

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

O JUDICIAL REVIEW NO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

JUDICIAL REVIEW IN THE POLITICAL CONSTITUTIONALISM AND LEGAL CONSTITUTIONALISM

Ludmila Lais Costa Lacerda

Resumo

O objetivo do presente estudo é suscitar um debate sobre o arranjo do Judicial Review considerando questionamentos sobre a representatividade, supremacia e competência institucional em um sistema democrático com separação de poderes. Pretende-se investigar perspectivas teóricas para um diálogo institucional na tomada de decisões des-re-construídas sob a perspectiva histórica e designação da última palavra. O estudo será realizado a partir da abordagem teórica de autores como Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Ronald Dworkin e David Dyzenhaus e argumentos das propostas do Constitucionalismo Político (mais relacionado ao positivismo político) e do Constitucionalismo Jurídico. As perspectivas podem ser consideradas complementares na medida em que encontram tensões e propostas de construção e modificação na prática de decisões públicas institucionalizadas. O três poderes (legislativo, executivo e judiciário) estabelecem relações de diálogos através, inclusive, de arranjos como o Judicial Review a partir de desacordos e discussões institucionais. Interessa que esse diálogo não configure mera disputa destrutiva, com questões de competição institucional sobre ilusões quanto à última palavra e monopólio da autoridade, mas sim, que propicie oportunidades e condições para cooperação e coordenação mútua com decisões construídas de forma mais democrática e legítima, considerando o desenvolvimento (social, político e jurídico), ajustes convergentes e historicidade de uma comunidade.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Político, Jurídico, Judicial review

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this study is to generate a debate on the Judicial Review arrangement considering questions about the representativeness, supremacy and institutional competence in a democratic system with separation of powers. We intend to investigate theoretical perspectives for an institutional dialogue construction process of decisions under the historical perspective and designation of the 'last word'. The study will be conducted from the theoretical approach of authors Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Ronald Dworkin and David Dyzenhaus and arguments of the proposals 'Political Constitutionalism' (more approximate to political positivism) and 'Legal Constitutionalism'. The prospects can be considered complementary to the extent that stresses and are proposed construction and modification in the practice of institutionalized public decisions. The three powers

(legislative, executive and judiciary) establish relations through dialogues, including arrangements such as Judicial Review from disagreements and institutional discussions. Interests that this dialogue does not configure mere destructive dispute with institutional competition issues illusions about the ultimate and monopoly of authority, but that would encourage opportunities and conditions for mutual cooperation and coordination with built decisions more democratic and legitimate way, considering development (social, political and legal), convergent adjustments and history of a community.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Political, Legal, Judicial review

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é suscitar um debate sobre o arranjo do *Judicial Review* considerando questionamentos sobre a representatividade, supremacia e competência institucional em um sistema democrático com separação de poderes. Pretende-se investigar perspectivas teóricas para um diálogo institucional na tomada de decisões des-re-construídas sob a perspectiva histórica e designação da ‘última palavra’.

O estudo será realizado a partir da abordagem teórica de autores como Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Ronald Dworkin e David Dyzenhaus e argumentos das propostas do ‘Constitucionalismo Político’ (mais relacionado ao positivismo político) e do ‘Constitucionalismo Jurídico’. As perspectivas podem ser consideradas complementares na medida em que encontram tensões e propostas de construção e modificação na prática de decisões públicas institucionalizadas.

Inicialmente, cumpre ressaltar Pitkin (1966, p. 52) ao expor que ‘não é possível que ninguém tenha a última palavra, pois não há última palavra’. No entanto, a negação da existência de uma ‘última palavra’ nega também a existência de tensão sobre uma prevalência institucional e existência de autoridade para correção da produção legislativa, assim como controle da produção judiciária. Nem sempre essa prevalência pode ser considerada prejudicial à democracia, muitas vezes ela pode ser desejável e um fator imprescindível para formação social e avanços em uma cultura de Direitos Humanos, tolerância e convívio entre as diversidades, participação política, exercício da cidadania, divisões de competência institucional e responsabilização.

Neste sentido, é possível discordar da colocação e afirmar que há um embate institucional sobre a ‘última palavra’, o que torna relevante e marca não somente o debate sobre o *Judicial Review* (controle de constitucionalidade), como também a própria separação de poderes, delimitação de competências e essência democrática. Diante da negativa de existência da última palavra, parece mais adequado que se faça um questionamento inicial do que pode ser considerado como última palavra, sobre qual a sua função e importância para o desenvolvimento democrático. A possível ‘última palavra’ não se resume a uma decisão definitiva, mas a uma série de decisões temporais, *constantemente construídas* e, portanto, modificadas ou modificáveis em vários aspectos, em relação a vários assuntos e competências institucionais.

Uma “última palavra” (inclusive a última palavra sobre quem dita a última palavra) para as instituições e sistemas perdura durante o tempo que consegue equilibrar

satisfatoriamente melhores soluções temporais viáveis para os atritos e tensões nas discordâncias práticas e teóricas juntamente com a correção demandada, minimização de erros e custos para as pessoas da comunidade.

A justificativa da representação, procedimentos consensuais e o mecanismo majoritário podem ser critérios amplamente utilizados para tomada de decisões, mas nem sempre garantirão por si a decisão à melhor luz, tendo em vista também os valores morais, compromissos políticos, integridade e coerência a serem observados pelas instituições na reivindicação de legitimidade.

O três poderes estabelecem relações de diálogos através, inclusive, de arranjos como o *Judicial Review* a partir de desacordos e discussões institucionais. Interessa que esse diálogo não configure mera disputa destrutiva, com questões de competição institucional sobre ilusões quanto à última palavra e monopólio da autoridade, mas sim, que propicie oportunidades e condições para cooperação e coordenação mútua com decisões construídas de forma mais democrática e legítima, considerando o desenvolvimento (social, político e jurídico), ajustes convergentes e historicidade de uma comunidade.

O JUDICIAL REVIEW NO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

Nas obras iniciais “*The Dignity of Legislation*” e “*Law and Disagreement*” (ambas de 1999) Jeremy Waldron se posiciona radicalmente contra o *Judicial Review*¹ e defende que o desacordo em matéria de princípio é essencial nas discussões da arena política, que excluir a participação popular da ‘deliberação definitiva’ a respeito dos desentendimentos morais é o mesmo que trair o espírito da democracia² e do sufrágio universal.

¹ A expressão “*Judicial Review*” é de origem americana e ganhou notoriedade após o caso ‘Marbury v. Madison’ em 1800, quando a Suprema Corte Americana reconheceu a possibilidade do Poder Judiciário fazer uma revisão de ato do Poder Legislativo, tendo como parâmetro a Constituição. A expressão corresponde à gênese do controle jurisdicional de constitucionalidade.

² Para Hübner (2008, p. 116) a democracia em Waldron não é meramente procedimental ou formal, pois faz uma reivindicação substantiva pelo direito de participação (‘direito dos direitos’). Ele afirma que em Waldron a regra da maioria não seria um ‘mero’ procedimento da democracia, uma vez que há nela um conteúdo fundamental, ou seja, a regra maioria teria assim, um valor moral. Hübner afirma que as críticas ao *Judicial Review* não são firmadas somente na regra da maioria (que teria um conteúdo moral fundamental relacionado ao direito de participação), mas que tais críticas apontam o *judicial review* apenas como mais um (novo) procedimento. A partir da colocação de Hübner, talvez seja possível afirmar que, sendo a ‘regra da maioria’ passível de consideração como ‘procedimento democrático de conteúdo moral fundamental’ relacionado ao ‘direito de participação’, nada impede que o *Judicial Review* também seja considerado como um procedimento democrático (porém em âmbito jurisdicional), também de cunho moral e fundamental ao direito de participação, porém, *para correção daqueles casos que* possam envolver procedimento de regra da maioria, *mas que* não sejam observados os direitos também fundamentais, inclusive de participação das minorias.

Quando tomadas decisões sobre conflitos morais da esfera social pelos tribunais, os juízes discordam entre si, assim como, os cidadãos e seus representantes. Ademais, as decisões em âmbito jurídico também são consideradas com base na regra da maioria (conforme o posicionamento de cada juiz e maioria de votos) em um tribunal, assim, a Corte não teria viés contra majoritário em seu procedimento decisório, mas tomaria as suas decisões majoritariamente, quando adotado o critério de maioria de votos dos juízes (mesmo considerados os argumentos e justificação de cada voto) para fixar uma decisão. Waldron indaga, então, os motivos de uma resposta política às divergências públicas virem, em *última instância*, das Cortes e não do Parlamento. Assim, Waldron coloca a prevalência judicial como traidora do pensamento democrático, pautada em uma desconfiança do povo e de seus representantes, não elevando a atividade legislativa como o fórum para discussão de princípios, mas sim, reduzindo-a como mero local de atos de negócios, troca de favores e discussão de interesses particulares.

Publicado em 2006, o texto “*The Core of the Case Against Judicial Review*” mostra que Waldron continua, de certo modo, contra o *Judicial Review* (forte) da legislação primária posta pelo Poder Legislativo eleito, mas passa a admitir mais claramente que, em situações excepcionais, o *Judicial Review* pode ser desejável. Apesar de continuar considerando o *Judicial Review* um procedimento inapropriado para se tomar a *decisão final* em uma sociedade livre e democrática, Waldron subdivide seu argumento em classificações. Como *Judicial Review* “Forte” ele posiciona o Poder Judiciário que pode deixar de aplicar a lei em casos particulares ou que pode modificar o efeito da lei para tornar sua aplicação conforme direitos individuais, em um caso ainda mais forte, ele cita o Poder Judiciário que pode inclusive declarar absolutamente inaplicável parte da lei. Utiliza como modelo o sistema dos Estados Unidos da América. Como *Judicial Review* “Fraco” ele posiciona o Poder Judiciário que investiga a conformidade entre a lei e os direitos individuais, mas não pode deixar de aplicá-la. O máximo que esse controle pode proferir é uma “declaração de incompatibilidade” para iniciar um procedimento legislativo mais célere que solucione a incompatibilidade. Em um *Judicial Review* ainda mais fraco, o Poder Judiciário pode, no máximo, buscar interpretações que afastem a violação de direitos pela lei. Utiliza como modelos³ os sistemas do Reino Unido (U.K.) e Nova Zelândia.

