

4

Justiça Constitucional e Efetivação de Direitos: a Perspectiva Atual Norte-Americana

4.1.

Um Significado para o (Neo) Constitucionalismo

O assim chamado (neo)constitucionalismo¹, uma nova terminologia da teoria do direito que estabelece uma perspectiva jusnaturalista para compreender a constituição do seu ponto de vista principiológico, tem causado certa euforia² entre os doutrinadores, em que diversas compreensões e limites se constroem a fim de justificar um debate que se faz por muitos anos: a relação entre direito e moral. A questão central se desenvolve por meio de uma nova “leitura” constitucional e da efetividade de direitos consoante com uma superação da pauta exclusiva do positivismo jurídico, relacionado à projeção e à interpretação dos direitos fundamentais a partir da segunda metade do século XX. O debate e as novas correntes do (neo)constitucionalismo propõem novos modelos normativos-valorativos, construindo um viés da moral correlacionado ao direito positivo, como bem explica Susanna Pozzolo:

El neoconstitucionalismo, en fin, propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el Derecho real. Este modelo axiológico-normativo es peculiar, ya que no requeriría la formulación de un ideal jurídico independiente (externo y separado) del Derecho positivo; o sea, no individualizaría el ideal en un ‘objeto’ distinto del Derecho real.. Al contrario, pretendería poder alcanzar el ideal jurídico a través de lo que podría llamarse una ‘proyección’ evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del Derecho constitucional positivo. Em particular, el modelo normativo individualizaría el

¹ Sobre o tema, a doutrina brasileira já é muito receptiva. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN: *A nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CAMARGO, Margarida M. Lacombr. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e o pós-positivismo. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, entre outros.

² Sobre a discussão, Cf. COMANDUCCI, Paolo. Forma de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*.

*ideal jurídico en el desarrollo de los derechos fundamentales (...)*³

Como é de conhecimento geral, o (neo)constitucionalismo pode ter diversas leituras e interpretações, conforme teorias de famosos juristas como R. Dworkin, R. Alexy e G. Zagrebelsky,⁴ entre outros, em que a interpretação da norma jurídica, via modelo positivista de um Estado legalista, torna-se mais flexibilizada por meio da valorização dos princípios constitucionais e pela “universalização” de uma visão moral da constituição.

Brevemente compreendido o significado de (neo)constitucionalismo, nosso interesse é trazer o debate pelas vias do constitucionalismo norte-americano, apresentando três propostas de diferentes teóricos para que possamos mostrar a dificuldade que existe no trato do “valor moral” dentro de uma perspectiva da teoria constitucional e da teoria do direito.

4.2. O Neo-Positivismo Legal e Valores: a Perspectiva de Anthony Sebok a partir da Teoria Hartiana do Direito

A discussão que propomos tem seu fundamento na tentativa de explicar como o positivismo legal estrutura o raciocínio e a resolução legais para vir em auxílio à difícil tarefa de julgar situações reais e objetivas em democracias liberais de tradição jurisprudencial. O Professor Anthony Sebok, em seu livro *Legal Positivism in American Jurisprudence*, procura resgatar a visão de que o positivismo legal tem seu valor para o pensamento liberal moderno nos Estados Unidos da América, em particular, na teoria do direito, na medida em que suporta uma visão peculiar do raciocínio legal associada com teorias de intenção original e de restrição judicial. Na verdade, Sebok pôde constatar que, por exemplo, o positivismo inglês migrou para os EUA por meio da doutrina chamada formalismo que foi objeto de permanente crítica do realismo crítico jurisprudencial à época. Não obstante, o positivismo evoluiu nas escolas de direito nos estudos de processo legal dando margem à formação de uma tradição também positivista em território norte-americano. Neste momento, procuraremos, contudo,

³ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 188.

⁴ Cf. DWORKIN, R. *Levando os Direitos a sério*; ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*; ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*.

enfocar especificamente a discussão sobre a incorporação da moral ao positivismo legal; debate este muito pouco tratado pelos adeptos da corrente kelseniana.⁵ Tal debate foi proporcionado por pensadores de grande projeção, entre eles, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Joseph Raz e Jules Coleman

O positivismo legal possui suas fontes muito além do ceticismo moral ou do originalismo para contrapor-se à perspectiva dos direitos fundamentais. Uma nova forma de positivismo legal, chamada por Sebok de “New Legal Positivism”, surgiu como contraponto à leitura jurídica de outros autores como Dworkin⁶. O Neo-Positivismo Legal procura, pois, recuperar o legado de Hart, insistindo na separação entre direito e moral, sem qualquer influência do conservadorismo do ceticismo moral ou do originalismo, uma vez presentes nas escolas norte-americanas.

São três os estágios da evolução do Neo-Positivismo Legal. Um primeiro momento, registra-se a própria fundação que aconteceu na Inglaterra com a publicação do livro de Hart, *The Concept of Law*, em que se apresenta os princípios essenciais do Neo-Positivismo. Em um segundo momento, Dworkin se apresenta ao debate ao criticar a fundamentação de Hart, nos anos 60. E por último, como estágio final, a tentativa de defensores de Hart, nos anos 70, em retomar o debate para defender as idéias de Hart. Houve, neste momento, uma divisão expressiva no que tange o enfoque da teoria hartiana: de um lado, aqueles que defendiam a perspectiva hartiana a partir de uma separação conceitual entre direito e moral e asseguravam que o próprio Hart defendia que em certos sistemas legais, a moral poderia servir de base para a legalidade.⁷ De outro, havia aqueles que compreendiam que Hart tinha uma concepção que afastava o direito da moral, mas não aceitavam que Hart poderia ter cogitado que a moral pudesse servir de base para qualquer sistema legal.⁸

Na verdade, Hart partia de três argumentos sustentáveis para a sua teoria, como bem observa Sebok. Primeiro, Hart entendia que os indivíduos não viam que a lei era

⁵ SEBOK, A. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998. Aqui, procuraremos também enfocar comparativamente o texto de Joseph Raz em : ALEXANDER, L. (Ed.). *Constitutionalism – Philosophical Foundations*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, cap. 4.

⁶ Além de seu profícuo estudo jurisprudencial e epistemológico sobre direito natural, Dworkin ataca, dentro de sua contribuição ao estudo da Teoria Constitucional, diretamente o positivismo legal, iniciando a sua conhecida crítica contra o trabalho de H.L.A. Hart, quando apresenta que sua teoria do direito nega a existência de uma correlação entre direito e moral. Cf. DWORKIN, R. *Levando os Direitos a sério*

⁷ Este tipo de interpretação foi conhecida como “incorporativismo” ou “positivismo legal inclusivo”.

