



Luana Castellane Silva

**A MORALIDADE CONSTITUCIONAL DA
COMUNIDADE E AS CONSTITUIÇÕES COMO
ÁRVORES VIVAS: uma análise da proposta
teórico-interpretativa de Wil Waluchow**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro,
maio de 2022



Luana Castellane Silva

**A MORALIDADE CONSTITUCIONAL DA
COMUNIDADE E AS CONSTITUIÇÕES COMO
ÁRVORES VIVAS: uma análise da proposta
teórico-interpretativa de Wil Waluchow**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof. Fabio Carvalho Leite

Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof. Diego Werneck Arguelhes

FGV

Rio de Janeiro, 02 de maio de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Luana Castellane Silva

Graduou-se em Direito nas Faculdades Integradas Vianna Júnior em 2019. Cursou pós-graduação em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário no Centro Universitário Una em 2021. Docente de Filosofia e Sociologia do Direito na Rede Pitágoras Juiz de Fora/MG.

Ficha Catalográfica

Silva, Luana Castellane

A moralidade constitucional da comunidade e as constituições como árvores vivas : uma análise da proposta teórico-interpretativa de Wil Waluchow / Luana Castellane Silva ; orientador: Noel Struchiner. – 2022.

119 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Wil Waluchow. 3. Cartas. 4. Revisão judicial. 5. Controle de constitucionalidade. 6. Moralidade. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

Resumo

Silva, Luana Castellane; Struchiner, Noel. **A moralidade constitucional da comunidade e as constituições como árvores vivas**: uma análise da proposta teórico-interpretativa de Wil Waluchow. Rio de Janeiro, 2022. 105 p. Dissertação de Mestrado - Núcleo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Sob a orientação do Professor Noel Struchiner.

Na obra “A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”, Wil Waluchow apresenta uma concepção alternativa para cartas de direito e para revisão judicial em sede de controle de constitucionalidade. O autor visa demonstrar as vantagens e a legitimidade democrática na adoção de cartas constitucionais escritas e de juízes como agentes capazes de encontrar o que chama de moralidade constitucional da comunidade. Para isso, Waluchow propõe a concepção de que as cartas mesclam pontos fixos e flexíveis, de modo a ser capaz de conferir a segurança jurídica necessária sobre determinados direitos aos indivíduos, mas promovendo certa flexibilidade sobre como e em que casos os direitos devem ser reconhecidos e ponderados. A análise de Waluchow se volta para direitos que, via de regra, são prescritos em linguagem aberta, que demandam a mensuração de sua incidência por meio de escolha oficial informada face aos casos concretos. Tal característica ocorre em razão da relevante influência da moral sobre os supracitados direitos, pois sua interpretação se modifica e evolui ao passo que o mesmo ocorre na moralidade social. Para construir sua fundamentação, Waluchow se propõe a apresentar e responder às objeções que, segundo ele, possuem maior força argumentativa, sendo seu maior expoente Jeremy Waldron. Nesse sentido, o presente trabalho se volta a apresentar o modelo proposto por Waluchow a ser adotado nas democracias constitucionais e em seguida expor a análise de outros autores sobre sua obra. A partir disso, avalia-se criticamente a viabilidade prática de sua proposta, os pontos a serem mantidos e os que devem ser reformados ou melhor fundamentados pelo autor em sua contribuição ao debate jurídico-interpretativo da norma constitucional.

Palavras-chave

Wil Waluchow; cartas; revisão judicial; controle de constitucionalidade; moralidade.

Abstract

Silva, Luana Castellane. Struchiner, Noel(Advisor). **The community constitutional morality and the constitutions as living trees: an analysis of Wil Waluchow's interpretative theoretical proposal.** Rio de Janeiro, 2022. 105 p. Dissertação de Mestrado - Núcleo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Sob a orientação do Professor Noel Struchiner.

In his work “A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”, Wil Waluchow presents an alternative conception for charters of law and for judicial review in the context of constitutional review. The author aims to demonstrate the advantages and democratic legitimacy of adopting written constitutional letters and judges as capable agents to find what he calls the community's constitutional morality. For this, Waluchow proposes the concept that the charters merge fixed and flexible points, in order to be able to provide the necessary legal certainty on certain rights to individuals while promoting certain flexibility on how and in which cases rights should be recognized and weighted. Waluchow's analysis turns to rights that, as a rule, are prescribed in open language that demands the measurement of their incidence, through informed official choice in the face of concrete cases. This feature is due to the relevant influence of morals on the aforementioned rights, as their interpretation changes and evolves while the same occurs in social morality. To build his foundation, Waluchow proposes to present and answer the objections that, according to him, have greater argumentative force, with its greatest exponent being Jeremy Waldron. In this sense, the present work turns to present the model proposed by Waluchow to be adopted in constitutional democracies and then exposes the analysis of other authors about his work. From this, the practical feasibility of its proposal is critically evaluated, the points to be maintained, and those that must be reformed or better substantiated by the author in his contribution to the legal debate to interpret the constitutional rule.

Keywords

Wil Waluchow; charters; judicial review; constitutional review; morality.

Sumário

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 7 |
| 2. O controle de constitucionalidade sob a ótica de Wil Waluchow | 15 |
| 2.1. A justificação e a legitimidade das cartas e da revisão judicial | 24 |
| 2.2. A moralidade constitucional da comunidade e as constituições como árvores vivas | 53 |
| 3. Acomodações e desafios a serem enfrentados por Waluchow | 67 |
| 3.1. Imer Flores | 67 |
| 3.2. Noel Struchiner e Fábio Shecaira | 70 |
| 3.3. Natalie Stoljar | 73 |
| 3.4. Kenneth Einar Himma | 77 |
| 3.5. Tom Campbell | 80 |
| 3.6. Respostas de Waluchow e conclusões obtidas | 83 |
| 4. Análise crítica e viabilidade prática da árvore viva | 94 |
| 4.1. As cartas de direito nas democracias constitucionais | 94 |
| 4.2. A revisão judicial no controle de constitucionalidade | 96 |
| 4.3. Argumentos a serem considerados por Waluchow | 101 |
| 4.4. Pontos positivos da concepção proposta | 105 |
| 5. Conclusão | 108 |
| 6. Referências | 115 |
| Apêndice | 118 |

1

Introdução

Existem divergências profundas sobre o que são os direitos e como devem ser interpretados e aplicados. Essas divergências se estendem a questões sobre a adoção de uma carta constitucional, quais direitos incluir nela e como esses direitos devem ser aplicados aos casos concretos. É inevitável que em um contexto de vida coletiva haja divergência entre as concepções de direitos, de política e de padrões morais. As perspectivas morais mudam com o passar do tempo e, conseqüentemente, o mesmo ocorre com os direitos, via de regra, prescritos nas cartas constitucionais. Face ao caráter hierarquicamente superior o qual uma carta constitucional possui, pode-se delegar à revisão judicial a autonomia para avaliar se normas infraconstitucionais estão de acordo com os valores e princípios previstos na carta. No entanto, a amplitude do poder conferido à revisão judicial gera desacordos em torno da legitimidade democrática do Poder Judiciário ao declarar inconstitucionais atos normativos advindos de representantes eleitos.

Wil Waluchow relaciona o momento de escolha constitucional a uma reflexão fria, para vinculação de determinados direitos consolidados pela carta. Sabe-se que os preconceitos, medos, ódio ou cegueira moral irão violar os interesses de outros diante de alguma circunstância (WALUCHOW, 2005, p. 7). Em um mundo plural, no qual concepções morais e políticas divergem a todo momento, se não há concordância com os limites estabelecidos por uma carta, dificilmente haverá comprometimento com ela. Logo, uma constituição pode ser pensada com pontos fixos visando garantir os direitos fundamentais e a democracia, sem que abra mão de previsões que demandem um grau de individualização e flexibilidade que deve ser conferido diante das particularidades do caso e do contexto. Presume-se humanamente impossível que legisladores prevejam todos os conflitos futuros face à complexidade das sociedades democráticas atuais.

Sendo assim, uma lei escrita na atualidade pode não atender aos padrões morais estabelecidos pela comunidade nas décadas seguintes e, conseqüentemente, comprometer os valores morais fundamentais dessa sociedade (WALUCHOW, 2007, p. 3-6). Conforme explica Waluchow, os sistemas jurídicos, de maneira sensível, podem prever os descompassos morais entre a criação e a aplicação de uma carta constitucional dada a extensão do lapso temporal entre uma e outra. O autor acredita que tal desafio pode ser vencido pelo uso de cartas que, via de regra,

prescrevem direitos com carga moral em linguagem indeterminada para posterior análise judicial caso a caso (WALUCHOW, 2007, p. 11).

Tem-se como objetivo a concatenação dos elementos contidos na obra “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”, de Wil Waluchow, acerca de sua proposta para cartas de direitos e sua consequente revisão judicial. Waluchow visa mesclar os benefícios da estabilidade e da capacidade de adaptação interpretativa nas democracias constitucionais, a partir da concepção de constituições como árvores vivas e da implementação do que identifica como “*community’s constitutional morality*”, o que pode ser traduzido como a moralidade constitucional da comunidade.

Ademais, na presente dissertação, o conteúdo disposto pelo autor será tratado de modo descritivo, com a finalidade de expor o que há de mais relevante na bibliografia pesquisada, de modo a refinar e organizar as ideias de Waluchow para que, em seguida, construa-se uma análise crítica sobre a viabilidade de sua proposta. Após a exposição das ideias do autor, o estudo delimitou-se à análise dos artigos apresentados na edição da Revista Problema da Universidade Autónoma do México dedicada exclusivamente à análise do livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. Nessa oportunidade, autores analisaram criticamente e ofereceram questionamentos à proposta de Waluchow. Ressalta-se que o presente estudo tratou de modo individualizado cada artigo da edição da revista, dando ênfase às críticas mais potentes à teoria. Por fim, no último capítulo, pretende-se desenvolver uma análise que pondere todos os argumentos expostos, de modo a sustentar o que deve ser mantido na metodologia estudada e o que demanda uma reanálise por Waluchow, visando sanar as vulnerabilidades práticas da implementação da moralidade constitucional da comunidade que, certamente, é o elemento inovador de sua proposta.

Waluchow explica que, no que se refere à revisão constitucional, algumas correntes interpretativas se destacam. O autor elenca a existência de correntes que rejeitam a possibilidade de revisão constitucional, opção feita por Jeremy Waldron. Uma segunda possibilidade seria analisar as políticas contemporâneas e adotar uma revisão constitucional atenta ao modelo da comunidade, extraindo a resposta estatal das práticas sociais. Uma terceira possibilidade seria concordar que a revisão constitucional não é democrática, mas justificada por outros motivos, como a justiça. Uma quarta, por fim, seria a adoção de uma revisão judicial forte, ou seja,

que possui autonomia para ir além dos parâmetros estabelecidos na literalidade das normas de modo democraticamente consistente.

Waluchow defende a última opção, por entender que o papel principal de um juiz não é recorrer às suas próprias convicções com relação às questões que envolvem a moralidade na revisão constitucional, mas manter a comunidade com as suas próprias convicções morais através da moralidade constitucional da comunidade. Conforme o autor explica, consiste em uma moral fundamental que engloba as normas e convicções com as quais a comunidade democrática se comprometeu e que possuem certo reconhecimento formal e constitucional. O instituto caracteriza o marco distintivo da proposta interpretativa de Waluchow para o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes judiciais.

O autor defende que mesmo uma revisão judicial forte pode ser consistente com o modelo democrático constitucional. Desse modo, o papel dos juízes em demandas que discutem o modo de aplicação de direitos com carga moral e prescritos, via de regra, em termos abstratos, deve ser o de manter a comunidade com as suas próprias convicções através da extração e interpretação da moralidade constitucional da comunidade pelo juiz. Nesse sentido, Waluchow enfatiza que o instrumento que propõe se difere da moralidade pessoal e, na verdade, consiste em normas e convicções com as quais a comunidade está comprometida, possuindo certo reconhecimento formal e constitucional. Interpreta-se que, segundo o autor, a moralidade constitucional da comunidade pode ser extraída através de decisões judiciais que discutiram tais direitos de carga moral e prescritos em termos abstratos, bem como por leis infraconstitucionais que se empenham em resguardar os direitos minoritários evidenciados com o evoluir dos padrões morais da sociedade.

Waluchow desenvolve uma explicação alternativa à ideia de carta constitucional que não possui apenas normas fixas, nem um ponto de vista moral previamente estabelecido. Segundo o autor, a interpretação das normas constitucionais pode ser feita de modo coerente e legítimo sem que se influencie pelos movimentos políticos dominantes em um dado contexto democrático. Waluchow entende como plausível a adoção de uma constituição escrita, vez que representa um meio potente e acessível para estabelecer a identidade da comunidade e solidificar sua promessa a seus membros face ao poder governamental (WALUCHOW, 2005, p. 3). Sob esse ponto de vista, as constituições devem ser

encaradas como uma árvore viva, capaz de crescer dentro de seus limites e podendo se adaptar a novas circunstâncias e crenças evoluídas.

Em um estado democrático, presume-se que as pessoas são responsáveis pelo ordenamento ao qual se submetem, entretanto, não necessariamente todas as decisões que criam, modificam e extinguem leis serão diretamente feitas pelo povo. A soberania popular pode advir de uma variedade de formas, porém, atualmente, poucas são exercidas diretamente. Nesse sentido, a maioria das democracias é indireta e os cidadãos elegem seus representantes, logo, há uma relação mediata entre as pessoas e as decisões que envolvem um ordenamento jurídico. Waluchow argumenta que tanto na relação entre povo e legisladores eleitos, quanto na relação estabelecida na revisão judicial, há um distanciamento entre as pessoas e as decisões que determinam a lei. Desse modo, a ideia de que a revisão judicial pode ser considerada como antidemocrática por prejudicar a capacidade dos cidadãos de se autogovernarem perde sua força (WALUCHOW, 2007, p. 17). Ressalta-se que em diversas democracias contemporâneas são juízes não eleitos que decidem questões que envolvem os direitos constitucionais e, assim, faz-se necessária a análise da natureza e justificação da revisão judicial (WALUCHOW, 2007, p. 15-16).

