

**NOVAS FRONTEIRAS
DA TEORIA DO DIREITO:**

da filosofia moral à psicologia experimental

Apoio:



Organizadores:
Noel Struchiner
e
Rodrigo de Souza Tavares

NOVAS FRONTEIRAS DA TEORIA DO DIREITO:

da filosofia moral à psicologia experimental



Rio de Janeiro
2014

© **PoD Editora**
Rua Imperatriz Leopoldina, 8 sala 1110
Pça Tiradentes – Centro
Rio de Janeiro – 20060-030
Tel. 21 2236-0844 – 98498-7057
atendimento@podeditora.com.br
www.podeditora.com.br

© **Editora PUC-Rio**
Rua Marquês de S. Vicente, 225
Projeto Comunicar – casa Agência/Editora
22451-900 | Gávea – Rio de Janeiro, RJ
Telefax: (21)3527-1760/1838
edpucRio@puc-rio.br
www.puc-rio.br/editorapucRio

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por quaisquer meios (eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação) ou arquivada em qualquer sistema ou banco de dados sem permissão escrita das Editoras.

Conselho Editorial - PoD Editora

Antonio Carlos Ritto UERJ - IME
Estrella Bohadana UERJ - EDU
Marinilza Bruno UERJ - IME
Sérgio Sklar UERJ - EDU

Conselho editorial PUC-Rio

Augusto Sampaio
Cesar Romero Jacob
Hilton Augusto Koch
Fernando Sá
José Ricardo Bergmann
Luiz Alencar Reis da Silva Mello
Luiz Roberto Cunha
Miguel Pereira
Paulo Fernando Carneiro de Andrade
Sergio Bruni

Diagramação:
PoD Editora

Capa:
João Luiz Struchiner

Revisão:
PoD Editora

Impressão e Acabamento:
Control C – Impressos sob Demanda

CIP-Brasil. Catalogação-na-Fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

N811

Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental / organização Noel Struchiner, Rodrigo de Souza Tavares. - 1. ed. - Rio de Janeiro : PoD: PUC-Rio, 2014.

220p. il.; 21cm
inclui bibliografia e índice

ISBN (PoD Editora) 978-85-8225-059-4

ISBN (Ed. PUC-Rio) 978-85-8006-162-8

1. Direito. 2. Direito - Filosofia. I. Struchiner, Noel. II. Tavares, Rodrigo de Souza.

15-20004
17.12.14

CDU: 34

19.12.14



Reitor

Pe. Josafá Carlos de Siqueira, S.J.

Vice-Reitor

Pe. Francisco Ivern Simó, S.J.

Vice-Reitor para Assuntos Acadêmicos

Prof. José Ricardo Bergmann

Vice-Reitor para Assuntos Administrativos

Prof. Luiz Carlos Scavarda do Carmo

Vice-Reitor para Assuntos Comunitários

Prof. Augusto Luiz Duarte Lopes Sampaio

Vice-Reitor para Assuntos de Desenvolvimento

Prof. Sergio Bruni

Decanos

Prof. Paulo Fernando Carneiro de Andrade (CTCH)

Prof. Luiz Roberto A. Cunha (CCS)

Prof. Luiz Alencar Reis da Silva Mello (CTC)

Prof. Hilton Augusto Koch (CCBM)

Sumário

Introdução	9
Apresentação dos Autores	17
PARTE I - Direito & Moral.....	19
CAPÍTULO I	
O encontro da filosofia analítica com a metáfora: a “Árvore Viva” da interpretação judicial.....	21
	<i>W.J. Waluchow</i>
CAPÍTULO II	
Tentando fincar raízes em areia movediça: algumas dificuldades com a con- cepção de Waluchow sobre uma verdadeira moral da comunidade	49
	<i>Noel Struchiner e Fábio Perin Shecaira</i>
CAPÍTULO III	
Respostas a partir da perspectiva do constitucionalismo da “Árvore Viva”	63
	<i>W.J. Waluchow</i>
CAPÍTULO IV	
Devem os juízes considerar argumentos morais?	71
	<i>Jeffrey Brand-Ballard</i>
PARTE II - Direito, Psicologia & Experimentos	107
CAPÍTULO V	
Direito & Emoções: uma proposta de cartografia.....	109
	<i>Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares</i>
CAPÍTULO VI	
Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça.....	137
	<i>Noel Struchiner e Pedro H. V. Chrismann</i>
CAPÍTULO VII	
Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?	171
	<i>Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando</i>

Introdução

Este livro foi viabilizado com o apoio da FAPERJ, por meio do Programa Jovem Cientista do Nosso Estado (Edital de 2011). Na ocasião, foi submetido o projeto intitulado “Decidindo sobre como decidir: estudos sobre a tomada de decisão jurídica”, cuja pretensão maior era compreender como os chamados “casos difíceis do direito” são gerados e como são e devem ser solucionados. Trata-se de um tema que vem ocupando o nosso grupo de pesquisa, o Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS), há muitos anos. O livro traz uma pequena, mas representativa amostra das discussões travadas e questões investigadas durante o transcurso da vigência do fomento e mostra, também, a evolução nas preocupações do grupo. É importante ressaltar que antes de sermos NERDS éramos apenas NERD, ou Núcleo de Estudos sobre Razão e Direito. O “S”, para dar conta dos sentimentos morais, foi incluído mais recentemente, e pretendemos reconstruir brevemente nessa introdução o caminho que levou à alteração.

Os estudos anteriores foram amplamente conduzidos recorrendo-se a autores de teoria do direito e filosofia da linguagem, mais especificamente, fazendo uso dos trabalhos de teóricos analíticos do direito (como Frederick Schauer, Wil Waluchow e Herbert Hart) e autores da filosofia da linguagem ordinária (como Wittgenstein, Waismann e Austin). Antes da inclusão do “S”, nossas discussões perpassavam as tradicionais questões da filosofia do direito a respeito das relações entre direito e moral, entrando em debates sobre jusnaturalismo, positivismo inclusivo, positivismo exclusivo, etc. Precisávamos entender melhor o que é o direito para identificar os seus problemas e, dessa forma, começar a pensar em soluções. Sempre entendemos que a tarefa conceitual deveria preceder a tarefa normativa. Mas realizávamos essa empreitada trabalhando exclusivamente dentro dos cânones estabelecidos pela teoria analítica do direito.

Embora aqui não seja o lugar adequado para retomar essas discussões de forma aprofundada, cabe destacar uma maneira especialmente relevante de aproximação entre direito e moral explorada nos dias de hoje: as formulações normativas no campo jurídico evidentemente contêm muitos conceitos “moralmente carregados” – conceitos que são emprestados da ética, como podem ser a dignidade, a igualdade, a justiça, a equidade, entre outros. Os princípios jurídicos inscritos no texto constitucional tipicamente incorporam esses conceitos, que são vagos, e têm significados altamente disputados. Mas o ponto é que, quando o direito incorpora conceitos morais, as decisões judiciais passam a se aproximar das decisões morais¹.

Vejamus um exemplo de linguagem moralmente carregada no direito: a Constituição do Brasil proíbe o tratamento desumano ou degradante (Art. 5º, inc. III). Há, sem dúvida, casos claros de tratamento desumano ou degradante (a escravidão, por exemplo), mas há tantos outros casos cuja classificação nos elude. Para determinar se certos comportamentos são desumanos, há que se recorrer a alguma teoria moral sobre o tipo de vida a que todos temos direito como seres humanos. Não há dúvida de que haverá desacordo sobre a teoria correta. Indivíduos de diferentes convicções morais discordarão, por exemplo, sobre como formular uma legislação trabalhista que seja suficientemente humana, sobre a forma de tratamento que deve ser dispensada aos presidiários, sobre o tipo e a qualidade de serviços públicos que devem

¹ Além disso, mesmo quando não estamos lidando com normas que apresentam categorias moralmente carregadas, é possível que uma regra clara produza um resultado indesejado por ser insatisfatório do ponto de vista de algum outro princípio normativo ou ético e, então, surge a questão sobre se a resposta que deveria ser dada é aquela ditada pelo direito ou aquela determinada pela moral. Por último, todo sistema jurídico pode gerar situações nas quais, seja por causa da ausência de normas, de inconsistência normativa, ou por indeterminação linguística, o agente decisório deve empregar o seu poder discricionário, o que frequentemente envolve engajar-se em algum tipo de posicionamento moral.

estar disponíveis, etc. O que parece mais significativo aqui é que ao usar uma linguagem moral vaga como essa, o constituinte convidou (intencionalmente ou não) à reflexão moral – algo que ele não teria feito caso tivesse definido melhor as noções de tratamento desumano e degradante.