⁸ Este tipo de interpretação ficou conhecida como a do “não-incorporativismo” ou “positivismo legal exclusivo”.

simplesmente um comando com a sanção prevista⁹. Em segundo lugar, Hart difundia que existiam normas ou regras que não eram de comandos.¹⁰ E, como terceiro aspecto, Hart não aceitava a concepção da norma ou da lei ser a representação de vontade de uma pessoa ou de um grupo. Hart, de fato, defendia a idéia do *internal point of view* que representaria a importância e a razão daquele comando da norma: o indivíduo acredita que a norma prevê uma razão própria para que a mesma seja seguida. Hart defendia a posição de que os sistemas legais são elaborados a partir de normas e regras e não somente por comandos de normas e de regras; e que são naturalmente, intercambiáveis e modificáveis ao longo de certo tempo. Para tanto, compreendia que existiam normas primárias, aquelas que conformam e determinam condutas em geral, ou seja, aquelas que limitam a liberdade dos indivíduos e normas secundárias, aquelas que atribuem poder ou competências para a boa ordem dos fenômenos jurídicos. Nestas últimas, encontram-se as normas de reconhecimento, as que estabelecem as condições da norma primária, as de alteração, as que transformam as normas primárias – legislativas e civis e as normas de julgamento que determinam se uma norma primária foi quebrada. E por fim, Hart também admite que um cidadão adota uma norma de acordo com o *internal point of view* voltado para o seu tempo e seu contexto espacial, ou seja, o seu momento histórico. Esta posição demonstra o quanto Hart defendia a sua teoria da regra social¹¹. Hart, assim, nos apresentava a idéia de “regra de reconhecimento” que poderia ser compreendida como a reflexão crítica sobre a prática normativa daqueles que a adotam, como bem observam Sebok: *The rule of recognition is a convergent social practice about which legal officials share a reflective or critical attitude. In other words, it is a social rule.*¹²

O comando da norma no positivismo jurídico é substituído pela regra da teoria social. Sobre esta matéria, é importante destacar a crítica que faz Dworkin sobre a visão de Hart:

I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact

⁹ Austin, por exemplo, confundia a idéia de obediência com a de obrigação, prevista na sanção.

¹⁰ Esta idéia é muito clara no livro *Concept of Law* quando Hart estabelece a distinção entre normas de comandos e normas organizacionais, divididas em normas de reconhecimento, de alteração e de julgamento.

¹¹ Esta posição significa dizer que Hart compreendia a norma como uma convergência da prática social e uma reflexão crítica sobre os atos praticados daquele que se conformava à própria norma: a regra de reconhecimento.

¹² SEBOK, A. *Legal Positivism in American Jurisprudence*, p. 271.

*that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and others sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.*¹³

A crítica de Dworkin se sustenta no fato de que o “modelo de regras” de Hart continua inconsistente com a maneira como os juízes adjudicam em sociedades democráticas de direito. Dworkin aponta a necessidade de princípios no momento do julgamento e não apenas regras. E princípios não têm a característica de serem “tudo ou nada” no momento da decisão: os princípios partem de “pesos”; dosam, ponderam, razoabilizam situações e condições. Dworkin mostra que mesmo legais, as normas não podem conflitar num ordenamento, enquanto os princípios o podem. A regra de reconhecimento de Hart, segundo Dworkin, não tem como reconhecer princípios pois esta reconhece tão somente a validade de condições das normas primárias para um sistema legal. A idéia de validade em Hart é restritiva, a saber, ela não pondera a relatividade de princípios para serem aplicados. Dworkin aponta ainda o equívoco de Hart em colocar de lado os princípios, em especial, os princípios morais. Para Dworkin, como se sabe, somente princípios de justiça e de equidade e devido processo podem servir de base para a justificação de julgamentos legais. Os princípios invocados pelos juízes estão de acordo com o status do direito. E Dworkin aponta o equívoco de Hart em acreditar que os juízes adotam um caráter discricionário na hora de julgar, o que significa o compromisso de Hart com um modelo positivista de adoção de regras.

Hart, como descreve Sebok muito propriamente, não descarta de todo que o direito consiste apenas de regras e de regra de reconhecimento: há sim o reconhecimento também da validade de princípios. Esta defesa, de fato, marcou o último estágio do desenvolvimento do Neo-Positivismo Legal. É, pois, neste debate, por volta dos anos 70, que surge a posição de Joseph Raz¹⁴, entre outros como David Lyons e Philip Soper, defendendo Hart no seu conceito de regra de reconhecimento. Para o professor de Oxford, um sistema legal pode ter uma regra que limite a discricção do juiz e outro sistema que tenha um princípio que oriente a mesma discricção. Na verdade, Raz detecta que a crítica de Dworkin endereçada a Hart se baseia no fato de que fatos sociais

¹³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 22.

¹⁴ RAZ, Joseph. “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”. In: ALEXANDER, L. (Ed.). *Constitutionalism – Philosophical Foundations*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999. págs153 – 193.

não podem de maneira alguma estabelecer as condições de legalidade, o que fundamenta a rejeição de Dworkin à idéia de regra de reconhecimento.

A defesa em favor de Hart – a resposta a Dworkin - partia da concepção de que o positivismo hartiano não estava atrelado ao modelo de regras, mas vinculado à regra de reconhecimento. Raz compreendia que princípios legais poderiam ser válidos e reconhecidos pela “importância” deles dentro do sistema legal e mesmo percebidos pela regra de reconhecimento. Tanto princípios quanto regras são *standards* sociais que podem ser reconhecidos facilmente pela sua importância. A versão de Raz, sobre o não-incorporativismo (o que sustenta que princípios morais não fazem parte das condições para a legalidade na regra de reconhecimento) está baseada no seu entendimento sobre as fontes do direito: uma teoria do direito ou jurisprudencial só pode ser aceita se puder identificar o conteúdo do direito a partir de fatos humanos – comportamento – desvinculado de valores e ser aplicado sem respaldo em argumentos morais. Tanto regras quanto princípios podem ou devem ser testados de forma que não sejam identificados – satisfeitas as condições de sua aplicação formal – argumentos morais. Raz não quer dizer com isto que as normas não possam ser normas morais. O importante é que haja na visão não-incorporativista a exigência de que existam fatos sociais associados às normas morais que satisfaçam o critério de legalidade na regra de reconhecimento, como se observa na visão de Raz:

“A theory of law is, therefore and among other things, a theory of the conditions, if any, under which the law is morally legitimate and of the consequences that follow from the assumption that it is morally legitimate.”¹⁵

Ele argumenta em favor desta tese a partir de dois argumentos. O primeiro argumento é funcional que implica no entendimento sobre a verdade de como funciona o direito (regras e princípios) na vida diária. A fonte deve ser algo que valide o direito sem recurso a argumentos morais. Se o direito serve para facilitar a cooperação e a coordenação das atividades na sociedade, então o direito deve prover aceitabilidade pública para servir de guia ao comportamento e a regulamentação dos aspectos da vida social. Os *standards* da aceitabilidade pública não podem estar baseados na moral porque do contrário cada um, cada cidadão, poderia desafiar a própria justificação dos *standards*. E Hart aponta esta problemática muito bem em seu *Concept of Law*. Para Raz, na verdade, a única forma de guiar o caráter discricionário dos juízes é a segurança

¹⁵ RAZ, Joseph. “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, p. 159

de que estes nunca estejam baseados em interpretações a partir de princípios de moral. Todo sistema legal precisa ter limites. Os *standards*, sejam regras ou princípios, serão seguidos independentemente deles serem ou não os melhores.