³ Os países de exemplos usados para o ‘*Judicial Review Fraco*’ por Waldron tem como sistema de governo ou sistema político a *Monarquia Constitucional ou Monarquia Parlamentarista* onde o ‘*chefe de estado*’ é um monarca (o cargo é hereditário e o monarca com sua ‘linhagem’ possuem importante papel simbólico de representação do povo) que tem atribuições distintas do ‘*chefe de governo*’ (primeiro ministro) nomeado *de acordo com o parlamento* (conforme maioria partidária ou votação dos parlamentares). Assim, a escolha

Waldron coloca quatro premissas⁴ ou pressupostos para aplicação de sua teoria e denomina de ‘*core cases*’ os casos que preenchem tais premissas. Os casos que não preenchem uma ou mais premissas são chamados pelo autor de *non-core cases* e a eles os argumentos de Waldron não se aplicam. Para Waldron, se existe discordância na sociedade sobre quais são os direitos, é preciso estabelecer uma forma de resolver tal conflito. Como as opiniões das pessoas não passarão subitamente a convergir, elas precisam atingir um consenso sobre a ação única (convergente) que será tomada para obter o resultado pretendido, ou seja, sobre o procedimento legítimo, mesmo tendo em mente que nenhum procedimento é perfeito. Para estabelecer um procedimento decisório apto a resolver as divergências sobre direitos, são levados em conta dois tipos de razões: razões relacionadas ao *resultado* e razões relacionadas ao *processo*.

As razões relacionadas ao resultado são aquelas que garantam que a decisão terá um resultado apropriado (justo - correto). Waldron defende que não se pode, a partir delas, dizer que o *Judicial Review* é a melhor ou a pior saída, ou seja, não há motivos para supor que o Poder Judiciário tem o potencial para tomar decisão ou resultado apropriado de modo melhor ou pior que o Poder Legislativo. As razões relacionadas ao processo são as que fazem com

eleitoral é pautada no plano de governo – Ex: Reino Unido, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, etc. Esse sistema é diferente do sistema de *República Federativa Presidencialista* onde o presidente eleito cumula as funções de ‘*chefe de estado*’ e ‘*chefe de governo*’ – Ex: Estados Unidos e maioria dos países da América Latina. No Brasil, inclusive, foi adotado pela CF/88 e mantido, por vitória esmagadora, conforme plebiscito em 1993 o presidencialismo ‘de coalizão’. Afirmando vários autores que a vitória do sistema (presidencialista) em 93 se justificou por uma cultura personalista do poder que permeia o imaginário simbólico americano, além de uma ameaça, na época do plebiscito, de ‘*sarneyzação*’ do poder. Verifica-se que tais ‘justificações de formação cultural’ (céticas quanto a modificações basilares e temporais) e ‘ameaças’ de cunho abstrato ‘anti’-corrupção acabam por fomentar a manutenção da corrupção institucionalizada, impunidade e desprestígio (principalmente no âmbito legislativo), e podem ser verdadeiros movimentos de reação contra quaisquer possibilidades e riscos de *efetivas mudanças* estruturais na cultura política, cidadania e na sociedade.

⁴ Cada premissa dá a ideia de uma sociedade muito evoluída, mas ainda em fase de aperfeiçoamento. Não se assume uma sociedade perfeita. - De acordo com a ‘*Premissa 1*’: as Instituições democráticas não são perfeitas, mas estão em boa ordem de funcionamento, incluindo um Poder Legislativo eleito de forma democrática e justa, cujos procedimentos de elaboração de leis são responsáveis e fruto de amplo debate interno e com a sociedade. A legislação criada por essas instituições às vezes é justa, às vezes é injusta. - De acordo com a ‘*Premissa 2*’: as Instituições judiciais estão em boa ordem de funcionamento, independentes, organizadas de forma não representativa para resolver casos individuais, aplicando a lei e a Constituição. Elas só atuam quando provocadas e em casos particulares trazidos por litigantes particulares, lidam com assuntos de forma binária e se valem de suas próprias decisões passadas em assuntos relevantes para o caso em análise. Seus juízes discordam entre si sobre o significado e as implicações dos direitos individuais e minoritários. Tais instituições são capazes de rever o trabalho do Legislativo. A questão que se coloca é se deveriam fazê-lo. - De acordo com a ‘*Premissa 3*’: Há comprometimento, por parte da maioria dos membros da sociedade, com as ideias de direitos individuais e direitos das minorias. Existe a noção de que as minorias têm direitos que não são necessariamente garantidos pelo respectivo número de representantes com peso político. Logo, a ditadura da maioria não seria uma regra nessa sociedade. A sociedade defende alguns direitos, oficialmente estabelecidos, incorporados e registrados em uma “Declaração de Direitos” vigente. - De acordo com a ‘*Premissa 4*’: Há discordância séria, substancial e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade. Não são apenas problemas de interpretação, mas questões relevantes sobre o que é certo e o que é errado (quais são e qual a extensão dos direitos?). Mesmo entre pessoas que levam a sério os direitos previstos na Declaração de Direitos, pode haver discordância em relação à sua aplicação concreta.

que a decisão se mantenha por si só, independentemente de qual seja o resultado. Para Waldron, uma vez que não se pode garantir um resultado apropriado (até porque existe divergência séria sobre qual seria esse resultado), o importante é ter um procedimento que legitime o resultado (um devido processo). Dessa forma, mesmo que a pessoa afetada pela decisão não concorde com o resultado alcançado, aceita a derrota tendo em vista que resultou de um procedimento com o qual concordava (ou no qual participou). As razões relacionadas ao processo são para ele ‘a chave do problema’.

Segundo Waldron o Poder Legislativo tem mais legitimidade que o Poder Judiciário, pois o procedimento legislativo parte de instituições representativas, compostas por membros *eleitos diretamente*⁵. Segundo Waldron, nos lugares onde a legislação não pode ser invalidada pelo Poder Judiciário, o povo (representado pela maioria legislativa) decide os assuntos de forma definitiva, na medida em que elege os candidatos que os representarão no Poder Legislativo. Ao se adotar o *Judicial Review*, o eleitor que vota em candidatos que tendem a representar seus interesses não tem segurança alguma de que seu ponto de vista será considerado. Dessa forma, o *Judicial Review* é politicamente ilegítimo, pois ao privilegiar poucos juízes que sequer foram eleitos diretamente, em detrimento dos votos da maioria e de seus representantes diretos, retira os cidadãos comuns do processo e da solução final de assuntos sobre direitos, deixando de lado os princípios de representação e igualdade política⁶.

Apesar das colocações apresentadas, Waldron conclui que é bem verdade que nas altas cortes judiciais os julgadores são indicados pelo representante do papel executivo (presidente) que, por sua vez, foi eleito (diretamente) pelo povo, então existe alguma representatividade no Poder Judiciário. Todavia, comparativamente, para Waldron essa representatividade é muito mais fraca do que aquela do Poder Legislativo. Para ele o princípio majoritário confere a cada opinião o máximo peso possível que seja compatível com a

⁵ A ligação entre representação legítima e eleição direta dá uma legitimidade suprema ao legislativo / membros do parlamento segundo Waldron. Mas também, segundo esse mesmo argumento, é possível conferir essa mesma ‘legitimidade suprema’ ao Executivo / presidente (nos sistemas presidencialistas o presidente possui uma condição figurativa mais ‘centralizada’ de poder e cumula chefia de estado e de governo sendo também eleito através do voto direto de cada eleitor independente da composição do parlamento). Waldron está a falar para localidades onde o ‘chefe de estado’ tem (pode ter) posição fixa (em muitos casos, simbólica) e o ‘primeiro ministro’ ou ‘chefe de governo’ é eleito conforme a composição do parlamento nas eleições, o que coloca a formação do parlamento (e não a figura do presidente e eleição presidencial) em posição central nas eleições. O eleitor acaba fixando suas ideias de representatividade e identidade primeiro na escolha dos parlamentares, ou seja, na composição do parlamento, o que acaba por funcionar como condição para o resultado (eleição/escolha) de um ‘chefe de governo’, garantindo assim, a governabilidade.

⁶ O fato de o Poder Judiciário ser não representativo (em sentido “forte” - eleito diretamente pelo povo) é utilizado por ambos os lados: os defensores do *Judicial Review* enxergam a vantagem da deliberação sobre assuntos principiologicos poder ser tomada de forma *imparcial*, sem distração pelas pressões populares ou campanhas eleitoreiras. Aqueles contrários ao *Judicial Review* consideram que o Judiciário não tem legitimidade em razão de sua falta de representatividade (considerada como eleição direta ligada ao poder de voto).

necessidade de dar pesos iguais a todas as opiniões. No Poder Legislativo, isso faz sentido porque existem *interesses* morais sendo defendidos por cada votante, o que exige o tratamento igualitário. No Poder Judiciário, o princípio majoritário não faz sentido, pois cada julgador apresenta *razões* diferentes e desvinculadas de uma representatividade (forte) e, ao final, é feita uma contagem de votos independentemente das razões apontadas por cada um. Para Waldron, a ditadura da maioria é constantemente invocada contra o Poder Legislativo, mas são iguais as chances de que ela ocorra no Poder Judiciário. De uma forma geral, quem defende uma ideia tem a tendência de achar que seus opositores que prevaleceram foram tiranos.