Mas se o uso de conceitos morais pelo direito arremessa o responsável pela tomada de decisão jurídica para dentro do terreno da moralidade, então torna-se importante saber como são realizados julgamentos morais. Sendo assim, é fundamental compreender a dinâmica cognitiva e emotiva envolvida na compreensão e aplicação de diretivas morais. As teorias que discutimos no passado pouco falavam sobre aspectos empíricos atrelados à psicologia da decisão e não abordaram o importante tema relativo ao papel exercido pelas emoções nas decisões morais e jurídicas. Temos tentado suprir essa lacuna. Como a implicação desses conceitos moralmente carregados no direito é obrigar os juízes a se engajarem em processos de julgamento moral, não podemos ignorar a larga história de pesquisa sobre psicologia moral, que tem muito a oferecer ao mais recente estudo sobre psicologia judicial.

Embora o conhecimento científico sobre o julgamento moral tenha avançado muito, a estrutura cognitiva dos julgamentos judiciais e legais ainda é basicamente desconhecida. Em termos gerais, a investigação psicológica sobre cognição legal e judicial é ainda muito limitada. Esta aproximação empírica pode oferecer contribuições normativas passíveis de serem implementadas na prática do direito, já que apresentarão um grau apropriado de aderência com o que ocorre na realidade. Ao desvelar a base psicológica da cognição jurídica, tais pesquisas podem ajudar a melhorar tanto nossas posturas teóricas e modelos jurídicos, como nosso comportamento punitivo e práticas judiciais.

Para entender o modo de funcionamento do julgamento moral, realizamos uma série de seminários com vários professores estrangeiros. Em dezembro de 2010, por meio de um edital

PAEP, foi possível trazer filósofos e psicólogos para discutirem a questão da tomada de decisão moral e jurídica na PUC-Rio. Contamos com a participação de Fiery Cushman, Edouard Machery, Thomas Nadelhoffer, David Pizarro, e Jesse Prinz. Como resultado, organizou-se um livro intitulado *Ética e Realidade Atual: Implicações da Abordagem Experimental*, publicado pela Editora da PUC-Rio em 2011, reunindo contribuições dos participantes do evento.

Esse evento consolidou a transformação do NERD em NERDS, já que percebemos que não seria possível mais abrir mão de uma abordagem interdisciplinar e empírica para avançar em nossas pesquisas. Para poder prescrever adequadamente, é fundamental conhecer a estrutura e a arquitetura cognitiva (racional e emotiva) dos agentes destinatários das prescrições: em outras palavras, conhecer a nós mesmos. Se não levamos em consideração como efetivamente tomamos as nossas decisões e nos comportamos, o risco é construir uma teoria de ética normativa (e também uma teoria normativa da adjudicação judicial) baseada em uma psicologia moral equivocada e alijada da prática. O filósofo moral (ou do direito) não deve ficar o tempo todo na poltrona, realizando uma filosofia de gabinete, um mero exercício conceitual que ignora o mundo ao seu redor.

Filósofos do direito frequentemente querem prescrever como deve ser a prática jurídica de tal forma que ela possa ser considerada moralmente apta. Filósofos e teóricos do direito costumam, por exemplo, defender fortemente suas teorias normativas da adjudicação (na maior parte, teorias normativas baseadas nos trabalhos de Dworkin e Alexy) de forma idealizada e sem considerar dados importantes que pretendemos levantar. Porém, é salutar sempre manter em mente, ao construir uma teoria normativa ou sugerir reformas institucionais, o “Princípio do Realismo Psicológico Mínimo” de Owen Flanagan, que diz que devemos “ter certeza, quando construindo uma teoria moral ou projetando um ideal moral, que o caráter, o processamento da decisão e

o comportamento prescrito são possíveis, ou percebidos como possíveis, para criaturas como nós.” Além disso, reconhecendo os problemas mais recorrentes no direito, podemos discutir quem está mais apto para tomar que tipo de decisão e como essas decisões devem ser tomadas e começar a esboçar uma teoria de modelagem institucional.

A inclusão do “S” no NERD(S) representa essa guinada empírica do grupo, agora mais interessado em questões de psicologia moral experimental e suas aplicações jurídicas. O livro reproduz essa guinada por meio de sua apresentação em duas partes: uma parte com artigos mais tradicionais e outra com artigos inscritos nessa virada empírica. O debate sobre as relações entre direito e moral está, sem dúvida alguma, fincado no centro da teoria do direito. Mas, neste livro, movemo-nos do centro deste campo em direção às suas fronteiras, para discutir temas ainda pouco mencionados, sobretudo na literatura jurídica brasileira. Tal empresa de exploração teórica nos levou a abordar primeiramente as contribuições da filosofia moral para o campo do direito e, por fim, desembocar nas recentes contribuições que a psicologia moral experimental tem fornecido sobre o funcionamento da mente humana.

A primeira parte traz um diálogo entre expoentes estrangeiros e autores nacionais da teoria do direito. Nela são discutidas as implicações da moralidade para as atividades de interpretação e adjudicação das normas jurídicas, sobretudo daquelas de estatura constitucional. Esse diálogo estabelece a base conceitual a partir da qual se desenvolve a segunda parte do livro. Nesta outra, são incorporadas investigações de cunho empírico sobre o fenômeno moral. Partindo das últimas descobertas das ciências cognitivas a respeito de como os seres humanos decidem e pensam questões morais, são elaboradas algumas reflexões importantes para o direito, tais como as influências das emoções na elaboração legislativa e nas decisões judiciais, a maneira como decidimos sobre punições ou, ainda, como deliberamos e fundamentamos nossas posições diante de *hard cases* que envolvem dilemas morais.

Mais detalhadamente, na primeira parte deste livro estão reunidos os debates travados por Wil Waluchow, Noel Struchiner e Fábio Shecaira nas páginas da revista *Problema*, periódico de filosofia do direito organizado pelo *Instituto de Investigaciones Jurídicas* da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), e um artigo de Jeffrey Brand-Ballard. Todos os artigos são inéditos em português. Os capítulos dessa parte abordam, fazendo uso de ferramentas da teoria analítica do direito, alguns problemas concernentes à relação entre direito e moral.

O primeiro capítulo apresenta um resumo das teses centrais de Wil Waluchow – publicadas em sua obra *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (Cambridge University Press, 2009). Neste capítulo Waluchow defende uma nova maneira de compreender cartas de direitos: não mais como sendo capazes de estabelecer pontos fixos de referência para as questões morais mais fundamentais de uma comunidade, mas sim como árvores vivas. Cartas de direitos, quando concebidas como árvores vivas, permitem construir uma teoria do controle de constitucionalidade que visa a atender, simultaneamente, aos imperativos de estabilidade e adaptabilidade, tão caros para H.L.A. Hart.

O capítulo dois apresenta a crítica de Struchiner e Shecaira à empreitada de Waluchow. Os autores se concentram na análise das possibilidades de orientação oferecidas pela noção de “moralidade da comunidade” concebida por Waluchow na obra *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Essa noção, embora não apareça de forma desenvolvida no primeiro capítulo mencionado no parágrafo acima, é crucial para que Waluchow seja bem sucedido na sua tentativa de desenvolver um mecanismo de controle de constitucionalidade que apresente simultaneamente as virtudes da estabilidade e adaptabilidade. Ao final, concluem que, diante do pluralismo de valores das sociedades modernas, esta noção carece do grau de determinação necessário para orientar decisões judiciais e, assim, oferecer um grau satisfatório de estabilidade à teoria do controle de constitucionalidade.

O capítulo três contém a réplica de Waluchow. Nela o autor defende sua noção de “moralidade constitucional da comunidade” contra o ceticismo presente nas críticas formuladas por Struchiner e Shecaira.

O capítulo quatro (o último da primeira parte do livro) traz as considerações de Brand-Ballard sobre os deveres de um juiz naquelas hipóteses de adjudicação que chama de “casos de resultado subótimo”: casos nos quais o direito, compreendido e aplicado de maneira apropriada, requer que os juízes alcancem um certo resultado, a despeito do fato de que argumentos morais convincentes podem ser oferecidos contra esse resultado. Ele questiona se nesses casos os juízes devem considerar argumentos morais cujas conclusões contradizem o direito, ou seja, se tais argumentos extrajurídicos devem receber algum peso. Alguns juristas insistiriam que os juízes não devem atribuir peso algum a tais argumentos (tese do solapamento), mas Brand-Ballard discorda.

A segunda parte deste livro representa uma guinada em direção à investigação empírica como suporte das análises jurídicas. Partindo de investigações descritivas sobre o funcionamento da moralidade, desenvolvidas sobretudo no âmbito da psicologia experimental, os autores traçam reflexões sobre temas de teoria do direito. Todos os capítulos desta parte representam parcerias desenvolvidas no âmbito do grupo de pesquisa NERDS – Núcleo de Estudo sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais, liderado pelo professor Noel Struchiner na PUC-Rio.

