Direito e Práxis

E-ISSN: 2179-8966

direitoepraxis@gmail.com

Universidade do Estado do Rio de
Janeiro
Brasil

Waluchow DPhil, Wil
Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada
Revista Direito e Práxis, vol. 7, núm. 4, 2016, pp. 741-769
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350950139023>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada

Wil Waluchow DPhil

Universidade McMaster, Hamilton, Ontário, Canadá.

Versão original:

“Constitutional rights and the possibility of detached constructive interpretation”, em Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 9, enero-diciembre, 2015, pp. 23-52. Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

Tradução

Gustavo Souza de Azevedo

Aluno do 6º Período da Graduação na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

Neste artigo, pretendo fazer uma defesa do Controle de Constitucionalidade contra a acusação de que ele vai de encontro ao princípio democrático. Para tanto, baseio-me na teoria da interpretação construtiva de Dworkin, assim como na teoria do raciocínio e dos enunciados normativos a partir de um ponto de vista distanciado, desenvolvida por Raz. Depois de argumentar que a interpretação constitucional pode ser realizada a partir de um ponto de vista que não o do próprio intérprete, passo a defender as seguintes afirmações: (1) interpretação constitucional e controle de constitucionalidade podem ser realizadas a partir do ponto de vista da comunidade democrática e de sua moral constitucional; (2) a realização desta interpretação pode ser assumida pelo juiz sem que ele recorra deliberadamente às suas convicções morais pessoais; (3) quando realizados deste ponto de vista, a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade podem ser consideradas consistentes com a democracia; e (4) esta consistência permanece mesmo quando a atividade interpretativa requer uma dose de raciocínio e argumentação morais substantivos por parte dos juízes.

Palavras-chave: interpretação constitucional; controle judicial de constitucionalidade; moralidade constitucional comunitária; raciocínio moral; moralidade política; legitimidade democrática.

I. Introdução

Dentre as várias pessoas às quais muito devo academicamente, três são especialmente importantes. Primeiro, e principalmente, refiro-me ao meu orientador de doutorado, H.L.A. Hart, a quem ainda recorro em busca de inspiração e novas ideias. Mas, logo atrás dele, estão dois de seus mais famosos e influentes alunos: Joseph Raz e Ronald Dworkin, cujas ideias também ajudaram a moldar meus pensamentos a respeito de muitos temas jurídicos. Neste artigo pretendo, novamente, apoiar-me em Raz e Dworkin, desta vez com o intuito de desenvolver uma justificação do controle judicial de normas e direitos constitucionais¹. A visão que aqui apresento pode representar ou uma variação da ideia formulada por Dworkin, ou pode ser, na realidade, aquela que ele realmente pretendia adotar². Com ela, proponho que, perseguindo o que Dworkin chama de “interpretação construtiva” dos direitos constitucionais, os juízes não precisam colocar o objeto de suas interpretações na sua melhor luz moral considerada a partir dos julgamentos morais de primeira ordem³ dos próprios juízes. Em verdade, seguindo Raz, podemos dizer que os juízes não só podem, como normalmente procuram fazer isto a partir da perspectiva da comunidade democrática e dos julgamentos morais de primeira ordem desta comunidade. Se isto é de fato possível, então temos à nossa disposição uma promissora resposta a uma das mais significativas objeções que tem sido levanta contra a leitura moral de Dworkin e a prática de controle de constitucionalidade que ela pretende

¹ Por motivo de conveniência, de agora em diante vou me referir a esta prática como “controle de constitucionalidade”. Também vou me referir a direitos reconhecidos na constituição e em cartas de direitos como “direitos constitucionais”.

² Não pretendo colocar em discussão, aqui, se eu compreendi corretamente a teoria de Dworkin ou se, ao contrário, introduzi nela uma significativa modificação. Meu objetivo é, baseando-me em Dworkin, propor questões a respeito da natureza e justificação do controle de constitucionalidade, não me engajar em um exercício exegético da obra de Dworkin.

³ Com o termo “julgamento moral de primeira ordem”, refiro-me a um julgamento sobre o que é moralmente melhor sem que os juízes estejam atrelados ao seu dever funcional de levar em consideração a história constitucional e as visões morais da comunidade democrática desta sociedade. Em outras palavras, é um julgamento sobre qual objeto seria o melhor idealmente – não um julgamento que tenta fazer um objeto existente, sem dúvida imperfeito, o melhor que ele pode ser a partir da perspectiva da comunidade cujas práticas o criam e o sustentam.

justificar – a de que ela é intrinsecamente antidemocrática. Na leitura moral de Dworkin, juízes (ou, ao menos, juízes norte-americanos) são autorizados a derrubar uma escolha legislativa discutida por legisladores com legitimidade democrática sempre que acreditarem que o produto destas escolhas são incompatíveis com os direitos corretamente interpretados a partir da moralidade política expressa na constituição. Se assumirmos – como, sem dúvida, devemos – que membros do Congresso ou do Parlamento invariavelmente acreditam que seu trabalho legislativo é compatível com a constituição propriamente interpretada⁴, podemos seguir para a seguinte conclusão: juízes, inevitavelmente, acabam por substituir os julgamentos e interpretações construtivas dos legisladores democraticamente legitimados pelos seus próprios julgamentos morais e interpretações construtivas dos direitos constitucionais. Portanto, o que quer que possa ser dito em favor de tal sistema de intervenção judicial, uma coisa parece clara: sua legitimidade democrática está longe de ser óbvia. Porém, se minha interpretação Raziana da leitura moral de Dworkin está correta, talvez tenhamos uma saída contra esta objeção democrática. E, além disso, talvez tenhamos uma teoria plausível sobre o controle de constitucionalidade e os atos de interpretação que cotidianamente cercam sua implementação. É isto que tentarei demonstrar.

II. Leitura Moral da Constituição

A leitura moral da constituição, desenvolvida por Dworkin, é um dos ramos de sua mais geral teoria da interpretação, da qual interpretação legal e constitucional são espécies. Na visão de Dworkin, o Direito de uma comunidade envolve mais do que regras e decisões tomadas por uma autoridade de acordo com os procedimentos e as práticas aceitas. Ou seja, ele envolve muito mais do que (segundo Dworkin) é

⁴ No mínimo, devemos assumir que os legisladores não acreditam que a legislação por eles produzida é incompatível com a constituição. Podemos, também, seguramente assumir que, perguntados sobre isto, eles alegariam compatibilidade constitucional. De forma simples, exceto em circunstâncias extremamente excepcionais, nenhum legislador viola a constituição deliberadamente.

creditado pelo chamado modelo de regras do positivismo⁵. O Direito envolve, obviamente, muito dessas regras e decisões, que podem ser encontradas, paradigmaticamente, em leis, decisões judiciais e nas constituições. Tudo isto, Dworkin chama de “direito posto”⁶. Mas, de acordo com ele, este direito posto, de forma alguma, exaure todo o Direito. Mais importante para os nossos objetivos aqui, ele não exaure, dentro do âmbito da prática constitucional, aquela parte do Direito que chamamos de Constituição. Na visão de Dworkin, uma constituição envolve os princípios de moralidade política que promovem a melhor explicação e justificação moral – i.e., a melhor interpretação construtiva – da legislação em que eles estão presentes, assim como as interpretações que são dadas a estes princípios ao longo da história por intérpretes autorizados, mais notadamente Cortes de Apelação. Portanto, a interpretação constitucional quase sempre invoca uma teoria interpretativa da moralidade política. Alguém disposto a interpretar os limites impostos ao poder do Governo e à autoridade pela Constituição deve desenvolver uma teoria interpretativa que seja capaz de identificar não só o que vamos chamar de constituição positiva, mas também as suas interpretações históricas e suas explicações e justificações moralmente melhores.⁷