Mas a injustiça só ocorre quando os direitos da minoria são erroneamente subordinados aos da maioria. Para que uma decisão tenha sido tirânica em relação a determinada pessoa, não basta que essa pessoa faça parte da minoria que decide. Além disso, é preciso que: (i) a decisão tenha realmente sido *equivocada*, causando *implicações negativas para os direitos dos afetados* e (ii) a minoria que decide coincida com a minoria afetada pela decisão (WALDRON, 2006). Quando os casos chegam à corte superior, já perderam o caráter concreto, tornando-se discussões abstratas, a tendência é que a atuação legislativa seja despertada por notórios casos individuais, então quem efetivamente atua sobre casos específicos (que passam a ser considerados como possibilidades gerais) é o Poder Legislativo.

Também é colocado pelo autor que a fundamentação existe e é muito mais consistente no processo legislativo, posto que, se trata de resultado de amplo debate. Se decisões forem tomadas por membros (do Poder Legislativo) movidos por interesses políticos mais do que pelo comprometimento com os direitos está-se diante de um *non-core case*, já que a terceira premissa (comprometimento com direitos) não estaria atendida. O *Judicial Review* está (em tese) sujeito à mesma falta de comprometimento com direitos.

É feita a ressalva que o processo legislativo só é legítimo se cada votante tiver a garantia de que os demais votantes encaram os direitos dos outros com igual respeito e consideração. Quando essa premissa não é observada, o Poder Judiciário estaria reforçando a democracia ao determinar a não aplicação da lei? Waldron afirma que o compromisso com os direitos dos demais é uma premissa (pressuposto) assumida por ele (premissa 03), então este seria um *non-core case* e o *Judicial Review* realmente pode servir para combater tais anomalias. Apenas não se pode perder de vista que a solução será sempre excepcional e de curto prazo, apta a resolver casos específicos e imediatos. A solução de longo prazo adequada é a revisão legislativa que corrija eventual distorção da lei.

Porém, o fato de o processo legislativo poder não ser adequado em algum momento não torna o *Judicial Review* necessariamente adequado, pois a ausência de premissas desqualifica o Poder Legislativo, mas não faz cair por terra todos os argumentos contrários ao *Judicial Review* (uma vez que os juízes também podem errar ou não observar a declaração de direitos e todas as premissas).

Em um recente texto: “*Do Judges Reason Morally?*” (2008) Waldron afirma que em um debate sobre o *Judicial Review* da legislação é colocado muitas vezes que os tribunais seriam melhores que as legislaturas no *raciocínio moral*, por isso deveríamos confiar-lhes a autoridade final sobre as questões que envolvem essencialmente os direitos morais, individuais e das minorias. Para Waldron a opção de consideração preponderante sobre a constitucionalidade da legislação no campo político é preferível a um controle preponderante do campo jurídico.

Ele diz que esta é uma afirmação bastante específica sobre a competência institucional apresentada muitas vezes sobre bases frágeis. Argui que podemos concluir que os juízes são muito bons em moralidade. Eles definem termos, separam as linhas de raciocínio, prestam atenção na força lógica dos argumentos, distinguem questões e as discutem em certa ordem, entretém objeções às suas próprias linhas de raciocínio, tentam responder a eles mesmos, assim por diante. Com certa medida de ironia Waldron afirma que “os juízes tratam questões de princípio como questões de princípio” e não tentam “reduzi-las a dólares e centavos ou a tendenciosos e simplistas slogans populares”, não negociam como é característico da política eleitoral. Afirma que os juízes parecem levar questões morais a sério de uma forma que não parece ser igual aos “barulhentos, mal cheirosos, comuns e tumultuados” processos majoritários dos legisladores.

Ao considerarmos a natureza e qualidade do raciocínio moral dos juízes, precisamos ter em mente que os juízes operam como funcionários do governo, no contexto de instituições políticas, assim, seu raciocínio está na esfera do político, em vez da esfera ética ou moral. Eles não estão decidindo o que fazer como indivíduos, pois eles estão tomando decisões para toda uma sociedade. Mesmo que as questões que o juiz enfrenta sejam, no fundo, questões morais, elas são colocadas para o juiz em um determinado ambiente institucional.

Para Waldron, a posição do juiz ao considerar suas decisões, mostra que a teoria moral não é satisfatória em nos oferecer o que gostaríamos, não ficam claros quais os modelos filosóficos ou ideais de moral a serem adotados na tomada de decisão de modo apropriado para a caracterização ou direcionamento da tarefa decisória. O que é preciso se caracterizar é o tipo de raciocínio no qual o juiz deve se envolver, relacionado à filosofia política. Os juízes

tomam suas decisões morais não por conta própria, mas em nome de toda a sociedade. Há no fundo uma questão sobre o quão longe o contexto político e institucional jurídico deve ir.

Algumas teorias utilizam apelo aos argumentos estratégicos e morais quando na verdade tentam esconder o seu apelo à teoria moral, declarando que as convicções e condenações sobre a moralidade política, funcionamento adequado de uma democracia, não são juízos morais. Contudo, afirmações ditas “estratégicas” que contém cunho normativo (e substancial) sobre como as instituições políticas e judiciais devem trabalhar. Estas convicções também não são normativas no sentido estratégico, elas não são julgamentos sobre a melhor forma de alcance de uma meta estipulada, mas sim reivindicações altamente controversas sobre quais objetivos devem ser perseguidos pelas instituições. Assim, não são juízos neutros nem estratégicos, mas envolvem profundos julgamentos morais sobre legitimidade da autoridade, sobre como os poderes do governo devem ser distribuídos e exercidos, além de quando, e em quais momentos esses poderes devem ter seus mecanismos limitados por respeito aos direitos morais individuais.

Algumas pessoas não acham que os juízes devem usar o raciocínio moral para tudo, elas acham que juízes só devem encontrar a lei e aplicá-la aos casos que estão diante deles, de uma forma que seja independente de valores e princípios subjetivos do magistrado. Mesmo aqueles que pensam que os juízes fazem e devem empenhar-se no raciocínio moral acreditam que também é importante que eles encontrem e apliquem os textos institucionalizados existentes, que muitas vezes significa descobrir os resultados do raciocínio moral de outras pessoas - o raciocínio moral dos autores ao decidir casos anteriores. Waldron (2008) conclui que talvez os juízes tenham dois tipos de tarefas a realizar: (i) estar alerta e familiarizado com fontes jurídicas existentes e serem capazes de interpretar e aplicá-las aos casos anteriores, e (ii) serem capazes de engajar-se em um raciocínio moral sobre alguns ou todos esses casos.

Após este ponto, Waldron questiona como idealizar raciocínio moral judicial. Quais os limites e tipo de raciocínio moral em que o juiz se envolve, considerando que ele também tem outra responsabilidade, a de encontrar, analisar e possivelmente aplicar os textos institucionalizados existentes. Alguns positivistas jurídicos mais encorajados sugerem que o juiz atue como detector (usando a regra de reconhecimento) e aplicador, mas ocasionalmente, na ausência de uma legislatura ou quando ela for considerada indeterminada ou insuficiente, ele tem que mudar seu papel, passando a ser um legislador e começar a realizar julgamentos morais (ou juízos normativos ou juízos da política, com discricionariedade mais ampla). Outros sugerem que às vezes na aplicação de regras e identificação de normas aplicáveis, os juízes não só se envolvem em um raciocínio moral, como são convidados (e autorizados) a

realizar esse tipo de raciocínio (ex. a oitava emenda da Constituição dos EUA instrui os juízes a fazer julgamentos sobre os excessos de fiança e da crueldade dos castigos), quando são dadas estas instruções para raciocinar moralmente, o juiz não tem escolha a não ser obedecer e certamente não deve recuar diante desta tarefa e substituir o tipo de acordo histórico por outra posição. A ideia seria então que, nestes casos, as decisões têm que ser tomadas considerando o cunho moral. Essas versões são predominantemente conhecidas como “positivismo inclusivo”.

Nesses casos, acredita-se, que dispositivos Constitucionais são particularmente comuns em tais padrões (textura aberta de texto e principiológica) ao invés de estarem expressos como ‘regras’ (de conteúdo e comandos melhores articulados) para assim, proteger os direitos das minorias e impor limites sobre determinadas legislações que as maiorias possam pretender decretar. Waldron defende que os legisladores, bem como os juízes, podem prestar atenção a esses padrões e tentar aplicá-los se envolvendo no raciocínio moral que sua aplicação exige, além disso, nós esperamos que os legisladores se envolvam em raciocínio moral deste tipo. Nos casos em que o raciocínio no qual se envolveram produzir conclusões em desacordo com os resultados do raciocínio dos tribunais deve haver a resolução em alguma regra com finalidade institucional.