O capítulo cinco, escrito por Struchiner e Tavares, traz uma proposta de mapeamento conceitual de um subcampo efervescente na teoria do direito, dedicado à análise das interações entre direito e emoções. Esta área de estudo, embora recente no Brasil, já apresenta significativo grau de desenvolvimento e complexidade, atraindo interesse cada vez maior da comunidade jusfilosófica mundial, conforme testemunha a escolha deste tema como eixo central do congresso internacional que será realizado no ano de 2015 em Washington, pela Associação Internacional de Filo-

sofia do Direito e Filosofia Social – IVR. O capítulo pretende reduzir essa complexidade e guiar o leitor num primeiro contato com esta temática inovadora.

O capítulo seis, de Struchiner e Chrismann, trata de algumas repercussões dos mecanismos psicológicos ligados à aplicação e ao recebimento de sanções na esfera do direito. Afirma, em síntese, que a filosofia do direito deve fazer um esforço para integrar diferentes informações sobre as punições, sejam oriundas de investigações empíricas ou conceituais, para fornecer uma explicação mais adequada do fenômeno jurídico e para construir teorias normativas mais factíveis.

Finalmente, o capítulo sete aborda o tema dos casos difíceis do direito a partir de uma perspectiva descritiva e realista. Valendo-se principalmente da teoria de Jonathan Haidt sobre o funcionamento intuitivo e social da atividade de realização de juízos morais, Struchiner e Brando enfatizam a utilidade da pesquisa empírica para compreensão dos processos de tomada de decisão jurídica, mormente no que tange aos casos difíceis moralmente carregados.

Com este livro, espera-se renovar um pouco a área de filosofia/ teoria analítica do direito, que é a área à qual sempre nos dedicamos. Acreditamos que a maneira de evitar a estagnação em certas áreas é olhar um pouco para áreas afins e realizar pesquisas com abordagens múltiplas, oriundas de diversas disciplinas. Espera-se, com isso, equacionar antigos problemas da teoria do direito por um prisma inovador. Na presente obra, pretendemos recorrer principalmente aos estudos de psicologia moral e filosofia moral experimental. Convidamos os leitores para seguir o percurso proposto pelos autores desta coletânea para conhecer as instigantes questões que estão nas fronteiras da teoria jurídica contemporânea.

Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares

Apresentação dos Autores

Noel Struchiner (Organizador e autor) é Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Filosofia na mesma instituição. Também é Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS) e do Núcleo de Ética da PUC-Rio (ERA-Ética e Realidade Atual). É bolsista Jovem Cientista do Nosso Estado (FAPERJ) e bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998), mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2001) e doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005) com período sanduíche na Universidade de Harvard (2004). Foi pesquisador visitante na Universidade de Brown em 2012 no Departamento de Ciências Cognitivas, Linguística e Psicologia.

Rodrigo de Souza Tavares (Organizador e autor) é Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela UGF (2008), e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Wil Waluchow (Autor) é Professor do Departamento de Filosofia da McMaster University, Senator William McMaster Chair in Constitutional Studies. Também é membro adjunto do Graduate Faculty of Osgoode Hall Law School, Toronto. Possui bacharelado (B.A.) e mestrado (M.A.) em filosofia pela University of Western Ontario (Huron University College) e doutorado (Ph. D.) em filosofia do direito pela Universidade de Oxford, onde estudou sob a orientação de Herbert H. L. A. Hart.

Fábio Perin Shecaira (Autor) é Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia (IFCS, UFRJ). Doutor em filosofia (McMaster University, estágio doutoral em Harvard Law School). Mestre em filosofia (UFRJ).

Jeffrey Brand-Ballard (Autor) é Professor Associado de Filosofia da Columbian College of Arts & Sciences da George Washington University, DC. Também faz parte do quadro de docentes da Trachtenberg School of Public Policy and Public Administration Faculty na mesma instituição. Possui mestrado (M.A.) e doutorado (Ph. D.) pela Universidade de Michigan – Ann Arbor – e Doutorado em Direito (J.D.) pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan.

Pedro Henrique Veiga Chrismann (Autor) é doutorando do programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante na Brown University. Professor Substituto do Departamento de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Marcelo Santini Brando (Autor) é Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

PARTE I

Direito & Moral

CAPÍTULO I

O encontro da filosofia analítica com a metáfora: A “Árvore Viva” da interpretação judicial*

W.J. Waluchow**

Seção I: Cartas de direitos e as circunstâncias da política

Cartas constitucionais (*Charters*) e declarações de direitos (*Bills of Rights*) são normalmente anunciadas como algo bom¹. Elas são geralmente aplaudidas pelas proteções que supostamente oferecem a minorias e indivíduos vulneráveis, e pela sua contribuição para a defesa de direitos liberais democráticos fundamentais. Mas as cartas têm quem as detratem. Alguns críticos argumentam que as cartas não são capazes de cumprir a função que lhes atribuem seus defensores, e dizem também que as cartas são moral e politicamente censuráveis. Neste artigo, eu respondo algumas das objeções mais sérias dos críticos, desafiando a própria concepção das cartas e das suas aspirações que parece ser assumida pelos críticos – e que também é assumida por aqueles que veem as cartas como coisas boas, um grupo que chamarei de “Defensores”². O

* Traduzido por Bernardo Abreu de Medeiros, Janaina Roland Matida e Fábio Perin Shecaira. O presente trabalho foi originalmente apresentado na PUC-Rio. Agradecemos ao Consulado Geral do Canadá por viabilizar a visita do Prof. Waluchow.

** “Senator William McMaster Chair in Constitutional Studies”, Professor do Departamento de Filosofia da McMaster University.

¹ Nas linhas que seguem, eu farei referência apenas a cartas (*Charters*), mas tudo o que eu disser sobre elas aplica-se igualmente a qualquer outro instrumento constitucional escrito (por exemplo, a Constituição da Espanha) que reconheça direitos fundamentais de moralidade política.

² Daqui em diante, refiro-me a esses indivíduos como “Defensores”, embora queira deixar claro que essa classe de indivíduos inclui uma variedade de auto-

pressuposto compartilhado por muitos Críticos e Defensores é que as cartas pretendem fornecer pontos fixos de acordo e compromissos prévios que imponham limites morais apropriados ao poder do governo. Os Defensores argumentam que, além de possíveis, esses pontos fixos e estáveis também são moral e politicamente desejáveis. Os Críticos, como eu disse há pouco, desafiam ambas as afirmações. Por exemplo, eles argumentam que o acordo e os compromissos prévios tipicamente pressupostos pelos Defensores não podem existir naquilo que Jeremy Waldron chamou de “circunstâncias da política”. Essas circunstâncias consistem na “necessidade que os membros de [sociedades pluralistas] sentem por uma estrutura, decisão ou forma comum de agir em relação a algum assunto, mesmo diante do desacordo sobre qual deveria ser aquela estrutura, decisão ou forma de agir” (Waldron, 1999, p. 102). Esse desacordo abrange a discussão sobre se devemos adotar uma carta, que direitos incluir nela, e como esses direitos devem ser interpretados e aplicados em casos concretos. De acordo com Waldron, “tratando-se de escolhas constitucionais, parece que tudo está sujeito a desacordo” (*ibid.*, p. 295). Agora, se as pessoas em sociedades pluralistas não conseguem concordar a respeito do conteúdo dos limites morais sacramentados em suas cartas de direitos, não faz sentido dizer que elas podem comprometer-se previamente com esses limites como se fossem pontos fixos e estáveis de limitação constitucional dentro dos quais espera-se que o poder do governo seja exercido. E se as pessoas não são capazes de fazer tais compromissos antecipados, então também não são possíveis os outros benefícios e proteções supostamente gerados pelas cartas – e nós, portanto, não temos uma boa razão para adotá-las.

Se essa ideia comum a respeito da função das cartas for aceita, então creio que a partida acabou e os Críticos podem

res que argumentam em defesa das cartas de maneiras diferentes. Defensores na literatura filosófica incluem Dworkin, Rawls e Samuel Freeman. Aqueles que, como Waldron, argumentam contra práticas de controle de constitucionalidade pelo judiciário (*judicial review*) serão chamados de “Críticos”, embora também não componham um grupo inteiramente uniforme.

ser declarados vencedores – um resultado infeliz para aqueles que, como eu, ainda acreditam que as cartas são coisas boas para sociedades liberais democráticas. Portanto, em vez de enfrentar os argumentos dos Críticos dentro do quadro teórico estabelecido pela concepção comum, vou delinear algumas razões para adotar um quadro alternativo de acordo com o qual as cartas não aspiram – ou pelo menos não precisam aspirar – ao estabelecimento de pontos fixos de acordo e de compromisso prévio; e, o que é importante, elas não precisam pressupor um nível injustificado de confiança na correção de nossos juízos sobre direitos morais. Na verdade, as cartas representam uma mistura de acordo e compromisso prévio muito modestos com uma medida considerável de cautela, humildade e, se meus argumentos estiverem corretos, sabedoria. Longe de se basear na noção duvidosa de que autores constitucionais têm respostas certas para os tipos de questões controvertidas de moralidade política que surgem na interpretação das cartas de direitos – respostas que lhes cabe sacramentar e impor sobre nós – minha alternativa deriva precisamente do oposto: do reconhecimento de que eles – e nós – não temos, na verdade, todas as respostas para essas perguntas sobre moralidade política, e que seria sábio projetar as nossas instituições políticas e legais sem ignorar esse aspecto da condição em que nos encontramos. Se enxergarmos as cartas sob essa nova luz – se, isto é, adotarmos uma espécie de revolução copernicana na forma como pensamos a seu respeito – poderemos começar a entender melhor não só por que as cartas podem nos ser úteis, mas também perceberemos uma forma clara de responder aos argumentos mais poderosos dos Críticos. Pelo menos esse é o meu argumento neste artigo – e no meu livro recente, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (2007), que contém uma defesa muito mais detalhada e elaborada dessas afirmações.