Retoma-se a discussão se a atividade judicial deve ater-se à aplicação do texto constitucional restrita a seus termos ou se os juízes devem encarar as constituições como documentos vivos, capazes de atender às demandas de forma mais específica, uma vez que a capacidade do legislador constituinte é limitada em prever as mudanças sociais e morais. Questiona-se a compatibilidade entre leis válidas, que seguem um procedimento formal em sua implementação no ordenamento e a aceitação social de tais normas. Indaga-se, também, como as cartas devem funcionar nas democracias constitucionais e quem deve ser responsável por decidir questões complexas e moralmente carregadas, se os juízes ou se os legisladores. Os questionamentos elencados são amplamente abordados no campo filosófico-jurídico, todavia, nesta oportunidade, são retomados pelo prisma desenvolvido a partir da fundamentação teórica de Waluchow. Tratam-se de questões latentes e atemporais diante da evolução da concepção moral das sociedades acerca de determinados direitos via de regra prescritos nas cartas, como a liberdade de expressão, a igualdade e o devido processo legal.

Wil Waluchow desenvolve a concepção de que a revisão judicial possui um papel potencialmente valioso e pode ser desempenhada em conformidade com os parâmetros democráticos constitucionais (WALUCHOW, 2007, p. 9). O teórico

acredita que os problemas levantados pelos críticos sobre as cartas e a revisão judicial são gerenciáveis, uma vez que, a partir de sua proposta, representam um compromisso previamente estabelecido de forma modesta. Waluchow visa não mensurar antecipadamente direitos e liberdades perante determinados casos, o que habilita o desenvolvimento de uma decisão mais justa e melhor informada sobre as particularidades que serão determinantes para a lide (WALUCHOW, 2007, p. 10).

Embora possuam caráter abstrato, os direitos de cunho moral, via de regra embutidos nas cartas constitucionais, devem ter exaltada a importância de seu reconhecimento e de sua manutenção nas democracias modernas. Logo, o trabalho do autor pretende ser relevante para qualquer democracia constitucional que exija que o poder governamental observe os direitos fundamentais (WALUCHOW, 2007, p. 12). Em sua construção teórica, Waluchow é influenciado pelos ensinamentos de Herbert Hart, que alerta sobre os possíveis resultados indesejáveis da ótica formalista e as deficiências morais ocasionadas quando regras rigidamente elaboradas não deixam espaço para discricionariedade judicial. Nota-se a influência do ponto de vista que exalta o caráter existencial e moral por trás das normas, o qual deve ser observado no momento de sua aplicação aos casos concretos para que não cause descompasso entre norma e realidade, o que pode ser o ponto de partida para decisões cruéis, embora formalmente válidas. Nesse sentido, Hart sugere que as normas escritas em textura aberta, livres de rigidez e de modos de aplicação previamente estabelecidos deixam para posterior solução questões que só podem ser devidamente apreciadas diante de um caso concreto (WALUCHOW, 2005, p. 11).

Uma constituição escrita pode ser encarada puramente como um lembrete à sociedade e aos seus governantes, ou pode assumir o caráter formal de uma lei, seja por meio de documentos esparsos ou por uma carta unificada (WALUCHOW, 2007, p. 12). O autor, então, propõe o desenvolvimento de uma teoria capaz de concatenar a existência de uma carta escrita e a sua posterior revisão judicial de modo equilibrado nas democracias constitucionais contemporâneas (WALUCHOW, 2007, p. 13-14). Uma constituição contém os princípios basilares de uma sociedade e, via de regra, é colocada de modo hierarquicamente superior às outras legislações do ordenamento. Portanto, uma das funções de uma constituição escrita é o constante lembrete para que os representantes do povo, tanto na esfera legislativa, quanto executiva e judiciária, utilizem seu poder com cautela e sejam guiados pelos limites impostos pela carta (WALUCHOW, 2007, p. 1).

As cartas referidas no presente estudo, seguindo o foco de Wil Waluchow, representam os valores enraizados e preponderantes de uma sociedade. Nesse sentido, deve ser estabelecido procedimento que dificulte a modificação ou a eliminação dos dispositivos legais para que as cartas forneçam segurança jurídica e estabilidade mesmo diante de mudanças drásticas nas concepções morais de uma sociedade face às possíveis influências do contexto social e político. O referido recurso trata-se do entrincheiramento, que exacerba as críticas de que as cartas podem frustrar a vontade democrática, vez que dificulta a superação de limitações normativas as quais poderão ser superadas através de procedimentos complexos para a alteração, criação e exclusão dos direitos, como o de emenda constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 17).

Concorda-se que uma constituição escrita que resguarde os valores e direitos basilares de uma sociedade seja desejável diante à segurança jurídica que promove. Ademais, concorda-se com a ideia de que esse documento seja capaz de se adaptar de modo individualizado e eficiente face ao surgimento de distintos casos, cada um com suas particularidades e com a evolução de concepções morais com o passar do tempo. Waluchow se propõe a concretizar tais objetivos através de metodologia capaz de atender os valores e padrões democráticos por intermédio da moralidade constitucional da comunidade. Tal instrumento metodológico, criado pelo autor, deve ser extraído por juízes na interpretação de direitos de base moral envolvendo razoável controvérsia a respeito de seu modo de aplicação. Desse modo, deve-se decidir o que seria o mais adequado e razoável face à análise do contexto social e jurídico, bem como das particularidades do caso.

O autor analisa os motivos que levam uma sociedade a optar por uma carta de direitos escrita de modo entrincheirado para delimitar os poderes governamentais (WALUCHOW, 2007, p. 42). Também se analisa porque o poder judiciário deveria ser chamado a interpretar e aplicar essa carta de maneiras que, inclusive, podem ser contrárias à vontade da lei e do legislador, que possui legitimidade advinda do voto popular. Para tal análise, Waluchow apresenta alguns dos argumentos preponderantes dos defensores e dos críticos das cartas e da revisão judicial. O autor explica que os argumentos de ambos os lados são diversos e não possuem uniformidade (WALUCHOW, 2007, p. 74-75). Interpreta-se que Waluchow, ao expor tais correntes interpretativas, não propôs adotar nenhuma via, mas apresentar uma nova concepção sobre os institutos, superando padrões dominantes na argumentação dos defensores e dos críticos.

O Brasil é uma democracia em processo evolutivo e, embora adote o modelo da *civil law*, os precedentes têm ganho cada vez mais força inclusive por súmulas vinculantes, através da sua introdução ao ordenamento pátrio pela Emenda Constitucional 45/2004. O presente trabalho não se volta, de modo específico, a tratar das particularidades do cenário jurídico brasileiro, nem de qualquer outra democracia constitucional. No entanto, acredita-se que o conteúdo concatenado seja capaz de contribuir com o debate interpretativo constitucional brasileiro, por lançar argumentos sobre o modo de aplicação e interpretação da carta constitucional na revisão judicial, realizado por meio do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A presente dissertação se empenha, então, não a responder um debate complexo que envolve espectros de cunho moral, teórico, filosófico e político, que se estende ao longo do tempo no campo jurídico sobre qual seria a teoria da interpretação do direito adequada a ser implementada em um determinado ordenamento. O que se propõe, como já dito, é contribuir com o debate acadêmico a partir da análise da teoria construída por Wil Waluchow, observando as vantagens de suas premissas e também suas vulnerabilidades.

Face ao exposto, pretende-se formular análise da teoria desenvolvida por Waluchow em sua obra *“A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”* e em outros trabalhos do autor, bem como de teóricos do direito, os quais corroboram ou criticam direta ou indiretamente a construção proposta por Waluchow. A partir da supracitada exposição sobre a teoria da árvore viva sob a ótica do autor, serão avaliados os argumentos preponderantes em oposição às suas ideias e as respostas de Waluchow, ambos tangenciados pelo volume 3 da Revista Problema, para que se construa uma análise crítica de todo o material pesquisado concernente à discussão.

A pesquisa se firma no intuito de tratar a importância da existência de uma constituição que resguarde direitos face ao poder governamental de forma expressa, mas que também sirva como base para futuras ramificações que atendam às prementes demandas, sem que se torne um documento obsoleto e inaplicável ao contexto a que se destina com o passar do tempo. Utilizam-se elementos qualitativos para a análise do objeto de pesquisa, elaborando uma revisão de literatura acerca da teoria das constituições como árvores vivas, com ênfase no autor Wil Waluchow. A dissertação utiliza o método dedutivo, com pesquisa descritiva da bibliografia e de artigos científicos relacionados ao tema.

A hipótese da pesquisa se firma no sentido de que por mais nobre que seja a proposta de Waluchow, para alcançar certa viabilidade prática, carece de prescrição aprofundada do que realmente é e qual seria o exato caminho a ser percorrido pelos juízes para encontrar a moralidade constitucional da comunidade. Acredita-se, também, que a subjetividade do modelo o torna vulnerável a uma avaliação com o uso de critérios objetivos para saber se, de fato, o juiz observou os preceitos de Waluchow. Portanto, demandam-se critérios de avaliação bem definidos sobre o que seria a moralidade constitucional da comunidade em um determinado caso, ou se o juiz meramente adotou a opinião que, por algum motivo, lhe soou mais conveniente.

2**O controle de constitucionalidade sob a ótica de Wil Waluchow**

Tem-se como objetivo a concatenação dos elementos contidos na obra “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree Constitution*”, de Wil Waluchow, acerca de sua proposta para cartas constitucionais e sua consequente revisão judicial. O autor visa mesclar os benefícios da estabilidade e da capacidade de adaptação interpretativa nas democracias constitucionais, a partir da concepção de constituições como árvores vivas e da implementação do que chama de moralidade constitucional da comunidade. De modo descritivo, o presente capítulo expõe a proposta de Waluchow para o controle de constitucionalidade a ser realizado pelas cortes judiciais. Nesse compasso, apresentam-se os fundamentos favoráveis e contrários às cartas de direito entrincheiradas e sua posterior revisão judicial. Diante disso, o autor propõe uma alternativa metodológica e interpretativa distinta das apontadas usualmente no âmbito da teoria do direito.

O autor analisa e defende razões para se optar por uma carta de direitos escrita de modo entrincheirado que delimite o poder governamental e as influências políticas em um determinado contexto (WALUCHOW, 2007, p. 42). Waluchow também apresenta as razões para que o judiciário seja o poder chamado a interpretar e aplicar a carta de maneiras que, inclusive, podem ser contrárias à vontade da lei e do legislador, via de regra dotado de legitimidade democrática advinda do voto popular. O autor divide os argumentos dos defensores e dos críticos das cartas e da revisão judicial, explicando que ambos os lados não possuem uniformidade, embora possam ser encontrados alguns argumentos tipicamente adotados em uma concepção padrão, a qual Waluchow propõe superar através da implementação de sua concepção alternativa (WALUCHOW, 2007, p. 74-75).

Waluchow acredita que uma carta escrita seja um instrumento adequado para conduzir assuntos controversos sobre direito e política em uma democracia, inclusive como meio de resguardar valores fundamentais e nortear a constante evolução das práticas sociais. As dinâmicas e as expectativas mudam de acordo com a concepção moral predominante em um contexto, logo, as normas devem acompanhar essa constante evolução para que uma democracia constitucional atenda de forma efetiva às demandas da sociedade. No entanto, a formalização de uma carta também tem o intuito de vincular uma sociedade às suas crenças e compromissos fundamentais. Desse modo, Waluchow visa garantir que desejos os

quais denomina como inautênticos não alterem os valores autênticos de um determinado contexto social (WALUCHOW, 2007, p. 91). Para o autor, em países vastos e com múltiplas etnias e culturas que coabitam, a única maneira para que haja a tutela de princípios básicos seria por meio de uma constituição escrita que preveja os direitos a serem resguardados no complexo meio social (WALUCHOW, 2007, p. 120).

Diante das variadas teorias de interpretação constitucional, são amplamente abordadas a natureza e autoridade das constituições a partir de diferentes perspectivas. Ao analisar as teorias interpretativas, pode-se destacar aquelas que se voltam à questão de se os intérpretes estão vinculados às intenções do legislador originário constitucional. Questiona-se, ainda, caso não seja possível extrair a intenção legislativa originária por falta de conteúdo semântico claro, se seria viável a busca por sua intenção hipotética. No entanto, concorda-se com Waluchow que, no contexto democrático, entende que não seria razoável a busca por uma intenção hipotética do legislador originário, contendo grande tendência de afastamento da realidade social em torno dos casos concretos levados a juízo. O autor conclui que a busca pela intenção hipotética se daria através de um exercício teoricamente suspeito e abstrato, o que não deveria ser adotado, vez que os sujeitos que compõem a sociedade são capazes de desenvolver suas próprias decisões sobre questões moralmente controvertidas envolvendo os institutos de uma carta. Waluchow ressalta o papel dos princípios na aplicação das normas, o que traz mais efetividade às decisões, bem como sinaliza a inaptidão dos legisladores originários em prever as mudanças do contexto social (WALUCHOW, 2007, p. 56-65).

As teorias da interpretação que encaram a constituição como um documento cuja autoridade está na intenção dos criadores ou no significado original de seu texto são teorias de “visões fixas”. Tais teorias estabelecem pontos imutáveis para a interpretação constitucional e, nesse sentido, opõem-se à ideia de que juízes tenham autonomia para decidir de modo contrário, mesmo que essa margem de atuação judicial evite resultados inaceitáveis face à evolução da concepção moral de uma comunidade (WALUCHOW, 2007, p. 54-55). Divergências políticas e o uso de termos com significados indeterminados no texto constitucional fazem com que os defensores desse ponto de vista, também chamados de originalistas, enfrentem críticas nas sociedades pluralistas modernas. A intenção original é abstrata, uma vez que diferentes intenções e indivíduos contribuíram para o desenvolvimento de um documento constitucional. Tais sujeitos possuíam a

necessidade de sintetizar suas ideias em uma norma, o que não significa que todos os legisladores originários compartilhavam das mesmas intenções ao desenvolvê-la (WALUCHOW, 2007, p. 60-62). Waluchow propõe que uma constituição deva se desenvolver não a partir de seu significado simples, original, ou da intenção de seus criadores, mas como uma “árvore viva”, cujas normas estão abertas à revisão diante de uma compreensão política e moral atualizada (WALUCHOW, 2007, p. 63-65).

