Livro: A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree. De W. J. Waluchow. [Cambridge. Cambridge University Press. 2007.]

Por: Conrado Hübner Mendes

O novo livro de Wil Waluchow pretende oferecer um modo alternativo de olhar para o papel de declarações de direitos e do controle de constitucionalidade nas democracias. O seu principal alvo é o ataque sistemático que Jeremy Waldron promoveu, nos últimos anos, a ambas as instituições por meio de uma série de artigos e dois importantes livros, The Dignity of Legislation (Cambridge University Press, 1999) e Law and Disagreement (Oxford University Press, 1999). Em seqüência ao artigo prévio de Waluchow, "Constitutions as Living Trees – An Idiot Defends" (The Canadian Journal of Law and Jurisprudence XVIII, [2005]: 207), onde alguns argumentos foram já esboçados, este livro constitui a primeira reação de fôlego ao desafio de Waldron. Ele lida com uma velha questão: numa democracia constitucional, sob qual justificativa podem juízes não eleitos e imunes a um processo de prestação de contas (accountability) revogar legislação aprovada por representantes eleitos? Mesmo que a democracia exija mais do que um simples processo de tomada de decisões informado pela regra de maioria, mas também a proteção de direitos fundamentais, por que os juízes deveriam decidir o que esses direitos significam?

Essa é a maneira tradicional de formular o problema. Como ponto de partida, contudo, o autor recomenda que clareemos dois conjuntos diferentes de questões que geralmente aparecem misturadas. O primeiro conjunto refere-se ao papel e ao valor de declarações de direitos: (i) "Que papel uma declaração de direitos deve cumprir numa democracia constitucional?", e (ii) "Seria uma declaração de direitos (desempenhando tal papel) uma coisa boa de se ter numa democracia constitucional?" O segundo conjunto relaciona-se ao valor da instituição do controle de constitucionalidade e ao modo como ele deve ser exercido: (iii) "Seria o controle de constitucionalidade, exercido com base numa declaração de direitos, uma coisa boa de se ter numa democracia constitucional (e, se for, que forma deveria ter)?" (iv) "Como juízes deveriam interpretar e aplicar declarações de direitos no contexto do controle de constitucionalidade?" (Waluchow, 2007, p. 13 e 128) Apesar de as respostas a essas questões terem implicações óbvias entre si, possuem relativa autonomia e precisam ser respondidas separadamente por uma teoria consistente do controle de constitucionalidade.

O livro tem duas partes principais. Os capítulos 1 a 4 fornecem uma ampla perspectiva crítica das dificuldades conceituais e práticas de se implementar o ideal político da democracia constitucional, e como os ingredientes da separação de poderes, representação do povo e da proteção de direitos podem ser diversamente combinados para perseguir aquele ideal. Além disso, a primeira parte avalia como a "defesa padrão" [2] do controle de constitucionalidade, empunhada pelos "Partidários", e a reação dos "Críticos", [3]liderados por Waldron, respondem a cada uma dessas questões. A segunda parte (capítulos 5 e 6), traz a defesa alternativa do controle de constitucionalidade construída pelo autor.

Waluchow considera cuidadosamente a miríade de argumentos (e suas sutis variações de acordo com diferenças institucionais) dos dois lados e tenta inserir cada um deles, com o devido peso e função, dentro da intrincada cadeia de prós e contras do controle de constitucionalidade numa democracia. Feito o balanço, ele mostra que os "Críticos" foram muito longe no seu ataque contra a "defesa padrão", com objeções que podem ser rejeitadas em diferentes graus. Ele concede, todavia, que existe uma séria objeção remanescente em jogo, em relação à qual a "defesa padrão" é vulnerável. Essa, portanto, é sua estratégia argumentativa: após construir o edifício de argumentos pró e contra, ele os contrasta e percebe que um dentre os argumentos contrários não possui resposta adequada dentro das teorias existentes em defesa do controle de constitucionalidade.

Waluchow percebe que "Partidários" e "Críticos" compartilham uma mesma percepção sobre a intenção das declarações de direitos: representar um pré-comprometimento moral fixo e estável para a vida política da comunidade. Para os "Críticos", entretanto, devido às circunstâncias da política em sociedades pluralistas, isso não passa de uma promessa ingênua. Se não podemos saber e tampouco concordar sobre os direitos morais que deveriam governar uma sociedade, como supõem os "Críticos", declarações de direitos entrincheiradas [4]não seriam apenas indesejáveis, mas ininteligíveis. A única solução que pode promover o auto-governo da comunidade seria um procedimento que respeite o igual direito de cada indivíduo de participar e de votar nas decisões coletivas.