O segundo argumento de Raz se baseia na propositura de que o direito deve sustentar uma autoridade prática, isto é, o direito tem que ser capaz de produzir seus efeitos mesmo que haja uma lacuna nesta autoridade – *the service conception of authority*, segundo Raz. Assume-se assim que as razões por que a autoridade baseia suas diretrizes devem ser as mesmas pelas quais os destinatários do comando consideram relevantes para resolverem suas disputas. O que Raz considera aqui é a necessidade de existir um nexó lógico-axiológico entre fato, norma e valor. A autoridade prática estabelece restrições na regra de reconhecimento que por sua vez é a própria fonte da norma que incorpora um premissa de autoridade. O que se imagina é uma dinâmica entre ação, reconhecimento e fonte. Se não houver reconhecimento dos destinatários da autoridade desta mesma autoridade (legitimidade) o sentido da norma se perderia, assim como o do próprio sistema normativo. O sentido da autoridade deve ser reconhecido na sua substância independentemente de seus resultados, segundo Raz. Neste sentido, qualquer consideração de valor moral na regra de reconhecimento comprometerá as condições de legalidade, tornando-a subjetiva e inerentemente indetermináveis.

Em oposição ao não-incorporativismo, o incorporativismo sustenta que os princípios morais devem ser parte das condições de legalidade estabelecidas na regra de reconhecimento. Jules Coleman, como mostra Sebok, diferentemente de Raz, defende que existem dois argumentos para tal entendimento: o argumento “negativo” que significa dizer que não existe necessariamente conexão entre direito e moral e o argumento “positivo” que defende que a autoridade da regra de reconhecimento está calcada no valor da convenção social, isto é, nas normas morais presentes em determinada sociedade. Negando a verdade da teoria do Direito Natural, o incorporativismo aceita a autoridade do direito e a prática da regra de reconhecimento sem qualquer restrição. É aí que se encontra a distinção essencial entre não-incorporativismo e incorporativismo, quando o primeiro coloca restrições no conteúdo da regra de reconhecimento e por isso, Coleman, defensor ardoroso do segundo, apresenta argumentos em favor da moral como fundamentação razoável para o direito. Em primeiro lugar, segundo ele, não existe razão para o positivismo colocar restrições na regra de reconhecimento estar fundada em *standards* especiais ou “puros” de

legalidade. Na verdade, a dúvida está na fundamentação da recusa em aceitar outros *standards* que não sejam “puros”. Isto não significa dizer que nunca haveria os não-puros na regra de reconhecimento. O argumento de Raz, por exemplo, é de que os indivíduos não poderiam se confundir nas suas obrigações a partir de julgamentos valorativos. Se a regra de reconhecimento contém uma condição controversa de legalidade – tipo norma moral – então não seria possível preencher sua função precípua. Coleman alega, em resposta a Raz, que a regra de reconhecimento pode ter uma função semântica ou epistemológica, ou seja, como afirma Hart, validade e identificação: a regra de reconhecimento tem a função de validação quando assegura aos juízes julgar a validade de ações determinadas. A regra de reconhecimento serve como função identificadora quando possibilita os cidadãos reconhecerem as normas que se aplicam a eles mesmos. Coleman tenta mostrar que Raz se equivoca quando esquece de apresentar que a regra de reconhecimento precisa fornecer a informação que o cidadão comum precisa, isto é, a função de identificação. Para tanto, Coleman sustenta que basta um princípio de moral ser citado em qualquer legislação ou decisão judicial para que ele possa ser incorporado na regra de reconhecimento. Para o autor, *standards* de valor – princípios de moral – podem estar tão difundidos em uma sociedade que não haveria o porquê de questionar a sua incorporação à regra de reconhecimento ou duvidar da sua validade na sua aplicação. Para ele, regra de reconhecimento é fundamentalmente uma regra de validação, sendo diretamente dirigida aos juízes e não aos cidadãos. A regra de reconhecimento valida as ações de juízes de maneira que sejam ações de direito, aqui citado por Sebok:

*“That a rule of recognition may be controversial in its instantiations, however, does not entail that judges disagree about what the rule is. They disagree, perhaps, only about what it requires. In that case they do not disagree about what the validation standard is, only about what it validates”*¹⁶

Assim, segundo Coleman, Raz está equivocado quando espera que a regra de reconhecimento tenha a função identificadora para juízes ou cidadãos.

Para Coleman nem todo valor moral em uma regra de reconhecimento será necessariamente relevante para considerações que sustentam cada norma em um sistema legal. Coleman nos mostra que para a avaliação de uma norma, por exemplo, contra homicídios não precisaria ser avaliada sob o ponto-de-vista de justa ou não justa. Logo,

¹⁶ COLEMAN, J. AR. Op. Cit. SEBOK, A. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998, p. 289.

uma regra de reconhecimento que incorpore fontes de valores morais em seus critérios de legalidade pode servir perfeitamente para a fundamentação das razões de sua exigibilidade. Para que a norma seja aceita, ela precisa ser discernível. A menos que a regra de reconhecimento seja objetiva e não tenha controvérsias, ela pode fracassar como fundamentação para exigir comportamentos dos cidadãos. A regra de reconhecimento, para Coleman, é uma regra de identificação e por esta razão está dirigida aos juízes e não aos cidadãos. Quando cidadãos pensam nas suas obrigações não levam em conta regra de reconhecimento, mas regras de identificação.

Pode-se dizer, então, que os incorporativistas, como Coleman, aceitam perfeitamente que a regra de reconhecimento inclua valores morais para o critério de legalidade na avaliação de normas legais. Na verdade, o próprio Hart admite que nunca quis adotar um “positivismo puro”, em que a identificação do direito consiste apenas em fatos históricos. Hart, na verdade, entendia que a incorporação da moral na regra de reconhecimento a tornaria um instrumento ainda menos confiável para a identificação do direito:

“The exclusion of all uncertainty at whatever costs in other values is not a goal which I have ever envisaged for the rule of recognition... a margin of uncertainty should be tolerated, and indeed welcomed in the case of many legal rules...”¹⁷

Há que se compreender, em conclusão, que o Neo-Positivismo Legal nos ensina que o direito pode tanto incorporar princípios quanto normas. Os não-incorporativistas, como Raz, acreditam que não existe espaço na regra de reconhecimento para subjetivismo de princípios morais. Os incorporativistas, como Coleman, defendem que um complexo de regras de reconhecimento tem a função de identificação e validação, isto é, a produção ou a equidade de uma norma deve estar identificada por meio de juízes aplicando regras de interpretação contidas nas regras de reconhecimento. Mas isto não quer dizer que as regras de reconhecimento possam incorporar todos os valores morais de uma dada sociedade. Tal fato ocorre em razão de que a regra, sendo um complexo de elementos, oferece sempre a possibilidade de ocorrerem resultados legais que não são propriamente pautados pelo valor de justiça.