Desenvolver uma teoria de interpretação constitucional, Dworkin bem sabe, é uma tarefa extremamente difícil, e pessoas de boa fé irão, inevitável e razoavelmente, discordar sobre qual teoria é a melhor. Não existe um teste mecânico e moralmente neutro que possa ser aplicado, o que há são interpretações concorrentes produzidas por pessoas cuja tarefa é interpretar. Isto não significa, contudo, que uma tentativa de comparar teorias é impossível ou sem sentido. Isto também não significa que não exista algo como uma única teoria que personifique o verdadeiro significado da constituição. Em outras palavras, a

⁵ Veja Capítulo 2 de Levando os Direitos a Sério, “O Modelo de Regras 1.”

⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1978) 67-68, 79, 238, e 340.

⁷ A expressão “constituição positiva” deve ser entendida como um instrumento escrito, tal qual Constituição Cnadense, de 1982, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ou a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos. A palavra “constituição” deve, por outro lado, ser entendida como a constituição positiva mais suas interpretações históricas, bem como os princípios que permitem as melhores explicação e justificação moral deste instrumento escrito e de sua história.

existência de desacordo, controvérsia e incerteza acerca dos esforços dos intérpretes constitucionais não tem por consequência a inexistência de uma resposta correta em casos constitucionais. Ela também não gera a ausência de uma única teoria correta da constituição que seja capaz de dizer qual é esta resposta e, conseqüentemente, o que a constituição positiva, corretamente interpretada, de fato prevê. A presença destes fatores apenas implica que os intérpretes devem, assim como devem em qualquer atividade interpretativa, inclusive artística, científica e legal mais amplamente, exercitar a auto-crítica ao produzirem suas teorias interpretativas. Dworkin vai ainda mais longe ao sugerir que, em um sistema legal maduro, quase sempre haverá uma teoria constitucional melhor, e juízes (e legisladores) serão encarregados da tarefa de tentar ao máximo identificar e implementar as diretrizes desta teoria ao tomarem decisões.⁸

A leitura moral da constituição apresentada por Dworkin tem três importantes implicações para as nossas propostas neste artigo. Primeiramente, fatores como o sentido original ou a intenção original dos autores da constituição positiva raramente são, se é que alguma vez são, relevantes para o significado da constituição. No máximo, estes fatores históricos são apenas o ponto de partida para os debates sobre moralidade política que surgem em casos constitucionais.

Em segundo lugar, casos constitucionais requerem a tomada de uma decisão inteiramente normativa, que, para o originalismo mais ortodoxo, só pode ser tomada por aqueles que têm o papel de fixar os limites constitucionais existentes dentro da constituição positiva – i.e. seus autores originais.⁹ O processo de interpretação constitucional moral e politicamente neutro visualizado por

⁸ Dworkin *Taking Rights Seriously* (n 7) capítulo 13, mais notadamente pp. 286-90. Deve ser notado que Dworkin está preocupado, nestas páginas, em encontrar a resposta correta a casos jurídicos, não especificamente à questão de como melhor interpretar uma constituição positiva. Mas, claramente, ele diria a respeito desta questão a mesma coisa que diz a respeito da primeira.

⁹ Digo “formas ortodoxas de originalismo” para distinguir as formas desta teoria que foram alvo de Dworkin daquelas que estão mais próximas da leitura moral. Para uma versão mais ortodoxa de originalismo, ver Antonin Scalia *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton University Press, 1988); e Larry Alexander “Simple-Minded Originalism”, *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*, G Huscroft & BW Miller, eds (Cambridge University Press 2011). Para uma versão menos ortodoxa, ver *Living Originalism* (Harvard University Press 2011), de Jack Balkin.

originalistas ortodoxos não é nem possível nem atraente na teoria de Dworkin. Isto ocorre, pois a constituição positiva não é um produto acabado, produzido de uma forma fixa até que uma emenda constitucional a altere ou uma revolução ocorra. Pelo contrário, ela é um trabalho progressivo e continuado na medida em que nossas interpretações construtivas de suas normas e limites são refinadas e (assim se espera) melhoradas com o passar do tempo. Ela é, em poucas palavras, uma entidade viva cujo conteúdo é moldado por decisões interpretativas de inúmeros “autores”.¹⁰

A terceira implicação relacionada à leitura moral da interpretação constitucional proposta por Dworkin é a de que os juízes não são meros agentes cujos papéis de confiança é apenas levar a efeito as decisões de moralidade política já tomadas pelos autores originais (ou derivados) da constituição. Pelo contrário, eles são cúmplices destes autores em um projeto político criativo e permanente que necessita de participantes que, tanto antes como agora, engajem-se em um tipo de tomada de decisão moral / política de primeira ordem, que, em visões mais originalistas ortodoxas, só têm lugar quando a constituição positiva é primeiramente redigida (e/ou formalmente emendada). O significado da constituição está, na teoria de Dworkin, continuamente necessitando de interpretação construtiva e é, como resultado, essencialmente contestável *ad infinitum*. Se existe uma única teoria ou interpretação correta, esta é a que deve ser fixada naquele momento. Isto é, a interpretação no momento T1 pode não ser a interpretação correta em um momento posterior, T2.

Uma quarta implicação da leitura moral de Dworkin é algo que já foi mencionado acima, mas que merece uma análise mais aprofundada: o significado da constituição é algo muito, muito difícil de determinar e é, inevitavelmente, objeto de disputas e controvérsias intermináveis. De fato, a identificação confiável do sentido constitucional, a qualquer tempo, exige o trabalho de um intérprete

¹⁰ Ao explicar esta característica da interpretação legal / constitucional, Dworkin faz uma analogia com um romance em cadeia. Um romance em cadeia é aquele que é desenvolvido ao longo do tempo e por meio da contribuição de múltiplos autores, cada um trabalhando para desenvolver seu próprio capítulo sem se afastar do espírito dos capítulos anteriores e antecipando os próximos a serem escritos. Veja Ronald Dworkin *Law's Empire* (Harvard University Press 1988) 228-32.

construtivo de enorme capacidade de raciocínio moral, político e legal. Esta empreitada talvez requeira, em outras palavras, o trabalho do que Dworkin chama de Hércules, o juiz ideal. Mas, é claro, Hércules é o produto da imaginação de Dworkin, e, então, o projeto de interpretar os contestáveis termos de uma constituição é, na realidade, objeto de disputas e incertezas incontáveis. Esta tarefa requer que cada intérprete faça seu melhor para alcançar o desempenho interpretativo de Hércules. Isto é, o intérprete deve se empenhar para desenvolver e implementar a sua melhor, sem dúvida imperfeita, interpretação dos limites impostos ao Governo pela constituição positiva e pelas interpretações que lhe foram dadas ao longo da história. Estes limites nunca são fixos e o intérprete nunca poderá saber com certeza absoluta o que eles realmente são. Contudo, é exatamente isso que se espera do intérprete, se Dworkin compreendeu corretamente a natureza e as questões que envolvem a interpretação constitucional.