Em face desse último ataque, não é necessário jogar o bebê com a água do banho, conforme afirma o autor, e rejeitar as declarações de direitos e o controle de constitucionalidade por inteiro. O objetivo do autor, assim, na segunda parte do livro, é de lançar novas luzes à discussão por meio de uma "common law theory" do controle de constitucionalidade. Waluchow tem duas inspirações para essa concepção. Primeiro, os conhecidos alertas de Hart sobre as duas necessidades complementares e conflitantes do estado de direito (rule of law): estabilidade e flexibilidade, ou seja, a necessidade de dar a indivíduos um grau adequado de orientação prévia por meio de normas gerais e abstratas e, simultaneamente, permitir a possibilidade de decisões suplementares em casos concretos, dada a incapacidade humana de prever todas as conseqüências possíveis das normas (The Concept of Law, 2nd edition, OUP, 1962, 130-1); e, segundo, a metáfora das "constituições mutáveis", [5]introduzida no direito constitucional canadense por Lord Sankey em Edwards v. A.G. Canada ([1930] A.C. 124). Essa metáfora indica que constituições não são pontos fixos e acordados, mas "capazes de crescer e expandir-se dentro dos seus limites naturais" (Ibid, p. 182-183).

Essa nova concepção, no lugar de confiar na problemática mensagem de um pré-comprometimento estável, é derivada da atitude oposta (Ibid, p. 246):

"Longe de ser baseada na suposição de que podemos ter, por antecipação, todas as respostas corretas para as questões controversas de moralidade política que podem surgir nos casos de direitos fundamentais, e que podemos impor essas respostas às gerações que nos sucedem, a concepção do "common law" se origina – e isso é o que me leva a defender que se trata de uma revolução copernicana no nosso pensamento – do sentimento exatamente oposto: do reconhecimento de que não temos todas as respostas, de que devemos desenhar deliberadamente nossas instituições políticas e jurídicas de um modo que seja sensível a essa característica da condição humana. Contra Waldron e outros 'Críticos', declarações de direitos não correspondem, necessariamente, a uma confiança exagerada e ingênua nos nossos juízos de moralidade política e a uma conseqüente crença de que nessa área de direitos fundamentais o modelo 'de cima para baixo' pode ser perseguido de maneira segura. Ao contrário, declarações de direitos podem ser vistas como uma concessão à nossa inabilidade de entender completamente a natureza dos direitos fundamentais e como eles podem ser infringidos por ação governamental" (Ibid, p. 213).

Aqui, portanto, está a tese do livro: questões de direitos fundamentais são tipicamente as que devem ser tratadas pela racionalidade "de baixo para cima"[6]do "common law", com seu modo incremental e caso a caso de desenvolver o direito (Ibid, p. 235). Esse modo de produção do direito, em oposição à legislação "de cima para baixo", elevaria o nível da razoabilidade prática: "Assim, as circunstâncias de produção de normas no tipo de contexto que estamos considerando (...) são tão complexas na sua particularidade que não poderiam ser tratadas pelo modo 'de cima para baixo'" (Ibid, p. 261).

O principal argumento, portanto, é mostrar as virtudes de uma metodologia particular de tomada de decisões. Como qualquer defesa razoável do controle de constitucionalidade, o argumento inclui uma abordagem de como juízes devem decidir. Para além do método, porém, o autor não ignora dois argumentos adicionais bem conhecidos: juízes estão insulados da política ordinária e portanto numa melhor posição decisória para levar direitos a sério (Ibid, p. 267); e juízes têm um tipo de treinamento jurídico que os prepara para exercer a argumentação jurídica ao modo do "common law" (Ibid, p. 264-265). Nesse sentido, juízes não são "reis-filósofos" com melhor sensibilidade moral que qualquer outra pessoa. Eles simplesmente estão melhor localizados e equipados para decidir sobre direitos. Legisladores, por sua vez, têm limitações institucionais de diversos tipos para lidar com questões de direitos. Eles sofrem de uma inabilidade intrínseca ao seu modo de regulação jurídica – uma norma geral prévia estabelecida de baixo para cima – para captar a complexidade dos casos de direitos fundamentais. Esse modo de regulação, sozinho, não consegue atender o segundo elemento do alerta de Hart – a necessidade de deixar em aberto uma margem de possibilidades para decisão futura em casos concretos.