Seção II: Os argumentos dos críticos

1. O argumento da democracia

Um dos argumentos mais populares contra as cartas de direitos é que elas são incompatíveis com os princípios da democracia. As cartas limitam de maneira significativa as escolhas que estariam abertas aos órgãos legislativos, e esses limites são muitas vezes aplicados por juízes que não respondem a um eleitorado, e que alcançam a sua posição por meio de nomeação. Mas esse arranjo, argumenta-se, só serve para frustrar a vontade do povo, que se expressa através dos seus representantes eleitos. Não basta responder - como já fizeram alguns juízes em certas ocasiões - que o próprio “povo” optou por impor esses limites judicialmente aplicáveis sobre seu poder democrático, e a razão é simples. Com a possível exceção de cartas muito recentes, esses limites foram determinados há muitos anos, e isso leva a uma pergunta difícil: Por que deve “o povo de hoje” ter suas escolhas atuais limitadas por aquilo que “o povo de ontem” teria considerado limites apropriados para serem fixados em uma constituição? Essa pergunta é particularmente desafiadora à luz da consideração de que não costuma ser fácil modificar no futuro os limites entrenchados em constituições. Isso parece absolutamente incompatível com a noção de autogoverno *contínuo* que está no centro dos ideais democráticos. Em vez de sermos escravos de um ditador militar, um rei ou um déspota, agora somos escravos de gerações anteriores, e de juízes não-eleitos, a quem pedimos que decidam questões fundamentais de moralidade política em nosso lugar. De acordo com os Críticos, uma carta aplicada judicialmente é uma admissão depreciativa de que é melhor para nós, as pessoas de hoje, deixar que as gerações anteriores, e uma pequena elite judicial, tomem por nós as nossas decisões sobre moralidade política. Ainda que outras coisas possam ser ditas em defesa desse arranjo, não há como negar que ele não é nada democrático.

2. Juizes como reis platonicos

Uma segunda objeção, relacionada à primeira, é que a adoção de cartas de direitos se baseia na falsa premissa de que juizes são por algum motivo mais hábeis do que legisladores e cidadãos na forma como lidam com os assuntos políticos e morais controvertidos e profundamente complexos que surgem tipicamente na interpretação de uma carta de direitos. Mas não há absolutamente nenhuma razão para aceitar essa premissa, dizem os Críticos. Juizes não são melhores do que ninguém na determinação do conteúdo dos pontos fixos de compromisso moral prévio que uma carta supostamente representa. Embora sejam versados em direito, juizes não são, em nenhum sentido, autoridades morais. Também não são especialistas nos vários campos de política social com que lida tipicamente o governo. Eles certamente não exibem um grau de perspicácia superior àquele das autoridades governamentais cujas ações eles são chamados a julgar. Então por que devemos solicitar que *os juizes* decidam as questões difíceis e profundas de moralidade política que as cartas de direitos suscitam?

3. A ameaça de dissenso radical: Ulisses e o mastro

Ao explicar a natureza e o apelo das cartas de direitos, Defensores com inclinações filosóficas frequentemente se referem a uma analogia com a decisão de Ulisses, que quis ser amarrado ao mastro do seu navio. Assim como Ulisses sabe que enlouquecerá quando ouvir as sereias, nós sabemos que em algum momento seremos seduzidos pelas sereias do egoísmo, do preconceito, do medo, do ódio ou da simples cegueira moral, e seremos levados, na política cotidiana, a violar os direitos de concidadãos vulneráveis. E assim como Ulisses sabe que ele está racionalmente justificado em estabelecer, antecipadamente, um limite à sua liberdade de escolha e ação futura, nós, enquanto um povo, sabemos que estamos racionalmente justificados em nos atar ao mastro dos direitos constitucionais fixos e da sua aplicação, em nosso nome, pelos ju-

ízes³. De acordo com Waldron, o dissenso radical que existe nas circunstâncias da política tira toda a força dessa analogia. Mesmo que haja respostas corretas a questões sobre direitos morais, nós quase nunca concordamos a seu respeito. É, portanto, pura loucura acreditar que poderíamos em algum momento concordar sobre o que significam as cláusulas das cartas de direitos e sobre os limites morais que elas supostamente impõem. Mas se não conseguimos concordar sobre os limites relevantes, não podemos nos comprometer antecipadamente com eles e com sua aplicação pelos juízes. Como podemos nos amarrar ao mastro de direitos morais fixos se não sabemos sequer onde encontrá-lo?

4. Obsessão com palavras

Ainda outra objeção de Waldron a cartas escritas é que as palavras escolhidas para descrever os limites morais apropriados ao poder do governo (por exemplo, liberdade de fala *versus* liberdade de expressão) inevitavelmente impõem restrições artificiais sobre os debates acerca de direitos, limitando a nossa habilidade para lidar com circunstâncias e visões morais em transformação (Waldron, 1999, p. 201). Lidar com a transformação é mais fácil quando permitimos que a evolução dos nossos entendimentos a respeito de direitos morais seja refletida em princípios e precedentes mais flexíveis e verbalmente menos restritos, como os princípios e precedentes do *common law*. E é “ainda mais fácil se os direitos tomarem a forma de ‘entendimentos convencionais’ endossados pela comunidade política de maneira geral, como eles têm tomado no Reino Unido há muitos anos” (ibid., p. 221). Ao adotarmos uma estratégia alternativa, criamos a possibilidade de um discurso público menos preocupado com as fórmulas verbais e as obsessões semânticas que são características de boa parte da interpretação constitucional nos Estados Unidos, e nos fazemos mais capazes de articular as questões de substância moral que são realmente importantes. Precisamos, escreve Waldron, de me-

³ A formulação clássica desse argumento se encontra em Jon Elster (1984).

canismos institucionais para a proteção de direitos que estejam “livres do verbalismo obsessivo de uma carta escrita específica”. Precisamos, em outras palavras, simplesmente deixar de confiar nas cartas como meios para estabelecer limites apropriados ao poder do governo (*ibid.*, p. 221).

Seção III: A Árvore Viva e a concepção do *common law*

Esses são apenas alguns dos argumentos mais comuns contra as cartas de direitos e contra os argumentos mais comuns dos Defensores. Em cada caso, há repostas possíveis, algumas das quais já figuram na considerável literatura gerada pela crítica formidável de Waldron⁴. Mas, em vez de investir nessas respostas, gostaria de me concentrar na premissa comum que eu destaquei logo no início. Considere novamente todas as objeções que foram descritas. Em cada caso, a crítica se baseia na premissa crucial de que cartas de direitos pretendem incorporar pontos fixos de acordo e compromisso antecipado que servem para limitar o poder do governo. Com essa premissa implícita no lugar, o Crítico segue argumentando que as cartas ou falham em realizar essa aspiração nas circunstâncias da política, ou não merecem nossa fidelidade em uma democracia liberal democrática. O suposto fato do dissenso radical apoia a primeira conclusão, a saber, que as cartas simplesmente não são capazes de realizar a tarefa proposta pelos Defensores. Se, por alguma razão, continuarmos a insistir que as cartas realmente conseguem incorporar os ilusórios pontos fixos – talvez porque pensemos que eles podem ser estabelecidos através de fatores como a “intenção original” ou o “entendimento original” - então seremos levados a sérias preocupações relativas ao seu pedigree democrático, e também seremos levados a fazer aquela admissão ofensiva - de que é melhor deixar

⁴ Ver, por exemplo, Thomas Christiano, 2000, pp. 513 – 543; David Estlund, 2000, pp. 111 – 128; e Aileen Kavanagh, 2003, pp. 451 - 486. E ver o meu *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*.

muitas das nossas decisões mais fundamentais sobre moralidade política sob a responsabilidade de poucos juízes cuja função é aplicar limites impostos por gerações anteriores à nossa soberania democrática.