III. O desafio democrático

O fato de a leitura moral de Dworkin exigir do juiz um raciocínio interpretativo difícilíssimo carregado de valores morais é o que muitos críticos consideram especialmente problemático. Eles dizem que não apenas isto descaracteriza o que é interpretar um instrumento escrito¹¹. A leitura moral da constituição coloca poderes políticos demais na mão de intérpretes judiciais. Fosse ela aplicada em práticas constitucionais tais quais as que encontramos no México, nos Estados Unidos e no Canadá, o resultado seria flagrantemente antidemocrático, afirmam os críticos. A principal razão para isso é que cada um desses países adota alguma versão de controle de constitucionalidade, uma prática que autoriza determinados juízes a derrubar ou interferir em atos legislativos propriamente praticados por

¹¹ Ver, e.g., Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (revised 2nd Edition, Oxford University Press 2005), especialmente capítulo 3.

legisladores devidamente eleitos e com responsabilidade democrática¹². De certa forma paradoxalmente, é justamente porque os juízes não são eleitoralmente responsabilizados que os defensores do controle de constitucionalidade estão sempre prontos para investi-los do poder de interferir na produção legislativa. A democracia moderna não deve ser identificada simplesmente com a regra da maioria. Em verdade, ela é um sistema de governo complexo e multi-dimensional sob o qual todos são considerados livres e iguais do mesmo modo por todas as partes envolvidas no projeto de um auto-governo democrático¹³. Tratar todos os indivíduos como sendo do mesmo modo livres e iguais requer que todas as partes do governo respeitem um conjunto de direitos individuais (e, possivelmente, de grupo) básicos que estão intrinsecamente ligados à cidadania. Também é necessário que seja concedida a mesma voz a todos os indivíduos para opinar quando da criação de leis e da escolha de políticas públicas¹⁴. Sem dúvida, para que isto seja alcançado, quase sempre é necessário o respeito ao desejo da maioria, o que é normalmente alcançado pela utilização da votação majoritária entre representantes eleitos e democraticamente responsabilizados, cujos deveres essenciais são criar leis e políticas públicas de acordo com a vontade da maioria. Contudo, de certa forma paradoxalmente, ocasionalmente a democracia exige o exato oposto. A maioria, às vezes, talvez inconscientemente ou em tempos de estresse ou pânico nacional, acaba por negar a indivíduos ou grupos a igualdade e o respeito que deve haver em uma democracia. Legisladores, pessoas eleitas e condicionadas para serem maximamente responsáveis pela vontade e sentimento da maioria, não estão, necessariamente, em posição confortável para fazer as

¹² Controle de constitucionalidade tem por objeto, às vezes, ações (ou inações) do Poder Executivo também, mas nosso foco aqui será o controle de constitucionalidade de leis. Para um caso em que o controle de constitucionalidade foi direcionado a uma inação do Poder Executivo, ver *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.

¹³ Dworkin se refere a esta posição como a concepção constitucional de democracia. Ver Ronald Dworkin *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1997) 17. Para uma defesa do controle de constitucionalidade baseada em uma muito robusta concepção constitucional de democracia, ver Samuel Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", (1990-1991) 9 *Law and Philosophy* 327.

¹⁴ John Hart Ely produziu a defesa mais relevante da visão de que, por vezes, deve-se recorrer ao controle de constitucionalidade para garantir o respeito ao processo democrático legítimo. Ver John Hart Ely *Democracy and Distrust* (Harvard University Press 1980).

escolhas difíceis mas essenciais para proteger indivíduos e minorias contra a mão pesada da regra da maioria. Constituições e controle de constitucionalidade são proclamados como meios úteis ou até essenciais para nos proteger do que Tocqueville chamou de tirania da maioria¹⁵. Eles são vistos como a concretização de compromissos prévios e racionais da comunidade de proteger estes direitos fundamentais, essenciais para a democracia e para o livre e equânime exercício da autonomia individual.¹⁶

É neste ponto que os críticos voltam a atacar. Proteger nossos direitos mais básicos por meio de um processo de controle de constitucionalidade soa como uma ideia maravilhosa, eles irão dizer. Quem, afinal, poderia se opor à proteção de direitos? Agora, porém, pense no que isto significa em um mundo de profunda discordância moral e política, onde os intérpretes possuem habilidades e ideias limitadas, e onde juízes não são capazes de concordar sobre a correta interpretação dos direitos constitucionais nem entre eles mesmos, o que dirá com os outros integrantes da comunidade democrática. Considere não como seria ter Hércules protegendo seus direitos, mas sim a dura realidade de ter juízes aquém do ideal com habilidades interpretativas aquém do ideal tentando fazer o mesmo. Nós realmente queremos estas pessoas interferindo nas decisões tomadas por nossos legisladores devidamente eleitos e responsabilizáveis democraticamente? Este é o resultado inevitável, os críticos afirmam, se seguirmos Dworkin e aceitarmos sua leitura moral. Nós acabaríamos violando os princípios fundamentais da democracia. De agora em diante, vamos nos referir a esta séria dificuldade como o desafio democrático.

¹⁵ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (Penguin Classics 1835), “Chapter XVI: Causes which Mitigate the Tyranny of the Majority in the United States”.

¹⁶ Para uma defesa completa desta visão, ver Dworkin (n 7); Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge University Press 1985); Dworkin (n 15); e *A Bill of Rights for Britain* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press 1990). Ver também John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press 1971) e *Political Liberalism* (Columbia University Press 1996); Samuel Freeman, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review” (1990 – 1991) 9 *Springer* 327,320; e Wil Waluchow, *A Common Theory of Judicial Review: The Living Three* (Cambridge University Press 2007); e Wil Waluchow “Democracy and the Living Tree Constitution”, (2011) 59 *Drake Law Review* 1001.

IV. MCC e o desafio democrático

Em trabalho anterior, busquei ao máximo responder ao desafio democrático por meio da defesa de uma teoria do controle de constitucionalidade segundo a qual o principal papel dos juízes não é se basear em suas convicções de primeira ordem quando surgirem questões de moral política em casos constitucionais, mas sim manter a comunidade fiel a seus próprios compromissos morais fundamentais. Estes compromissos estão expressos no que eu chamo de moralidade constitucional comunitária (MCC). MCC não é a moralidade pessoal de nenhuma pessoa ou instituição em particular, e.g. a Igreja Católica, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro, ou um juiz incumbido de decidir um caso constitucional. Também não é a moralidade decretada por Deus, inerente ao universo desde sua criação ou estabelecida no mundo das ideias de Platão. Em verdade, ela é uma espécie de moralidade positiva baseada na comunidade e que consiste nas normas e convicções morais fundamentais com as quais esta comunidade de fato se comprometeu e que, de certa forma, adquiriu um status constitucional formal. Ela é a moralidade política de fato adotada nas práticas constitucionais de uma comunidade. Em muitos sistemas, o reconhecimento legal das normas da MCC inclui (apesar de não se limitar a isso) a consagração delas em leis ou cartas de direitos e na história legislativa e na jurisprudência, que se combinam para expressar a compreensão local e concreta, ou “determinações tomistas”, acerca destes princípios para aquela comunidade em particular.