Assim, a questão sobre O *Judicial Review* da legislação é, presumivelmente, o seguinte: a palavra final sobre a constitucionalidade da legislação deve ser atribuída à instituição que melhor realize o raciocínio moral sobre determinações que a constitucionalidade muitas vezes envolve. Se juízes são melhores do que os legisladores nesta parte de sua tarefa (ou seja, em fazer determinações morais acerca dos direitos), então os juízes devem manter isso como parte de sua missão e devem ter a última palavra, mesmo que eles também tenham essa outra missão de encontrar e aplicar a legislação. Waldron separa inicialmente a tarefa judicial e raciocínio moral de acordo com a mera aplicação de normas. Mas e se as duas partes da tarefa judicial não puderem ser separadas de forma tão clara? E se elas permeiam uma a outra? E o processo de aplicação de regras for sempre contaminado com a tarefa de raciocínio moral e aplicação das normas constitucionais?

O autor declara que quer resistir a uma visão comum que sustenta que o papel mais abrangente na tarefa geral do juiz é o raciocínio moral. Ele coloca que o importante não seria avaliar o desempenho do juiz pelos padrões e ideais do raciocínio moral desenvolvido na filosofia moral, o importante seria na verdade, exatamente o contrário, a avaliação do desempenho de contenção desse tipo de raciocínio moral no âmbito jurídico. Waldron cita que Dworkin acredita que o raciocínio moral está envolvido em quase todas as fases do raciocínio

jurídico. Expõe que alguns comentaristas tentam explicar a teoria de Dworkin como se houvesse envolvimento em dois (mais precisamente três) tipos ou estágios (DWORKIN, 2003) distintos de julgamento: quando estamos traçando as interpretações possíveis de um texto (etapa pré-interpretativa), as escolhendo (etapa interpretativa), e quando nós fazemos julgamentos sobre o ajuste (etapa pós-interpretativa) e sobre o apelo moral desse conteúdo selecionado. Essa distinção e divisão de tipos de julgamento é *apenas expositiva* e não deve representar estilos distintos e independentes de raciocínio dos juízes. Waldron adota a *natureza mista do raciocínio moral*, de acordo com a qual os juízes se envolvem em um raciocínio que torna inseparável a parte moral da parte jurídica da sua missão (alguns dirão que o raciocínio moral vai além de muitos aspectos que o raciocínio jurídico). O autor cita o método de equilíbrio reflexivo recomendado por Rawls e outros como uma forma de abordar questões morais entre certos julgamentos e princípios gerais.

É claro para Waldron que os juízes nunca deixam o raciocínio moral para trás em nada que fazem, nem mesmo no raciocínio mais técnico e legalista pode fazer com que eles deixem os elementos mais reconhecidamente morais de sua argumentação. Engajar-se em que tipo de raciocínio é também uma das coisas que moralidade requer. Em suma, Waldron considera dois pontos de vista do raciocínio jurídico: (i) encontrar, aplicar e interpretar a lei; (ii) o raciocínio moral. Sendo que o tipo (ii) é particularmente importante quando estamos a decidir questões constitucionais sobre princípios, ou sobre se os direitos individuais e das minorias estão a ser devidamente protegidos, se os juízes forem muito bons nesse tipo de raciocínio, melhores do que os legisladores, devem então ter a palavra final em questões morais sobre direitos. Porém, os pontos (i) e (ii) *não podem ser separados*. Eles são misturados e permeiam um ao outro. Isto significa que, embora elementos morais estejam envolvidos em toda a adjudicação, eles são compostos de uma maneira que faz o raciocínio jurídico bastante irreconhecível para padrões de raciocínio moral.

Precisamos do raciocínio judicial sobre os direitos e os tribunais são indispensáveis. Mas, conforme Waldron, talvez fosse melhor que essas decisões (pautadas por raciocínio moral) se realizassem em um ambiente não comprometido pelas doutrinas, precedentes, textos e interpretações com os quais o raciocínio jurídico está necessariamente preocupado, e que, inevitavelmente, poderia comprometer todo esse raciocínio moral. A imagem do raciocínio moral que usamos na filosofia é aquela que considera a autonomia - de cada pensador sobre as coisas para si mesmo e na tomada de responsabilidade pessoal pelo resultado de suas ações. Esta é a maneira de raciocínio que se pode esperar dos juízes? Faz diferença que os juízes

operem, não por sua conta própria, mas em nome de toda uma sociedade de muitos de indivíduos?

A questão de competência comparativa vem junto com a questão da legitimidade, quando perguntamos se o raciocínio moral judicial é realmente superior ao raciocínio moral legislativo quando considerado como o raciocínio moral realizado em nome de toda sociedade. Pensar que juízes julgam desvinculados de suas subjetividades presume admissão que esses juízes também não devem fechar suas próprias consciências completamente e que eles devem estar ocasionalmente dispostos a tomar uma posição contra o que descobrem não estar em consonância com o que a justiça requer.

Waldron não mostra muita concordância com teorias como a de John Rawls e afirma que de fato os juízes comprometem as limitações da razão pública que lhes é aplicável com seu raciocínio moral autônomo, usando do raciocínio individual em nome de toda a sociedade. O raciocínio Legislativo é uma forma de raciocínio em nome de toda uma sociedade sobre importantes questões morais, porém, para Waldron, ele é mais ‘autônomo’ para realizar modificações, melhores alterações na organização e funcionamento do Estado e suas relações com seus cidadãos, em alguns aspectos, de modo legítimo e diferente da obrigação de um tribunal para conciliar sua decisão com decisões anteriores e outras questões semelhantes.

Disputas interpretativas sobre a Constituição não são questões essencialmente interpretativas, são opções conhecidas e importantes para sociedades liberais. É importante que essas questões sejam debatidas de uma forma moralmente responsável que reflita exigências da justiça sobre decisões serem tomadas não apenas para um indivíduo, mas para toda uma sociedade que se responsabilizaria de modo mais profundo e comprometido pela tomada de decisão sem deixar eventuais problemas e correções somente a encargo final de decisão pelo judiciário. Sendo assim, Waldron defende que devemos usar o *modelo legislativo para o raciocínio moral*, e não o modelo judicial onde as questões centrais tratadas não são diretamente sobre méritos morais, mas envolvem fidelidade a decisões anteriores e questões de legalidade.

Corroborando com defesa da tese do constitucionalismo político, será brevemente mencionada no presente artigo uma perspectiva de outro autor quanto à supremacia da produção legislativa e supremacia de uma Declaração de Direitos (Fundamentais), Richard Bellamy discute em seu texto “*Political constitutionalism and the Human Rights Act*” (2007) se uma legislação de Direitos Humanos (*Human Rights Act* – HRA) estaria a minar o constitucionalismo político, ou seja, discute sobre a liberdade na esfera das deliberações políticas legislativas e submissão à Declaração de Direitos nas decisões públicas.

Para Bellamy há um embate entre os “constitucionalistas políticos” (a supremacia estaria nas decisões da instituição legislativa, comprometidas geralmente com leis ordinárias) e “constitucionalistas jurídicos” (a supremacia estaria nas decisões da instituição judiciária pautadas geralmente em observação, proteção e efetivação de direitos fundamentais – princípios garantidos em uma Declaração de Direitos / Constituição). Ele descreve cinco características principais do constitucionalismo político.

Em primeiro lugar, os constitucionalistas políticos divergem razoavelmente sobre os fundamentos constitucionais, fontes do direito e sujeitos de direito. Em segundo lugar, não haveria direito constitucional que se localizasse acima (ou além) da política, sendo assim, decisões na esfera do poder judiciário não teriam prevalência contra decisões na esfera política legislativa. Isso porque qualquer sistema de direitos (legítimo) tem de ser politicamente negociado e será produto de arranjos institucionais que venham a arbitrar esses debates. Em terceiro lugar constitucionalistas políticos afirmam que o *Judicial Review* é a política através de meios judiciais, sendo assim, não há porque as decisões devam ser tomadas pelo Judiciário e não pelo Legislativo que é composto por membros e representantes diretamente eleitos (ambas instituições são fóruns de princípios e tem o dever de respeito aos Direitos Humanos e podem interpretá-los assegurando seu cumprimento).

Assim, em quarto lugar, constitucionalistas políticos consideram os tribunais menos legítimos que as legislaturas (em relação à eleição através do voto direto). A *centralização de representação no Parlamento* para resolver divergências leva a uma igualdade política nos procedimentos, além de melhor responsabilização direta dos legisladores, podendo-se então exigir amplo comprometimento com uma igualdade de resultados e coerência.

Finalmente em quinto lugar os constitucionalistas políticos afirmam que os direitos determinados pelos legisladores devem ser superiores às decisões dos tribunais. Bellamy ainda faz dois esclarecimentos. Explica que constitucionalistas políticos muitas vezes são apelidados de “céticos dos direitos” (“*rights skeptics*”), mas eles não negam que indivíduos possuem direitos (mesmo divergindo sobre a fonte moral, e, portanto, origem e conteúdo desses direitos). Eles são na verdade céticos quanto ao “direito” de revisão constitucional pelos Tribunais⁷. Explica ainda que constitucionalistas políticos não negam que a legislação esteja sujeita a elemento de revisão judicial quando aplicada para casos particulares.

⁷ Segundo vários autores, na verdade o *Judicial Review* pode ser considerado mecanismo procedimental para garantir justamente a participação na deliberação para tomada de decisões públicas. Assim, o *Judicial Review* não é um “direito de revisão constitucional”, ou prerrogativa - direito abstrato dos Tribunais (como instituições jurídicas), mas pode ser mais sofisticadamente considerado como *garantia do próprio direito de participação do*

Em defesa de um constitucionalismo político Bellamy propõe que *a atividade política seja alicerçada sobre o pressuposto da boa-fé*. Defende que representação política não se encerra na esfera de delegação de poderes (através da eleição), envolvendo também confiança e fidelidade não só para defesa de interesses próprios (dos políticos e eleitores) e posições extremistas, mas no resultado de um exercício razoável para uma composição dialógica mais equitativa na busca de um equilíbrio para as decisões políticas.