Se aceitarmos, portanto, a premissa comum, parece que temos motivos mais do que suficientes para rejeitar as cartas de direitos. No entanto, como alguém que teima em acreditar que uma carta pode realmente ser uma coisa boa para uma sociedade liberal democrática, não consigo deixar de imaginar que a sua rejeição equivalha a jogar fora o bebê junto com a água do banho⁵. Para determinar se esse é o caso, proponho que consideremos pelo menos dois fatores: (a) se concordamos com a premissa comum; e (b) se a carta particular que escolhemos adotar e as práticas particulares de interpretação que usamos para aplicá-la são projetadas para refletir essa premissa. Agora quero mostrar que há pouca razão para fazer qualquer uma dessas duas coisas. Meu argumento se inspira na análise penetrante que H.L.A. Hart ofereceu em *The Concept of Law* sobre os custos e benefícios associados ao estado de direito (*rule of law*) – uma análise que vou considerar agora.

De acordo com Hart, sempre que contemplamos formas jurídicas de regulação social, enfrentamos duas necessidades que competem entre si. Por um lado, precisamos de regras gerais que possam ser facilmente identificadas antecipadamente, e prontamente aplicadas sem a feitura de novos juízos e sem a consideração de valores subjacentes. Por outro lado, precisamos deixar espaço em alguns casos, no momento de aplicação das regras, para apelar a tais fatores. Isso se explica sobretudo porque situações imprevistas inevitavelmente surgem, e elas frequentemente revelam temas e questões que não poderíamos ter apreciado

⁵ * (N. do T.) Essa é a tradução literal da seguinte expressão idiomática: “to throw the baby out with the bath water”. A expressão é usada para sugerir que, no afã de corrigir os problemas de uma teoria ou de uma prática, também está sendo eliminado aquilo que a teoria ou a prática tem de positivo.

e resolvido de forma inteligente antes de considerá-las. Fatores familiares como a ignorância sobre fatos importantes, a indeterminação dos nossos próprios objetivos, tecnologias em evolução e assim por diante, todos se combinam para criar a possibilidade sempre presente de que regras bem formuladas levarão em alguns casos, ao serem aplicadas, a resultados absurdos ou indesejáveis em algum sentido. A busca de regras tão precisas a ponto de não deixar, no momento de aplicação, nenhum espaço para a ponderação e a discricionariedade quase sempre representa um ideal que não merece ser endossado. Felizmente, temos maneiras de evitar as armadilhas que acompanham esse tipo de formalismo jurídico rigoroso. Por exemplo, aquilo que Hart chama de “textura aberta” da linguagem frequentemente permite certa margem de liberdade. Às vezes essa margem surge por acidente, como acontece quando um caso difícil cai por acaso sob a “penumbra de incerteza” de Hart e pode-se aproveitar esse fato para decidir com base nos méritos do caso particular, sem preocupação (indevida) com a letra da lei. Mas, o que talvez seja mais importante, a textura aberta pode com frequência ser usada *propositada e antecipadamente* na feitura de regras. Em alguns cenários, podemos prever que surgirão casos em que um compromisso antecipado firme, mas cego, levaria a resultados legais insensatos ou moralmente problemáticos por algum outro motivo. Podemos saber desse fato *geral*, mesmo que não possamos prever os resultados indesejados específicos que provavelmente surgirão⁶. Nesse tipo de cenário, legisladores às vezes usarão termos como “razoável”, “justo” (*fair*), “devido cuidado” e assim por diante. Tais regras oferecem alguma medida de orientação prévia - devemos sempre tentar ser razoáveis, justos, tomar o devido cuidado etc. - ao mesmo tempo em que permitem que o cidadão e o juiz,

⁶ Pense em cenários que envolvam o uso de tecnologias em rápida evolução, como a internet. Ou cenários em que fatores individualmente significativos provavelmente estarão presentes na maioria dos casos regulados por uma regra - por exemplo, situações envolvendo o uso da força para repelir aparentes ameaças à pessoa e à propriedade.

mais tarde chamados a aplicar a norma, exercitem juízo crítico para evitar os resultados claramente indesejáveis que poderiam ser produzidos por uma regra de textura mais fechada. Pense, por exemplo, no direito anglo-americano sobre responsabilidade civil não-contratual ou aquiliana (*torts*), onde o conceito poroso de “razoabilidade” exerce um papel central. Aqui, as lições de Hart foram bem compreendidas, ainda que nem sempre devidamente apreciadas. No entanto, essas mesmas lições são amplamente ignoradas nos debates entre Críticos e Defensores. Meu objetivo é retificar essa deficiência teórica apelando às ideias de Hart. O resultado é uma teoria muito diferente acerca do papel que as cartas de direitos podem exercer para nós, uma teoria que está longe de ser ameaçada pelas circunstâncias da política. Pelo contrário, as cartas – ou pelo menos *algumas* cartas, interpretadas e aplicadas de maneira *correta* – podem ser vistas como uma resposta muito sensata a tais circunstâncias.

Minha teoria se inspira não só em Hart, mas em uma ideia articulada há muito por Lorde Sankey^{7*} no caso *Edwards*⁸, um marco no direito constitucional canadense, julgado em 1930 pelo Conselho Privado da Inglaterra, e hoje conhecido como “O Caso das Pessoas”. *Edwards* é famoso por duas razões: primeiro, ele estabeleceu que as mulheres são realmente “pessoas” para fins de nomeação ao senado canadense; segundo, ele introduziu no direito constitucional canadense a metáfora da “árvore viva”, uma ideia repetidamente endossada pelas cortes canadenses, e que possivelmente explica características centrais da constituição relativamente nova do Canadá e a abordagem típica das cortes canadenses em relação à sua aplicação e desenvolvimento⁹. Par-

⁷ * (N. do T.) “Lorde” é o título que se dá no Reino Unido aos membros da câmara alta do parlamento, a Câmara dos Lordes. Esse órgão executa historicamente tanto funções judiciais quanto legislativas.

⁸ *Edwards v. A.-G. Canada* [1930] A.C., p. 124.

⁹ Ver, por exemplo, *A.-G. Que. v. Blaikie* [1979] 2S.C.R. 1016, p. 1029 (sobre direitos relativos ao idioma); *A.-G. B.C. v. Canada Trust Co.* [1980] 2 S.C.R. 466, p. 478 (sobre o poder de taxar); *Law Society of Upper Canada v.*

tualmente relevante é a seção 1, que autoriza limitações razoáveis dos direitos constitucionais, sob a condição de que tais limitações sejam prescritas legalmente e que sejam “demonstravelmente justificadas em uma sociedade livre e democrática”¹⁰. O que é demonstravelmente justificado parece depender, de acordo com os tribunais canadenses, de um contexto social, político e jurídico em contínua transformação – quer dizer, de um contexto que se assemelha mais com uma árvore viva do que com uma paisagem estática. De acordo com essa concepção, direitos fixados constitucionalmente não aspiram de maneira alguma a criar pontos estáveis de acordo e compromisso antecipado. Pelo contrário, uma carta de direitos é, como disse o Conselho Privado em *Edwards*, “uma árvore viva capaz de crescimento e expansão dentro dos seus limites naturais”¹¹. Ela é, nesse sentido, análoga à doutrina da responsabilidade aquiliana no *common law* e aos seus conceitos centrais, conceitos como “previsibilidade razoável” e “devido cuidado”. Lembre-se agora da afirmação de Waldron de que, com cartas escritas, perdemos “nossa habilidade para desenvolver um discurso político livre e flexível”. A concepção da árvore viva procura mitigar essa perda ao combinar estabilidade com uma boa dose de adaptabilidade. Temos um documento escrito que sagra direitos constitucionais importantes, mas não de uma forma que os paralisa para sempre. Em vez disso, permite-se que os direitos em questão desenvolvam-se na medida em que os contextos mudam e que vários casos de sua aplicação surjam e sejam publicamente discutidos, debatidos e enfim julgados em lides constitucionais. Se essa concepção da árvore viva de fato for viável – e ela parece ser a opção usada no Canadá há algum

Shapinker [1984] 1 S.C.R. 357, p. 365 (sobre o direito de ir e vir). A ideia da constituição como uma “árvore viva” não é, obviamente, peculiar ao Canadá. Em outros lugares a ideia é expressa em teorias que falam simplesmente de uma “constituição viva”, capaz de “crescimento orgânico”.

¹⁰ Ver Ato Constitucional (*Constitution Act*), 1982, Parte I, seção 1, que pode ser encontrada em <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>.

¹¹ *Edwards*, p. 136.

tempo –, então nossa escolha não é simplesmente entre implementar uma carta de direitos ou rejeitá-la inteiramente. Também podemos escolher o *tipo* de carta que queremos adotar e a *abordagem* que desejemos empregar quanto à sua compreensão, interpretação e implementação. Ademais, escolhendo a concepção da árvore viva, podemos colher muitos dos benefícios pelos quais as cartas são celebradas, ao mesmo tempo em que evitamos quase todas as potenciais desvantagens que os Críticos corretamente enfatizam.