Com esta concepção de moralidade constitucional em mãos, passo a defender o controle de constitucionalidade do desafio democrático. Posta de forma simples, minha tese era que o MCC, em razão de sua origem social, é uma fonte de normas morais fundamentais e enraizadas na comunidade e nas quais os juízes podem se apoiar em casos de controle de constitucionalidade sem comprometer a legitimidade democrática. O controle de constitucionalidade tipicamente envolve a tarefa de assegurar que atos legislativos não violem os compromissos comunitários da MCC mais fundamentais. Assim sendo, então a sua

legitimidade democrática não está necessariamente comprometida. O juiz não estaria violando a vontade democrática, mas estaria, na verdade, ajudando a implementá-la ou dar efetividade a ela ao fazer cumprir seus compromissos morais mais profundos.

Se ao menos as coisas fossem simples assim. Mas, é claro, elas não são. Tal qual alguns críticos apontaram, as discordâncias não ocorrem apenas a respeito do que demanda a verdade moral platônica. Ocasionalmente, também surgem discordâncias veementes acerca das demandas da MCC¹⁷. Obviamente, assim como Dworkin repetidamente apontou, o mero fato de haver discordância de modo algum significa que não haja uma resposta certa para estes casos¹⁸. Mas, é inegável que tal discordância ameaça minar a possibilidade prática da legitimidade democrática. Como pode uma decisão de aplicar uma norma de MCC de um modo particular ser razoavelmente vista como o reflexo da vontade democrática se existe tanta discordância e incerteza sobre o que ela é e requer? Não serão os juízes, ao final, forçados a escolher dentre o provável grande número de diferentes interpretações possíveis em casos constitucionais difíceis? E não serão, por fim, obrigados a basear suas escolhas no que eles, pessoalmente, pensam ser a melhor opção moral? O que mais eles poderiam fazer em tais circunstâncias, a não ser simplesmente se recusar a tomar uma decisão? Se assim for, não terminamos por voltar exatamente para o ponto onde começamos: a ameaça do desafio democrático e a possibilidade de os juízes serem forçados a recorrer às suas visões morais próprias? Eles devem, em outras palavras, ser forçados a recorrer a algo como a interpretação construtiva de Dworkin na qual o objetivo não é (supostamente) buscar e articular uma reflexão a respeito do sentido dos

¹⁷ Ver, e.g., Bradley Miller, “Review Essay: A Common Law Theory of Judicial Review” (2007) 52 *American Journal of Jurisprudence* 297-312; N. Struchiner e F. Shecaira, “Trying to Fix Roots in Quicksand: Some Difficulties With Waluchow’s Conception on the True Community Morality” (2009) 3 *Problema Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho*; Imer. B. Flores, “The Living Tree Constitutionalism: Fixity and Flexibility”, *Ibid.*; Natalie Stoljar, “Waluchow on Moral Opinions and Moral Commitments”, *Ibid.*; e Larry Alexander, “Waluchow’s Living Tree Constitutionalism”, (2010) 29 *Law e Philosophy* 93.

¹⁸ Este tema apareceu e teve um papel importante ao longo de toda a carreira de Dworkin, inclusive em seus trabalhos mais recentes. Ver, e.g., Ronald Dworkin *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press 2011), *passim*, mas especialmente capítulo 5.

compromissos constitucionais primários da comunidade, mas sim produzir um julgamento sobre qual interpretação irá colocar as práticas constitucionais da comunidade em sua melhor luz moral. Isto é, seremos forçados a depender dos julgamentos morais de primeira ordem dos juízes.

Mas, será assim mesmo? Devem os juízes recorrer aos seus julgamentos morais de primeira ordem quando eles se engajam em uma interpretação construtiva? Não tenho tanta certeza. E aqui, eu sugiro que devemos nos basear em uma distinção potencialmente importante: entre a) colocar um objeto de interpretação em sua melhor luz moral de acordo com a perspectiva dos julgamentos morais de primeira ordem do próprio juiz; e b) fazer o mesmo a partir da perspectiva da comunidade democrática e seus julgamentos morais de primeira ordem.

Em outras palavras, mesmo quando interpretar normas da MCC envolve uma tentativa de colocar essas normas na sua melhor luz moral, não há razão para pensar que isto deve ser feito a partir da perspectiva pessoal do próprio intérprete. Baseando-me na teoria de Raz do raciocínio e da afirmação normativos a partir de um ponto de vista distanciado, devo, agora, argumentar a favor das seguintes alegações: (1) interpretação constitucional e controle de constitucionalidade podem ser realizados a partir do ponto de vista da comunidade democrática e seus compromissos de MCC; (2) a realização desta interpretação pode ser assumida pelo juiz sem a intromissão de suas próprias convicções de primeira ordem; (3) quando realizadas deste ponto de vista, interpretação constitucional e controle de constitucionalidade são consistentes com a democracia; e (4) isto ainda é assim quando estas atividades exigem uma dose de raciocínio e argumentação morais substantivos por parte dos juízes.

V. Interpretação constitutiva a partir de um determinado ponto de vista

Joseph Raz observa que existem, ao menos, três pontos de vista a partir dos quais alguém pode expressar o conteúdo de uma norma. Primeiro, a pessoa pode dizer uma norma de modo que ela se comprometa com seu conteúdo. Quando Katharina diz “Kara fez a coisa certa ao cumprir a promessa feita a Meggie”, ela se compromete com o entendimento de que a ação de Kara foi, de fato, moralmente correta.¹⁹ Quando eu, confrontado com uma lei válida de um sistema legal ao qual estou sujeito e que apoio veementemente, digo “seria errado se eu não pagasse meus impostos”, eu me comprometo com a visão que expresso. Minha afirmação é um enunciado interno, proferido a partir do que Hart famosamente chama de “o ponto de vista interno”.²⁰ Um segundo ponto de vista descrito por Hart é, claro, “o ponto de vista externo”.²¹ Este é aquele por meio do qual eu não expresso ou enuncio um ponto de vista normativo meu, mas, na verdade, descrevo o ponto de vista de outra pessoa descrevendo seus pensamentos, suas atitudes e suas ações a respeito de alguma situação normativa. Quando eu digo que os britânicos não apenas formam fila enquanto esperam o transporte público, mas também acreditam que esta é a coisa certa a se fazer e estão prontos para criticar qualquer um que não faça isso, eu estou descrevendo seus comportamentos, crenças e atitudes normativas – e eu faço isso a partir de um ponto de vista externo. Eu descrevo o que Hart chama de observância de uma “regra social” aceita pelos britânicos a partir de seu ponto de vista interno. Mas eu faço isso de uma forma que, de modo algum, comprometo-me com a visão normativa que os ingleses têm desta norma ao observá-la. Analogicamente, se eu digo que, sob a lei do Apartheid sul-africano, era errado que uma pessoa branca tivesse relações sexuais com pessoas negras, eu estou descrevendo como era a lei na década de 1920 na África

¹⁹ Em condições normais, podemos assumir que a afirmação é sincera. Porém, mesmo quando não for, ainda assim existe o compromisso com o conteúdo da norma expressa.

²⁰ Herbert Hart, *The Concept of Law* (3rd ed, Oxford University Press 2012) 89-91.

²¹ *Ibid.*

do Sul.²² Porém, obviamente, eu não me comprometo de forma alguma com esta visão normativa descrita.