Se a democracia, portanto, rejeitasse o controle de constitucionalidade, o que ela perderia? O partidário da "defesa padrão" diria provavelmente que ela perderia a proteção contra o risco sempre presente da tirania da maioria. Waldron, por sua vez, diria que o povo não perderia nada, e sim ganharia a possibilidade de tomar suas próprias decisões numa maneira genuinamente democrática por meio da participação – "o direito dos direitos". Ele diria mais: sob as circunstâncias da política, cuja principal característica é o desacordo inelutável sobre as questões comuns, muito freqüentemente, "tirania da maioria" é uma expressão retórica por meio da qual aqueles que perdem na arena legislativa mascaram nada mais do que um desacordo sobre direitos (ver Waldron, "The core of the case against judicial review", Yale L. J., 115 [2006]: p. 1396).

A defesa de Waluchow é mais precisa. Para ele, a democracia perderia uma ferramenta sofisticada para entender as demandas dos casos de direitos fundamentais, uma técnica disponível para lidar com nossa inabilidade para antecipar o futuro: “Pelo uso da argumentação ‘de baixo para cima’, do ‘common law’, juizes poderão decidir questões imprevisíveis de moralidade constitucional que certamente surgem de maneira a permitir mudanças incrementais na nossa ordem moral” (Waluchow, p. 235). Apesar de ser teoricamente concebível, é improvável que qualquer parlamento contemporâneo teria condições práticas de resolver, de um modo retrospectivo, cada caso concreto inicialmente imprevisto. Conseqüentemente, o candidato natural para exercer esse importante tipo de produção do direito é o judiciário. Essa seria a melhor estratégia institucional para “preencher os espaços que nossa ordem moral deixa em aberto” (Ibid, p. 234).

Para Waluchow, atribuir a juízes esse modo de regulação jurídica não tem um custo tão sério. Tal teoria de interpretação, apesar de reconhecer abertamente o poder dos juízes de criar e mudar o direito de acordo com as suas visões sobre a “moralidade constitucional da comunidade”, impõe o constrangimento da coerência com as decisões passadas, que é um ônus considerável sobre um juiz que decide de boa-fé.

Para construir esse argumento central, o livro percorre vários passos conceituais prévios. Cada passo é criativamente ilustrado por metáforas e imagens que ajudam o leitor a perceber o complexo empreendimento de se institucionalizar um governo sujeito ao direito e à democracia. Cada um deles certamente merecerá análise cuidadosa em reações futuras a esse livro. Ainda é uma questão não resolvida se o autor retrata fielmente os “Partidários” e os “Críticos”, já que não há uma demonstração clara de que muitas teorias conhecidas do controle de constitucionalidade de fato se baseiam numa “visão rígida das declarações de direitos”, segundo propõe o autor. Essa resenha pretende propor duas questões iniciais que o livro me provocou.

Primeiro, em que medida esse argumento representa uma “revolução copernicana no nosso pensamento” sobre controle de constitucionalidade, como defende o autor (Ibid, p. 213)? Em passagens importantes do livro, o autor subscreve alguns argumentos clássicos de Ronald Dworkin sobre o assunto, em especial o que defende que juízes são mais capazes, devido às suas condições de deliberação e técnicas de argumentação, a atingir melhores decisões de princípio e a elevar o nível do debate público. Waluchow não analisa explicitamente, porém, dois outros conceitos centrais de Dworkin que parecem ter alguma similaridade com as suas idéias, a saber, a leitura moral da constituição e o ideal de integridade por trás da argumentação a partir de precedentes. Por essa razão, apesar de o livro me parecer mais do que uma resposta dworkiniana a Waldron (e apesar de algumas breves dicas do autor, na p. 227, sobre as suas discordâncias em relação à Dworkin), é ainda difícil distinguir os dois projetos teóricos

Em segundo lugar, num novo artigo, tentando responder a algumas reações contra seu recente trabalho, Waldron considera explicitamente a argumento de que juízes estão melhor preparados para lidar com a particularidade dos casos concretos: “Isso é quase um mito. No momento em que os casos alcançam os níveis recursais superiores (...) quase todo vestígio original de carne e osso dos detentores de direitos desapareceu, e o debate gira simplesmente em torno das questões abstratas dos direitos em disputa. (...) Casos difíceis produzem direito ruim, [7] geralmente se diz. Na medida em que isso é verdade, parece-me que parlamentos estão muito melhor posicionados para avaliar um caso individual em relação a uma questão geral de direitos que afeta a milhões” (Waldron, 2006, p. 1379).