If, on the other hand, one views a constitution as a “living tree” that grows and adapts to contemporary circumstances, trends, and beliefs and whose current and continued authority rests on its justice or on factors like the consent, commitment, or sovereignty of the people-now, not the framers of the people then, then one will be far less likely to find such appeals conclusive, or even particularly relevant. One who adopts a living tree approach will be inclined to spurn appeals to framers’ intentions as attempts to impose the dead hand of the past upon contemporary society and practice. But then a living tree theorist will face his own tough questions: Is viewing a constitution as a living tree, malleable in the hands of contemporary interpreters, consistent with its status as foundational law, and with the entrenchment and stability that many see as essential aspects of the very idea of constitutionalism? (WALUCHOW, 2007, p. 55).¹

Embora Waluchow desenvolva uma alternativa que contraponha as teorias de visualização fixa da lei, o autor aponta a concepção desenvolvida por Ronald Dworkin como um dos trabalhos mais potentes em contraposição a essas teorias. Dworkin compreende que o direito positivo não esgota a lei de modo geral, o que é proveitoso no desenvolvimento da concepção da constituição como uma árvore viva (WALUCHOW, 2007, p. 64-65). Waluchow concorda com a revisão judicial, o que não quer dizer que veja os juízes da mesma forma que Dworkin². Interpreta-se que, para Waluchow, os juízes possuem a legitimidade democrática e o conhecimento jurídico necessário para que, através da extração da moralidade constitucional da

¹ Se, de um lado, uma constituição é vista como uma “árvore viva” que cresce e se adapta às circunstâncias, tendências e crenças contemporâneas cujas correntes a autoridade contínua depende de sua justiça ou de fatores como o consentimento, compromisso, ou soberania dos indivíduos atuais e não dos autores ou do povo à época em que foi redigida, então, será muito menos provável que esses apelos sejam conclusivos, ou mesmo particularmente relevantes. Quem adota uma abordagem de árvore viva ficará inclinado a rejeitar apelos às intenções dos autores como tentativas de impor a mão morta do passado sobre a sociedade e prática contemporâneas. No entanto, um teórico da árvore viva vai enfrentar suas próprias questões difíceis: ver uma constituição como uma árvore viva, maleável nas mãos de intérpretes contemporâneos, seria consistente com seu status como lei fundamental e com o entrenchment e estabilidade que muitos veem como aspectos essenciais da própria ideia de constitucionalismo? (WALUCHOW, 2007, p. 55, TRADUÇÃO MINHA).

² Ronald Dworkin desenvolve sua concepção do modelo ideal de juiz e, para esse fim, inventa um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, a quem chama de Hércules (DWORKIN, 2002, p. 165).

comunidade consigam chegar a uma decisão mais coerente diante dos valores fundamentais de uma sociedade e da evolução de seu modo de interpretação sobre direitos moralmente controvertidos.

Sobre a margem de atuação judicial, Waluchow explica que caso os juízes possuam a liberdade para decidir a partir das próprias teorias morais que adotam em sua vida particular, seria ocasionada uma espécie de ativismo que ameaça a legitimidade e estabilidade das cartas constitucionais e os limites da autoridade do governo. Desse modo, ressalta-se que decisões judiciais de cunho político e arbitrário que acolhem agendas específicas podem gerar a supressão de minorias, fazendo da revisão judicial uma ferramenta poderosa utilizada pelos grupos dominantes para garantir e manter sua superioridade. Em vez de restringir a arbitrariedade do poder governamental, a revisão judicial causaria uma repressão política disfarçada, segundo aponta o autor (WALUCHOW, 2007, p. 70-71).

A escolha de uma teoria interpretativa pressupõe a adoção de uma concepção moral sobre como a lei deve ser interpretada e aplicada. Waluchow ressalta que pessoas de boa fé e com amplo embasamento teórico podem divergir acerca de qual seria a adequada teoria da interpretação a ser adotada. Não há apenas uma resposta correta face à diversidade de concepções morais, principalmente no que se aplica aos termos abstratos, como “igualdade”, “liberdade de expressão” e “devido processo legal”, via de regra prescritos nas cartas e que deixam em aberto para o intérprete exercer sua ponderação prática (WALUCHOW, 2007, p. 67-69).

There is no mechanical, morally neutral test to apply, only the competing interpretations of those whose task it is to interpret. This does not mean, however, that the pursuit of the best constitutional theory is foolish, or that there really is no such thing as the correct theory because there is no mechanical way of determining what it is. The presence of disagreement, controversy, and uncertainty in constitutional cases does not suggest that there are no right answers to the questions posed, and no uniquely correct theory that determines what those answer are and hence what the constitution actually requires (WALUCHOW, 2007, p. 67).³

³ Não existe um teste mecânico e moralmente neutro para aplicar, apenas as interpretações concorrentes daqueles cuja tarefa é interpretar. Isso não significa, no entanto, que a busca da melhor teoria constitucional é tola, ou que realmente não existe a teoria correta porque não há uma maneira mecânica de determinar o que é. A presença de desacordo, controvérsia e incerteza em casos constitucionais não sugere que haja respostas certas para as questões colocadas e nem que haja uma teoria correta que determine quais são essas respostas e, portanto, o que a constituição realmente requer (WALUCHOW, 2007, p. 67, TRADUÇÃO MINHA).

O povo é soberano, logo, quando insatisfeito ou observando o ultrapassar de limites pelos poderes conferidos aos legisladores, juízes e governantes, poderá retirar deles tal autoridade. Aqueles sujeitos detentores do poder governamental, na função de representantes do povo, devem observar os padrões de moralidade social, sendo pautados pela prudência e razoabilidade no exercício de suas funções. A autoridade estabelecida por uma constituição está intimamente ligada com a aceitação do povo de uma determinada nação. Os dispositivos constitucionais devem ser amplamente aceitos não apenas por aqueles sujeitos contemporâneos à sua adoção e criação, mas também aos que a eles se submetem na atualidade (WALUCHOW, 2007, p. 25-26).

Take the American Bill of Rights as an obvious example: the bulk of its provisions were adopted well over 200 years ago, largely through the efforts of an elite group of white, male slave owners. Why should the people of the United States, in their current, ongoing efforts to engage in self-government, be hindered by entrenched decisions made by such a group of men? Even worse, why should they allow for the perpetuation of this insult by permitting democratically unaccountable judges to enforce these decisions by applying the Bill of Rights to strike down what is thought (by the judges) to be recalcitrant legislation? Recall that this is a document which the current generation did not themselves choose and which, to some degree, reflects moral beliefs, values, and principles with which most modern Americans radically disagree. How can such extraordinary limits on the people's ability to govern themselves possibly be justified? Is there a way to understand the nature and role of a Bill of Rights that addresses these concerns? (WALUCHOW, 2007, p. 18).⁴

Uma constituição escrita tem o poder de formalizar direitos fundamentais e, assim, oferecer sua efetiva aplicação aos casos concretos. Entretanto, a adoção e o modo de aplicação de uma carta é pauta controvertida entre os estudiosos da temática. Os críticos apontam que as cartas trazem direitos de forma abstrata e indefinida sem sua mensuração específica de incidência, o que fomenta o debate

⁴ Tendo como um exemplo óbvio o americano *Bill of Rights*: a maior parte de suas disposições foi adotada bem mais de 200 anos atrás, principalmente por meio dos esforços de um grupo de elite de brancos, proprietários de escravos do sexo masculino. Por que deveria o povo dos Estados Unidos, em seu atual contexto e esforços contínuos para se engajar no autogoverno, ser prejudicado por decisões tomadas por tal grupo de homens? Pior ainda, por que eles deveriam permitir a perpetuação desse insulto, permitindo democraticamente juízes irresponsáveis de cumprir essas decisões, aplicando o *Bill of Rights* para derrubar o que é considerado (pelos juízes) como uma legislação resistente? Lembre-se de que esse é um documento que a geração atual não escolheu e que, em certo grau, reflete crenças, valores e princípios morais com os quais a maioria dos americanos modernos discorda radicalmente. Como esses limites extraordinários sobre a capacidade do povo de governar a si mesmo podem ser justificados? Existe alguma maneira de compreender a natureza e o papel de uma Declaração de Direitos que trata dessas preocupações? (WALUCHOW, 2007, p. 18, TRADUÇÃO MINHA).

acerca da função do judiciário. Uma carta constitucional via de regra contém terminologias abertas, desse modo, os juízes não apenas desempenham o papel de meros aplicadores de normas. Sob essa perspectiva, para que tais agentes atinjam uma decisão fundamentada, há a necessidade de desenvolver uma atividade criativa para decidir o quanto e como os direitos constitucionais serão refletidos nos casos levados a juízo (WALUCHOW, 2007, p. 3).

Retomando Montesquieu, Waluchow explica que há a necessidade de separação de poderes em democracias constitucionalmente limitadas. O autor ressalta que em um mundo diverso opiniões distintas se fazem presentes em um mesmo contexto, porém, quando envolvem os direitos constitucionais, faz-se importante a uniformidade de posicionamento estatal perante questões moralmente controvertidas. A crítica de que juízes desempenham um papel devidamente destinado aos legisladores e, assim, turvam a separação de poderes, não possui razão de ser, segundo o autor. Uma vez que, se um sujeito é livre para modificar uma regra autoimposta, ou seja, por ele mesmo editada, o mesmo terá margem para evitar os efeitos os quais lhe podem recair, então dificilmente estará vinculado à regra. Portanto, conforme defende Waluchow, saber que um juiz irá aplicar as leis faz com que legisladores reflitam cuidadosamente sobre a prescrição legal a ser produzida (WALUCHOW, 2007, p. 40). O autor alerta que juízes também devem observar parâmetros⁵ em sua atuação, os quais devem ser continuamente supervisionados pelos integrantes dos poderes e pelos cidadãos.

If the judges have not lived up to their responsibilities, perhaps this is because we – and they – have yet to understand fully what it is exactly that they are being asked to do – and why. The answer to the charge that “our courts are amending the Constitution as they will, when they will, spinning principles into protections with an entrepreneurial fervour with no more than lip service to those who drafted the highest law in the land” might not be to abandon judicial review altogether but to foster a better understanding of the nature and role of that practice within a constitutional democracy. If a society’s judges seem to be superseding the scope of their licence, then perhaps that society needs a better grasp of why that is so – if indeed it is – and how they might do better (WALUCHOW, 2007, p. 13-14).⁶

⁵ Os quais Waluchow elenca e, mais adiante, serão apresentados e discutidos.

⁶ Se os juízes não corresponderem às suas responsabilidades, talvez seja porque nós – e eles – ainda temos que entender completamente o que é exatamente o que eles estão sendo solicitados a fazer – e porquê. A resposta à acusação de que “nossos tribunais estão alterando a Constituição como quiserem, quando eles vão transformando princípios em proteções com um fervor empreendedor com nada mais do que falar da boca para fora para aqueles que elaboraram a lei mais elevada na terra” pode não significar abandonar a revisão judicial por completo, mas promover uma melhor compreensão da natureza e do papel dessa prática dentro de uma democracia. Se os juízes de uma

Os juízes via de regra não são eleitos e, por essa razão, possuem maior autonomia para proferir decisões, indo, inclusive, em sentido contrário aos anseios majoritários quando necessário. Waluchow reforça o argumento de que uma maioria, em dissonância avaliativa, faz um juízo de valor precipitado e talvez diferente do que teria feito se melhor informada (WALUCHOW, 2007, p. 116-117). O autor considera que os representantes eleitos estão comprometidos a realizar os desejos de seus eleitores e focados em sua reeleição, o que pode fazer com que desprezem direitos de grupos minoritários, os quais não representam seu eleitorado. Em contrapartida, os juízes dotados de autonomia têm maior margem de atuação na tutela de direitos, uma vez que seus atos não estão diretamente ligados à satisfação de um grupo (WALUCHOW, 2007, p. 114). O juiz irá individualizar a lei, dando a ela um caráter específico, sem que necessite satisfazer os anseios de um determinado grupo para manter seu cargo. Sendo assim, a revisão judicial, segundo as palavras de Wil Waluchow, seria a única opção viável para que uma carta cumpra com seus propósitos (WALUCHOW, 2007, p. 116).

Empowering unelected judges to strike down legislation on the ground that it violates a Charter is often condemned as anti-democratic. It is condemned because it is thought to rob the people of the right to determine, through the decisions of their elected representatives, the laws by which they are to be governed. But if democracy is not so much a matter of who makes decisions using which procedures but a matter of whether the system chosen respects the equal status of all members of the community, then it is far from clear that judicial review is necessarily undemocratic. It is quite conceivable that a system which includes this mode of decision making might well end up respecting these ideals better than one that incorporates only majoritarian decision-making procedures. It is, in short, quite conceivable that a system which includes judicial review might well be preferable on democratic grounds to one that does not. Judicial review may not, in the end, conflict with democracy; it might be part of a system that turns out to be the most viable mode of its very implementation (WALUCHOW, 2007, p. 109).⁷

sociedade parecem estar substituindo o escopo de sua licença, então talvez essa sociedade precise de uma melhor compreensão do porquê disso – se isso ocorre de fato – e como eles podem fazer melhor (WALUCHOW, 2007, p. 13-14, TRADUÇÃO MINHA).

⁷ Empoderar juízes não eleitos para derrubar a legislação com o fundamento de que viola uma Carta é frequentemente condenado como antidemocrático. Isso é condenado porque é pensado como roubar do povo o direito de determinar, por meio das decisões de seus representantes eleitos, as leis pelas quais devem ser regidos. Mas se a democracia não é tanto uma questão de quem toma decisões usando quais procedimentos, mas uma questão de se o sistema escolhido respeita o status igual de todos os membros da comunidade, então está longe de estar claro que a revisão judicial é necessariamente antidemocrática. É perfeitamente concebível que um sistema que inclui esse modo da tomada de decisão pode acabar respeitando esses ideais melhor do que um que incorpora apenas

Quando uma sociedade possui valores sedimentados, esses devem ser observados e resguardados em momentos específicos ou de crise em que são colocados em questão. Logo, ao decidir, o representante precisa saber claramente os valores essenciais dessa sociedade, para que não sejam colocados em pauta por uma questão de clamor social. A diversidade de indivíduos, bem como os direitos e os conceitos morais devem ser respeitados e não suprimidos em razão do preconceito sobreposto aos compromissos morais fundamentais da comunidade (WALUCHOW, 2007, p. 104). Nesse ponto, o autor rompe com a concepção de que um sistema democrático necessariamente atende, a todo momento, aos interesses e vontades da maioria dos cidadãos. Métodos majoritários nem sempre são suficientes para a manutenção de uma democracia e, segundo o autor, podem inclusive ir em sentido contrário ao princípio da igualdade e ao caráter protetivo das cartas em relação aos direitos das minorias (WALUCHOW, 2007, p. 108).