Somando-se a estes dois pontos de vista, existe, de acordo com Raz, um terceiro, o ponto de vista distanciado, e o tipo de enunciado expresso a partir desta perspectiva é o enunciado normativo distanciado.²³ Focando-se, agora, no Direito, Raz argumenta que: “um enunciado normativo distanciado é o enunciado do próprio Direito, de quais direitos e deveres legais as pessoas têm, não uma afirmação sobre as crenças, atitudes e ações das pessoas a respeito do Direito.”²⁴ Em outras palavras, este enunciado não pode ser reduzido a uma afirmação externa do tipo: “S acredita que ele deve fazer x” ou “os funcionários judiciais do sistema legal y promulgaram a lei L exigindo x, e, de agora em diante, S será responsabilizado se não fizer x”. Mas, tampouco este tipo de enunciado carrega toda a força normativa que um enunciado normativo a partir do ponto de vista interno possui. Isto ocorre, porque ele não compromete quem fala a aceitar a visão normativa nele expressa.²⁵ Um enunciado normativo distanciado é como um enunciado interno na medida em que ele usa a lei como base para avaliar e julgar uma conduta. Mas é diferente de qualquer afirmação deste tipo no sentido de que não compromete quem fala à visão normativa expressada. Ele não expressa, pelo menos não necessariamente, a visão particular de quem fala sobre a matéria. Raz observa que este terceiro tipo de enunciado é caracteristicamente usado por indivíduos, e.g. advogados, que não estão preocupados nem em descrever práticas sociais de um ponto de vista externo, nem em aplicar a lei para o seu próprio comportamento. Em verdade, seu objetivo é informar outras pessoas sobre o que elas devem fazer de acordo com o Direito, e esta informação é concebida a partir

²² A Lei da Imoralidade, 1927. Relações sexuais entre negros e brancos permaneceram ilegais na África do Sul até 1985, quando o Parlamento da África do Sul aprovou a Emenda à Lei da Imoralidade e da Proibição dos Casamentos Inter-raciais, 1985. Ver C. G. Van der Merwe, J. E. Du Plessis (eds) *Introduction to the Law of South Africa* (Kluwer Law International 2004).

²³ Raz credita a Kelsen o papel de ter sido o primeiro a reconhecer a importância dos enunciados normativos distanciados. Eles são, como sugere Raz, “cruciais para qualquer um que pretende se posicionar a respeito da ‘validade’ e, ao mesmo tempo, rejeitar o Direito Natural” Joseph Raz *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press 1979), 155.

²⁴ *Ibid* 153.

²⁵ *Ibid*.

de um ponto de vista que, não necessariamente, é da pessoa que a transmite.²⁶ Ela não precisa acreditar que este é o ponto de vista que as pessoas devem ter sobre a matéria. Como resultado, quem emite um enunciado normativo distanciado apenas precisa ser capaz de construir o ponto de vista de modo que a recomendação apropriada pode ser feita. Mais importante, para a nossa proposta “juristas – e nisto se inclui qualquer advogado – podem usar uma linguagem normativa quando descrevem a lei e fazem afirmações legais sem que, com isto, concordem com a autoridade moral da lei”.²⁷ Colocando de uma outra forma, juristas – e nisto se inclui qualquer juiz – podem fazer afirmações legais sem que, deste modo, expressem seus julgamentos morais de primeira ordem.

Portanto, anunciados normativos distanciados parecem claramente possíveis.²⁸ Mas, a possibilidade de expressar um enunciado distanciado não é, de modo algum, exclusiva do direito. Ela é possível dentro de qualquer contexto normativo, inclusive moral e religião. Raz escreve:

Imagine um judeu ortodoxo, relativamente pouco informado, que pede conselhos a um amigo Católico, mas profundo conhecedor da lei rabínica. ‘O que devo fazer?’, ele pergunta, claramente querendo saber o que fazer de acordo com sua religião, não a do amigo. O amigo católico diz que ele deve fazer tal e tal. O ponto é que ambos sabem que isto não é o que o amigo pensa que ele realmente deva fazer. O amigo apenas está dizendo como as coisas são a partir do ponto de vista do judaísmo ortodoxo.”²⁹

Então, mais uma vez, parece possível saber e afirmar o que deveria ser feito a partir de um ponto de vista que eu não necessariamente concordo. Agora, se a possibilidade existe aqui, isto é, do ponto de vista da comunidade judaica ortodoxa e seus compromissos religiosos, então não parece haver razão para

²⁶ Ibid 155. De fato, por meio do enunciado normativo distanciado, o Direito pode ser transmitido por um advogado anarquista que, na verdade, rejeita o Direito completamente. Normalmente, é claro, advogados aprovam o seu sistema legal e suas exigências, então seus enunciados são internos.

²⁷ Ibid., 156.

²⁸ Para críticas à teoria de Raz dos enunciados normativos distanciados, ver Luis d’Almeida, “Legal Statements and Normative Language”, (2011) 30 Law and Philosophy 180. Para mais reflexões a respeito desta teoria, ver Kevin Toh, “Raz on Detachment, Acceptance and Describability”, (Oxford Journal of Legal Studies January 2007), 27 (3), pg. 403-427.

²⁹ Raz, The Authority of Law (n 25) 156.

negar esta possibilidade quando consideramos o que deveria ser feito a partir do ponto de vista da comunidade democrática e seus compromissos constitucionais fundamentais, i.e. quando nos voltamos para as exigências da MCC. Aqui, também parece possível fazer um julgamento distanciado sem necessariamente concordar com a visão expressa – i.e. sem inserir as crenças morais de primeira ordem de alguém na questão. Exatamente como o amigo Católico, o juiz em um caso constitucional também deve ser capaz de discernir e expressar, de uma forma igualmente distanciada, o que deveria ser feito a partir do ponto de vista da comunidade democrática e seus compromissos da MCC. E, sendo assim, então parece que temos, mais uma vez, uma potencial resposta ao desafio democrático. Juízes que se engajam no processo de uma interpretação construtiva de direitos constitucionais não estão – ao menos necessariamente – recorrendo ao seus próprios julgamentos morais de primeira ordem.

VI. Objeção 1: aplicação versus interpretação

Eu antecipo, a partir de agora, algumas objeções que podem ser feitas. Dentre elas, há a seguinte: uma coisa é expressar uma afirmação distanciada sobre as exigências de uma norma cujos significado e aplicação são indiscutíveis (exemplo de Raz). Outra coisa bem diferente é fazer isto quando tudo o que alguém tem a oferecer é uma opinião bastante discutível sobre algo tão incerto e contestável como normas da MCC. Uma característica não mencionada, embora crucial, do exemplo de Raz é, presumivelmente, que a identidade e o significado das normas que são aduzidas são claras e óbvias para qualquer um que as conhece. Então, nenhum julgamento moral, ou de qualquer outra natureza, é necessário para expressar um argumento distanciado – ou mesmo comprometido – sobre o que elas demandam. O amigo católico simplesmente tem que aplicar as normas relevantes, algo que qualquer um que as conhecesse poderia fazer facilmente. Mas o mesmo não pode ser dito quando alguém se volta para as normas da MCC e

seus papéis na solução de disputas a respeito do sentido e da aplicação de um direito constitucional. Alguém, aqui, não pode oferecer um julgamento a partir de um ponto de vista distanciado porque ele, simplesmente, não é capaz de identificar e aplicar as normas relevantes de um modo que não recorra a um raciocínio moral de primeira ordem. No exemplo de Raz, o amigo católico não precisa se engajar em nada nem remotamente parecido com interpretação construtiva porque ele não precisa considerar qual interpretação coloca as normas relevantes e as práticas que elas sustentam em suas melhores luzes morais. Em outras palavras, ele não precisa construir as normas relevantes antes de aplicá-las. Porém, nos casos constitucionais nos quais as normas da MCC se afiguram, é exatamente isto que é necessário. O juiz deve se atentar para colocar as normas relevantes e as práticas que elas sustentam em suas melhores luzes morais – e ele não pode fazer isto sem deixar sua perspectiva distanciado para trás e recorrer aos seus raciocínio e julgamento morais de primeira ordem. O juiz, tendo que interpretar construtivamente as mesmas normas que ele precisa aplicar, acaba sendo forçado a praticar o tipo de racionalização moral que o desafio democrático vem questionar³⁰.