Por fim, seria necessário dizer que Hart adota o positivismo como fundamento primeiro em sua teoria porque ele acredita que a função do direito é determinar o quanto de razão prática existe na ação do Estado na condução dos assuntos públicos. Adjudicar

¹⁷ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p 251.

é uma prática muito específica dentro da ordem orgânica estatal. A razão elaborada é o resultado do cerceamento imposto pelo direito na atividade jurisdicional e que resulta do complexo de regras de reconhecimento. Para que os juízes apliquem o direito e adjudiquem é de fundamental importância que eles consultem uma gama enorme de regras de interpretação para sustentar suas decisões para que sejam justos e razoáveis nas suas atividades particulares do sistema legal. Isto é o que torna a regra de reconhecimento diretiva e autorizadora. O Neo-Positivismo Legal nos mostra, assim, como princípios morais podem estar presentes nas regras de reconhecimento sem que provoquem um colapso dos princípios inúteis.

4.3.

A Democracia de Direitos na Teoria Constitucional de Stephen Griffin

Configura-se, já há algum tempo, uma nova visão de interpretação constitucional difundida, agora, pelo Professor Stephen Griffin da Universidade de Tulane Law School em New Orleans. Em um dos seus últimos textos¹⁸, Griffin procura interpretar o novo desafio que se apresenta à supremacia judicial norte-americana, em especial, na área de proteção igualitária. A idéia é compreender que não se deve apenas contar com a Suprema Corte no que tange à proteção dos direitos contra a discriminação assegurados pela cláusula de proteção igualitária na Constituição norte-americana. A pergunta, antes de mais nada, repousa no entendimento sobre a supremacia judicial e como esta supremacia judicial pode ser justificável em uma democracia que assegura direitos individuais.¹⁹ A idéia é a de que o *scrutiny*²⁰ - padrão de julgamento – não seria mais necessário para a jurisprudência de proteção igualitária. Na verdade, o problema das minorias nos Estados Unidos sempre foi, pelo menos nos últimos 40 anos, uma questão que traz em sua essência enormes discussões uma vez que a Suprema Corte nunca se pautou por uma uniformidade nas suas decisões. A questão central, pois, se estabelece

¹⁸ GRIFFIN, Stephen. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. In: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 4, n 2, 2002.

¹⁹ Esta idéia está muito presente na teoria de Ronald Dworkin, para quem a garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. O direito, afirma o Professor de Oxford, não é mais do que um dispositivo que tem como finalidade garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo; ver: DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*.

²⁰ Os *scrutinies* são padrões de julgamento – *standards* – que as Cortes Federais norte-americanas, dentro da cláusula de proteção igualitária, utilizam para acessar a constitucionalidade de classificações governamentais baseadas em raça e baseadas naquelas que infringem os direitos constitucionais fundamentais; ver: HALL, Kermit. (ed.) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1998, p. 845.

na percepção de que a Suprema Corte procura destruir direitos civis valiosos e a partir desta constatação, ao mesmo tempo, se impõe uma crítica de reflexão democrática à revisão judicial (*judicial review*), não somente no seu aspecto contra-majoritário, mas antes de mais nada que a revisão judicial não está respeitando direitos individuais. E o mais preocupante é que este fenômeno está se sedimentando na estrutura institucional do Estado norte-americano e marcando consideravelmente a ordem constitucional dos Estados Unidos. É de fundamental importância imaginarmos, como afirma Griffin, que se poderia encontrar uma democracia de direitos se, normativamente, pudéssemos afastar o sistema de padrões de julgamento (*scrutiny*) do sistema de revisão judicial. O conceito de democracia de direitos conecta necessariamente direitos com deliberação democrática. Ora, em um sistema democrático, os atores institucionais deveriam ter sempre como objetivo presente o desejo de criar, assegurar e promover os direitos constitucionais individuais. Ou seja, a ação governamental, seja pelos atores políticos, como o Legislativo (Congresso), seja pelos atores jurídicos, como o Judiciário (Suprema Corte), deveria procurar sempre manter e estender um sistema de direitos por intermédio de mecanismos estritamente democráticos.

O constitucionalismo norte-americano pode ser compreendido de imediato como uma mistura entre política e direito. A Constituição norte-americana serve, sem dúvida, como um enquadramento para a ação do governo e o estabelecimento de políticas públicas. No contexto da adjudicação pela Suprema Corte, percebe-se claramente a importância de suas decisões constitucionais para a delimitação de políticas de governo, tendo impacto direto nas políticas do governo federal e estadual. Tradicionalmente, a Suprema Corte tem se manifestado sobre assuntos constitucionais de caráter geral e abstrato. Os julgamentos estão, na maioria das vezes, voltados para as cláusulas presentes nas emendas constitucionais do *Bill of Rights* e da *Civil War*, causando sempre desafios grandiosos para os *Justices*:

Constitutional clauses that use terms drawn from political and moral ideals seem to lack some of the characteristics of ordinary legal rules. They do not provide the same guidance given by ordinary legal rules, thus creating tensions with the values embodied in the rule of law. The abstract character of these clauses means that it is difficult to tell when judges are following or deviating from the rules contained within them. Even if these clauses provide some direction, their practical effects is to delegate an unusual amount of power to judges.²¹

²¹ GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 127.

É curioso também notar que, dentro do sistema da common law, nem sempre existe um remédio por meio da adjudicação constitucional quando um direito é violado. O que gera sempre tensões. Por um lado, deve ser evitada qualquer tensão entre Constituição e outras formas de direito. Isto significa dizer que as decisões da Suprema Corte devem ser em números reduzidos para evitar maiores distúrbios no sistema político daquele país. De fato, devem ser encontrados métodos de interpretação (o próprio valor) sobre as cláusulas para que arranjos tradicionais no patamar político e na esfera jurídica não sofram grandes impactos. Por outro lado, a Suprema Corte deve ter influência necessária para estabelecer limites constitucionais para os agentes institucionais em nível federal e estadual. De acordo com os seus limites constitucionais, a Suprema Corte deve assegurar para cada cidadão os ideais de liberdade e de igualdade e estabelecer condições para que tais cláusulas e seus direitos possam ser efetivamente implementados.