Essa nova objeção traz um ponto relevante, o qual é ainda mais claro em sistemas que adotam o modelo abstrato de controle de constitucionalidade ao estilo germânico, onde o caso concreto não tem sequer que existir para que juízes possam revogar uma lei. Se as particularidades e circunstâncias imprevistas de casos difíceis não estão em jogo, mas apenas um juízo moral abstrato sobre uma lei, seria a metodologia do “common law” ainda uma vantagem comparativa de juízes? Waluchow certamente tem muitos outros argumentos no seu arsenal para enfrentar essa questão, mas, ao menos que seja capaz de demonstrar que essa metodologia também está presente no controle de constitucionalidade abstrato, quando diante dessa variação institucional, ele perde uma poderosa arma de sua teoria (caso sua intenção seja a de construir uma teoria de aplicação geral, como ele parece intentar, e não apenas aplicável a certos sistemas de “common law”).

A teoria constitucional já se beneficiou muito desse debate, e nosso entendimento do papel das cortes foi certamente refinado pelos dois autores. Teóricos do direito e da constituição agora torcem para que Waldron re-avalie seus argumentos à luz dos desafios de Waluchow. No seu último artigo, Waldron fez algumas concessões aos seus críticos, e

passou a admitir que o controle de constitucionalidade seja aceitável em situações que não espelhem o que ele chamou de “caso paradigmático”. [8] Basicamente, uma comunidade se encaixa no “caso paradigmático”, e portanto não precisa de controle de constitucionalidade, se ela atinge certas condições qualitativas relacionadas às suas instituições e ao modo como sua cultura política lida com direitos individuais.

O livro de Waluchow nos permite especular que ele concordaria com Waldron em relação às condições nas quais o controle de constitucionalidade seria desnecessário (Ibid, p. 256), mas discordaria radicalmente quanto à existência de qualquer democracia contemporânea que cumpra os requisitos que Waldron exige. Waluchow diria que “é melhor reintroduzirmos uma boa medida de realismo” em relação a desenho institucional (Ibid, p. 249). Em outras palavras, mesmo que aceite a rejeição de Waldron ao injusto contraste, tradicionalmente feito pela teoria do direito, entre a “figura cor-de-rosa” [9] dos juízes e a “figura cínica” dos legisladores, a solução não é retratar os últimos sob o mesmo grau inatingível de idealismo, mas a de perseguir um equilíbrio razoável dos dois lados.

Esse livro passa provavelmente a integrar o cânone da literatura do direito constitucional, não apenas porque oferece uma justificativa sólida para a existência do controle de constitucionalidade, mas também porque dá uma convincente orientação sobre como este controle deveria ser exercido. Uma mensagem que poderíamos adicionar, apenas para lembrar o leitor que ainda considera o “common law”, no campo do direito constitucional, um mundo que não tem nada a oferecer para os sistemas de “civil law”, é que essa metodologia apontada no livro constitui também uma importante ferramenta para cortes constitucionais do “civil law”, as quais muitas vezes não se importam em desprezar o valor de precedentes e da integridade, para não falar do desenvolvimento incremental e transparente dos direitos fundamentais, como um meio de justificar sua legitimidade numa democracia.

Notas de rodapé:

[1] Agradeço ao *Cambridge Law Journal* pela autorização para traduzir a resenha original, publicada no volume de junho de 2007, para o português. Nessa versão, acrescentei alguns esclarecimentos em notas de rodapé, mas mantive a mesma estrutura do texto original.

[2] Tradução de “standard case”.

[3] Tradução de “entrenched”, referindo-se a declarações de direitos típicas de constituições rígidas, ou seja, que não podem ser alteradas por qualquer decisão legislativa ordinária, ou mesmo imutáveis, como as cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988.

[4] Tradução de “entrenched”, referindo-se a declarações de direitos típicas de constituições rígidas, ou seja, que não podem ser alteradas por qualquer decisão legislativa ordinária, ou mesmo imutáveis, como as cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988.

[5] Optei por traduzir a imagem de “living tree constitutions” por “constituições mutáveis”, pois isso capta razoavelmente o sentido adotado pelo autor e por não haver encontrado expressão fiel a esse sentido dentro da língua portuguesa.

[6] Tradução de “bottom up”. Nessa parte do livro, como ficará claro, o autor contrasta dois tipos de métodos de regulação jurídica: o método “de cima para baixo” (“top down”), típico de legislações abstratas e codificadas, e o método “de baixo para cima” (“bottom up”), correspondente ao desenvolvimento por meio de uma sucessão de precedentes judiciais.

[7] Tradução de “Hard cases make bad law”, frase de Oliver Wendell Holmes que se tornou clássica na teoria jurídica americana para referir-se aos perigos da criação judicial em casos difíceis.

[8] Tradução de “core case”.

[9] Tradução de “rosy picture”.