Em defesa de um diferente modelo possível para assegurar comprometimentos com os direitos, Ronald Dworkin se posicionou ao escrever o livro “Direito da Liberdade” (2006). Dworkin teve o objetivo de ilustrar um modo de leitura e execução de uma constituição política, através do que chamou de ‘leitura moral’. A leitura moral *propõe a interpretação* (e aplicação) dos dispositivos abstratos das constituições contemporâneas sobre direitos do indivíduo perante o governo, considerando que eles fazem referência a princípios morais. A leitura moral insere a moralidade política no centro do direito constitucional. Por ser a moralidade política intrinsecamente controversa, todo sistema de governo que incorpora princípios a suas leis, tem de decidir qual instituição será responsável para desempenhar precipuamente essa função.

Dworkin afirma que a leitura moral, em si mesma, não é um programa ou estratégia liberal nem conservadora e não é revolucionária na prática, revolucionário seria que um juiz *reconhecesse* abertamente a leitura moral ou a *admitisse* como estratégia de interpretação constitucional. No trabalho cotidiano, os advogados e juízes partem do princípio que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais. A leitura moral na vida constitucional norte-americana inspirou todas as grandes decisões constitucionais, mas também, algumas das piores decisões da Suprema Corte. Apesar disso, a leitura moral costuma ser descartada como uma corrente radical que não seria adotada por nenhum constitucionalista sensato.

Contra toda evidência, os juízes *negam* que a moralidade política influencia as decisões constitucionais e procuram explicar suas decisões de outras maneiras insatisfatórias. Para Dworkin a leitura moral está profundamente arraigada na prática constitucional e é dos pontos de vista político e jurídico, tão mais sedutora do que as alternativas, que não pode ser abandonada, sobretudo quando estão em jogo importantes princípios constitucionais. Por outro lado, ela parece não garantir a distinção bem delimitada entre direito e moral e colocar o direito na dependência de princípios morais.

cidadão de modo também democrático e fundamental, como direito político (principalmente quando pautado em igual consideração e igual respeito).

A leitura moral parece retirar das mãos do povo e entregar a uma elite profissional *as grandes questões que constroem a moralidade política* e que o povo teria o direito e o dever de avaliar e decidir por si mesmo. Os políticos buscam convencer o público que os grandes casos constitucionais não giram em torno de profundas questões de moralidade política, tentam colocar a questão como simplesmente mudar a Constituição (*interpretativismo*) ou deixá-la como está (*não-interpretativismo*). O debate na verdade não consiste se ela será interpretada ou não (porque sempre será), se trata de *como* ela deveria ser interpretada.

Muitos políticos *prometem indicar para a Corte juízes* que respeitem os devidos limites de sua autoridade e não modifiquem a Constituição, simplesmente obedecendo ao texto do documento, *mas frequentemente se decepcionam*, pois não compreendem o quão a leitura moral está inserida na prática do direito constitucional. A Constituição pode significar dizer a maioria da população que ela não pode ter o que quer. Para muitos juristas e cientistas políticos o entusiasmo pela leitura moral dentro de uma estrutura política que atribui aos juízes autoridade de interpretação, é elitista, antipopulista, anti-republicano e antidemocrático. Essa ideia se baseia em um pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado: no vínculo entre democracia e a vontade da maioria. A leitura moral de uma constituição política não só é “antidemocrática” (tomado o termo ‘democracia’ em um sentido simplista) como também é praticamente indispensável para *a Democracia*. “A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (DWORKIN, 2006, p. 10).

Dworkin ressalta que há de se atentar que a leitura moral não é adequada para a interpretação de todo o conteúdo da constituição, pois uma constituição pode incluir muitos artigos e dispositivos menos abstratos relacionados. A história é um elemento essencial para saber o que uma pessoa quis dizer sobre alguma coisa, temos que saber algo acerca das circunstâncias em que ela se encontrava quando disse aquilo, porém devemos considerar outra interpretação plausível, a interpretação da constituição não deve levar em conta somente o que os próprios autores pretendiam dizer, mas também a prática jurídica e política desde o passado. Somos governados pelo que nossos legisladores disseram, pelos princípios que declararam, e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios.

A interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela *exigência de integridade*. Os juízes não podem dizer que a Constituição deve expressar somente suas próprias convicções, não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo pareça correto aos *próprios olhos*, a

menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo. A leitura moral pede que os juízes encontrem *a melhor concepção dos princípios*, não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência. Assim como generais, presidentes e sacerdotes, juízes podem *abusar de seu poder*, a leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que estiverem de boa-fé e nenhuma estratégia de interpretação pode ser ou esperar muito mais que isso.

Juristas e constitucionalistas vivem ansiosos para encontrar outras estratégias de interpretação constitucional que deem menos poder aos juízes. Há aqueles que aceitam que a *leitura moral* é correta e que os *direitos fundamentais só podem ser compreendidos como um conjunto de princípios morais*, mas não admite que os juízes tenham a última palavra, deixa reservado ao “povo” essa autoridade de interpretação. Outros não aceitam a *leitura moral*, por insistir que a Constituição significa somente o que seus autores quiseram dizer, insistem que elas significam o que eles queriam que sua linguagem fizesse. Alguns propõe um equilíbrio entre ambas estratégias, mas não conseguem sustentar ou garantir de modo mais seguro como isso seria feito.

Os juristas partem do pressuposto que *as restrições Constitucionais aos processos políticos majoritários são antidemocráticas*, tal pressuposto não tem fundamento. Dworkin procura convencer que o debate constitucional deve ser visto de modo *diferente*: não sobre o grau que a “democracia” deve se curvar a outros valores, mas sim acerca do que *a democracia realmente é*. A *premissa majoritária* é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político, insiste que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes a decisão seja aquela favorecida pela maioria dos cidadãos, ou a decisão que eles tomariam com tempo e informações suficientes para refletir. Muitas pessoas tomam esse argumento como própria essência da democracia. Importante observar que essa premissa não nega que os indivíduos tenham importantes direitos morais que devem ser respeitados pela maioria.

Para Dworkin, o Reino Unido tem uma Constituição escrita e outra não escrita, sendo a última uma compreensão tácita de quais leis o parlamento não pode aprovar. Quando é declarada a intenção do parlamento em impor restrições os tribunais não tem poder para invalidar o que o parlamento fez, pois a premissa majoritária e a concepção majoritária de democracia têm sido elementos mais ou menos tacitamente aceitos da moralidade política britânica. Nos Estados Unidos, porém, *mesmo aqueles que adotam a premissa majoritária aceitam que em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar quando se trata das proteções de direitos individuais*.

Dworkin traça um contraponto (ou complementaridade) à premissa majoritária, que chama de *concepção constitucional de democracia* (DWORKIN, 2006, p. 26). Apesar da colocação de Dworkin parecer inicialmente uma *alternativa* do *objetivo de democracia* pautado na regra da maioria, deve-se esclarecer que a concepção democrática de Dworkin também exige uma estrutura de Estado conforme a exigida pela premissa majoritária, ou seja, que as *decisões políticas* do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, *isso por preocupação com a igualdade política dos cidadãos* não por compromisso com metas de soberania da maioria. Por isso, a concepção de Dworkin também engloba o mecanismo e premissa majoritária e a complementa com limitações. Não são impostas objeções ao emprego de determinados procedimentos, majoritários ou não-majoritários, para proteção e promoção da igualdade. É possibilitada uma interdependência e mútua sustentação entre a concepção de democracia caracterizada pela regra majoritária e a concepção constitucional de democracia.

Um dos argumentos em favor da premissa majoritária é embasado no ceticismo moral, de acordo com o qual, valores e princípios morais não podem ser objetivamente verdadeiros, mas representam gosto, interesse próprio ou interesses de uma classe, raça ou sexo. Juízes que afirmam uma verdade moral estariam mergulhados na ‘ilusão’ e o único processo político justo seria aquele que entrega todo o poder nas mãos ‘do povo’. Uma vez que a conclusão pretende ser uma premissa favorável somente à postura majoritária, ela não é neutra, mas é em si mesma uma afirmação moral.

São apresentados dois tipos de ação coletiva, a estatística e a comunitária (DWORKIN, 2006, p. 30). *Interpretação estatística* consiste em uma democracia, onde as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos ou desejos de uma função: uma maioria ou uma pluralidade – de cidadãos individuais. *Interpretação comunitária* consiste em uma democracia, onde as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta: o povo – enquanto tal e não por um conjunto numérico (maiorias e minorias) de indivíduos considerados um a um. A diferença entre a ação coletiva estatística e a comunitária permite traçar uma segunda distinção, a ideia de que democracia é um governo do povo. Dworkin adverte que a interpretação comunitária pode ser perigosa e pode até assumir ares de *totalitarismo*. Porém, não é isso que ele busca defender.

Muitas pessoas acreditam que se compromete a igualdade quando uma decisão política contraria aquilo que a maioria preferiria ou julgaria correto. Por outro lado, quando determinados dispositivos constitucionais limitam os poderes de ação de uma maioria, é a liberdade da comunidade (possibilidade de exercício político de ‘maiorias e minorias’ em

igualdade) que fica comprometida. O constitucionalismo protegeria as liberdades “negativas” como liberdade de expressão e “privacidade” à custa da liberdade “positiva” da autodeterminação de grupo. Algumas restrições impostas à vontade da maioria podem aumentar o controle que cada pessoa tem sobre suas escolhas e futuro.