Esta objeção, se estivesse correta, provavelmente seria suficiente para minar minha tentativa de fazer o controle de constitucionalidade consistente com a democracia.³¹ Mas ela está correta? Isto está longe de ser óbvio. Assim como não está claro que Dworkin teria discordado de mim a respeito desta questão. Consideremos, então, um importante aspecto, segundo o qual a interpretação construtiva, na visão que o próprio Dworkin tem a respeito dela, deve ser feita a partir de um ponto de vista decididamente distanciado. Como Dworkin sempre

³⁰ Uma versão deste argumento é defendida por Stephen Perry em inúmeros artigos, mais notadamente: Stephen Perry "Interpretation and Methodology in Legal Theory", Andrei Marmor ed. Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy (Oxford University Press 1995); e Stephen Perry "The Varieties of Legal Positivism" (1996) 9 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 361. Nestes trabalhos, Perry propõe um interpretação do conceito de Direito, não a interpretação de conceitos morais, princípios e valores que estão previstos em constituições ou carta de direitos. Porém, o argumento seria basicamente o mesmo – assim como minha resposta a ele.

³¹ Isto, claro, sem levar em conta que pode haver outros caminhos abertos para alguém que deseje argumentar que o controle de constitucionalidade é consistente com a democracia.

insistiu ao responder aos críticos que sustentam que sua teoria encoraja os juízes a aplicarem a lei levemente, a interpretação construtiva deve sempre se ajustar, em certa medida, ao objeto a ser interpretado³². As informações históricas, que servem de ponto de partida para uma interpretação legal construtiva – estatutos, decisões, dentre outras coisas – incluem elementos que o intérprete muito provavelmente não desejava que estivessem ali para limitar suas interpretações. Mas elas estão ali e elas irão, invariavelmente, restringir seu trabalho interpretativo de forma altamente significativa. E, ainda mais importante para os nossos objetivos aqui, elas servem para impedir qualquer tentativa, por parte do intérprete, de impor suas próprias visões morais.

Os fatos históricos legais irão...limitar o papel que as convicções pessoais de justiça do juiz podem exercer em suas decisões. Diferentes juízes irão utilizar estes limites de modo diferente. Mas, qualquer um que aceita a integridade do direito deve aceitar que a verdadeira história política de sua comunidade irá, às vezes, limitar suas próprias convicções políticas quando for realizar um julgamento interpretativo.³³

Um modo didático de enxergar a visão de Dworkin a respeito da condição de ajuste, eu sugiro, é enxergá-la como algo que impõe que a interpretação construtiva seja feita não a partir do ponto de vista do intérprete e de suas próprias crenças morais de primeira ordem, mas sim a partir do ponto de vista de uma comunidade em particular, com sua própria história de decisões e compromissos. Ela deve ser feita a partir deste ponto de vista, assim como o conselho do amigo católico deve ser oferecido a partir do ponto de vista da comunidade judaica ortodoxa e de sua própria história de decisões, leis,

³² John Mackie foi um dos primeiros a levantar este argumento contra Dworkin. “...Eu estou tentado a dizer que o Professor Dworkin está tratando o Direito levemente. A alegada determinação do Direito em casos difíceis é um mito, e o efeito prático de se aceitar este mito seria dar...um alcance maior para o que, na realidade, é produção legislativa judicial...Ela alteraria as fronteiras entre a jurisprudência já consolidada e a ainda não consolidada, ela tornaria, por um outro lado, casos fáceis em casos difíceis...Ela encorajaria juízes...a recorrerem às suas visões necessariamente subjetivas em casos de moralidade supostamente objetiva”. John Mackie, “The Third Theory of Law” (1977) 7 *Philosophy and Public Affairs* 15-16.

³³ Dworkin *Law’s Empire* (n 11) 255.

doutrinas e compromissos. Um juiz que é marxista engajado não poderia oferecer uma interpretação construtiva plausível da Lei Americana de Propriedade segundo a qual possuir uma propriedade privada é o mesmo que roubar, do mesmo modo que o conselheiro católico não poderia, sinceramente, aconselhar seu amigo que ele não precisa observar o Sabbath. Isto não seria uma verdadeira interpretação construtiva da Lei Americana de Propriedade, em verdade, não passaria de uma expressão das visões morais de primeira ordem do juiz a respeito de como a propriedade deveria, em um mundo ideal, ser distribuída. Alguém poderia, eu suponho, dizer que esta visão marxista é uma interpretação por meio da qual se coloca a Lei Americana de Propriedade em sua melhor luz moral. Contudo, seria impossível considerá-la uma interpretação construtiva porque ela não se ajusta à história institucional norte-americana. Colocando esta ideia em termos relevantes para a nossa discussão, esta interpretação não é feita a partir da perspectiva da comunidade americana e de sua história de compromissos morais a respeito da devida distribuição da propriedade. Ela não constrói esta história, apenas sugere como ela seria melhor em um mundo ideal.

Pois bem, isto pode ter sido um combate ao desafio democrático. Porém, isto ainda não é suficiente para resgatar a interpretação construtiva de sua ameaça. E isto ocorre, pois, como o próprio Dworkin sabe, mais do que nunca não haverá uma única interpretação construtiva que se ajuste aos objetos a serem interpretados. Sem dúvida, uma interpretação marxista da Lei de Propriedade Americana não poderia ser, razoavelmente, considerada ajustada aos objetos de interpretação e, portanto, estaria excluída como uma possível candidata. Porém, inevitavelmente haverá outras interpretações plausíveis e cada uma delas ultrapassará o “teste do ajuste”.³⁴ Por exemplo, algumas interpretações libertárias, assim como outras interpretações produzidas por entusiastas da análise econômica do direito, provavelmente irão sobreviver ao teste e

³⁴ Dworkin (n 7) Taking Rights Seriously, 342. Nos termos utilizados nos seus primeiros escritos a respeito de sua teoria interpretativa do Direito, Dworkin escreve: “nenhum princípio pode ser considerado ajustado a uma determinada história institucional se não estiver dentro de um limite de adequação, e dentre os princípios que passarem no teste do ajuste, os que forem moralmente mais ajustados devem ser preferidos.”