Uma das características mais importantes da Suprema Corte é o fato de os justices trabalharem separadamente para alcançar suas decisões. As ações coletivas a partir de deliberações são muito raras. Com frequência não se obtém maioria nas decisões e, sem dúvida, ocorrem incoerências. A legitimidade da Corte sempre está em questionamento uma vez que não há votação para as decisões.

O processo de decisões envolve uma rede complexa de questões políticas com significativas conseqüências no âmbito político e legal da sociedade norte-americana. A Corte se vê constantemente no desafio de possuir discricção, estabilidade e certeza nas decisões de acordo com o *rule of law*.

A Constituição norte-americana, como o próprio texto esclarece, fundamenta o caráter da suprema lei. Mas, evidentemente, o constitucionalismo norte-americano está baseado na analogia entre Constituição e leis ordinárias de maneira que todos os indivíduos tenham os direitos e os deveres assegurados pelo *rule of law*. A Constituição é da mesma forma a “moldura” do governo federal permitindo a “feitura” da política nacional como um todo. Deve-se observar, de imediato, que a Constituição não é uma lei comum. Por sua natureza específica da generalidade e da abstração, não é possível o controle restrito de sua aplicação, ou seja, não existem mecanismos institucionais para exigir a obrigatoriedade do cumprimento constitucional quando um ramo do governo, por exemplo, viola a Constituição. Os mecanismos controladores não são os mesmos

que os aplicados a um indivíduo que viola uma lei ordinária. A Constituição não tem uma polícia específica para defender sua eficácia. Pelo fato de a Constituição ser o enquadramento das políticas públicas, das ações do governo, e não ter um controle específico para sua eficácia, ela está sempre sob pressão dos atores políticos e valores sociais em vista de usarem-na para benefícios específicos. E por isso, encontram-se tantas contradições nas esferas políticas e judiciárias da sociedade norte-americana. O judiciário, na verdade, em especial, a Suprema Corte, exerce o papel intérprete, controlador e revisor da Constituição e de sua eficácia na sociedade democrática.

É durante as últimas três décadas do século XIX e nas primeiras três décadas do século XX que a discussão e a valorização do *judicial review* se tornaram realmente marcantes. O Estado deveria ser provocador e cerceador dos novos problemas político-institucionais que se apresentavam naquele período histórico de profundas transformações na sociedade norte-americana – da Guerra Civil à Grande Depressão. As emendas resultantes do período da Guerra Civil deram enorme oportunidade à Suprema Corte para exercer revisões sobre as atividades dos governos federal e estaduais. Foi com o New Deal, nos anos 30, que se firmou por definitivo a prática permanente de uma Corte ativa e determinada a participar das transformações político-constitucionais de uma sociedade em evolução. Qual era, então, o papel desta Corte no sistema político? Esta Corte foi, na verdade, capaz de apontar a inconstitucionalidade de leis federais de taxação, de limitar leis anti-trust, de restringir o crescimento de sindicatos. Algumas das decisões foram bastante conservadoras, mas outras foram de grande importância para as reformas sócio-econômicas. Foram tais decisões que provocaram o início do debate sobre o Judicial Review como um instrumento de real regulação dentro do sistema constitucional e político dos EUA. Este período, conhecido como a era Lochner (*Lochner v. New York*), marca um momento de profunda prolixidade e contradições dentro da Suprema Corte quando não se sabia exatamente sob que influência ideológica aquela se encontrava. Muito se discute sobre este período da Suprema Corte no que diz respeito a seu apoio a padrões verdadeiramente democráticos.²² A aspiração política de democracia, nos parâmetros que conhecemos hoje, não existia em profusão na era Lochner: os afro-americanos, os pobres, as mulheres eram suprimidos pela força e pela fraude de decisões em nível federal de maneira muito pouco democrática e pouco se

²² Esta é uma idéia especialmente discutida por alguns historiadores e constitucionalistas norte-americanos como Stephen Griffin. Conferir: GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 102

falava em direitos civis.

É muito importante considerar este período para a análise do *Judicial Review* porque neste momento a crítica repousava em este método ser totalmente anti-democrático uma vez que nos EUA não estava estabelecida uma democracia plena e majoritária: havia, contrariamente, uma democracia constitucional ou representativa dos interesses particulares. Na verdade, os EUA e a democracia evoluíram conjuntamente. A democracia, nada mais é do que um processo crítico e participativo sobre as transformações sócio-político-econômicas de determinado período histórico. Foi, pois, neste momento que o sufrágio universal foi conquistado. Hoje, por conseguinte, a democracia norte-americana reconhece a importância da garantia dos direitos civis e das liberdades civis. Não existe restrições baseadas em sexo, classe, raça para o direito de votar, por exemplo. A democracia aceita também, da mesma maneira, no presente momento, partidos representativos de grupos para sua participação política.

No ano de 1937, se estabelece a grande crise entre o poder executivo, com a figura do presidente Roosevelt, e o poder judiciário, representado pela Suprema Corte, no que se refere a decisões contrárias ao *New Deal*. Roosevelt consegue, após sucessivas derrotas, o apoio da Corte em favor do *New Deal*. A Corte tinha tido uma participação decisiva, por meio do *judicial review*, no controle do governo em regular a economia em moldes intervencionistas. O *New Deal* mostrou, assim, que havia uma clara tensão entre o exercício do *judicial review* e o governo democrático estabelecido. A Corte, a partir deste momento, resolve que sua função de rever legislações não era somente o seu papel constitucional: seu novo rumo era defender direitos individuais, especialmente, aqueles relacionados com o processo político como a proteção da Primeira Emenda sobre liberdade de expressão.²³ O *judicial review* torna-se deste modo uma justificativa para o exercício pleno dos direitos individuais por minorias a partir de um processo democrático, como bem nos lembra Gargarella:

La argumentación presentada por Hamilton – y luego retomada por el juez Marshall en el famoso caso “Marbury v. Madison” – pasó a constituirse, desde entonces, en una de las más sólidas y difundidas defensas Del control judicial. Em cualquier país que acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a dichos similares a los de Hamilton: porque se pretende el “autogobierno” Del pueblo, porque se pretende mantener inviolada la autoridad Del pueblo – enraizada en la constitución – es que se requiere un órgano

²³ Em relação a este tópico, sugerimos o debate apresentado por Ronald Dworkin em seu livro *Sovereign Virtue – Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, cap. 10.