Assim, tratar as cartas como “árvores vivas” gera um tipo de flexibilidade no momento de aplicação que nos permite acomodar a segunda das duas necessidades fundamentais de Hart. Mas o que dizer da primeira necessidade de Hart, de regras que possam ser aplicadas com segurança sem apelo a considerações políticas e valores subjacentes? Como pode uma carta viva ser compatibilizada com esse requisito fundamental do estado de direito? Para encontrar uma resposta plausível, basta olhar para o *common law* – um sistema de regulação legal que tem sido, historicamente, mais ou menos capaz de satisfazer ambas as exigências de Hart¹². Apesar da sua sabida adaptabilidade, é importante que não subestimemos a habilidade do *common law* para lidar com a necessidade de estabilidade e orientação antecipada. Aqui está o que Hart disse a respeito: “Apesar [da capacidade que as cortes têm de distinguir e revogar precedentes]^{13*}, o resultado

¹² Ao tomar o *common law* como modelo, eu não pretendo sugerir que só ele é capaz de lidar com as duas necessidades de Hart. Estou certo de que aquilo que digo aqui se aplica em larga escala a sistemas de *civil law* também. Atenho-me a sistemas de *common law* apenas porque é neles que têm ocorrido os debates examinados aqui.

^{13*} (N. do T.) Os juristas anglo-americanos distinguem duas formas de se evitar a aplicação de um precedente a um caso atual. Um precedente é *revogado* quando um tribunal o considera incorreto e, portanto, inaplicável de maneira geral, ou inválido. Um precedente é *distinguido* quando o tribunal argumenta que o caso atual, apesar de suas semelhanças com o caso anterior que deu origem ao precedente, é suficientemente diferente do caso anterior para que o precedente (que continua válido) não se aplique.

do sistema inglês de precedentes tem sido o de produzir, pelo seu uso, um vasto número de regras, de maior ou menor importância, que são tão determinadas quanto qualquer dispositivo de lei” (Hart, 1994, p. 135). O grau de rigidez que Hart atribui ao *common law* inglês já foi desafiado¹⁴. E mesmo que Hart esteja correto, ainda é verdade que o *common law* pode se dedicar muito mais à busca da adaptabilidade do que Hart reconhece. Mas seja qual for a combinação de estabilidade e adaptabilidade que um sistema legal incorpora, a questão é que o *common law* tem historicamente combinado essas duas propriedades de maneira mais ou menos bem sucedida. Lembre-se da responsabilidade aquiliana. Temos, portanto, razão para usar o *common law* como um modelo que ilustra a função que as cartas de direitos podem desempenhar na limitação do poder do governo. Se fizermos isso, teremos à nossa disposição uma forma de pensar sobre as cartas que nos permite evitar muitas das objeções mais poderosas dos Críticos. Podemos entender uma carta como criando a base para um tipo de jurisprudência^{15*} que lidará com os direitos constitucionais à maneira do *common law*¹⁶. De fato, podemos ver uma carta, concretamente, como um reconhecimento público dos seguintes pontos importantes: às vezes os atos do governo – vamos nos ater aqui aos atos legislativos – acabarão imprevi-

¹⁴ Ver A.W.B. Simpson, 1972, p. 1073.

¹⁵ * (N. do T.) O termo “jurisprudência” (*jurisprudence*) é usado aqui em um sentido um pouco mais amplo do que aquele que prevalece no Brasil. Não se trata simplesmente de uma norma ou de um conjunto de normas estabelecidas por decisões judiciais reiteradas, mas de uma maneira especial de se interpretar e aplicar o direito, de uma metodologia para a tomada de decisões judiciais.

¹⁶ A falta de espaço impede uma investigação completa dessa questão, mas parece que a interpretação e aplicação de cartas de direitos nos Estados Unidos e no Canadá seguem de fato o modelo do *common law*. Como indica Schauer em uma resenha, “eu incluo um exemplo constitucional apenas para lembrar o leitor que a aplicação de direito constitucional na Suprema Corte dos Estados Unidos parece um caso central da metodologia do *common law*” (Schauer, 1989).

sivelmente por violar um ou mais dos direitos fundamentais de moralidade política, ou pelo menos assim parecerá a muitas pessoas boas. Não podemos sempre determinar, antecipadamente, *quando* exatamente isso ocorrerá, pelas razões que Hart descreve, e pela razão igualmente importante de que nunca entendemos perfeitamente a natureza, o alcance e as implicações concretas de direitos morais fundamentais. Certamente sabemos que atos do governo às vezes violarão direitos morais importantes em casos imprevistos, mas não podemos dizer, antecipadamente, precisamente quando e como isso ocorrerá. As cartas, sugiro, podem (entre outras coisas, é claro) ser vistas como representando tanto o reconhecimento público desses fatos quanto uma promessa de discussão das questões morais relevantes quando elas aparecerem mais tarde em casos concretos. As cartas não podem fornecer antecipadamente todas as respostas que buscamos – assim como a doutrina jurídica da negligência não pode sempre nos dizer com quanto cuidado devemos proceder em relação ao nosso vizinho. Mas as cartas constituem no mínimo uma promessa de lidar com as questões certas nas horas certas – isto é, quando é razoável acreditar que direitos morais importantes estão sob a ameaça da ação do governo. Gostaria de considerar agora algumas vantagens trazidas por essa concepção das cartas de direitos, e de concluir com algumas ideias breves sobre a forma como ela nos permite lidar com as preocupações mais urgentes dos Críticos.

Seção IV: Algumas vantagens

Como foi indicado no início, diz-se com frequência que as cartas protegem as minorias contra as forças majoritárias presentes na política democrática. Há quem pense que as cartas incorporam os “compromissos prévios e racionais” de uma comunidade contra essas forças, atando-a – e aos seus descendentes – ao mastro dos direitos fundamentais, que limitam o exercício válido do poder governamental, reflexo dos interesses da maio-

ria. Reconhecemos que há problemas sérios com essa imagem e que, portanto, ela precisa ser modificada. Mas não há razão para pensar que alguns dos seus detalhes essenciais não podem permanecer. Por exemplo, considere novamente a visão popular de que compromissos antecipados permitem que a “mão morta do passado” restrinja as nossas decisões hoje, ameaçando a própria noção de autogoverno contínuo. Há um pouco de verdade nesse ideia, visto que as cartas de fato fixam decisões anteriores sobre os direitos de moralidade política que merecem proteção constitucional como limites apropriados ao poder do governo. E mesmo que, para fins de prática constitucional, interpretem-se e apliquem-se esses direitos de acordo com um tipo de raciocínio inspirado no *common law*, a força dos precedentes terá de ser reconhecida. A mão morta do precedente pode ser tão limitadora quanto as mãos esqueléticas de autores constituintes há muito falecidos. Mas há uma série de fatores que podem compensar esse problema. Primeiro, há a possibilidade sempre presente de emenda constitucional, por mais difícil que seja, muitas vezes, reunir a vontade política e o consenso requeridos para o exercício desse poder. Segundo, embora haja muitas vezes desacordo profundo sobre o conteúdo preciso dos direitos sacramentados em uma carta, raro é o desacordo, mesmo entre gerações distintas, sobre a importância dos direitos escolhidos. Praticamente todos em sociedades democráticas contemporâneas concordam que os direitos à “igualdade”, “liberdade de expressão”, “devido processo”, “liberdade de crença religiosa” e “justiça básica” mereceram ser incluídos nas várias cartas encontradas hoje pelo mundo. Uma pessoa razoável poderia desejar, se fosse possível refazer a carta, uma coleção de direitos um pouco diferente daquela que foi estabelecida na sua comunidade, mas poucas pessoas negariam a legitimidade da escolha que de fato foi feita¹⁷. Terceiro, não há

¹⁷ Por exemplo, algumas pessoas no Canadá pensam que o “direito à propriedade” deveria ter sido incluído na Carta Canadense. Poucos acreditam, se é que alguém acredita, que isso torna a Carta ilegítima.

razão para negar que uma carta possa ser projetada de uma forma que a força de decisões entrincheiradas seja mitigada. Pense novamente na cláusula sobre limitações razoáveis da seção 1, ou na forma deferente com que as cortes canadenses a aplicam em relação às decisões do Parlamento. Melhor ainda, pense na seção 33 da Carta Canadense, que autoriza o Parlamento e os órgãos legislativos provinciais a criar legislação sabidamente inconsistente com os direitos descritos na seção 2 ou nas seções 7-15 – ou para ser mais preciso, com a *interpretação* que as cortes fazem de algum desses direitos¹⁸. A seção 33 permite que as pessoas de hoje, através de legisladores eleitos, evitem, por um certo período de tempo, e com a possibilidade de renovação a cada cinco anos, uma interpretação judicial de pelo menos alguns dos compromissos antecipados que fazem parte da sua carta. Quarto, embora precedentes sempre limitem em alguma medida os tomadores de decisões do futuro, o *common law* sempre disponibiliza poderes que permitem que se esquivem das limitações aqueles juízes que empregam a concepção da árvore viva. Esses poderes são de vários tipos e há várias condições sob as quais podem ser exercidos. Mas nenhuma teoria sensata do raciocínio no *common law* diria que uma corte suprema contemporânea estaria impedida de revogar um precedente constitucional cuja utilidade e mérito