Muitas pessoas querem ser governadas por membros de um mesmo grupo (religião, raça, nacionalidade, classe) e não por outro grupo qualquer, veem como tirania qualquer outra comunidade política que não atenda esse pré-requisito, por mais que essa comunidade seja justa e satisfatória de outros pontos de vista. Se colocado desse modo, não é difícil ver o poder judiciário como sendo uma aristocracia com mecanismos de dominação.

Para responder em que medida é possível ser livre para governar a si mesmo e ao mesmo tempo obedecer a decisões de outras pessoas, é colocado o pertencimento como membro de uma comunidade política. Assim, quando há esse elemento, o ato dessa comunidade é, num sentido pertinente, um ato de cada indivíduo, mesmo que se tenha defendido o contrário e votado contra determinada decisão. Essa é a única concepção que nos permite pensar que, na qualidade de membros de uma democracia, governamos a nós mesmos. É preciso, então, identificar um vínculo entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja considerado responsável pelos atos do grupo de modo coerente e se considerando como tal. Essas ideias podem ser unidas através da concepção de participação moral (DWORKIN, 2006, p. 35). O povo governa a si quando a premissa majoritária é obedecida com todas as suas limitações, implicações e responsabilidades (observação e comprometimento com condição de igual consideração e respeito à todas as pessoas), na verdade, o comprometimento dessa premissa é com o autogoverno, que só é garantido quando todos os membros da comunidade são seus membros morais. Percebe-se que os direitos individuais são “trunfos” que os indivíduos possuem até mesmo contra os interesses coletivos.

Dworkin ressalta a observação de três elementos: (i) participação - todas as pessoas devem ter a oportunidade de modificar de algum modo as decisões coletivas, essa é a condição que insiste no sufrágio universal, em eleições efetivas e na representação. Além disso, observa-se a manifestação e expressão para todas as opiniões - (ii) reciprocidade - o processo político de uma comunidade política verdadeira deve expressar alguma concepção de igualdade de consideração para com o interesse de todos os membros da comunidade - (iii) independência moral - A independência moral deve ser mais controversa do que as duas primeiras. Os membros de uma comunidade política podem encarar uns aos outros como sócios num empreendimento conjunto, como os membros de uma orquestra ou de uma equipe de futebol, todos os quais compartilham muitas coisas, ainda que o empreendimento como um

todo seja conduzido (em decisões e circunstâncias) de uma maneira com a qual nem todos concordem completamente. Não há nada nessa ideia que ponha em xeque a responsabilidade do indivíduo de decidir por si mesmo que vida viver mesmo quando seus pontos de vista são derrotados e existir possibilidade de unir a outros em um esforço conjunto para resolver as questões. Seria diferente, porém, se a maioria se arrogasse o direito de decidir o que ele deveria pensar ou dizer acerca dessas decisões. A comunidade política verdadeira é aquela feita de agentes morais independentes.

A ideia de impacto não abarca nenhum conceito de “poder” político que tenha apelo intuitivo, pois o impacto não depende de algo que é na verdade o fator mais importante de desigualdade do poder político nas democracias modernas: a desigualdade de riquezas que dá a certas pessoas imensas oportunidades de influenciar a opinião pública. A igualdade de influência não tem atrativo, e é irrealizável, ela deve ser desigual na política, mas não por meio de uma riqueza distribuída de maneira injusta e desigual. Para Dworkin a influência deve ser desigual na política por outros motivos: melhores opiniões, capacidade de apresentar melhor e melhores soluções de modo mais eloquente.

Ao questionar sobre a noção de comunidade Dworkin afirma que comunitaristas tem afirmado que a leitura moral deixa a cargo de uma elite de profissionais de direito as decisões políticas mais fundamentais, ela enfraquece a noção de comunidade (ou fraternidade) perante o povo. Defendem a premissa majoritária, querem que as pessoas participem da política na qualidade de agentes morais que promovem não seus interesses próprios, mas somente concepções do bem comum. Acreditam que nesses moldes as decisões coletivas seriam melhores e os cidadãos levariam uma vida melhor. Acreditam que esse objetivo é colocado em risco pela revisão judicial da legislação. Não entendem que nem todas as pessoas têm as mesmas concepções do que seja bom ou bem, com tais perspectivas não respeitam as escolhas individuais, gostos, concepções, projetos de vida e responsabilidades de cada um. Pensam ainda que com uma discussão pública da justiça constitucional se ganha em qualidade, mas que as pessoas ficam mais mobilizadas ao debate quando estão exclusivamente no âmbito do legislativo. Para Dworkin isso não se fundamenta.

Alguns cidadãos podem ter mais contribuição e influência sobre uma decisão judicial, do que teriam sobre uma decisão legislativa, por meio de seu voto solitário. Em uma decisão judicial a qualidade da discussão pode ser melhor e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com a votação do legislativo ou plebiscito. Embora o processo político que conduz a uma decisão legislativa possa até ser um processo de alta qualidade, por vezes

isso não acontece. Mas mesmo quando o debate é esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de soluções conciliatórias que podem colocar em segundo plano as questões de princípio. Já processos legais constitucionais podem provocar e de fato já provocaram uma discussão pública generalizada sobre moralidade política. O *Judicial Review* pode ser também um modo de deliberação republicana sobre alguns assuntos.

Existem restrições constitucionais para impedir que a maioria possa restringir direitos das minorias. Dworkin defende que em alguns casos *não devemos adotar soluções conciliatórias* como estratégia geral *sempre* que a comunidade estiver dividida sobre questões de princípio, soluções assim não são justas e razoáveis como reflexo de maturidade política. É apontado defeito na generalização de adoção das soluções conciliatórias. Em certos casos, apesar de desejar soluções conciliatórias, seria melhor rejeitar tal uso, uma vez que em longo prazo, novas injustiças seriam criadas (e não evitadas) por este tipo de decisão. Alguns acordos não são apenas impraticáveis, mas também errados, pois procrastinam soluções com remediações. Insistimos na integridade porque acreditamos que as conciliações internas negariam o que é frequentemente chamado de “igualdade perante a lei” e, às vezes, de “igualdade formal”.

Legisladores que adotam conciliações internas sem alguns respaldos agem sem observar princípios de modo íntegro. O Estado carece de integridade quando invoca equidade e justiça para aceitar soluções conciliatórias (DWORKIN, 1999, p.223). As leis conciliatórias (contraditórias quando sobrepostas à coerência) podem ser evidentes violações do ideal de integridade. Faz parte de nossa moral política coletiva que tais soluções conciliatórias sejam consideradas como equívocos. Dworkin defende que claro que temos de ter o objetivo de melhorar a política comum, pois uma atividade legislativa de base ampla é essencial não só para a justiça como também para a dignidade.

Assim, a proposta comunitarista não corrobora a premissa majoritária, nem refuta a leitura moral⁸. Sendo assim, é possível concluir que a democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão errada (frente à Constituição) e continua de pé. A leitura moral explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais

⁸ Dworkin aplica suas colocações mais especificamente ao judiciário e aponta a necessidade de consonância de decisões públicas com a Constituição (a preocupação central do autor é com a resposta à melhor luz - resposta correta e não *de modo principal* com *qual* instituição proclama esta resposta de modo ‘último’ ou realiza correções de modo institucionalizado). Dworkin afirma que: “*a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham*” (DWORKIN, 2006, p. 10).

de moralidade política e encoraja assim a demonstração das verdadeiras bases desses juízos com elaboração de argumentos sinceros, fundamentados em princípios, permitindo o público de participar e compreender a discussão da decisão.

Corroborando com a perspectiva de Dworkin em determinados pontos, o professor David Dyzenhaus em seu texto *“The Incoherence Of Constitutional Positivism”* (2008), declara que o positivismo constitucional se refere a um conjunto de posições jurídicas e teorias políticas. Os usuários desse conjunto incluem os críticos da prática judicial e acadêmicos que defendem um papel reforçado para a interpretação constitucional pelas legislaturas com um papel reduzido aos juízes. Alguns deles tendem a ver no originalismo, a ideia de que há algum significado fiel (ou limite máximo de interpretação constitucional), factualmente determinável da Constituição como forma de disciplinar os juízes para limitar sua atuação e diminuir o seu papel na ordem jurídica.

É importante perceber que o positivismo constitucional, apesar de ser membro da tradição positivista, tem uma relação bastante complexa. Tradicionalmente, o positivismo é hostil ao Judicial Review por razões políticas relacionadas à garantia de que a lei seja feita pelo legislador, porque é na legislatura que os julgamentos coletivos sobre o bem comum seriam realizados de modo mais apropriado. Positivistas desta tradição desejam evitar a instalação de quaisquer recursos na ordem jurídica que permitam aos juízes afirmar que eles estão interpretando a legislação, para os positivistas, argumentar sobre essa possibilidade significaria que os juízes estariam substituindo a legislação por seus próprios julgamentos sobre o bem e o que deve ser decidido.

Dyzenhaus usa o termo *‘positivismo político’* que teria como fundador Jeremy Bentham ao mostrar sua oposição a projetos de direitos. Ele afirma que para Bentham, mesmo que uma decisão fosse errada e consolidasse um projeto de lei de direitos, isso poderia prevalecer, bastando que esta decisão fosse tomada pelos representantes democraticamente eleitos do povo que têm o apoio esmagador da maioria do eleitorado. Quando Bentham disse *“nonsense upon stilts”* (direitos naturais são simples absurdos) ele não quis dizer apenas que essa conversa é politicamente perigosa porque pode dar aos juízes a oportunidade de agarrar ou usurpar o poder legislativo, ele também quis dizer que adotar uma declaração de direitos que os juízes têm autoridade final para interpretar significa um erro político sério, não importa o quanto de apoio popular essa medida tenha e continue a desfrutar.