*capacitado para revisar la validez de las leyes.*²⁴

A Corte passava então, com o espírito descrito acima, a ter um papel legítimo na defesa do *Bill of Rights* contra incursões majoritárias.²⁵

Houve, naturalmente, um profundo debate sobre a abolição ou a restrição da revisão judicial, como bem observa Bickel, entre outros. A preocupação sobre a revisão judicial era determinar a especificidade do papel e da função da Suprema Corte na democracia norte-americana, como atenta Griffin:

*“The thought that guided such scholarly efforts was that the undemocratic character of judicial review meant that the Court had to behave in a certain way to avoid repeating the mistakes of the pré-New Deal Court. Thus the debate is better characterized as one over the proper role of the Supreme Court in American democracy.”*²⁶

Existem dois importantes momentos que marcam certa descontinuidade no constitucionalismo norte-americano. Como já dissemos, os Estados Unidos não foram sempre uma democracia de direito. O primeiro momento que marca um novo rumo para esta tradição foi o movimento pelos direitos civis, o que mudou profundamente o comportamento do próprio governo à época. Da mesma forma, ao mesmo tempo que se chamava a atenção para os direitos civis, tornando-os parte do sistema político, houve, concorrentemente o processo de politização do próprio direito. Tais fenômenos provocaram o debate sobre a supremacia judicial, de forma a melhor compreendermos a politização dos direitos em todos os poderes, inclusive na Suprema Corte.

Politizar direitos significou, pois, a manifestação de todos os atores governamentais em função de uma proteção dos direitos constitucionais e legais. Richard Kay, em seu texto *American Constitutionalism* esclarece bem:

Constitutionalism is risk-averse in the sense that it prefers the awkwardness of rigidly bound state action to the possibility that government will overshoot the mark in dealing with new circumstances and thus needlessly restrict private action. That may, in fact, be an especially worrisome hazard in a democratic regime where a government will be especially vulnerable to the appeal of short-term considerations of collective welfare at

²⁴ GARGARELLA, Roberto. “La Dificultad de Defender el Control Judicial de las Leyes”. In: *Isonomia* n. 6 – Abril, 1997, p. 57.

²⁵ Foi a partir da famosa nota de rodapé n. 4 de *United States v. Carolene Products Co.* que a Corte revelou uma grande consciência sobre a segurança dos direitos constitucionais quando a legislação infringe o texto constitucional, tem efeitos que excluem indivíduos do processo político e é resultado de discriminação contra minorias – 304 U.S. 144, 152-53 n. 4 (1938). Havia também uma previsão de que a Corte tomaria medidas cabíveis para quando o processo democrático fosse interrompido, mesmo quando não houvesse previsão constitucional para tanto.

²⁶ GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from Theory to Politics*, p. 106.

*the expense of the liberties of individuals and minorities.*²⁷

Não existem dúvidas de que a Suprema Corte continua em sua trajetória de proteger direitos constitucionais.²⁸ Cass Sustein²⁹ apresenta alguns princípios básicos que fundamentam a constituição, a saber: proteção contra prisão não-autorizada, proteção para discordância política, o direito ao voto, a liberdade religiosa e a proteção contra discriminação racial e sexual. Na verdade, não só a Constituição e Suprema Corte estão prontas para defender tais direitos, mas também os poderes políticos também o fazem de uma forma ou de outra. O Congresso norte-americano apresenta inúmeros casos em que participou efetivamente na defesa dos direitos constitucionais e legais, entre eles o Equal Pay Act of 1963 e o Civil Rights Act of 1964, como exemplo sólidos desta participação reguladora e controladora. O Congresso norte-americano tem tido ainda grande participação na garantia da cláusula de proteção igualitária da XIV Emenda. Se analisarmos comparativamente as ações do Congresso e da Suprema Corte, poderemos verificar que muitas vezes o Congresso tem sido mais efetivo e confiável na defesa de direito civis em resposta a decisões da Suprema Corte que, por muitas vezes, restringiram os direitos contra a discriminação. Um exemplo disto foi quando a Suprema Corte restringiu a abrangência de diversas leis anti-discriminação em *Grove City College v. Bell*, o Congresso, imediatamente, votou a Lei de Restauração dos Civis de 1987. E assim foram em muitos outros casos.³⁰ O importante é que seja identificada a idéia de que todos os atores políticos na democracia norte-americana trabalham em favor dos direitos, criando, promovendo e executando direitos constitucionais importantes. A Suprema Corte, em não raras ocasiões, tem deixado a desejar no que se refere à proteção de importantes direitos constitucionais, a saber: *City of Mobile* (lei dos direitos de voto) e *Grove City College* (discriminação racial e sexual), como bem analisa Clayton:

Much attention has focused on how electoral dealignment impacts Congress and the presidency (Cox and Kernell 1991; Thurber 1991). Less well understood, but equally

²⁷ KAY, Richard S. American Constitutionalism. In: Alexander, L. (ed.). *Constitutionalism – Philosophical Foundations*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 24.

²⁸ Chamamos a atenção para a recente decisão da Corte Suprema sobre o caso Michigan. Para melhor informação recomendamos o texto de Ronald Dworkin: *The Court and the University*, The New York Review, May 15, 2003.

²⁹ SUSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 1999.

³⁰ O trabalho do professor Griffin enumera exaustivamente os casos em que o Congresso responde à Suprema Corte, cf. GRIFFIN, Stephen. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. In: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 4, n 2, 2002.

important, is its impact on the judiciary. Initially, dealignment led to a new judicial politics that made the Court both a more regular and a more independent source of policy innovation. (...) The twin developments of electoral dealignment and a collapse in consensual jurisprudence explain much about the role and decision making of the Rehnquist Court. To begin with, rather than defining moments in the relationship between the Court and the elected branches, appointments of justices during the late -1980s and 1990s have increasingly become defining moments for the relationship between Congress and the president. As such they become exercises in pragmatism and conflict avoidance.³¹

A idéia de democracia de direitos é substancialmente fundada na noção de cidadania que consiste em uma garantia efetiva de parâmetro nacional de direitos civis, incluindo aí o direito ao voto. Hoje, sustenta-se o repúdio a qualquer restrição ou discriminação à propriedade, classe, raça, sexo no exercício de qualquer direito civil. Endente-se ainda a necessidade de se aceitar uma forma populista de democracia em que todos os poderes eleitos são entendidos como eleitos diretamente pelo povo. Diferentemente dos Fundadores, há dois séculos, ou dos Progressistas, no início do século passado, na sociedade norte-americana de hoje é aceito um tipo de estrutura em que se pauta pelo pluralismo racial e étnico. O marco histórico para o surgimento desta democracia de direitos é o movimento pelos direitos civis nos anos 50 e 60, em que surge uma nova compreensão sobre a idéia de cidadania, quando levou ao fim da segregação racial, por exemplo. A lógica constitucional de poderes separados começou a funcionar na defesa da política de direitos civis. A Suprema Corte era convocada a participar deste processo por aclamação popular e se falhasse no seu papel de defensora dos ideais constitucionais, os cidadãos poderiam recorrer aos poderes eleitos, tais como o Congresso:

Furthermore, Charles Epp's valuable study of the "support-structure" of the rights revolution makes clear that Court decisions that are part of the civil rights movement were themselves the product of a democratization of access to the federal judiciary. That is, the Court did not simply act on its own to protect individual rights against majoritarian attack. It acted with the support of groups of citizens who summoned significant resources in a quest to protect rights. Exercising their democratic rights to organize to the extent possible, these citizens provided a crucial impetus for Court decisions that defended the rights of the individual³²

Houve, naturalmente, retrocessos, como na era Nixon, quando figures

³¹ CLAYTON, Cornell. "Law, Politics, and the Rehnquist Court: Structural Influences on Supreme Court Decision Making". In: GILLMAN, Howard & CLAYTON, Cornell (ed.) *The Supreme Court in American Politics – New Institutional Interpretations*. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 1999, p. 155, 156 e 157.