¹⁸ Ver Ato Constitucional (*Constitution Act*), 1982, Parte I, seção 33, encontrada em <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html> e contendo o seguinte:

33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode declarar expressamente através de um Ato do Parlamento ou da legislatura, dependendo do caso, que um tal Ato ou disposição deve operar a despeito de uma disposição incluída na seção 2 ou entre as seções 7 e 15 desta Carta. (2) Um Ato ou disposição de um Ato em relação ao qual opera uma declaração feita de acordo com o que prescreve esta seção terá os efeitos que ela teria não fosse a disposição desta Carta a que se faz referência na declaração. (3) Uma declaração feita de acordo com a subseção (1) perderá seus efeitos cinco anos depois de entrar em vigor ou antes disso, de acordo com o que estiver especificado na declaração. (4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode tornar a decretar a declaração feita de acordo com a subseção (1). (5) A subseção (3) se aplica a um novo decreto feito de acordo com a subseção (4).

moral a corte já não vê mais. Para ilustrar isso, considere o relativamente recente caso *Labaye*¹⁹, que lidava com os direitos constitucionais de uma casa de “swing” (troca de casais) em Montreal. Nessa decisão, a Suprema Corte abandonou o seu compromisso de décadas com o teste dos chamados “padrões de tolerância da comunidade” para a obscenidade e indecência, e colocou no seu lugar um teste baseado quase exclusivamente no princípio do dano, de John Stuart Mill. Como *Labaye* demonstra, mesmo cortes supremas não são avessas à revogação dos seus próprios precedentes – mesmo quando elas penam, como nesse caso, para caracterizar o que fazem como uma mera reafirmação de suas decisões anteriores. À luz de todas essas considerações, acredito que seja seguro concluir que, se a mão morta do passado nos restringe quando adotamos uma carta de direitos, ela não precisa fazê-lo de uma maneira que ameace seriamente a nossa autonomia e a nossa capacidade de nos governarmos a nós mesmos.

Muito bem, as cartas podem ser flexíveis. Mas a pergunta de Waldron permanece: que motivo há para adotar uma carta, em vez de permitir que o discurso público, os debates legislativos e as decisões judiciais, “livres do verbalismo obsessivo de uma carta específica”, nos sirvam de veículo para a proteção de direitos? (Waldron, 1999, p. 221) Se a flexibilidade é tão importante, então por que não adotamos a opção mais flexível e rejeitamos as cartas inteiramente? Uma resposta, é claro, seria simplesmente que a opção de Waldron não é realmente mais flexível – ou pelo menos que ela não é necessariamente mais flexível. De fato, com as cartas estamos obrigados a formular nossos debates nos termos abstratos escolhidos para expressar seus compromissos. Americanos, por exemplo, têm de discutir liberdade de expressão em termos de “fala” e não de “expressão”. E às vezes isso resulta em debates um tanto incômodos. Mas esses revezes podem ser mitigados das várias formas descritas anteriormente, por exemplo, adotando uma abordagem análoga ao do *common law* para a

¹⁹ *R. v. Labaye* 2005 SCC 80.

interpretação da carta, ou incluindo nela dispositivos como as seções 1 e 33 da Carta Canadense. Mas mesmo que nenhuma dessas escolhas seja feita, e que a carta escolhida tenha uma orientação mais absolutista, há meios de se atingir o nível desejado de flexibilidade. Tribunais americanos parecem ter conseguido, da sua própria maneira, alcançar basicamente os mesmos juízos sobre liberdade de fala que eles provavelmente teriam alcançado sob uma declaração de direitos que empregasse o termo mais amplo, “expressão”. Apenas aqueles obcecados com a ideia de que as cartas devem incorporar pontos fixos, estabelecidos de alguma forma pelo sentido literal e/ou original de uma palavra como “fala”, rejeitariam a ideia de que o que mais importa são os valores de moralidade política, constitucionalmente reconhecidos, que estão por trás da expressão linguística escolhida. Nesse caso específico, trata-se de valores individuais e políticos que pedem o reconhecimento de uma variedade ampla, mas não ilimitada, de liberdades expressivas, que têm a liberdade de fala oral e escrita como meras espécies. Em suma, as palavras limitam, mas não necessariamente a ponto de fazer com que os direitos e valores morais subjacentes sejam ignorados ou sacrificados. E se, em algum momento, os limites linguísticos tornarem-se excessivamente restritivos, sempre haverá, é claro, a opção da emenda constitucional.

Logo, cartas de direitos não exigem necessariamente que a comunidade dê “um jeito de formular... princípios a partir de fragmentos de um texto sagrado, em um exercício tendencioso de caligrafia constitucional” (Waldron, 1999, p. 221). Mas, mais uma vez, podemos fazer a pergunta sensata: por que correr qualquer risco, por menor que seja, de envolver-se nesse tipo insatisfatório de prática constitucional? Por que não abandonamos simplesmente as cartas de direitos e deixamos que os tribunais e o legislativo, em reação à evolução dos sentimentos da comunidade, desenvolvam uma jurisprudência de direitos flexível, assim como as cortes fizeram no desenvolvimento do conceito jurídico

de negligência? Uma razão importante é que, apesar dos perigos que há em permitir que palavras nos limitem de maneiras indesejáveis, Hart estava certo quando insistiu que normalmente precisamos combinar a flexibilidade desejada com um grau de estabilidade que seja apropriado no contexto. Cartas, afinal, são instrumentos *constitucionais* cuja função primária é estabelecer e entrincheirar direitos fundamentais de moralidade política contra exercícios injustificados de poder pelo governo. As cartas são capazes de solidificar as limitações e os compromissos que elas representam de maneiras que nem sempre são possíveis com instrumentos menos formais. Isso se deve, em parte, ao fato de que uma carta escrita tende a ocupar um lugar mais seguro no espaço público do que outros veículos para a proteção de direitos. Direitos constitucionais tendem a ser bem conhecidos pela população de forma geral e pelos agentes políticos cujos poderes esses direitos pretendem limitar. O canadense comum, por exemplo, pode desconhecer os detalhes complicados da forma como seus direitos constitucionais são interpretados pelos tribunais, mas a maioria dos canadenses conhece um pouco dessa história jurídica, e alguns sabem das seções mais proeminentes da Carta – por exemplo, as seções 5 (sobre igualdade) e 33 (sobre a possibilidade de legislação inconsistente com direitos constitucionais). Interpretações convencionais e regras não-escritas que emergem de precedentes podem, por outro lado, ser muito menos conhecidas. Também podem ser mais difíceis de articular e entender, e mais suscetíveis de controvérsia no que diz respeito ao seu conteúdo. Por essas razões, agentes políticos podem frequentemente evitá-las ou modificá-las sutilmente com mais facilidade.

Uma segunda razão importante para optar por uma carta escrita é seu *valor simbólico*. Cartas de direitos, penso eu, podem ajudar a definir e reforçar o caráter de uma comunidade como publicamente comprometida, nas suas práticas legais e morais, aos direitos fundamentais e valores que inclui. Esses compromissos públicos podem, naturalmente, ser expressos de outras

maneiras, mas as cartas, enquanto documentos fundacionais enrincheirados, amplamente conhecidos e citados, e vistos como contendo os compromissos morais fundamentais da nação, são meios muito mais poderosos de expressão desses compromissos do que a maioria dos demais veículos institucionais ou convencionais. Pergunte a um americano qual é o traço da cultura política dos Estados Unidos de que ele mais se orgulha e a resposta provavelmente será a Declaração de Direitos. Pergunte o mesmo a um canadense e a resposta provavelmente será a Carta Canadense. Ela é vista não apenas como um documento que incorpora o compromisso moral canadense com a proteção de direitos fundamentais, mas também como um documento que expressa, nos seus compromissos com coisas como o multiculturalismo, os direitos de grupos específicos, a igualdade diante do direito e o efeito mediador das seções 1 e 33, uma identidade que distingue o Canadá de muitos outros países democráticos.