Positivistas políticos não defendem papel reforçado para interpretação constitucional como um bem independente porque eles estão completamente opostos a ela, ou seja, opostos à interpretação de princípios supostamente fundamentais da ordem jurídica. Em contraste, os

positivistas constitucionais, admitem que a interpretação pode ser desejável, mas são também preparados para incluir direitos entre esses princípios. Eles parecem aceitar que uma sociedade deve garantir que o seu direito seja consistente com os compromissos constitucionais, arraigados a uma matriz geral dos direitos humanos encontrados em documentos internacionais.

Dyzenhaus menciona Jeremy Waldron e Jeffrey Goldsworthy, autores que afirmam que somos melhores quando nossos mecanismos institucionais formais dão aos legisladores, em vez de juízes, a palavra final sobre a interpretação constitucional e compromissos com direitos humanos. Dyzenhaus expõe que Jeremy Waldron argumentou no passado que a aprovação democrática de uma declaração de direitos é análoga a uma situação em que as pessoas de um adequado funcionamento de democracia decidem mudar a forma de governo para uma ditadura. Dyzenhaus afirma que mais recentemente Waldron parece ter alterado seu argumento. A questão para ele não é tanto se a declaração de direitos é adotada, mas se mecanismos institucionais formais para a realização de tais direitos são garantidos. Na verdade, ele pressupõe que a sociedade base para seu argumento (quando fala em “*core case*”) contra o *Judicial Review* tem um forte compromisso com a ideia de direitos individuais e das minorias, e até mesmo com um documento constitucional que contém um projeto de lei de direitos.

Porém, Waldron procura limitar o seu alvo para o que ele chama de “*Judicial Review* de forma forte” e contrasta essa forma com a forma “fraca” de *Judicial Review*. Para Dyzenhaus o foco de Waldron sobre o *Judicial Review* está errado. Se, no Reino Unido, o Parlamento sempre altera legislação que tenha sido declarada incompatível com os direitos humanos, tal declaração (de direitos humanos) não é menos poderosa se autoriza formalmente que juízes invalidem estatutos. Além disso, quando tribunais da Nova Zelândia se esforçam para encontrar uma interpretação de um estatuto que vai torná-lo compatível com os compromissos de direitos (como Bill of Rights Act), ou tribunais britânicos fazem o mesmo, eles procuram cumprir com a obrigação de interpretação na seção 3 da Lei dos Direitos Humanos, se engajando no que Waldron parece pensar como “forma forte do *Judicial Review*”, ou seja, pretendendo a modificação do “efeito de uma lei para tornar sua aplicação conforme os direitos individuais”.

Talvez haja um argumento de Waldron ambivalente que diz que os juízes devem evitar técnicas interpretativas que se esforcem para preservar os direitos, mas que não sejam publicamente e legalmente comprometidas com a proteção desses direitos. É uma posição que diz que essas técnicas são legítimas somente quando elas estão legislativamente prescritas.

Esta segunda posição implicaria um movimento relutante que defende uma força do comando legislativo que impõe aos juízes obrigação interpretativa, mas que está longe do positivismo político. Pois, positivistas políticos continuam a opor-se a esse modo de interpretação mesmo quando ele é imposto por lei, e até mesmo quando ele vem através de uma decisão popular (legitimada pela maioria) para consolidar um projeto sobre competências no âmbito dos direitos.

Se, conforme Waldron, a sociedade tem um forte compromisso com a ideia de direitos individuais e minorias o legislativo não pode se sentir menos pressionado por outras ordens constitucionais para responder positivamente respeitando os direitos individuais e exercendo o *Judicial Review* internamente em suas decisões e nos casos que uma lei venha a violar as exigências do Estado de Direito. Waldron trabalha com uma série de pressupostos e premissas para estabelecer como aplicáveis as suas propostas. Waldron trabalha com sociedades do “mundo moderno ocidental”, ou com sociedades melhores consolidadas em suas práticas (democráticas), com histórico de diferente disposição de recursos, e de certo modo, melhor desenvolvidas quanto à *adoção de instituições e compromissos morais do Ocidente*, havendo efetivo reforço do comprometimento de seus membros com questões relacionadas aos direitos humanos, valorização da solidariedade, questões de representatividade e participação política.

Ele parece defender que se for desejável que as decisões sobre o conteúdo das nossas leis sejam moralmente justificadas, devemos levar tais questões ao monopólio da elaboração das leis. Além disso, ele ressalta que, mesmo em julgamentos considerados como marcos morais, o espaço dado a esse tipo de raciocínio é geralmente pequeno e a qualidade do raciocínio, avaliado a partir da perspectiva da filosofia moral não é a melhor que poderia. No resultado final, Waldron parece colocar que a legislatura em uma sociedade democrática, respeitando os direitos está funcionando normalmente, uma vez que questões controversas sobre direitos são finalmente resolvidas por maioria de votos - seja nos tribunais de instâncias superiores ou no legislativo – sendo assim, seria melhor que o legislador, com suas credenciais democráticas e sua capacidade se engajar em deliberações, tomasse a decisão final sobre os direitos. Mas, para Dyzenhaus, somente as suposições que Waldron apresenta não podem afirmar ou garantir a suposição de que a legislatura em uma sociedade democrática está respeitando direitos e funcionando normalmente.

São listadas pelo menos seis coisas erradas no argumento de Waldron: O primeiro é sua seletividade. É bem verdade que os parlamentos na ocasião se envolvem admiravelmente em debates morais bem vindos. Mas os positivistas constitucionais são tão propensos quanto

os entusiastas como Waldron, se não mais, para romantizar sobre determinada instituição cuja reputação muitas vezes parece um pouco em baixa ultimamente entre as pessoas, porque há uma percepção popular que os legisladores agem como carimbos de borracha para poderosos em nome de interesses (privados ou do governo).

Em segundo lugar, Waldron considera como paradigmáticas as decisões judiciais que questionam se uma lei é compatível com os compromissos constitucionais. Dyzenhaus deixa claro que não sugere de maneira nenhuma que os juízes sejam os únicos agentes de promoção de tal debate. Comitês parlamentares tem a responsabilidade de exigir que o Parlamento se engaje em tal debate se forem dados certos tipos de arranjos ou mecanismos institucionais de introdução da discussão, e, ainda mais importante, se eles operam em um contexto político e em uma cultura política onde os políticos estejam dispostos a levar essas comissões a sério.

Em terceiro lugar, há um problema sobre o tipo de debate em que os legisladores melhor se engajam de modo paradigmático, de modo que o raciocínio judicial, mesmo em sua melhor luz não pode alcançar. Se uma das tarefas dos juízes é garantir que as decisões e ações de outros funcionários sejam fiéis à lei, incluindo os compromissos constitucionais, seria de esperar que o seu raciocínio fosse impulsionado por razões legais, e não por todos os tipos de raciocínio moral que pudessem ser considerados, cujos quais, os legisladores têm a responsabilidade de desenvolver. A questão é se o *Judicial Review*, seja forte ou fraco, é ilegítimo, em parte porque envolve que juízes façam julgamentos morais sobre as consequências de compromissos jurídicos e políticos de suas sociedades.

O quarto problema é que Waldron não parece levar em conta a função judicial da tomada de decisão que envolve a aplicação de regras gerais para particulares. A questão não é tanto se a legislação pode ser gerada por causa de um único caso, mas *se o processo legislativo é adequado para decidir casos individuais*.

O quinto problema que afeta a posição de Waldron decorre de seu pensamento que enquanto o *Judicial Review* forte é inapropriado em um “bom” funcionamento da democracia, ele pode ser apropriado em outras ordens políticas. Dyzenhaus recorda John Austin que fez uma ressalva a Bentham porque achava que Bentham não havia previsto os perigos de concentrar o monopólio do poder legislativo. Em outras palavras, Austin queria esculpir um espaço na teoria jurídica positivista para o judiciário que pudesse contrariar uma legislatura (possivelmente, tirânica).

Curiosamente, Jeffrey Goldsworthy sugere a mesma ideia por trás do pós-Segunda Guerra Mundial, ao voltar-se para execução judicial dos direitos constitucionais. Isso acaba por deslocar o poder às pessoas (juízes) que são membros representativos profissionais, dos

quais se espera uma maior educação, inteligência e hábitos de pensamento com ethos profissional, considerados, portanto, mais susceptíveis de produzir decisões esclarecidas. Goldsworthy diz que o judiciário é um retorno ao governo misto, onde a aristocracia é um elemento reinserido no processo político para verificar a ignorância, preconceito e paixão da multidão. Embora, Waldron, se oponha a essa ideia nas democracias que funcionam ‘bem’, tanto ele como Waldron parecem sugerir que é possível que o judiciário possa vir a ser um ‘elemento’ aristocrático, nas ordens jurídicas em lugares que ainda não tenham realizado a transição para a democracia liberal.

Goldsworthy não inclui o principal impulso político para os direitos e revoluções constitucionais desde a Segunda Guerra Mundial. O ímpeto foi uma reação contra um determinado tipo de regra de elite, contra o Estado dominado por ‘elites’ altamente autoritárias, incluindo fascistas, nazistas, comunistas e os políticos do colonialismo (nomeadamente os governos nacionalistas Africanos do *apartheid* na África do Sul). Isso levou a um auto-exame sério em algumas sociedades, principalmente o Reino Unido, a perceber que os seus governos também eram capazes de uma opressão em ‘menor’ escala quanto aos Direitos Humanos, de modo que a proteção dos Direitos Humanos se fizeram imperativas e necessárias. Na verdade, foi essa visão que levou a Grã-Bretanha ser a principal força na elaboração da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e não, obviamente, a plena confiança no governo e no legislativo do Reino Unido.