³² GRIFFIN, Stephen. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. P. 292.

conservadoras invadiram a Suprema Corte, estabelecendo novos rumos para as decisões de cunho democratizante no que tange aos direitos civis. No governo Reagan, novamente a Corte sofre de compromissos políticos para patrocinar à administração do governo a aplicar medidas ideológicas consistentes. Aqui, observa um processo de politização da nomeação para a Suprema Corte mais forte do que nunca. Na verdade, os políticos norte-americanos já haviam percebido que, desde a Corte de Warren, a Corte como instituição forte poderia sempre afetar seus objetivos na agenda política. E por esta razão a Corte não seria, a partir da era Reagan, uma Instituição com independência política para assegurar a proteção dos direitos civis:

*The contemporary Court has thus become another forum in which political battles over individual rights are played out. It is closely balanced between the contending sides and each presidential election and possible vacancy is monitored for its potential impact on constitutional issues. Indeed, the politization of the appointment process makes it unlikely that the Court can perform a special function in educating the citizenry or assuming a vanguard role to promote a national dialogue on rights.*³³

A democracia de direitos procura, pois, ante o debate sobre a legitimidade da revisão judicial, descobrir que poder ou nível do governo é mais eficiente ou melhor para criar e executar direitos: o Legislativo ou o Judiciário. Um dos grandes problemas da crítica contra-majoritária à revisão judicial era mostrar que esta nunca se preocupou com a democracia como sendo um valor intrínseco ao processo de revisão. Muitos teóricos como Amy Gutmann e Robert Dahl entre outros, mostram que o que importa sobre democracia não é simplesmente a regra de maioria, mas o compromisso de tratar cidadãos de maneira igualitária e assegurar que o governo trabalhe em favor de todos de modo uniforme. É preciso pensar, pois, que em uma sociedade democrática a importância dada aos direitos civis significa a própria subsistência do regime, uma vez que práticas democráticas como o sufrágio com eleições regulares asseguram as instituições na sua legitimidade para proteger os próprios direitos civis. Pode-se, então, de alguma maneira afirmar que dois elementos são indispensáveis para a segurança do sistema político institucional: direitos civis e procedimentos democráticos; o que são justificados da mesma forma uma vez que trazem um benefício mútuo importante e legitimado por todos os cidadãos.

“Within this democratic system of rights, judicial review can be justified rather easily as check on majority rule designed to ensure that civil rights are not infringed. As the above

³³ GRIFFIN, Stephen, Op. Cit. p. 295.

*argument implied, there is no guarantee that legislative majorities will always choose the interest of everyone over the interest of a large majority of voters.*³⁴

A prioridade dada aos direitos civis pode ser o principal objetivo do governo, mas isto não assegura que seja improvável que leis aprovadas violem os direitos individuais. Para solucionar tais problemas é de fundamental importância certos instrumentos ou mecanismos de controle, tais como o da revisão judicial e isto justifica que tais mecanismos de controle não estão à margem do processo democrático. Nada impede que outros mecanismos existam para sempre corrigir qualquer desvio que a revisão judicial possa provocar contra os direitos civis que são do interesse de todos, como muito apropriadamente analisa Griffin:

*The argument that there is a harmony between civil rights and democracy thus has subtle implications for the traditional debate over the legitimacy of judicial review. In what I have called a democracy of rights (one that realizes this harmony), judicial review is not brought in to adjust the system toward a goal (the protection of rights) that the system does not naturally achieve on its own. Rather, the point of having a democracy is that it does tend to regularly achieve the successful creation and enforcement of basic civil rights. Judicial review is simply an additional institution that can help achieve this goal.*³⁵

A idéia aqui presente é a de ampliação das possibilidades de deliberação e participação de cidadãos cientes de seus direitos e deveres a partir de interesses comuns. Aqui, pode-se apontar, como bem fazem Guttman e Thompson, que a Suprema Corte pode ser uma das instituições mais preparadas para a deliberação. Mas isto ainda é muito discutido no âmbito acadêmico.

Os Estados Unidos são, hoje, uma democracia de direitos, com uma lógica constitucional própria com os seus aspectos jurídicos e políticos mesclados dentro de uma ordem institucional de fortes bases. Os poderes políticos são todos, desde o movimento dos direitos civis, instituições que trabalham em favor da proteção dos direitos individuais, em particular contra a discriminação. Existe, contudo, sempre a possibilidade de conflitos entre esses poderes, pois aqui falamos de democracia e ao situarmos suas características aceitamos o confronto de opiniões e julgamentos sobre direitos e procedimentos normativos.

A grande preocupação que existe é a de que a Suprema Corte possa, em decisões não especificamente pautadas por considerações democráticas, destruir ou afastar direitos civis importantes para a condução da vida em um Estado democrático de

³⁴ GRIFFIN, Stephen, Op. Cit. p. 299.

³⁵ GRIFFIN, Stephen, Op. Cit. p. 299.

direito. Talvez pela prática “freios e contrapesos” é que se encontre sempre “saídas” vitoriosas para a democracia plena.

De qualquer modo, o importante é que existam procedimentos democráticos relativamente confiáveis e bons para identificar políticas que seja de interesse de todos, criando e executando direitos civis. A idéia de superação dos padrões de julgamento (*scrutiny*) se baseia apenas na possibilidade dos poderes políticos, como o Congresso, estarem fazendo um trabalho mais eficiente do que a Suprema Corte no que diz respeito à discriminação racial. É preciso compreender, contudo, que qualquer assunto que envolva questões de equidade, justiça, discriminação, etc, deve ser combatido por todas as instituições que tenham competência constitucional para assegurar acima de tudo os padrões essenciais da vida democrática.