Para que se discuta um modelo democrático constitucional adequado para a interpretação do direito, é necessário que seja claro o que faz com que um governo representativo seja democrático. Nesse sentido, surgem questões complexas envolvendo a dicotomia entre os desejos expressos versus os melhores interesses da sociedade, que abordam a polêmica sobre o paternalismo legal⁸ (WALUCHOW, 2007, p. 82). Os direitos fundamentais prescritos nas cartas por vezes entram em conflito em razão do uso da linguagem indeterminada, em que não há a exata preponderância de um princípio sobre o outro, remetendo à discussão de como deveria ser resolvida a controvérsia moral (WALUCHOW, 2007, p. 117). Nas democracias indiretas a representação ocorre de modo mediato, em que um sujeito age em nome de outros, porém, nem sempre representar significa reproduzir a vontade dos representados de modo ilimitado. Os representantes são agentes morais responsáveis e não devem ser obrigados a ultrapassar seus limites morais e legais para que se faça valer a vontade de quem representam (WALUCHOW, 2007, p. 94-95).

procedimentos de tomada de decisão majoritários. É, em suma, bastante concebível que um sistema que inclui revisão judicial possa muito bem ser preferível por motivos democráticos a um que não o faça. A revisão judicial não pode, no final, conflitar com a democracia; pode ser parte de um sistema que acaba por ser o modo mais viável de sua própria implementação (WALUCHOW, 2007, p. 109, TRADUÇÃO MINHA).

⁸ Waluchow exemplifica os casos que envolvem a liberdade religiosa e o dever médico, em que são colocados em análise a dicotomia entre a expressão dos desejos do paciente *versus* seus melhores interesses (WALUCHOW, 2007, p. 82).

A legislative representative might find herself in the unenviable position of having to ask whether or not the expressed wishes of her community are truly authentic or genuine. Perhaps they introduce an unsatisfactory level of evaluative dissonance when measured against the community's previously expressed fundamental beliefs, values, commitments, and settled preferences. Yet another situation in which questions of authenticity could arise is when a court has been charged with the responsibilities associated with judicial review. Are the wishes of the community, as expressed in legislation adopted by its representative assembly, consistent with its basic beliefs, values, convictions, and settled preferences as expressed in the Charter it has adopted? Judges and legislators who find themselves in such situations will inevitably be forced to address moral questions at least as difficult (WALUCHOW, 2007, p. 90).⁹

A partir da explicação de Waluchow, os valores considerados primordiais por uma comunidade devem ser mantidos na atuação legislativa e judicial. O autor denomina como autênticos os valores verdadeiramente genuínos da comunidade os quais nem sempre possuem correspondência com a vontade majoritária. Portanto, a atuação legislativa deve se pautar nos compromissos fundamentais da comunidade representada e não a partir do desejo expresso por seus eleitores em uma situação pontual. Waluchow ressalta a dificuldade de tal tarefa ser exercida por representantes eleitos diante da relação direta entre a satisfação do eleitorado e a manutenção de seus cargos, ponto que também será apresentado no próximo tópico do presente estudo.

2.1

A justificação e a legitimidade das cartas e da revisão judicial

Waluchow encara Jeremy Waldron como seu opositor ideológico mais potente, por interpretar que questões moralmente controversas devem se pautar em princípios, não em um documento escrito no passado e que não necessariamente acarreta na sofisticação do debate (WALUCHOW, 2007, p. 50-52). Segundo

⁹ Um representante legislativo pode se encontrar na posição nada invejável de ter a questão sobre se os desejos expressos de sua comunidade são verdadeiramente autênticos ou genuínos. Talvez eles introduzam um nível insatisfatório de dissonância avaliativa quando comparados com as vontades previamente expressas pela comunidade em suas crenças fundamentais, valores, compromissos e preferências estabelecidas. Ainda outra situação em que podem surgir questões de autenticidade é quando um tribunal foi encarregado das responsabilidades associadas à revisão judicial. Quais são os desejos expressos da comunidade que foram adotados como legislação feita pelos representantes em assembleia de modo consistente com suas crenças básicas, valores, convicções e preferências expressas na Carta adotada? Juízes e legisladores que se encontram em tais situações serão inevitavelmente forçados a abordar questões morais difíceis desse modo (WALUCHOW, 2007, p. 90, TRADUÇÃO MINHA).

Waluchow, Waldron entende que os desacordos nas questões morais, por vezes, não são passíveis a um consenso mínimo e quando envolvem a lei, a melhor forma de resolvê-los seria democraticamente. Para Waldron, no entanto, a revisão judicial não é um caminho democrático¹⁰ (WALUCHOW, 2007, p. 123). Waldron (2006, p. 1363) esclarece que ainda que o Poder Legislativo receba críticas contundentes a seu desfavor, é constituído a partir de um processo com maior caráter democrático, visto que, os legisladores são escolhidos pelo povo através de eleição, ao contrário do que, via de regra, ocorre com os juízes, que não possuem responsabilidade perante um eleitorado (WALDRON, 2006, p. 1391).

Portanto, a adoção de uma carta, os direitos a serem incluídos e seu modo de aplicação são alvo de divergências entre os membros de uma comunidade e os estudiosos do Direito. A diferença de opiniões fica ainda mais evidenciada quando comparada às concepções morais predominantes entre uma geração e outra. Desse modo, os indivíduos não podem ser previamente comprometidos com limites constitucionais fixos (WALUCHOW, 2007, p. 124). Waluchow ressalta que as imposições das abordagens de visão fixa não condizem com os ideais democráticos, uma vez que esses resguardam a possibilidade de mudança de concepções na sociedade. O autor aponta que os indivíduos mudam seus padrões morais com o passar do tempo e caso adotem um modelo interpretativo fixo, serão limitados pelo que até então era considerado apropriado.

Segundo Waluchow, Waldron defende que não há a possibilidade de acordo entre filósofos, legisladores, juízes e cidadãos, concluindo que todos continuarão a discordar sobre os direitos morais enquanto humanos com interesses políticos e julgamentos distintos do que seria uma vida boa (WALUCHOW, 2007, p. 125). Nesse sentido, Waluchow contrapõe-se a Waldron ao propor o que alega ser uma base de acordo em relação aos direitos morais controversos de forma menos ambiciosa do que uma filosofia moral sólida, visando alcançar uma resposta aceitável de modo amplo e de acordo com as condições do contexto. O autor se pauta em um "consenso sobreposto" de julgamentos morais da comunidade e explica que, caso esse consenso falhe, algum ponto em comum pode ser encontrado, mesmo que não seja estável ao longo do tempo. Como o autor exemplifica, qualquer consenso sobre a igualdade racial em épocas passadas nas democracias ocidentais era significativamente diferente do atual (WALUCHOW, 2007, p. 126). O autor

¹⁰ Jeremy Waldron, em dois livros, *"Law and Disagreement"* e *"The Dignity of Legislation"*, argumenta contra as Cartas e sua revisão por juízes.

sugere que as instituições políticas e jurídicas sejam projetadas para que as cartas sejam vistas como uma concessão à incapacidade dos indivíduos em compreender totalmente a natureza dos direitos fundamentais (WALUCHOW, 2007, p. 127).

Waldron sustenta que, na vida em sociedade, acontecem desacordos razoáveis entre pessoas de boa-fé, mesmo entre aquelas que compartilham de vasta formação jurídica. A objeção do autor ao controle de constitucionalidade se dá a partir de um teste em que um procedimento decisório somente será moralmente justificado se contemplar o que denomina como as “circunstâncias da política”. Waldron explica que o termo é derivado da ideia de John Rawls acerca das “circunstâncias da justiça”, que a fazem uma prática possível e necessária através dos direitos. Desse modo, os direitos contidos nas “circunstâncias da justiça” devem ser identificados nas “circunstâncias da política” para que se obtenha um acordo capaz de sobrepor o desentendimento sobre direitos (WALDRON, 2001, p. 101). Nesse sentido, Waldron considera que o controle de constitucionalidade judicial seria moralmente desrespeitoso perante à comunidade como um todo. O autor sustenta que procedimentos decisórios suscitam a questão de quem deve decidir e, segundo ele, apenas serão legítimos procedimentos que envolvam o direito de participação dos indivíduos de modo geral (WALDRON, 2001, p. 244).

Waluchow restringe sua análise às democracias constitucionais e explica que o debate entre críticos e defensores das cartas constitucionais se volta para as questões sobre qual é o seu papel e como sua revisão judicial deve ocorrer (WALUCHOW, 2007, p. 128). De antemão, estabelece que dificilmente uma supremacia judicial será a forma mais eficaz de revisão judicial (WALUCHOW, 2007, p. 130). O autor explica que o modo em que a revisão judicial é exercida influencia na forma como devem ser interpretadas as cartas. Deve ser avaliado, por exemplo, se as decisões do tribunal possuem ou não o poder de anular um ato legislativo, bem como se a iniciativa legislativa poderá anulá-las. Waluchow fala sobre a possibilidade de se constituir válvulas de segurança no processo de revisão judicial a fim de que juízes respeitem a moralidade estabelecida pela legislação amplamente compartilhada pela comunidade democrática (WALUCHOW, 2007, p. 131).

Segundo Waluchow, as constituições escritas de modo unificado possuem o diferencial de entrincheirar direitos que envolvem a moralidade. Nesse sentido, a ação governamental não pode infringi-los até que uma emenda constitucional seja introduzida, o que, via de regra, requer procedimentos que demandam alto nível de

vontade política (WALUCHOW, 2007, p. 132). Waluchow acrescenta que as cartas têm valor simbólico capaz de reforçar o comprometimento público da nação com as práticas jurídicas e morais que envolvem os direitos e valores fundamentais, estabelecendo a identidade da comunidade. Nesse sentido, segundo o autor, a noção de identidade comunitária não carece totalmente de plausibilidade, indo além da racionalidade por possuir um status metafísico assumido sempre que uma nação reivindica as realizações de seus membros como suas (WALUCHOW, 2007, p. 138).

Waluchow ressalta a eficácia de uma carta constitucional entrincheirada como mecanismo de proteção contra as ações das maiorias pautadas em desejos inautênticos, pois caso assim não fosse, por maioria simples de votos, poderiam ser contornados os limites morais constitucionalmente reconhecidos. Logo, uma carta entrincheirada, com resistência à mudança, reduz as possibilidades de prevalecimento da vontade da maioria, por vezes pautada em ignorância, ódio ou medo do desconhecido. Waluchow entende que atribuir o poder de revisão aos juízes, geralmente com estabilidade vitalícia, será mais eficiente na proteção dos direitos individuais. O autor reconhece que o entrincheiramento é um mecanismo que pode restringir a vontade do povo, por impor condições formalmente rígidas e que, por vezes, foram estabelecidas em gerações passadas. Sendo assim, Waluchow afirma que a discussão se amplifica quando se inclui a atuação judicial no controle de constitucionalidade, pois, para certos indivíduos, permitir que juízes não eleitos anulem decisões legislativas representa o abandono do autogoverno democrático. Sob essa perspectiva, concordar com o controle de constitucionalidade exercido por cortes judiciais seria permitir que uma elite de juízes tome as decisões de moralidade política que representam a comunidade como um todo (WALUCHOW, 2007, p. 133).

O entrincheiramento é a característica que diferencia os direitos prescritos nas cartas daqueles prescritos em estatutos ordinários ou em precedentes, geralmente mais fáceis de serem alterados ou anulados. No entanto, questiona-se o motivo pelo qual a sociedade atual deve ter suas decisões frustradas ou tolhidas pelas escolhas de épocas passadas, cujas demandas eram diferentes. Waluchow explica que as cartas estabelecem os valores fundamentais de uma comunidade, possuindo maior resistência à mudança através do entrincheiramento. Todavia, tal mecanismo, por estabelecer procedimentos que dificultam a modificação ou a eliminação dos dispositivos legais, exacerba as críticas de que as cartas frustram a

vontade democrática, uma vez que dificultam a alteração da lei através de procedimentos mais complexos (WALUCHOW, 2007, p. 17-18).

Segundo Waluchow, os críticos acreditam que ao incapacitar os legisladores as cartas constitucionais entrincheiradas indiretamente também irão incapacitar os cidadãos de modo geral. Portanto, segundo os críticos, o entrincheiramento e a execução judicial ameaçam o autogoverno democrático. Ressaltam, ainda, que os compromissos previamente estabelecidos em uma carta constitucional permitem que a “mão morta do passado” determine as escolhas atuais. Desse modo, a legitimidade dos juízes para delimitar direitos essencialmente morais que por vezes foram estabelecidos no passado leva os críticos à questão do porquê as pessoas deveriam estar restritas ao que foi decidido em outra época. Por outro lado, os defensores das cartas e da revisão judicial acreditam que o autogoverno seja respeitado em tal modelo, uma vez que o povo escolheu impor limites a si mesmo visando não abrir mão de seus desejos autênticos e compromissos morais (WALUCHOW, 2007, p. 135-136).

Os críticos defendem que o entrincheiramento praticamente elimina o poder de uma comunidade de reavaliar seus compromissos em novas circunstâncias. Nesse sentido, Waluchow acredita que tal abordagem exagera sobre a capacidade do entrincheiramento, uma vez que os procedimentos formais de emenda constitucional são, via de regra, incluídos nas cartas, embora possam requerer maior empenho face ao que deve ser empreendido para uma mudança da legislação ordinária (WALUCHOW, 2007, p. 138). O autor acredita que, ao sugerir que o entrincheiramento impede indivíduos de agir de acordo com suas escolhas atuais, os críticos implicitamente adotam uma concepção procedimental de democracia que efetiva os desejos da maioria. No entanto, como reforça Waluchow, a democracia é mais do que uma maneira de processar os desejos da maioria e o entrincheiramento pode ser ferramenta democrática valiosa para garantir que todos os membros da comunidade sejam tratados com igual consideração e respeito (WALUCHOW, 2007, p. 139).

As preocupações sobre a possibilidade de concepções equivocadas advindas do passado e que continuam a vincular o presente levam ao entendimento de que a autoridade constitucional não pode ser baseada para sempre na autoridade dos autores das cartas. Portanto, se a constituição continua a ser justificada ao longo do tempo, isso não pode ser devido à autoridade de seus autores (WALUCHOW, 2007, p. 141). Outra possibilidade para a atribuição de autoridade constitucional seria a

adoção de teorias do consentimento dos governados. Segundo Waluchow, no entanto, o que é relevante para estabelecer a autoridade de uma constituição não é se as pessoas realmente consentem com os direitos nela dispostos tácita ou expressamente, mas se elas fariam isso em condições ideais de deliberação (WALUCHOW, 2007, p. 142). O autor explica que os indivíduos nem sempre estão corretos em suas avaliações, portanto, o consentimento não seria suficiente para estabelecer a legitimidade de uma conduta ou torná-la moral. Waluchow explica que a autoridade dos criadores e o consentimento dos indivíduos somente seriam suficientemente legítimos se embasados pelas razões adequadas. No entanto, tais razões, por conta própria, justificam a existência de uma carta, priorizando o fornecimento de uma estrutura estável para a política e a proteção das minorias contra excessos majoritários (WALUCHOW, 2007, p. 143).