O sexto e último problema tem a ver com a afirmação de Dyzenhaus sobre a aceitação de Waldron da revisão judicial, considerando que a ação executiva pode revelar uma força contra o *Judicial Review*. Para um positivista político, deveria haver uma mudança na cultura política fomentando condições suficientes para a legitimidade de uma decisão política votada por uma maioria no Parlamento, sendo que esta cultura fosse uma *cultura de direitos humanos*, onde decisões políticas e governamentais também cumprissem os direitos humanos e outros compromissos constitucionais.

Dyzenhaus cita John Willis e seus herdeiros (no ‘*London School of Economics*’ e no ‘*Osgoode Hall Law School*’) como representantes de uma manifestação mais autêntica no século XX do positivismo político do que fizeram Waldron ou Goldsworthy. Willis e seus herdeiros defendem um tipo de esquerda neo-benthamista, um positivismo político que considera a lei como instrumento necessário para a julgamentos sobre o bem-estar coletivo (da maioria) e aos funcionários do governo cabe implementar esses julgamentos. Assim, a lei representaria os comandos de uma elite, que fazem julgamentos sobre a *utilidade* que são colocados em prática por funcionários especializados. Estes neo-benthamistas se opõem a

uma reflexão e prestação de contas sobre o direito, sobre o Estado de Direito, que inclui princípios e que podem ser elevados em consideração por supervisão dos funcionários ou juízes submissos também a princípios constitucionais não escritos. Na medida em que neo-benthamistas admitem que há princípios da legalidade que vão além daquelas leis que servem para determinar factualmente as concepções e intenções do legislativo, eles passam a comprometer a sua teoria.

Mandatos legislativos devem ser desenvolvidos e realizados. As instituições da democracia, incluindo o Parlamento, também têm de certo modo um papel instrumental. O Parlamento é útil na medida em que prevê o fórum no qual os julgamentos sobre a utilidade ou bem-estar pode ser determinados na forma jurídica adequada, para que o executivo possa continuar com o trabalho. Sua legitimidade vem do sucesso e da consolidação bem sucedida de programas sociais. O Parlamento não pode pretender fornecer o que podemos pensar como algo normativo do direito, da autoridade da lei, da política ou da democracia.

A ideia de que o Estado de Direito é um conjunto de princípios constitucionais não-escritos que devem informar a determinação dos limites da lei, tem um efeito sirene semelhante para quase todos os neo-benthamistas do século XX. Muitas vezes, sua fervorosa oposição ao Judiciário se transforma em gemido, como conselhos judiciais de moderação sem bases em princípios oferecidos para orientação e limitação aos juízes sobre o dever de intervir ou não. Em vez disso, esses críticos se veem atraídos para discussões de quando os juízes ultrapassam a linha, e assim, pressupõem a legitimidade do *Judicial Review*, somente a aceitando enquanto os juízes fiquem dentro dos limites desejados (pré-estabelecidos por esses críticos), mas não com base na substância das decisões ou com cuidados mais específicos de análise de justificação (também pautada por princípios), contexto e concepções de justiça.

Dyzenhaus aponta que Goldsworthy falha ao pensar que os juízes só têm responsabilidade de dar um novo significado para a constituição porque um significado original não poderia ser descoberto em determinado momento, assim, pode-se dizer que, o que existe é uma indeterminação e que os juízes têm *direito* de corrigir isso. Em primeiro lugar, para os juízes aceitarem isso como um relato do que eles fazem ou deveriam estar fazendo, eles teriam que rejeitar um recurso no qual se baseia Goldsworthy em criticar o argumento de Raz que “os tribunais têm autoridade moral para mudar significado constitucional, mesmo quando ele é determinado, no interesse da justiça ou um bom governo”. Como observa Goldsworthy e, como Ronald Dworkin tem enfatizado, os juízes se esforçam para demonstrar que a sua interpretação é fiel à Constituição como ela é. No entanto, para Dyzenhaus se tomarmos a sério como Dworkin afirmou, a ideia de que a

interpretação judicial funciona em “duas etapas” o que sugere um “relato fenomenológico” esta será claramente uma forma inadequada da decisão judicial. De fato, os juízes originalistas e não originalistas discordam sobre como interpretar a Constituição, mas concordam que não é legítimo aos juízes mudarem a lei.

A versão judicial do positivismo constitucional é uma postura de juízes que tentam seguir um certo ideal positivista de fidelidade à lei, de forma mais ‘branda’, como sendo na verdade uma questão de fidelidade não meramente ao texto, mas ainda arraigada na ideia de que o legislador tem o monopólio da legislação, de modo que os juízes devem procurar entender estatutos exclusivamente da forma que que apresentem regras com conteúdo determinado em sua gênese. Vista a impossibilidade de negar a necessidade e realização da atividade interpretativa tanto pelos juízes, quanto pelos legisladores diante de textos.

Os positivistas constitucionais defendem o originalismo como um meio de conter o ativismo. No entanto, para Dyzenhaus o originalismo não é a melhor opção a este respeito que qualquer outra teoria da interpretação. Porque o originalismo é um conjunto de técnicas interpretativas que juízes utilizam para resolver casos difíceis. E também porque os juízes originalistas afirmam que sua interpretação depende de “inconsistências” a serem “descobertas”, entre supostos fatos do passado. Se os juízes podem descobrir estes conteúdos, eles serão por definição, não fieis ao texto e sentido de palavras positivadas nos documentos oficiais, mas verdadeiros *ativistas*, que só fazem um longo caminho para formar rótulos.

Em segundo lugar, para Dyzenhaus os juízes originalistas são de alguma maneira fieis à descrição de Dworkin de uma “fenomenologia da adjudicação” (na descrição da forma como ocorre o raciocínio judicial). Assim, enquanto os neo-benthamistas como Waldron são uma tentativa fracassada de desalojar juízes de seu lugar constitucional, são as tentativas de estabilização de Goldsworthy, que recorre a um originalismo moderado e também falha, porque sua teoria da interpretação depende de uma compreensão da discricionariedade judicial.

A questão nos debates sobre a interpretação constitucional não é se juízes tem que exercer um juízo sobre como interpretar a lei. Em vez disso, a questão é *como entender o juízo, ou como é realizada a interpretação (o raciocínio) judicial*. Dworkin tem argumentado contra positivistas conceituais que o julgamento judicial envolve mais que uma questão de fato, ou meras legislações, nem mesmo é somente uma questão de interpretação, mas necessita de uma abrangência na compreensão de compromissos políticos, para uma melhor visão da ordem jurídica.

O desenvolvimento do positivismo jurídico inclusivo e a versão conceitual de positivismo não nos dão ciência da “possibilidade” lógica de uma ordem jurídica não com base em princípios morais constitucionais ou fundamentais da legalidade. Quando estas perspectivas ou “possibilidades” vêm para o mundo real do direito, abandonamos tais possibilidades e adotamos uma forma de modo mais ou menos parecida com a concepção Dworkiniana de direito.

CONCLUSÃO

Quando trabalhamos a separação de poderes e o arranjo do *Judicial Review* é possível concluir que o diálogo institucional é desejável e consiste um ganho em legitimidade quando não simplesmente considerado como obstáculo entre adversários. O *Judicial Review* não garante a eliminação do erro, mas pode funcionar para ampliar as possibilidades deliberativas de modo institucional e, sobretudo, pode ser precioso para a valorização da qualidade de debate na esfera política para toda sociedade.

Antes da consideração sobre uma “palavra final” deve-se considerar não só o que vem a significar essa “palavra final” e o que ela pode proporcionar para responsabilidades compartilhadas, mas também os desenhos institucionais e seus arranjos para deliberação democrática. O papel das instituições em equilíbrio dialógico é importante, assim como o desenvolvimento político da sociedade e amadurecimento de questões, reflexão, crítica e participação dos cidadãos.

Para que as instituições sejam dotadas de credibilidade e para serem satisfeitas as defesas de compromissos relacionados aos princípios, não basta emissão de uma decisão rígida com base principiológica, é preciso dimensionar de modo prudente a estrutura social e política para o suporte dessa decisão, até mesmo para que o debate e processos deliberativos sejam estimulados e amadurecidos na própria sociedade e as decisões institucionais do judiciário ou legislativo estimulem e não substituam as esferas de diálogos públicos.

O tema do constitucionalismo político e jurídico e as críticas ao sistema do *judicial review* levam a questões mais profundas sobre a filosofia política, raciocínio moral – jurídico e a forma como os textos normativos são interpretados para a tomada de decisões públicas por instituições jurídicas e políticas, as propostas do constitucionalismo político e jurídico são embasadas em argumentos e modelos de sociedade e práticas que possibilitam a defesa de cada sistema. O presente texto não pretende exaurir o tema, mas apenas suscitar um parâmetro

entre alguns argumentos relacionados aos modelos levantados provocando o debate e novas propostas para o campo da teoria Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLAMY, R (2007). *Political constitutionalism and the Human Rights Act*. International Journal of Constitutional Law - I-CON, 2011, Vol. 9, n. 1, p. 86-111.

DYZENHAUS, David. *The Incoherence of Constitutional Positivism*. In. HUSCROFT, Grant (org). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PITKIN, Hanna. *Obligation and Consent – II*. The American Political Science Review, Vol. 60, No. 1, 1966.

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

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, v. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Do judges reason morally?*. In. HUSCROFT, Grant (org). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.