4.4. O Papel do Juiz e a Efetivação de Direitos na Visão de Lawrence Sager

A teoria proposta, recentemente, por Lawrence Sager³⁶, constitucionalista norte-americano parece se enquadrar à proposta de nosso estudo quanto à questão da relação que se precisa construir entre direito e moral, a partir de um questionamento sobre a real base de justiça moral na esfera constitucional norte-americana. Ele parte do pressuposto que existiria uma dúvida sobre as várias teorias constitucionais no que elas esclarecem sobre a existência de “instruções” no texto constitucional que poderia servir de orientação para os juízes nas suas decisões judiciais. A sua proposta é construir uma teoria fundada na justiça (*justice-seeking account*) sobre a possibilidade de associação ou colaboração dos juízes na prática constitucional. O objetivo, esclarece ele, parte da presunção de que a “comunidade política”, em particular o judiciário, satisfaça mais adequadamente às liberdades e os direitos fundamentais contidos no texto constitucional em abstrato e de cunho moral. Assim o professor estatui:

A tarea del juez constitucional consiste en aplicar normas constitucionales muy generales a casos concretos, con la obligación concomitante de generar doctrinas y significados que puedan extenderse a otros casos. El objetivo de esta colaboración es conseguir que nuestra comunidad política satisfaga mejor los requisitos fundamentales de la justicia política. Ésta es la clave de la teoría basada en la justicia de nuestra

³⁶ SAGER, Lawrence G. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007

*prática constitucional.*³⁷

Sager aponta um déficit expressivo de cunho moral na doutrina constitucional norte-americana. Os juízes infra-constitucionais, observa ele, precisam encontrar uma estratégia singular para aplicar com responsabilidade suas decisões e que, na verdade, estas decisões deveriam ter de alguma forma de participação ou total responsabilidade das instituições políticas democráticas como um todo, já que a exigência de justiça constitucional está além da própria competência dos juízes. A idéia que se apresenta é a de colaboração entre os “juízes constitucionais” e as instituições públicas de maneira a construir uma justiça democrática “mais completa” do que as decisões solitárias dos juízes.

Como bem afirma, os juízes não podem ser os únicos atores constitucionais; são importantes, mas não os únicos. Devem ser distinguidos “juízes agentes” ,que seguem puramente instruções normativas dos órgãos decisórios, dos “juízes colaboradores” que estabelecem os preceitos e valores constitucionais; estes com juízos “normativos son valorados positivamente como una importante virtud de nuestra estructura constitucional (...).³⁸

A tese de Sager está, como vemos, muito próxima à teoria de Dworkin no que tange à idéia de “leitura moral da constituição”³⁹, mas não no que diz respeito ao “juiz hércules” Sager condena Dworkin em ele acreditar que as respostas necessárias ao jogo político democrático poderiam ser defendidas por juízes; ao aplicarem a constituição estariam protegendo as “condições democráticas” da sociedade política. Ambos defendem, no entanto, as questões mais importantes do ponto de vista da justiça política que devem ser tratadas a partir de princípios concebidos em termos abstratos constitucionalmente. Também defendem a posição de que para haver concretude no mundo jurídico e a devida dinâmica relacionadas aos princípios constitucionais faz-se necessária exigências de ordem prática. Por isso, deve-se considerar, segundo Sager, as experiências passadas e aquelas hipotéticas do futuro que possam fundamentar a decisão judicial de maneira a estar sempre colaborando com as instituições democráticas e satisfazendo o público em geral:

La responsabilidad de los jueces se proyecta sobre decisiones pasadas y posibilidades

³⁷ SAGER, Lawrence G. Op. Cit. p. 35.

³⁸ SAGER, Lawrence G. Op. Cit. p. 44.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*, p.2.

futuras; deben poner a prueba los principios, sobre los que pretenden fundamentar la decisión, com estos resultados concretos, tanto reales como imaginados. La actividad jurisdiccional es, por tanto, un tipo de equilibrio institucional reflexivo. Los jueces están obligados a ofrecer lãs razones que fundamentan sus decisiones a los demás jueces y al público en general, y estas razones son de un tipo especial, a saber: son accesibles públicamente y defendibles públicamente, son ejemplos de lo que algunos filósofos denominan la “razón pública.”⁴⁰

Apesar de toda esta responsabilidade conferida aos juízes, “colaboradores”, Sager observa que nem sempre na história norte-americana a justiça política e as interpretações constitucionais atentaram para a questão dos valores morais. É evidente que Sager considera que os tribunais de justiça exercem um papel fundamental na justiça constitucional quando são, em primeiro lugar, especializados em interpretar princípios, e em segundo lugar, em países regidos pela *common law*, tais tribunais atuam marcadamente por uma cultura ética muito forte a partir dos casos precedentes. De fato, parecem ser um teste de coerência para o cumprimento dos valores sociais em pauta.

Sager pretende estabelecer (introduzir) na teoria constitucional, algo similar aoo que Rawls defende no seu *Liberalismo*; a idéia de dois tipos de princípios: os princípios de justiça e os princípios constitucionais. A proposta de Sager, quase que como um modelo kantiano e rawlsiano, é a concepção de uma constituição que proteja certas liberdades e certos direitos básicos, como duradouros, claros e de fácil aplicação, como se fossem categóricos, sem que houvesse qualquer ponderação com outros interesses. O que ele efetivamente propõe é firmar uma distinção entre Constituição “*en si*” e Constituição “*aplicada por los jueces*”. Isto é, somente com a intervenção de instituições políticas democráticas é possível assegurar a efetividade de determinados preceitos constitucionais uma vez que elas assumem as estratégias sociais necessárias para o cumprimento dos princípios da Constituição “*en si*” ou dos valores categóricos constitucionais. Como ele mesmo, promove em passagem central no seu livro:

La fuerza, el valor o la importancia que tengan en el mundo real los derechos constitucionales no susceptibles de aplicación judicial dependen de una serie de factores, que están interrelacionados. En primer lugar, es importante que los tribunales puedan proteger estos derechos en sus márgenes sustantivos, procesales e institucionales. En segundo lugar, para posibilitar esta protección judicial y orientar de manera significativa la decisión política democrática, es importante que los derechos constitucionales no susceptibles de plena aplicación judicial formen un todo coherente com la parte de la Constitución que sí es plenamente aplicada por los jueces. Em tercer

⁴⁰ SAGER, Lawrence G. Op. Cit. p. 93. Grifo nosso.

lugar, es importante, según hemos puesto de relieve, que los derechos constitucionales judicialmente inaplicados tiendan a expresarse con plena autoridad, por encima de otras consideraciones y preocupaciones de nuestra comunidad política. (...) si los derechos constitucionales judicialmente inaplicados adquieren importância como resultado de sua autoridad categórica, por su coherencia con el contenido de la Constitución aplicada y por ser protegidos de manera marginal por los tribunales, entonces esos derechos tendrán capacidad para restringir las decisiones democráticas.⁴¹

Por este excerto, vemos que a teoria de Sager procura delimitar as decisões democráticas de uma ordem constitucional pela própria razão constitucional de princípios de justiça embutidos no âmago da Constituição e de caráter inegociável. Com certeza, próximo à idéia de princípios rawlsianos.

⁴¹ SAGER, Lawrence G. Op. Cit. p. 152.