Caso as cartas constitucionais tentem estabelecer limites morais fixos, dificilmente acompanhariam o evoluir dos padrões morais e, nesse sentido, devem-se voltar à revisão judicial como a solução para a ponderação e aplicação dos direitos de natureza moral. No entanto, os críticos alegam que depender de juízes não eleitos para a aplicação da carta seria como abandonar a democracia, pois a vontade do povo é substituída pela vontade de um pequeno grupo de juízes (WALUCHOW, 2007, p. 144). A afirmação de que seria antidemocrático a sociedade não ter permissão para decidir sobre direitos desconsidera que, por vezes, não é o povo que diretamente determina a lei. Via de regra, nas formas indiretas de democracia, as leis são feitas por legisladores que representam seu eleitorado e, no entanto, por vezes acabam por não atender os interesses das minorias nas democracias representativas.

Waluchow explica que o povo raramente toma decisões determinantes da lei nas democracias indiretas atuais e que, por vezes, indivíduos não eleitos que compõem órgãos administrativos desenvolvem regras juridicamente vinculadas. Nesse sentido, a suposição de que os membros de uma comunidade estão sempre diretamente envolvidos em decisões legislativas por meio das ações de seus representantes eleitos perde força. Isto posto, as comunidades democráticas adotam mecanismos que distanciam os indivíduos das decisões que determinam a lei. Por vezes, os métodos em questão envolvem um papel ativo para agentes não eleitos, o que faz Waluchow questionar a razão para negar a revisão judicial como uma solução plausível. O argumento de que o povo elege os legisladores responsáveis pela nomeação e supervisão de tais agentes não eleitos não fundamenta crítica, uma

vez que os membros das cortes constitucionais comumente também são nomeados por representantes do governo e sua nomeação é confirmada no âmbito legislativo competente (WALUCHOW, 2007, p. 146).

Waluchow acredita que a força da objeção dos críticos deriva de um modelo de revisão judicial que é semelhante ao adotado nos Estados Unidos, sendo esse interpretado como ativista ou de supremacia judicial. No entanto, o autor defende que essa não é a única forma de revisão judicial disponível e um diálogo entre o parlamento e os tribunais deve ocorrer (WALUCHOW, 2007, p. 147). Waluchow supõe que os críticos podem alegar que, ao contrário de um administrador não eleito, que pode ser disciplinado ou substituído pelo representante eleito cuja autoridade ele serve, os tribunais podem insistir em uma leitura particular das disposições constitucionais. No entanto, o autor explica que tal raciocínio não deve prosperar, uma vez que os juízes são obrigados a respeitar os parâmetros de interpretação¹¹ da norma constitucional e não possuem a liberdade de uma atuação amplamente discricionária, devendo agir pautados na boa fé e visando alcançar um resultado mais compatível ao contexto social a que se destina (WALUCHOW, 2007, p. 148).

Waluchow faz uma segunda suposição, em que propõe que os críticos poderiam dizer que independente dos limites que os juízes possuem ao interpretar uma carta, são imunes às forças que compelem os representantes eleitos a atenderem aos interesses da comunidade, possuindo um poder que não deve ser tolerado em uma democracia. Nesse sentido, o autor explica que o contra-argumento dos defensores das cartas constitucionais e da revisão judicial seria de que os juízes são pessoas razoáveis, íntegras e pautadas na boa-fé. Tal argumento, segundo Waluchow, é plausível, caso contrário as democracias seriam destinadas ao fracasso. Os juízes que desrespeitam seus deveres constitucionais estão suscetíveis às pressões do público e da esfera institucional em que operam e, segundo o autor, não querem ser vistos como usurpadores do papel de outros agentes ou como violadores de regras do sistema constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 149).

¹¹ Nota-se que os parâmetros interpretativos da norma constitucional compõem um dos pontos centrais do presente estudo. Como demonstrado adiante, Waluchow enumera requisitos a serem observados por juízes ao atuarem no controle de constitucionalidade. Ao tratar da temática, o autor, inclusive, explicita o ponto de vista de outras correntes teóricas que estabelecem parâmetros interpretativos distintos.

Waluchow demonstra a relação conflitante entre a proteção fornecida pelo entrincheiramento contra as ações majoritárias e a defesa dos cidadãos como sujeitos dignos de exercer de forma responsável seus direitos fundamentais (WALUCHOW, 2007, p. 150). O autor explica que, por um lado, os indivíduos são considerados agentes morais autônomos no exercício de seus direitos constitucionais. Desse modo, são aptos e livres para seguir seus próprios padrões morais e são capazes de contribuir na política democrática de forma significativa, mesmo que apenas através da eleição de legisladores. Por outro lado, há o argumento que encara os legisladores como agentes não confiáveis para exercer a tutela dos direitos da sociedade como um todo. A partir desse ponto de vista, os legisladores carecem de autocontenção, ou seja, devem ter a amplitude de sua atuação limitada por não possuírem conhecimento específico em determinadas áreas. Segundo Waluchow, áreas que, via de regra, os juízes são melhores em razão da interpretação e aplicação de direitos inerentes a seu ofício (WALUCHOW, 2007, p. 151).

Waluchow explica que o preconceito é característica humana inegável, variando desde uma simples aversão a um ódio intenso por indivíduos que possuem determinada raça, nacionalidade, gênero, classe ou outras características que distinguem os sujeitos sob algum ponto de vista. Desse modo, o preconceito pode ser identificado em diversas situações no plano social, como no apoio a uma medida legislativa que afeta diretamente os interesses de um grupo de pessoas específico. Waluchow ainda alerta que o preconceito combinado com o medo pode ser uma mistura letal que, em tempos de crise, é capaz de produzir medidas não toleradas em circunstâncias normais. Portanto, diante das limitações que tornam os seres humanos influenciáveis de modo geral e em suas decisões políticas, os procedimentos majoritários, por vezes podem produzir resultados os quais nem todos os indivíduos concordariam previamente, mas que o fazem diante a uma situação específica por razões inautênticas como o preconceito. Nesse sentido, Waluchow acredita que as decisões majoritárias podem ser contrárias à tutela dos direitos fundamentais de determinadas minorias. A partir da presente análise, o autor propõe que seja estruturado um arranjo institucional que reconheça tal limitação dos indivíduos e envolva a revisão judicial como mecanismo de inibição dos desejos inautênticos da sociedade (WALUCHOW, 2007, p. 152). Conforme Waluchow:

In explaining the nature and appeal of judicial review, Advocates often cite the analogy of Ulysses' decision to have himself tied to the mast of his ship so as not to succumb to the tempting call of the Sirens.⁴¹ Just as Ulysses knows, in advance, and in a moment of cool reflection, that he is justified in arranging now for a restriction on his freedom to choose and act later, we, as a people, can know, in advance, and in a moment of cool reflection (a moment of constitutional choice) that we are justified in tying ourselves to the mast of entrenched Charter rights and their enforcement, on our behalf, by the judiciary. Just as Ulysses knows that he will descend into madness when he hears the call of the Sirens, we can know that at some point we, like the Demosians, will inevitably succumb to the siren call of self-interest, prejudice, fear, hatred, or simple moral blindness and be led, in the course of everyday politics, to violate the rights of some of our fellow citizens (WALUCHOW, 2007, p. 153).¹²

Waluchow exemplifica os fatores que podem influenciar a tomada de decisão majoritária em uma democracia constitucional. Nesse sentido, a partir do reconhecimento das limitações dos indivíduos na tomada de decisões, o autor propõe a revisão judicial como mecanismo capaz de, conjuntamente, resguardar os direitos fundamentais e os valores democráticos (WALUCHOW, 2007, p. 153). O argumento da discordância de Waldron que afirma que as opiniões morais e políticas diferem dramaticamente gera a conclusão que dificilmente cidadãos podem se comprometer com direitos de carga moral se não concordam no que implicam. Sendo assim, Waluchow conclui que tal argumento representa a ameaça mais séria à concepção padrão, que defende um modelo de compromissos previamente estabelecidos na carta constitucional e que serão interpretados pela revisão judicial. Nesse sentido, Waluchow visa romper com algumas das características da concepção padrão, porém visando manter os aspectos que considera essenciais para uma democracia constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 154). Waluchow explica que se Waldron estiver correto sobre as cartas, os direitos prescritos em linguagem aberta ocasionariam questionamentos sobre o modo indeterminado de sua aplicação e, desse modo, os juízes seriam livres para escolher

¹² Ao explicar a natureza e a abordagem da revisão judicial, os defensores costumam citar a analogia de Ulisses de se amarrar ao mastro de seu navio para não sucumbir ao canto tentador das sereias. Assim como Ulisses escolhe, em um momento de reflexão fria, restringir sua liberdade, nós, como um povo, podemos saber, com antecedência e em um momento de reflexão fria (um momento de escolha constitucional) temos que justificar a razão que nos leva a nos amarrarmos ao mastro de direitos previstos na carta constitucional e na sua execução, em nome do povo, pelo judiciário. Assim como Ulisses sabe que vai cair na loucura quando ouvir o canto das sereias, nós podemos saber que em algum momento nós inevitavelmente sucumbiremos ao canto de sereia do interesse próprio, preconceito, medo, ódio ou simples cegueira moral e seremos levados, no curso da política cotidiana, a violar os direitos de alguns dos concidadãos (WALUCHOW, 2007, p. 153, TRADUÇÃO MINHA).

e impor sua moral subjetiva. Consequentemente, o exercício arbitrário do poder governamental que as cartas objetivam limitar seria uma farsa (WALUCHOW, 2007, p. 156).

Segundo Waluchow, no entanto, o ceticismo moral dos críticos pautado na diferença generalizada de opiniões sobre a moralidade dentro das sociedades leva ao questionamento sobre a razoabilidade de uma verdade moral objetiva a ser aplicada na revisão judicial. Os críticos questionam como pode uma sociedade, simultaneamente, disputar sobre o modo de interpretação e aplicação de suas normas fundamentais, mas concordar com a resposta estatal obtida. Nesse sentido, Waluchow sugere como resposta que as divergências que são litigadas não envolvam o núcleo bem estabelecido mas, na verdade, o significado periférico e indeterminado dos direitos com carga moral presentes na carta constitucional. O autor entende que embora o significado central de um direito possa ser amplamente acordado, seus limites são inerentemente contestáveis, prevalecendo o dissenso. Nesse sentido, o texto raramente resolve questões de razoável desacordo, que deverão ser sanadas na revisão judicial (WALUCHOW, 2007, p. 157). Waluchow afirma que o desacordo não significa a ausência de uma resposta adequada e que disputas envolvem particularidades e fatos relevantes que devem ser ponderados diante do caso concreto¹³ (WALUCHOW, 2007, p. 159).

Além do “argumento da discordância”, os críticos também se pautam no “argumento da demonstrabilidade”, que defende uma dificuldade em demonstrar a vinculação entre julgamentos que envolvem a moralidade e uma metodologia científica rigorosa. Os defensores desse argumento entendem que a principal razão do pouco consenso em julgamentos morais seria a ausência de um procedimento acordado ou um método de raciocínio moral pelo qual os indivíduos podem demonstrar suas crenças. Segundo Waluchow, os críticos alegam que a ausência de um método de demonstração objetivo faz com que as visões morais sejam meras opiniões que envolvem a discricão e o julgamento subjetivo por parte dos juízes (WALUCHOW, 2007, p. 158). De acordo com Waluchow, o argumento define um padrão de objetividade elevado e sem fundamentação suficiente para concluir que as pautas levadas a juízo serão decididas com base na preferência subjetiva e na discricão desenfreada dos juízes. O autor defende que o argumento se baseia em um contraste exagerado, pois cientistas de todas as áreas discordam sobre fatos, teorias

¹³ Waluchow dirige seu comentário ao capítulo 8 do livro “*Law and Disagreement*”, de Jeremy Waldron.

e métodos e a ausência de procedimentos acordados não torna os juízes livres para decidir conforme suas opiniões individuais (WALUCHOW, 2007, p. 160-161).

Outra objeção feita pelos críticos e tratada por Waluchow é a de que um grupo pequeno de juízes não é mais competente do que legisladores ou cidadãos para lidar, de forma sensível, com questões complexas de moralidade nos casos constitucionais. Esse ponto de vista se correlaciona com o argumento de que quanto maior o número de pessoas com diferentes perspectivas trabalhando em um problema social, maiores as chances de se chegar a uma solução. Ou seja, desacordos morais devem ser resolvidos pela contagem dos cidadãos ou de seus representantes. No entanto, Waluchow defende que as decisões judiciais em casos constitucionais são complementares e não substitutas das decisões dos representantes eleitos. Ademais, segundo o autor, face às forças as quais os legisladores são vulneráveis, os juízes, em razão de seu relativo isolamento, são capazes de tomar decisões difíceis, uma vez que suas carreiras, via de regra, não estão em jogo se frustrarem a vontade da maioria (WALUCHOW, 2007, p. 162).

Waluchow também enumera a crítica de que juízes tendem a se originar de elites sociais, políticas e financeiras e que, por isso, inevitavelmente compartilham perspectivas morais que suprimem grupos minoritários. Desse modo, os interesses de determinados grupos não são adequadamente reconhecidos ou apoiados pelas ideologias dominantes, levando ao questionamento de que a revisão judicial possa propiciar um modo de repressão política velada (WALUCHOW, 2007, p. 163). Waluchow rebate a objeção afirmando que o mesmo pode ser suposto sobre legisladores que, por vezes, são membros das elites ou ligados a elas em razão do elevado apoio financeiro que suas campanhas demandam. Logo, os representantes eleitos ficam sujeitos a pressões partidárias ou de seus apoiadores, as quais, via de regra, os juízes não são vulneráveis. Ademais, segundo o autor, embora o judiciário seja preenchido por grupos privilegiados, de forma alguma isso é inevitável ou deveria ser, sugerindo que talvez os procedimentos de seleção dos juízes precisem ser modificados (WALUCHOW, 2007, p. 165).

Waluchow ressalta que agentes morais possuem a capacidade de se distanciar das questões em debate, estando cientes das pautas as quais suas origens os tornam suscetíveis. Para o autor, a menos que se aceite um ceticismo que reduz a moralidade política em preferências subjetivas daqueles chamados a decidir, há poucos motivos para pensar que a revisão judicial será inevitavelmente pautada nesses padrões (WALUCHOW, 2007, p. 166). A adoção da revisão judicial é

considerada por Waluchow como uma garantia de melhor compreensão e aplicação de direitos morais, sendo uma ferramenta essencial da concepção constitucional de democracia (WALUCHOW, 2007, p. 168). O autor salienta que os críticos tendem a se concentrar seletivamente em decisões e períodos da história constitucional americana em que os tribunais atuaram na promoção dos direitos civis, optando por ignorar decisões em que tais tribunais tutelaram os direitos existenciais dos indivíduos, não observando, portanto, os resultados como um todo (WALUCHOW, 2007, p. 169).