permanecer como interpretações construtivas plausíveis do compromissos da comunidade americana a respeito da propriedade. Como consequência, não será possível, nestes casos, identificar um único ponto de vista a partir do qual uma interpretação construtiva distanciada pode ser feita. Pelo contrário, haverá uma variedade destas perspectivas e de suas correspondentes interpretações. E, escolher dentre elas, inevitavelmente demandará do juiz exatamente o raciocínio e julgamento morais de primeira ordem que o desafio democrático questiona. Ele será obrigado a escolher, dentre os pontos de vista disponíveis, aquele que ele pensa ser moralmente melhor, idealmente falando. Então, o desafio democrático novamente mostra sua face. O processo de interpretação construtiva irá, inevitavelmente, forçar “o juiz a recorrer às suas visões necessariamente subjetivas sobre uma moralidade supostamente objetiva”.³⁵

Mais uma vez, porém, devemos questionar a validade da interferência aqui sugerida. Está fora de questão que, talvez, o intérprete possa ser forçado a escolher dentre interpretações morais que, mais ou menos, ajustam-se aos fatos históricos, uma atividade que, inevitavelmente, exigirá grandes esforços para colocar estes fatos em suas melhores luzes morais. Aceitemos tudo isso. Em outras palavras, aceitemos que a interpretação construtiva requer, nesta etapa, uma sincera tentativa do juiz de colocar o objeto de sua interpretação em sua melhor luz moral. Nada disso implica que esta melhor luz moral deva ser um produto dos compromissos morais de primeira ordem do juiz. Pelo contrário, pode ainda ser a luz moral oriunda do vasto conjunto de valores morais, princípios e doutrinas consolidadas reveladas por uma reflexão a respeito dos principais compromissos e decisões constitucionais daquela comunidade – i.e. suas MCCs. Sem dúvida, estes valores morais, princípios e doutrinas não são sempre fáceis de identificar e suas identidades e importâncias precisas são quase sempre objeto de discordâncias e discussões razoáveis e intermináveis entre intérpretes de boa-fé. Mas, como Dworkin sempre insistiu, este fato não tem relevância. Desentendimento e discussão razoáveis são características próprias da moralidade política em todas as

³⁵ Mackie (n 34) *The Third Theory of the Law* 16.

suas formas e dimensões e não excluem a possibilidade de uma resposta correta. Eles também não impedem nossos sensíveis intérpretes de empenharem-se para descobrir estas respostas e produzir suas decisões interpretativas à luz delas. Sem dúvida, julgamento pessoal é necessário aqui – e esta é uma forma de julgamento que pode ser considerada de natureza moral. Porém, não é do tipo de julgamento moral de primeira ordem que nos torna vulneráveis ao desafio democrático. Uma decisão interpretativa tomada a partir de um ponto de vista não é mais do que uma reflexão das convicções e preferências morais de primeira ordem do intérprete do que é o conselho do católico ao seu amigo judeu ortodoxo. Além disso, isto não precisa ser visto como uma força alienígena que ameaça os fundamentos mais essenciais de nossas democracias. Ademais, e em complemento a isto, a interpretação é baseada em uma sincera tentativa de colocar o seu objeto em sua melhor luz por meio de um julgamento a partir da perspectiva moral da comunidade democrática e de seus compromissos morais fundamentais, é um julgamento que todos os cidadãos razoáveis podem e devem aceitar como uma expressão de sua vontade democrática soberana.

VII. Objeção 2: as circunstâncias do julgamento

Uma premissa chave da minha defesa do controle de constitucionalidade inspirada em Dworkin e Raz é a de que interpretações construtivas podem ser geradas a partir de um ponto de vista distanciado. Assim como alguém pode discernir e aplicar a lei do Apartheid sul-africano sem concordar com as normas aplicadas, alguém pode discernir, interpretar e aplicar as exigências da MCC sem concordar com o ponto de vista que ela representa. Pode ser arguido, contudo, que esta defesa é fracassada porque ela considera erroneamente o que é ser um juiz. Em outras palavras, a defesa deturpa a perspectiva do juiz quando ele decide casos, especialmente aqueles em que interpretação construtiva é necessária. Em um de

seus primeiros artigos, Raz observa que juízes, ao menos tipicamente, não possuem um ponto de vista distanciado de seus sistemas legais e suas leis.

Juízes compreendem a lei da forma que a própria lei considera que ela deva ser compreendida. Os juízes, mais do que qualquer um, têm consciência da lei da maneira como ela compreende a si mesmo. Para entender normas legais, devemos interpretá-las da mesma forma que aqueles que as assumem e as aceitam, aqueles que entendem a lei como um direito a ser compreendido. A discussão decisiva a respeito do significado de normas jurídicas é a de que o Direito reivindica para si uma força moral.³⁶

Se Raz está certo quando diz que os juízes aceitam a força moral que o Direito reivindica para si, então, seus julgamentos legais (e as afirmações que fazem a respeito das leis) podem ser tudo, menos distanciados³⁷. Em verdade certamente estes julgamentos são completamente comprometidos e cheios de enunciados morais de primeira ordem sobre o que moralmente deve ser feito.³⁸ Então, a interpretação construtiva distanciada, que seria invulnerável à ameaça representada pelo desafio democrático, não serve como base para defender o controle de constitucionalidade.

Mas, isto é assim mesmo? Mais uma vez, não consigo ver o porquê. Não se tem muita dúvida de que juízes em democracias constitucionais modernas, como as que encontramos no Canadá, na Alemanha, no Reino Unido e no México, estão, normalmente, comprometidos com a autoridade moral de seus sistemas legais. Eles consideram estes sistemas merecedores de seu apoio e veem o papel que exercem dentro destes sistemas como dotados de legitimidade moral. Mas dois pontos merecem ser destacados aqui. Primeiro, o de que não é necessário que os juízes tenham esta visão, do mesmo modo que não é necessário para os advogados. Isto é, o tipo de compromisso moral que os juízes normalmente

³⁶ Joseph Raz, "Hart on Moral Rights and Legal Duties" (1984) 4 Oxford Journal of Legal Studies 131.

³⁷ Neste ponto, Dworkin está em total acordo com Raz. Segundo Dworkin, julgamentos legais têm por objetivo justificar a utilização de medidas coercitivas contra cidadãos. Então, um juiz que produz uma interpretação construtiva das leis relevantes, acaba por produzir uma que ajude a justificar moralmente a coerção que seu julgamento irá ocasionar.

³⁸ Mais uma vez, para Dworkin os juízes devem justificar moralmente o emprego da coerção contra cidadãos.

demonstram ter não é essencial para assumir o papel de juiz. Assim como Hart observou há muito tempo, existem muitas razões que fazem as pessoas se tornarem juízes e concordarem em respeitar as regras básicas do sistema judiciário, mas apenas algumas delas têm algo a ver com moralidade.³⁹ Em segundo lugar, e mais importante para a nossa proposta neste artigo, não é verdade que um juiz que concorda plenamente e aceita a autoridade moral que a lei reivindica para si, e que reconhece e aprova a obrigação moral de discernir, interpretar e aplicar suas exigências ao decidir um caso, está, necessariamente, comprometido e aprovando o ponto de vista expressado pela lei em todas as questões morais que estão em discussão. Juízes, por vezes, discordam moralmente com algumas leis que eles se consideram compelidos legal, moral e prudentemente a aplicar. Algumas vezes eles expressam insatisfação com o fato de o dever judicial os compelir a aplicar uma lei que eles consideram profundamente problemática por questões morais. Em raras ocasiões, porém, juízes chegam ao ponto de se recusar a aplicar a lei com a qual eles discordam moralmente, recorrendo a o que Jeff Brand-Ballard chama de “julgamento sem lei”.⁴⁰ Nada disso, portanto, nos faz concluir que julgamento distanciado é impossível quando juízes fazem interpretações construtivas de direitos constitucionais. E a razão deve estar clara agora.