Posso muito bem imaginar um Crítico reconhecendo a essa altura que uma carta pode realmente servir como um instrumento simbólico, inspirativo. Posso até imaginá-lo acrescentando a isso que uma carta pode fornecer uma estrutura conceitual e moral dentro da qual debates políticos públicos, no ambiente legislativo ou fora dele, podem ocorrer²⁰. Mas eu suspeito que ele continuaria a insistir que nada foi dito ainda em defesa da conclusão adicional de que deveríamos pedir que os juízes apliquem os compromissos incluídos na nossa carta através de uma metodologia análoga à do *common law*. Em outras palavras, mesmo

²⁰ É claro que o simbolismo pode revelar-se inócuo se as culturas política, jurídica e social da sociedade em questão não refletirem as normas formalmente expressas na sua carta. E também não há como excluir a possibilidade de uma sociedade sem carta que possui uma cultura forte de respeito a direitos tipicamente incluídos em cartas escritas. A antiga União Soviética pode ser mencionada como exemplo do primeiro cenário, o Reino Unido como exemplo do segundo. A única afirmação que faço aqui é que, no contexto de uma cultura em que direitos são reconhecidos, o simbolismo poderoso de uma carta pode desempenhar um papel importante.

que concordemos em adotar uma carta concebida como uma árvore viva, ainda não temos razão para defender a prática do controle constitucional pelo judiciário (*judicial review*), particularmente o controle do tipo que autoriza os tribunais a revogar os juízos bem informados do parlamento ou do congresso. Por que deveríamos supor que questões constitucionais sobre os limites do poder do governo são respondidas mais habilmente por alguns poucos anciões em seus gabinetes do que por esses outros órgãos? Aqui estão algumas razões, algumas delas bastante familiares, para pensar que os juízes podem de fato nos servir bem.

Devemos começar reconhecendo que não há nenhuma razão, em princípio, para dizer que é *necessário* atribuir aos juízes a tarefa de interpretar e aplicar as prescrições morais abstratas de uma carta de direitos. Como foi dito anteriormente, certamente é possível requerer que o legislativo observe seus próprios limites constitucionais – embora, por razões óbvias, isso lembre a ideia de deixar o galinheiro sob os cuidados da raposa. Outra possibilidade é requerer, em qualquer caso difícil em que um tribunal julga, razoavelmente, que a ação do governo infringe um direito constitucional, que o caso seja reapreciado pelo órgão que o editou. Agora, há obviamente uma ótima razão que explica por que nenhum sistema contemporâneo (de que eu tenha conhecimento) usa esse modelo particular para lidar com *todo e qualquer* caso difícil, incluindo casos não-constitucionais. Casos difíceis no direito tendem a ser tão numerosos, e complexos nas suas particularidades, que um legislativo já sobrecarregado ficaria assoberbado caso assumisse a responsabilidade de decidir-los todos. Essa é uma das razões pelas quais optamos por uma divisão do trabalho e normalmente atribuímos aos juízes a tarefa de decidir casos difíceis²¹. Mas mesmo que isso seja verdade de

²¹ É relevante aqui o fato de que o legislativo, por razões semelhantes, frequentemente cria e atribui poder ao membros (não-eleitos) de órgãos administrativos para criar, aplicar e interpretar regras específicas em nome do legislativo. Pode-se facilmente conceber o papel dos juízes como um papel análogo. De fato, esse é o papel que os teóricos normalmente têm em mente

maneira geral, a pergunta surge naturalmente: por que não pedir que os nossos órgãos legislativos democráticos decidam casos difíceis quando a questão disser respeito à possível violação de um direito constitucional? Afinal, o que está em jogo aqui são direitos e valores *constitucionais* de grande importância e, com frequência, profundo desacordo moral e político. O legislativo certamente consegue achar tempo para cuidar desse conjunto limitado de casos.

Mas eu não estou tão certo disso. O número de casos em que a Carta Canadense figura é enorme. Esses casos não incluem apenas aquelas decisões que constituem marcos, alcançam as manchetes e geram toda a controvérsia. Eles incluem também, em números muito maiores, todos aqueles casos em que juízes, cuidadosa e deliberadamente, e sem muito alarde, interpretam, desenvolvem e aplicam a Carta, que influi de alguma forma na questão. Se todos esses casos fossem levados de volta ao legislativo para resolução, suspeito que o governo seria paralisado.

Outra consideração relevante – e talvez mais importante do que a anterior – é a possibilidade de que os juízes estejam em uma situação melhor do que os legisladores para decidir os tipos de questões morais que surgem tipicamente em casos envolvendo cartas constitucionais. Se seus contextos de tomada de decisão fossem idênticos, poderíamos concordar com os Críticos e dizer que não há absolutamente nenhuma razão para preferir as decisões de algumas pessoas que não foram eleitas em vez das decisões de um grupo muito maior de pessoas eleitas que têm muito mais recursos, e que são capazes de representar, nas suas deliberações conjuntas, toda a variedade de visões razoáveis que dizem respeito ao tema em debate. Mas os contextos de decisão são mesmo idênticos? Não tenho muita certeza. Até os Críticos precisam reconhecer a existência de forças políticas poderosas que servem de empecilho à tomada de decisões responsável e serena pelos legisladores – fatores

quando se referem à discricionariedade judicial como capaz de representar um tipo de poder “quase legislativo”.

como a pressão política de uma maioria egoísta, lobistas ou financiadores de partido que ignoram ou até mesmo buscam suprimir os interesses legítimos de indivíduos ou minorias vulneráveis, ou a pressão para curvar-se diante de um primeiro-ministro determinado a fazer uso do imenso poder que lhe confere a política partidária. Essas são forças a que os juízes estão significativamente imunes, graças à doutrina da independência judicial. Há, portanto, razões estratégicas familiares para pensar que seria sábio atribuir aos juízes decisões sobre a compatibilidade entre um ato do governo e um direito constitucional²².

Mas creio que seria um erro ignorar os pontos igualmente importantes que seguem. Por razões de necessidade prática, legisladores quase sempre usam o instrumento da *legislação geral*, isto é, legislação que emprega termos que designam classes muito gerais de pessoas e traços muito gerais de situações recorrentes. Se esse é o caso, então qualquer solução que os legisladores propuserem para resolver um caso difícil envolvendo o suposto impacto da sua legislação sobre um direito constitucional provavelmente terá o mesmo destino que a legislação original. Isto é, é provável que a solução ao primeiro caso difícil também retorne ao legislativo, onde mais uma tentativa terá de ser feita para solucionar, em termos canônicos gerais, algum outro caso difícil que ocorrerá. Não é fácil imaginar legislação geral e compreensível capaz de cobrir de forma sensata a variedade de tipos de casos difíceis que já foram decididos, por exemplo, na aplicação das provisões sobre igualdade da Carta Canadense.²³ Uma virtude celebrada do *common law* é sua capacidade - devida à sua ineren-

²² Para uma excelente discussão das limitações desse tipo de argumento, ver Adrian Vermeule, 2009.

²³ Veja Denise Reaume, 2002, onde Reaume descreve a verdadeira bagunça que caracteriza as tentativas canadenses de implementar uma legislação para o direito sobre discriminação. De acordo com Reaume, uma estratégia muito melhor teria sido permitir que os tribunais desenvolvessem o direito sobre discriminação à maneira do *common law*, assim como eles fizeram com as normas relativas à negligência.

te adaptabilidade e sua habilidade para promover transformações graduais, caso a caso - de evitar os problemas que afetam o direito legislado.

A Ministra-Chefe^{24*} MacLachlin aludiu a essa capacidade quando disse que:

O desenvolvimento de uma teoria praticável sobre o dano [no que diz respeito à obscenidade e indecência] não é uma tarefa para um único caso. Na tradição do *common law*, a sua articulação completa só aparecerá na medida em que os juízes considerarem situações diversas e tomarem decisões sobre elas. Ademais, a complexidade da tarefa não deve ser subestimada. Devemos proceder de maneira gradual, um passo cuidadoso atrás do outro²⁵.

Como indica a Ministra-Chefe, precedentes não representam tentativas de encerrar assuntos de uma vez por todas por meio de regras gerais fixas. Pelo contrário, um precedente tipicamente é considerado representativo apenas da decisão tomada a respeito do(s) assunto(s) específico(s) suscitado(s) pelo caso. O que é mais importante, o precedente é reconhecido como sendo passível de revisão à luz das demais decisões sobre casos semelhantes e das muitas situações novas que deparamos. Através de tais transformações graduais, passo a passo, o que frequentemente emerge com o tempo é um regime legal que exemplifica um nível de racionalidade prática que a legislação muitas vezes tem dificuldade para atingir. Isso, que dá vida ao *common law*, é algo que a concepção das cartas de direitos como árvores vivas tanto permite quanto celebra no nível da prática constitucional²⁶.

²⁴ * (N. do T.) O termo “ministro” (*Justice*) é usado aqui para designar um membro da Suprema Corte do Canadá. “Ministro-Chefe” (*Chief Justice*) designa o membro que preside na Corte.

²⁵ *Labaye*, par. 26.

²⁶ Para uma crítica bem fundamentada dessa maneira de enxergar o *common law*, ver, mais uma vez, Adrian Vermeule, 2009.