Waluchow defende que é necessário que se determine o modo de aplicação da lei e que desacordos sejam superados para que se chegue a decisões que todos possam aceitar, apesar do dissenso social. Para desenvolver uma alternativa à concepção comum de revisão judicial, Waluchow assume precisar demonstrar que a eficácia de sua proposta não depende da negação do dissenso sobre questões políticas. O autor reconhece a importância das diferenças existentes nas comunidades e afirma que o que pode funcionar nas sociedades contemporâneas poderia não funcionar no passado. Portanto, as cartas existem dentro de amplos contextos sociais e políticos que devem ser considerados na tomada de decisões (WALUCHOW, 2007, p. 170).

Waluchow, com foco em sobrepor os argumentos de Waldron, retoma que o filósofo defende ser libertador poder discutir questões morais e principiológicas diretamente, ao invés de discuti-las em torno de algum texto escrito no passado (WALUCHOW, 2007, p. 171). Waldron acrescenta que o processo de transformar questões políticas e sociais em batalhas legais é, por sua natureza, antidemocrático, inibindo discursos essenciais à democracia (WALUCHOW, 2007, p. 172). Waldron delega a qualidade baixa do debate político nas sociedades que possuem cartas constitucionais escritas em razão de sua rigidez verbal introduzida pela escolha de constitucionalizar os direitos fundamentais. Portanto, em vez disso, sugere que os entendimentos morais em evolução sejam refletidos em princípios verbais flexíveis e precedentes, assumindo a forma de “entendimentos convencionais” inscritos na comunidade em geral para proteger direitos do verbalismo obsessivo de uma carta escrita (WALUCHOW, 2007, p. 173).¹⁴

¹⁴ Waldron não acredita que a revisão judicial eleve o nível do debate público e a qualidade do discurso democrático, dando como exemplo os debates sobre o aborto que, segundo ele, são bem informados em países como o Reino Unido e Nova Zelândia, onde não são institucionalizados, como são nos Estados Unidos (WALDRON, 2001, p. 289).

Waluchow acredita que ao sugerir que a revisão judicial leva a um debate de natureza antidemocrática, os críticos se posicionam de modo contrário à instituição dos direitos em uma carta constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 174). No entanto, o autor afirma que os direitos prescritos em uma carta possuem o poder de tutelar interesses e valores comunitários, mesmo quando voltados à promoção dos direitos individuais (WALUCHOW, 2007, p. 176).¹⁵ Os direitos formalmente reconhecidos representam um avanço na justiça social, pois, diante de fatores como preconceito e medo do desconhecido, faz-se importante que indivíduos tenham direitos prescritos por um documento público e que esse configure ferramenta eficaz na busca da satisfação de suas demandas (WALUCHOW, 2007, p. 177). Waluchow se propõe a oferecer um entendimento alternativo baseando-se:

(...) on the penetrating analysis of H.L.A. Hart, whose thoughts on the move from the pre-legal to the legal world, and the inherent limits and dangers of legal regulation, provide grounds for constructing a better understanding of Charters than the Standard Conception. Our second source will be an idea articulated long ago by Lord Sankey in Edwards,⁵ that landmark Canadian constitutional case to which we made reference earlier, which was decided by the Privy Council of Britain in 1930 and is now commonly referred to as the Persons case. Edwards is notable for at least two reasons: (1) It established, for the first time in Canadian legal history, that women are indeed “persons” for purposes of appointment to the Senate; and (2) it introduced into Canadian constitutional law the living tree metaphor of constitutions to which we drew attention in dividing constitutional theories into two basic camps: fixed and living tree views. The living tree conception is one that, following Edwards has been repeatedly endorsed by the Canadian courts in a string of important Charter cases (WALUCHOW, 2007, p. 182).¹⁶

Waluchow defende que, por sua natureza, uma carta constitucional é uma árvore viva capaz de crescer dentro dos limites constitucionais e se adaptar às novas

¹⁵ Waluchow se estende na discussão sobre essa crítica no livro *“A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”* (WALUCHOW, 2007, p. 176)

¹⁶ Na análise de H.L.A Hart, cujos pensamentos sobre o passar do mundo pré-legal para o jurídico e os limites e perigos inerentes da regulamentação legal fornecem bases para a construção de um melhor entendimento de cartas do que a concepção padrão. Nossa segunda fonte será uma ideia articulada por Lord Sankey em Edwards, que representa um marco canadense nos casos constitucionais, o qual foi decidido pelo Conselho Privado da Grã-Bretanha em 1930 e agora é comumente referido como o caso de pessoas. Edwards é notável por pelo menos duas razões: (1) estabeleceu pela primeira vez na história jurídica canadense que as mulheres são de fato “pessoas” para efeito de nomeação para o Senado; e (2) foi introduzido na lei constitucional canadense a metáfora das constituições como árvores vivas as quais se dá atenção em dividir as teorias constitucionais em dois campos básicos: fixos e de árvores vivas. A concepção de árvore viva é aquela que, segundo Edwards, foi repetidamente endossada pelos tribunais canadenses em uma série de casos importantes da carta (WALUCHOW, 2007, p. 182, TRADUÇÃO MINHA).

circunstâncias contemporâneas e normativas em evolução. Ao combinar a relativa fixidez da lei escrita e a relativa adaptabilidade característica da *common law*, Waluchow argumenta ser possível evitar a maioria, senão todas as dificuldades citadas pelos críticos (WALUCHOW, 2007, p. 183). O autor ressalta que normas sociais informais que governam as relações entre os sexos, grupos raciais ou etários, por vezes podem ser mais rígidas do que as escritas. Isso ocorre porque sua eliminação, alteração ou reinterpretação normalmente demandam mudanças generalizadas em crenças e comportamentos de indivíduos, que podem ser altamente resistentes em mudar tradições nas práticas sociais (WALUCHOW, 2007, p. 188). Sendo assim, pode-se estabelecer uma relação com as normas formalmente escritas, uma vez que é possível que se perceba a separação entre sua validade e aceitação. Sob esse ponto de vista, há a possibilidade de uma lei plenamente válida ser inaceitável para a comunidade em geral (WALUCHOW, 2007, p. 191). Nesse sentido, Waluchow defende a importância da harmonia entre a lei e a moralidade, enfatizando que a dissociação entre a validade legal e a moral facilita a implementação de regimes cruéis que, embora legalmente válidos, não respeitam a moralidade social (WALUCHOW, 2007, p. 192).¹⁷

Waluchow sustenta que a eficácia no direcionamento de condutas requer a utilização de regras gerais estabelecidas antecipadamente, seja através de regras sociais informais ou por direitos prescritos formalmente. O autor, com base nos ensinamentos de Hart, alerta que os contextos sociais em mudança criam a possibilidade de que regras legais aceitáveis levem, em casos específicos, a resultados inaceitáveis. Dessa forma, Waluchow ressalta que em relação aos direitos com carga moral há um núcleo de sentido bem estabelecido, mas existem casos discutíveis em que os direitos não são claramente aplicáveis nem excluídas (WALUCHOW, 2007, p. 194). Waluchow defende o uso da “textura aberta da linguagem” sugerido por Hart¹⁸, que permite margem de manobra em casos difíceis. Com base nessa perspectiva, evitam-se resultados indesejados sem a obrigação de decidir dentro dos parâmetros estabelecidos pelo formalismo, em que o significado

¹⁷ Wil Waluchow inclui a explicação de Hart de que as próprias características da lei pelas quais pode atingir seu potencial para o bem também criam a possibilidade de contraposição com a moralidade da comunidade ou com o bom senso. As reflexões de Hart sobre um sistema legal são um lembrete dos perigos inerentes às estruturas introduzidas pela lei positivada pautada apenas em critérios de validade. Nesse sentido, Waluchow ressalta a importância de um modelo que tenha válvulas de segurança capazes de impedir situações extremas como as ocorridas no período nazista, exemplo de um regime legalmente válido, mas que não observava os padrões morais da sociedade.

¹⁸ HART, 2020, p. 161.

das regras escritas é uniformizado sem espaço para a discrição judicial (WALUCHOW, 2007, p. 195).¹⁹

Waluchow acredita que compromissos previamente estabelecidos em relação a resultados legais determinados podem ser moralmente problemáticos. Embora não se possa prever os resultados indesejados, pode-se prever que, provavelmente, haverá resultados que os indivíduos de modo geral desejariam evitar. Diante de tal cenário, segundo Waluchow, Hart²⁰ acredita que os legisladores serão sábios em enquadrar os direitos de cunho moral na textura aberta da linguagem (WALUCHOW, 2007, p. 196). Tal posicionamento do autor advém da ideia de que as regras fornecem certa orientação antecedente enquanto permitem que questões normativas que não poderiam ter sido previstas e resolvidas com antecedência pelo legislador sejam analisadas face ao caso concreto. Nesse sentido, Waluchow argumenta que se deixe o desenvolvimento das regras para os tribunais constitucionais sob a metodologia da *common law* (WALUCHOW, 2007, p. 197). O autor ainda ressalta que os juízes estão restritos ao uso da boa fé e que se veem tolhidos de agir de acordo com seus parâmetros individuais diante das possíveis críticas de membros do poder governamental, da população em geral, bem como da possibilidade de ter sua decisão rejeitada por um tribunal superior com o poder de anulação (WALUCHOW, 2007, p. 201).

As regras da *common law* não são formuladas de modo unificado em nenhum documento, sendo o que as distingue das regras legislativas. Portanto, as regras da *common law* são criadas pelos tribunais simultaneamente aos casos concretos e aplicadas retroativamente a fatos ocorridos (WALUCHOW, 2007, p. 197). Em contrapartida, surgem críticas que entendem se tratar de metodologia sem a certeza e a previsibilidade que um sistema jurídico deveria fornecer. Sob essa perspectiva, juízes não eleitos e irresponsáveis criam leis ao julgar, deixando de aplicar as normas elaboradas por representantes democraticamente eleitos. No entanto, Waluchow afirma que a metodologia jurídica da *common law* é disciplinada, restringindo os juízes em suas decisões. Dessa forma, explica que os juízes devem aplicar princípios contidos em opiniões judiciais anteriores para que justifiquem suas decisões. O autor compara os referidos princípios como

¹⁹ Waluchow, em “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree Constitution*”, ilustra o exemplo do carro de brinquedo de Hart sugerindo evitar o formalismo através do uso da textura aberta da linguagem, que permite alguma margem de manobra nos casos difíceis que caem na “penumbra da incerteza”, evitando um resultado absurdo ao decidir sobre o mérito dos casos (WALUCHOW, 2007, p. 194).

²⁰ HART, 2020, p. 166.

prescrições gerais, semelhantes às regras da *civil law* (WALUCHOW, 2007, p. 198).

As regras da *common law* são inerentemente revisáveis em sua aplicação nos novos casos que exibem características até então não apreciadas, podendo solicitar uma revisão dos precedentes anteriormente estabelecidos. Os poderes de distinguir e alterar precedentes podem variar de um tribunal para outro, sendo difícil fornecer uma única teoria para a *common law*. Apesar dessas limitações, Joseph Raz esclarece os poderes variáveis dos tribunais na *common law* e Waluchow utiliza tal desenvolvimento em sua proposta (WALUCHOW, 2007, p. 199). De acordo com Raz²¹, um precedente estabelece uma decisão aberta para posteriores modificações pelos tribunais de acordo com as particularidades de cada caso concreto. Por vezes, há apenas uma interpretação razoável dos casos e, portanto, há pouca disputa sobre a identidade do precedente que se enquadra. Waluchow explica que a função dos tribunais ao distinguir as regras contidas em um precedente das que devem ser aplicadas a um caso específico seria restringir o efeito da decisão anterior, refinando-a para excluir sua aplicação a um tipo de caso novo e imprevisto. Dessa forma, o autor ressalta que a atuação dos tribunais pode ser encarada pelos críticos como não voltada à revisão ou à melhor aplicação dos precedentes e da lei, mas ao próprio desenvolvimento da última (WALUCHOW, 2007, p. 200). No entanto, Waluchow acredita ser viável, no método da *common law*, um equilíbrio entre as duas necessidades fundamentais de Hart²². Conforme explica:

So the common law method of legal regulation strives to strike a balance between Hart's two fundamental needs: the need for clear, antecedent guidance by relatively fixed rules, and the need to leave open, for later settlement by an informed official choice, issues that can be properly appreciated and settled only when they arise in a concrete case (WALUCHOW, 2007, p. 203).²³

Para Waluchow, a *common law*, sob essa perspectiva, é capaz de combinar a fixidez e a adaptabilidade que um sistema democrático constitucional carece

²¹ RAZ, 1979, p. 185.

²² HART, 2020, p. 169.

²³ Assim, o método da *common law* de regulamentação legal se esforça para encontrar um equilíbrio entre as duas necessidades fundamentais de Hart: a necessidade de orientação clara e prévia por regras relativamente fixas e a necessidade de deixar em aberto, para solução posterior por uma escolha oficial informada questões que podem ser devidamente apreciadas e resolvidas somente quando surgirem em um caso concreto (WALUCHOW, 2007, p. 203, TRADUÇÃO MINHA).

(WALUCHOW, 2007, p. 204). O autor observa que modelos que propõem um sistema de regras precisas, baseadas em uma teoria moral sólida a ser aplicada sem discricção judicial, são fundamentados na crença de que os casos imprevistos serão mínimos e que poderiam, via de regra, ser tratados por emendas legislativas. No entanto, Waluchow defende que poucos legisladores possuem uma teoria moral totalmente elaborada dadas as circunstâncias sociais em evolução. Além disso, teorias significativamente diferentes são sustentadas em âmbito legislativo (WALUCHOW, 2007, p. 205).

Waluchow descreve o modelo “*top-down*”²⁴ como um sistema de regras formulado de modo antecipado por legisladores, o qual deve sempre ser ponto de partida para as decisões que envolvem os direitos de modo geral e, por essa razão, suscetível ao não reconhecimento de direitos individuais não expressos formalmente na lei ou aqueles em que os desdobramentos não estão prescritos claramente. No entanto, o autor defende que em uma democracia há a necessidade de que determinados indivíduos recebam tratamento diferenciado diante das suas particularidades, as quais, por vezes, o Estado somente tomará conhecimento no caso concreto levado a juízo. Waluchow explica que, embora o Legislativo possa intervir e alterar a lei posteriormente aos casos concretos, o resultado terá pouca eficácia para as partes prejudicadas cuja situação ensejou mudança na lei. Por outro lado, o modelo “*bottom-up*” sustenta que não se pode antecipar todas as situações de fato, nem prescrever de modo taxativo os desdobramentos de direitos que possuem natureza inerentemente indeterminada. Portanto, as implicações dos direitos que envolvem a moralidade não são fechados e devem ser reveladas caso a caso na revisão judicial, face à constante mudança nas condições sociais (WALUCHOW, 2007, p. 206).