Embora a maioria dos juízes esteja profundamente comprometida com a autoridade moral de seus sistemas legais e do papel por eles exercido dentro deste sistema, a maioria também entende que o o papel de julgador que exercem traz consigo um compromisso moral de primeira ordem de aplicar a lei como ela é, e não como ela deveria ser. Como consequência, juízes que aceitam e concordam com a autoridade moral de seus sistemas legais e de suas práticas constitucionais, devem se sentir compelidos a construir e aplicar uma interpretação destas práticas que ele, pessoalmente, considera moralmente problemática. Isto é, ele deve se

³⁹ Ver, Hart *The Concept of Law* (n 22) 202-3.

⁴⁰ Para uma excelente discussão se juízes têm sempre o dever de aplicar a lei em sistemas legais razoavelmente justos, ver Jeffrey Brand-Ballard, *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging* (Oxford University Press 2010).

sentir compelido a adotar uma interpretação em consonância com os compromissos da MCC, mas que não é capaz, em sua perspectiva moral pessoal, de colocar a lei relevante em sua melhor luz moral ideal.⁴¹ A partir de sua perspectiva pessoal, esta não é a melhor interpretação possível. Porém, é uma interpretação que coloca aquela lei em sua melhor luz moral julgando-se a partir da perspectiva da comunidade democrática e de sua história particular de decisões e compromissos morais. Se (a) o juiz considera seu sistema legal moralmente merecedor de aceitação e apoio; (b) aceita e concorda com sua obrigação de decidir de acordo com as exigências deste sistema quando encarregado de um julgamento; e se (c) o que esta obrigação moral demanda é uma interpretação construída a partir do ponto de vista do sistema legal e de sua história de compromissos de MCC, então (d) o juiz irá considerar-se moralmente obrigado (de um modo não distanciado, i.e., de um modo plenamente comprometido) a aceitar uma interpretação construtiva que ele, em um mundo ideal, preferiria rejeitar. E se ele sempre age nesta compreensão de sua obrigação judicial moral, ele não irá, sugiro eu, fazer algo que o deixe vulnerável às críticas expressas pelo desafio democrático.

VIII. Conclusão

Neste artigo, defendi o controle de constitucionalidade contra o argumento de que ele, necessariamente, vai de encontro ao princípio democrático. Para tanto, baseei-me tanto na teoria da interpretação construtiva de Dworkin como na teoria do raciocínio e dos enunciados normativos a partir de um ponto de vista distanciado, de Raz. Depois de argumentar que a interpretação construtiva, que necessariamente deve ter por objetivo colocar o objeto interpretado em sua

⁴¹ Pense, aqui, em um juiz completamente comprometido com uma teoria baseada na análise econômica do direito. Ele pode perceber que sua teoria e a interpretação que resulta dela pode se ajustar aos fatos históricos jurídicos daquela comunidade. Ele pode, contudo, ser compelido a admitir que ela não é capaz de colocar estes fatos históricos em sua melhor luz moral de acordo com a perspectiva moral expressa e adotada nestes fatos.

melhor luz moral, pode ser realizada a partir de um ponto de vista que não o do próprio intérprete, continuei para sustentar as seguintes afirmações: (1) interpretação constitucional e controle de constitucionalidade podem ser realizadas a partir do ponto de vista da comunidade democrática e de seus compromissos de MCC; (2) a realização desta interpretação pode ser assumida pelo juiz sem que ele recorra deliberadamente às suas convicções morais de primeira ordem; (3) quando realizados deste ponto de vista, a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade podem ser consideradas consistentes com a democracia; e (4) isto ainda é assim quando estas atividades exigem uma dose de raciocínio e argumentação morais substantivos por parte dos juízes.⁴²

Referências bibliográficas

Alexander Larry, “Simple-Minded Originalism” *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory* (G. Huscroft & B.W. Miller, eds. Cambridge University Press 2011).

_____. “Waluchow’s Living Tree Constitutionalism” (2010) 29 *Law & Philosophy* 93.

Balkin’s Jack’s, *Living Originalism* (Harvard University Press 2011).

Brand-Ballard Jeffrey, *Limits of Legality: The Ethics of Law-less Judging* (Oxford University Press 2010).

⁴² Versões anteriores deste artigo foram apresentadas no: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidade Autônoma do México, Cidade do México, Fevereiro de 2014; Faculdade de Direito, Western University, London, Ontario, Março de 2014; e “The First International Conference on Constitutional Law and Political Philosophy”, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil, Novembro de 2014. Sou grato pelas valiosas observações feitas em todas estas ocasiões. Agradeço especialmente a Khatarina Stevens por debates muito produtivos a respeito dos temas tratados neste artigo.

Duarte d’Almeida Luis, “Legal Statements and Normative Language” (2011) 30 Law and Philosophy 167.

Dworkin Ronald, Taking Rights Seriously (Harvard University Press 1978).

_____. A Matter of Principle (Cambridge University Press 1985).

_____. Law’s Empire (Harvard University Press 1988).

_____. A Bill of Rights for Britain (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press 1990).

_____. Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution (Harvard University Press 1997).

_____. Justice For Hedgehogs (Harvard University Press 2011).

Freeman Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review” (1990-1991) 9 Law and Philosophy 327.

Hart Ely John, Democracy and Distrust (Harvard University Press 1980).

Hart Herbert, The Concept of Law (3rd ed., Oxford University Press 2012).

Mackie John, “The Third Theory of Law” (1977) 7 Philosophy and Public Affairs 3.

Marmor Andrei, Interpretation and Legal Theory (2nd Ed, Oxford University Press 2005).

Miller Bradley, "Review Essay: A Common Law Theory of Judicial Review" (2007) 52 American Journal of Jurisprudence 297.

Perry Stephen, "Interpretation and Methodology in Legal Theory" Andrei Marmor ed. Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy (Oxford University Press 1995).

Rawls John, A Theory of Justice (Harvard University Press 1971).

_____. Political Liberalism (Columbia University Press 1996).

Raz Joseph, The Authority of Law: Essays on Law and Morality (Oxford University Press 1979).

_____. "Hart on Moral Rights and Legal Duties" (1984) 4 Oxford Journal of Legal Studies 131.

Scalia Antonin, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (Princeton University Press 1998).

Tocqueville, Alexis de, Democracy in America (Penguin Classics 1835).

Toh Kevin, "Raz on Detachment, Acceptance and Describability" (2007) 27 Oxford Journal of Legal Studies January 403.

Van der Merwe, J E Du Plessis (eds) Introduction to the Law of South Africa (Kluwer Law International 2004).

Waluchow Wil, "Judicial Review" (2007) 2/2 Philosophy Compass 258.

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

_____. 'Democracy and the Living Tree Constitution" (2011)

59 Drake Law Review 1001.

Legislação:

Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.