Waluchow sustenta que nem sempre se pode prever o modo de aplicação das regras de caráter moral, o que não deve ser ignorado ao projetar as instituições (WALUCHOW, 2007, p. 208). Nesse sentido, o autor visa sobrepor as problemáticas existentes em outras linhas interpretativas semelhantes às suas ao desenvolver um modelo alternativo para a concepção da *common law*. Waluchow acredita ser possível manter determinadas orientações antecedentes de modo concomitante a postulados que serão particularizados pelo modelo ascendente, ou seja, através da revisão judicial. Desse modo, o autor dispõe que ocorrerá um

²⁴ O autor referencia Denise Reaume (1991) para explicar os modelos “*top-down*” e “*bottom-up*” (WALUCHOW, 2007, p. 204).

trabalho conjunto entre Legislativo e Judiciário, não devendo prosperar o argumento de que nesses casos o último irá se sobrepor ao primeiro.²⁵ Waluchow esclarece que há uma variedade de correntes interpretativas entre as que defendem uma atuação judicial altamente ativista e aquelas que defendem uma atuação judicial pautada exclusivamente em um silogismo legal. Sob essa perspectiva, o autor introduz sua proposta às opções existentes entre tais concepções extremas, podendo ser adotada pelos sistemas jurídicos contemporâneos (WALUCHOW, 2007, p. 209).

Waluchow explica que a indeterminação de alguns direitos se dá em razão das possíveis complicações na manutenção de um mesmo entendimento em casos concretos distintos. Para reforçar esse entendimento, o autor cita a evolução da concepção moral sobre a igualdade racial, marcada pelo caso “*Brown v. Board of Education*”, nos Estados Unidos, que rompeu com a doutrina “*separate but equal*” que predominava até então em decisões judiciais anteriores. Dessa maneira, rompeu-se a concepção de que era aceitável que crianças fossem separadas em escolas distintas em razão de sua raça, o que reforça a ideia de Waluchow de que o evoluir das concepções morais reflete diretamente no modo de interpretação dos direitos. Outro exemplo retomado pelo autor é o casamento entre pessoas de mesmo sexo que, embora tenha sido reconhecido em algumas democracias constitucionais, ainda não atingiu um status materialmente igualitário com casais de sexos opostos. Sendo assim, Waluchow explica que, via de regra, o que vem ocorrendo é a permissão de “uniões civis com direitos semelhantes” (WALUCHOW, 2007, p. 212). Nesse sentido, ressalta que a concepção da árvore viva confere margem para que entendimentos evoluam e no caso do casamento entre pessoas de mesmo sexo, acredita-se que seu reconhecimento legal avançará rumo a um tratamento materialmente igualitário.²⁶

²⁵ Segundo Waluchow, uma lição de Hart é que apesar do potencial inegável da lei, essa pode se transformar em uma ferramenta social perigosa ao separar a validade e a aceitação de uma norma. Portanto, o autor sinaliza que se deve minimizar as chances de descida ao “Inferno de Hart”, adotando uma revisão judicial que coloque condições morais sobre o exercício válido do governo (WALUCHOW, 2007, p. 208).

²⁶ Waluchow faz referência ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como forma de desenvolvimento interpretativo do entendimento judicial e, conseqüentemente, da interpretação da lei, embora dificilmente se encontre uma resposta legalmente correta, clara ou indiscutível para a questão. Quando analisado o contexto legal e as decisões judiciais de democracias constitucionais na contemporaneidade, em que são reconhecidos os direitos de casais do mesmo sexo, torna-se plausível e até mesmo necessária a evolução da interpretação constitucional para atender uma demanda social latente. Waluchow cita que qualquer sistema legal que concede aos casais do mesmo sexo praticamente todos os direitos associados ao casamento do sexo oposto, exceto o direito de serem legalmente reconhecidos como casados, acaba por violar o direito à igualdade material de

Waluchow concorda com Waldron sobre a necessidade de mecanismos institucionais livres da exclusiva vinculação das normas a uma interpretação fixa e previamente acordada. Nesse sentido, Waluchow evidencia que métodos interpretativos que visam alcançar os significados originais ou intenções dos formuladores de uma carta constitucional não devem prosperar. Desse modo, o autor propõe a adoção de uma carta compreendida através da concepção da árvore viva. Tal método seria capaz de evitar interferências externas como os desejos inautênticos advindos do preconceito ou da falta de conhecimento específico e, da mesma forma, seria livre das pressões as quais os legisladores eleitos são suscetíveis e que podem influenciar na supressão de direitos (WALUCHOW, 2007, p. 213). Waluchow defende um perfil de cartas constitucionais que não confia amplamente na atuação judicial de modo discricionário, nem na crença que o modelo de “*top-down*” pode ser seguido sem ressalvas (WALUCHOW, 2007, p. 214). O autor visa um equilíbrio para que as particularidades de um caso não deixem de ser observadas em razão da adoção de um método que se restringe a seguir normas em uma interpretação rígida, bem como prevê que, ao delegar ao Judiciário a responsabilidade de individualizar demandas, devem ser observados determinados requisitos pelos juízes.

Segundo Waluchow, a concepção padrão²⁷ a favor da revisão judicial argumenta que as cartas constitucionais são capazes de proteger direitos de modo entrincheirado, tutelando as garantias das minorias contra os preconceitos e excessos majoritários que, por vezes, são advindos de desejos inautênticos na política democrática. Sob essa concepção, as cartas estabelecem um compromisso prévio e racional vinculado aos direitos fundamentais. No entanto, Waluchow reconhece que existem problemas na concepção padrão a favor das cartas de direito e do controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário. O autor esclarece que críticos como Waldron pressupõem que um compromisso previamente estabelecido sobre direitos morais seria impossível no contexto político social diante da grande discordância entre indivíduos. Desse modo, os críticos sustentam que tal concepção padrão seria contrária ao autogoverno e à capacidade de alteração das normas pelos próprios indivíduos que a ela se submetem com o passar do tempo (WALUCHOW, 2007, p. 216).

tratamento. Nesse ponto, o autor argumenta que de acordo com a Comissão Canadense de Direitos Humanos, isso equivale ao endosso da notória doutrina “*separate but equal*” (WALUCHOW, 2021).

²⁷ Vide Glossário.

Observa-se, portanto, que a concepção padrão a favor das cartas e de sua revisão judicial enfrenta dificuldade em explicar por que o dissenso nas democracias modernas pode justificar a legitimidade de juízes para determinar o modo de aplicação de normas com carga moral. Waluchow elenca que surge, então, o questionamento do porquê juízes elitistas, com preconceitos e agendas próprias devem ter o poder de decisão sobre a aplicação de direitos morais controversos, o que, segundo os críticos, não poderia ser conciliado com o modelo democrático e com o autogoverno popular. Nesse sentido, o autor reconhece que a concepção padrão necessita de revisão, mas sugere que sua essência possa permanecer. Para isso, Waluchow visa responder às objeções de Waldron, pois considera seus argumentos contra a revisão judicial e as cartas constitucionais os mais fortes e sofisticados no campo filosófico. Portanto, respondê-las de forma eficiente fará com que sua proposta seja construída sob uma base argumentativa contundente, de modo a alcançar seus objetivos (WALUCHOW, 2007, p. 217).

Determinados críticos, como Waldron, alegam que não se deve optar pelas cartas constitucionais em democracias que adotam o modelo da *common law*. Para ele, devem ser incorporados mecanismos de proteção de direitos que sejam livres da vinculação aos termos de um texto escrito. Desse modo, seria evitado um exercício interpretativo voltado a dar roupagem atual ao texto constitucional que, por vezes, foi escrito em um contexto temporal passado. Portanto, Waldron defende que os indivíduos da atualidade são capazes de se autodeterminar e interpretar seus direitos sem a vinculação a um determinado documento escrito. Nesse sentido, Waluchow aponta que, segundo a proposta de Waldron, no lugar da revisão judicial devem ser utilizados princípios e precedentes. No entanto, explica que tais institutos já são aplicados aos casos concretos através da revisão judicial na *common law*, sendo, portanto, contraditório o argumento de Waldron de que a prática seja antidemocrática. Ademais, Waluchow acrescenta que os mecanismos propostos por Waldron são contraditórios entre si também em razão de ser improvável que existam entendimentos convencionais para determinar a interpretação dos direitos se, de fato, o desacordo persiste. Ou seja, não é possível que tais argumentos coexistam na mesma proposta (WALUCHOW, 2007, p. 218).

Waluchow acredita que, por vezes, a comunidade pode estar errada sobre sua própria moralidade constitucional e que os juízes, por outro lado, podem ser sujeitos mais capacitados a identificá-la em razão da semelhança com as atribuições habituais de seu ofício. Segundo o autor, os juízes são suscetíveis ao cumprimento

de determinadas exigências em sua tomada de decisão e, desse modo, não impõem sua moral individual, mas evitam a implementação de crenças errôneas da comunidade e seus representantes legislativos (WALUCHOW, 2007, p. 219). Waluchow explica que a moralidade pessoal se difere da moralidade constitucional, uma vez que a primeira se refere às visões de um juiz como um indivíduo autônomo, sendo as ambições as quais visa ter endossadas pela comunidade (WALUCHOW, 2007, p. 220). Por outro lado, a moralidade constitucional da comunidade pode não ser tão clara em sociedades multiculturais, considerando que as normas constitucionais são interpretadas a partir de concepções morais distintas.

Para lidar com a diversidade moral descrita, Waluchow faz referência à existência de um “consenso sobreposto” proposto por Rawls, que explica que podem haver diferenças consideráveis nas concepções sobre justiça, desde que levem a julgamentos semelhantes. Ambos os lados devem acreditar que por mais que suas concepções sejam diferentes, seus pontos de vista podem sustentar o mesmo julgamento (WALUCHOW, 2007, p. 221). O “consenso sobreposto” pode ser compreendido pela analogia da situação em que um tribunal de apelações é unânime em seu julgamento, mas que os juízes discordam sobre como esse resultado se justifica. O consenso pode basear-se em julgamentos particulares com premissas diferentes, produzindo uma conclusão compartilhada. Por vezes, concorda-se com a instituição de princípios abstratos, mas se discorda sobre suas implicações nas circunstâncias da política democrática. Nesses casos, Waluchow acredita que há alguma medida de consenso referente às normas relativas à justiça, igualdade e liberdade. Portanto, possibilita a construção de uma decisão a partir de uma concepção amplamente compartilhada sobre tais direitos, mesmo que advindos de uma base argumentativa distinta (WALUCHOW, 2007, p. 222).

Waluchow ainda acrescenta que ao decidir casos que envolvem a moralidade, deve-se haver empenho para alcançar o que Rawls chama de “equilíbrio reflexivo”, em que os princípios e regras são consistentes com as crenças verdadeiras, produzindo “julgamentos ponderados” (WALUCHOW, 2007, p. 223). Waluchow afirma que meras opiniões e os verdadeiros compromissos²⁸ morais se diferem e apenas os últimos alcançam um equilíbrio reflexivo. Além disso, ressalta

²⁸ Waluchow explica que ao chamar de “compromissos verdadeiros” não significa que sejam corretos, mas apenas que são aqueles com os quais a comunidade está comprometida (WALUCHOW, 2007, p. 224). No entanto, em alguns momentos, o autor sugere que padrões definidos pelo preconceito, ódio ou qualquer fator que seja capaz de suprimir direitos de um determinado grupo de pessoas não deve ser considerado autêntico. Tal contradição é abordada pelo artigo de Natalie Stoljar que será analisado no capítulo seguinte.

que indivíduos podem diferir em opiniões ainda que compartilhem os mesmos compromissos morais. Portanto, os indivíduos podem adotar concepções distintas sobre o modo em que se deve tutelar determinado direito. Ademais, Waluchow ressalta que, via de regra, a maioria dos indivíduos aborda questões morais de maneira menos polarizada que os críticos das cartas e da revisão judicial que focam em opiniões contrárias de modo generalizado (WALUCHOW, 2007, p. 224).

De acordo com Waluchow, pautar-se em equilíbrio reflexivo para extrair os verdadeiros compromissos da comunidade não significa simplesmente assumir que são quaisquer opiniões generalizadas. Nesse sentido, o autor defende que juízes são capazes de distinguir e ponderar os verdadeiros compromissos morais da comunidade através de um raciocínio pautado em equilíbrio reflexivo (WALUCHOW, 2007, p. 225). Tal mecanismo se daria a partir da análise das concepções existentes dentro de um contexto comunitário somada à análise de decisões e leis que tratam do mesmo assunto. O equilíbrio reflexivo, portanto, seria atingido pelos juízes, que são agentes habituados a estudar e sopesar as variadas concepções a respeito de um mesmo instituto normativo para, então, extrair a decisão mais adequada. Desse modo, os compromissos morais de uma comunidade serão cumpridos em detrimento dos eventuais desejos inautênticos (WALUCHOW, 2007, p. 226).

Waluchow explica que as normas morais que representam os verdadeiros compromissos da comunidade estão de alguma forma ligadas às leis e práticas constitucionais. Sendo assim, a moralidade constitucional consiste em normas e convicções as quais a comunidade se comprometeu e que foram incorporadas pela lei e pelas práticas jurídicas (WALUCHOW, 2007, p. 227). No entanto, Waluchow acredita ser ingênuo supor que se possa encontrar nas sociedades pluralistas uma única moralidade constitucional, mas sugere que sobre os direitos abordados pelas cartas exista algum consenso determinante, sendo exceção os casos em que tal situação não ocorre. Desse modo, é possível identificar uma moralidade constitucional atribuível à comunidade como um todo. Portanto, Waluchow reforça que diferenças morais existem nas democracias constitucionais, mas que a resposta estatal perante os possíveis desacordos deve se pautar na existência de algum consenso sobre o direito em questão. Tal decisão deverá refletir os valores basilares que regem uma comunidade, ou seja, seus verdadeiros compromissos enquanto comunidade democrática (WALUCHOW, 2007, p. 228).

Segundo Waluchow, a moralidade constitucional abarca um consenso sobreposto sobre os verdadeiros compromissos da comunidade, ou seja, seus valores basilares devem ser encontrados nos padrões morais amplamente adotados. No entanto, nem sempre esse consenso ocorrerá, conforme explica o autor. Questões contestáveis como as relativas ao aborto, por exemplo, podem não ser suscetíveis a um consenso. Waluchow explica que os juízes terão que recorrer a outros métodos para proferir sua decisão constitucional, mas ressalta que poucos serão esses casos. Ainda sobre a moralidade constitucional da comunidade, o autor retoma que esse instituto é capaz de diminuir a distância entre a validade e a aceitação de uma norma, uma vez que busca relacionar os valores morais de uma comunidade, sem deixar de observar a capacidade da lei de fornecer determinada orientação antecedente. Waluchow, no entanto, observa que os verdadeiros compromissos e a moralidade constitucional não constituem condições de validade, ou seja, para que uma norma seja formalmente válida, não necessariamente deve englobar a moralidade constitucional da comunidade e seus compromissos autênticos (WALUCHOW, 2007, p. 229).

Waluchow considera que determinados direitos são deixados em aberto através da prescrição em linguagem indeterminada, em razão de estarem envolvidos em demandas que necessariamente serão decididas posteriormente e pautadas nas particularidades do caso. Nesse sentido, tais direitos abarcam situações que somente podem ser analisadas quando surgem em um caso específico. O autor ainda ressalta que a moralidade constitucional da comunidade da época em que foi redigida uma norma pode divergir da moralidade atualmente predominante no contexto social em que emergiu determinada demanda, a qual não era prevista à época. Portanto, tal circunstância, para Waluchow, deve ser considerada como uma das razões pelas quais se deve confiar aos juízes a tarefa de decidir quando a moralidade é comprometida pela legislação. O autor entende que os juízes poderão exercer uma análise individualizada da demanda e serão capazes de enquadrar a moralidade da comunidade e a legalidade de forma equilibrada em sua decisão (WALUCHOW, 2007, p. 229).

A objeção de que os juízes acabam invocando a moralidade pessoal nos casos em que deve ser aplicada a moralidade constitucional da comunidade, segundo Waluchow, não possui o devido fundamento. O autor explica que um julgamento que envolva os valores basilares que regem a moralidade de uma comunidade não diz respeito a quais seriam os padrões morais mais adequados sob

o ponto de vista do magistrado em um determinado caso. Nesse sentido, o autor retoma o argumento de que os juízes possuem um treinamento profissional e prático que os torna agentes públicos capacitados para a interpretação e aplicação da moralidade constitucional da comunidade nos casos concretos. Portanto, Waluchow delega tal função aos juízes por crer que o equilíbrio reflexivo não se afasta amplamente da tarefa exercida na tomada de decisão judicial em que normas, precedentes e princípios devem ser ponderados e equilibrados em seu modo de incidência (WALUCHOW, 2007, p. 231).

Waluchow também supõe que os críticos das cartas e da revisão judicial podem dizer que as primeiras fazem parte da lei constitucional e não da moralidade. Sendo assim, quando uma corte constitucional aborda um direito prescrito nas cartas, apoia-se em decisões anteriores, doutrinas e tradições, logo, um tribunal inferior deve estar vinculado aos precedentes estabelecidos. A crítica se funda, então, no argumento de que, com o tempo, as decisões judiciais definirão os padrões decisórios e a adoção de uma carta constitucional não será democrática, tendo em vista que o Judiciário criará normas em seus julgados (WALUCHOW, 2007, p. 232). Em resposta, Waluchow ressalta que a moralidade constitucional não é autônoma à lei e às decisões dos juízes, ou seja, recebe, de alguma forma, certa influência dos parâmetros por elas estabelecidos.²⁹ No entanto, o autor ressalta que não se deve ignorar a existência da possibilidade da influência que a moralidade social pode exercer na edição de normas legislativas (WALUCHOW, 2007, p. 233). O autor reconhece a existência da preocupação de os juízes serem autorizados a decidir questões morais em sede de revisão judicial. No entanto, ressalta que pior seria acreditar que sempre há uma verdade moral sobre os direitos que envolvem justiça, igualdade e liberdade, via de regra prescritos nas cartas constitucionais. Portanto, sob essa perspectiva, seria dever dos juízes descobrir e aplicar tal verdade objetiva e previamente determinada para questões morais controversas, o que Waluchow visa demonstrar não ser possível face à evolução dos padrões morais na sociedade (WALUCHOW, 2007, p. 234).

Para Waluchow, uma das objeções mais poderosas de Waldron seria o questionamento do porquê o controle de constitucionalidade judicial seria mais confiável do que os julgamentos da própria comunidade de modo direto ou por meio

²⁹ Waluchow questiona até que ponto a moralidade da comunidade, por sua vez, é moldada pela lei e sugere que seja uma questão subestimada. O autor referencia Joseph Raz e Tony Honoré, que apontam que a influência da lei sobre a moralidade é multifacetada e significativa.

de seus representantes eleitos. Em resposta, Waluchow propõe que os juízes devem ser encarados como agentes capazes de decidir questões imprevisíveis que envolvem a moralidade constitucional. É sabido que casos inéditos surgirão e, na *common law*, segundo o autor, é possível que adequações interpretativas sejam feitas de maneira incremental, com uma análise individualizada caso a caso. Waluchow aponta que outra razão seria que as pessoas costumam ser mais dispostas a reconhecer e acatar uma decisão se for tomada por um “terceiro neutro”. O autor explica que, apesar dos interesses pessoais dos juízes, ainda assim é razoável esperar que possuam virtudes judiciais de objetividade, imparcialidade e neutralidade, de modo que não sejam influenciados por sua moral pessoal (WALUCHOW, 2007, p. 235).

Nesse sentido, Waluchow reforça que a função de proteção das minorias pode ser comprometida caso as disposições de cunho moral contidas em uma carta sejam sempre interpretadas sob o ponto de vista da maioria dos membros da comunidade. Portanto, o autor traz à tona o questionamento do que deve ser feito quando os propósitos majoritários são contrários à garantia de determinados direitos às minorias. Desse modo, Waluchow responde que a única maneira de perseguir a proteção das minorias é interpretar as disposições morais de uma carta constitucional de forma não tendenciosa, mas sob a moralidade “verdadeira” ou “ideal”, a qual os juízes devem buscar. No entanto, o autor explica que a moralidade constitucional nem sempre é idêntica às opiniões morais compartilhadas na comunidade, sendo, portanto, papel dos juízes não ceder aos desejos inautênticos da maioria, mas respeitar e fazer cumprir os compromissos da comunidade em equilíbrio reflexivo. Waluchow argumenta que se empenha em tratar de um modelo de moralidade presente nas democracias constitucionais contemporâneas que rejeita qualquer forma de preconceitos, bem como oferece proteção contra opressões majoritárias (WALUCHOW, 2007, p. 236-237).

Waluchow expõe que as escolhas do passado raramente irão restringir o modo de aplicação de uma carta interpretada sob o modelo da *common law*. O autor argumenta que a interpretação das cartas constitucionais deve ser feita de forma que não ameace a autonomia popular, sendo, portanto, o contrário do que ocorreria na implementação de correntes interpretativas que possuem uma visão fixa sob o modo de aplicação dos direitos. Waluchow afirma que a opção de Waldron por uma abordagem em que as cartas sejam ausentes não é necessariamente mais flexível (WALUCHOW, 2007, p. 242-243). Waluchow sustenta que regras não escritas bem

estabelecidas são frequentemente tão rígidas quanto as escritas, portanto, sua eliminação, alteração ou reinterpretação normalmente requer mudanças generalizadas nas crenças e comportamentos que podem ser tão difíceis de se realizar quanto uma emenda constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 244).

Segundo Waluchow, a posição de Waldron em relação às cartas constitucionais e à revisão judicial reflete um realismo absoluto, não abrindo margem para um consenso no que tange à discordância entre indivíduos sobre o modo de interpretação de direitos. No entanto, Waldron apresenta um idealismo sobre um governo majoritário, uma vez que ignora situações como decisões de legisladores eleitos que, por vezes, tratam de mera satisfação dos seus anseios políticos partidários sobrepostos aos reais interesses sociais (WALUCHOW, 2007, p. 248). Waluchow entende que os métodos defendidos por Waldron, em que legisladores se unem para decidir demandas que envolvem a moralidade social, não possuem uma base institucional sólida (WALUCHOW, 2007, p. 249). Nesse sentido, Waluchow ressalta que por não defender um modo previamente estabelecido de aplicação dos direitos evita objeções que outras concepções que defendem as cartas de direito e a revisão judicial são suscetíveis. No entanto, reconhece que se o desacordo sustentado por Waldron ocorrer, tal máxima também incidirá sobre os métodos majoritários de decisão. Waluchow, nesse sentido, acredita que uma vez que haja discordância persistente sobre como devem ser aplicados os direitos, a mesma refletirá sobre o critério a ser adotado na interpretação constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 250).

Segundo Waluchow, uma tomada de decisão sólida e equilibrada pode ser comprometida se os indivíduos possuem a permissão para serem juízes da própria causa. Portanto, considera plausível atribuir a tomada de decisão a pessoas ou instituições cujos interesses não estão diretamente envolvidos e possuem a função de serem justas e imparciais. De acordo com o autor, um sistema jurídico, ao optar pelo controle de constitucionalidade judicial, evita que os anseios majoritários sejam capazes de suprimir garantias fundamentais de grupos minoritários. Além disso, tal mecanismo institucional permite que os juízes reavaliem a aplicação de determinados precedentes à luz de um entendimento moral em constante evolução (WALUCHOW, 2007, p. 251). Waluchow reforça sua defesa à revisão judicial afirmando que os indivíduos, enquanto portadores de direitos podem atribuir a revisão de suas decisões e as de seus representantes eleitos a um corpo de pessoas menos sobrecarregadas, que inclusive terão que justificar publicamente as razões

determinantes de suas decisões (WALUCHOW, 2007, p. 252). Desse modo, o autor evidencia que os juízes são agentes publicamente comprometidos em seu ofício.

Waluchow ressalta que nenhuma estratégia funcionará para Waldron com base em seu argumento do desacordo, que coloca em dúvida até mesmo as regras pautadas na razão e na lógica. O autor relaciona a proposta de Waldron às ideias de Descartes, concluindo que não se pode rejeitar tudo sobre o que se tem alguma dúvida. Deve-se, então, aceitar um ponto de partida razoável e provisório (WALUCHOW, 2007, p. 253). No caso de Descartes, tudo estava sujeito a dúvidas, já para Waldron, tudo está sujeito a desacordos razoáveis. Portanto, segundo Waluchow, a teoria de Waldron é falível por seu próprio argumento do desacordo. No entanto, concorda com Waldron sobre a tendência significativa de se “glamourizar” o Judiciário e desvalorizar as outras esferas do poder estatal, ressaltando que as teorias interpretativas devem observar esse fato. Segundo Waluchow, todavia, para corrigir o desequilíbrio, Waldron enfatiza, deliberadamente, o potencial benéfico do processo legislativo. Ao fazer isso, Waldron ignora características não tão desejáveis dos representantes eleitos e subestima a capacidade de os tribunais exercerem uma revisão legislativa de forma eficaz (WALUCHOW, 2007, p. 254).

Waluchow concorda com o argumento de que os juízes não possuem uma capacidade intelectual superior, nem uma percepção moral que ultrapassa a do cidadão ou do legislador médio. O autor ressalta que, nas mesmas condições de deliberação, não faria sentido os julgamentos do tribunal substituírem as escolhas do legislativo ou de seus eleitores. No entanto, Waluchow argumenta que as decisões judiciais se dão em um contexto distinto das quais são realizadas deliberações legislativas e populares. Nesse sentido, apresenta os juízes como agentes relativamente isolados das pressões externas as quais os legisladores estão sujeitos. Para explicar seu ponto de vista, Waluchow cita o exemplo do Canadá, em que todos os juízes são nomeados e não eleitos, assim como ocorre com os juízes federais nos Estados Unidos. Segundo ele, essa característica típica, juntamente com um mandato vitalício, proporciona uma liberdade para superar determinadas pressões externas que podem advir de parte do eleitorado, do partido político que o representante eleito está vinculado ou de uma determinada elite social (WALUCHOW, 2007, p. 255). Apesar disso, Waluchow não ignora a plausibilidade do argumento de que existe uma tendência de os juízes participarem das elites sociais e entende que a solução para essa questão talvez seria a reforma

dos procedimentos democráticos que incorporam os sujeitos a tal cargo (WALUCHOW, 2007, p. 257).³⁰ O autor também não ignora a característica inerentemente humana da busca por aceitação alheia. Por essa razão, reconhece a existência da possibilidade de os juízes caírem na tentação de decidir de acordo com as opiniões morais majoritárias mesmo quando distintas dos valores basilares que constituem a moralidade constitucional.

Ainda sobre as influências externas as quais os membros do Legislativo estão sujeitos, essas ganham tônica quando tais representantes eleitos se veem na função de votar a respeito de uma temática moralmente polêmica. Nesse sentido, os valores partidários e dos eleitores podem pressionar os representantes a se posicionarem de modo equivocado. Segundo Waluchow, o legislador possui sua atenção voltada apenas para parte da comunidade mas, no entanto, deveriam amparar os direitos da sociedade como um todo. Nesse sentido, Waluchow reforça seu argumento de que os juízes são mais aptos a desempenhar o controle de constitucionalidade sobre questões morais controversas que refletem nos indivíduos de modo geral (WALUCHOW, 2007, p. 258). Há a necessidade de uma análise aprofundada das situações imprevistas e para isso Hart³¹ sugere que certa discricionariedade seja delegada aos juízes e que se empregue, na elaboração de legislação, termos com textura aberta. Desse modo, é conferida certa margem para que os magistrados façam a devida análise individualizada que os casos difíceis requerem para que direitos sejam equilibrados no caso concreto (WALUCHOW, 2007, p. 259).

A *common law* possui capacidade de adaptabilidade e mudança incremental caso a caso, sendo, portanto, os precedentes judiciais provisórios e revisáveis à luz da jurisprudência em desenvolvimento e não a partir de posicionamentos legais

³⁰ Waluchow reconhece que essas e outras deficiências democráticas precisam ser corrigidas. O autor afirma que a solução pode estar na reforma dos procedimentos democráticos e não na revisão judicial de modo específico. Waluchow dá como exemplo o caso do ex-primeiro-ministro do Canadá, Paul Martin, que pediu mudanças nas práticas legislativas que proporcionaram aos membros do parlamento uma maior capacidade de contribuir na elaboração da legislação. No entanto, fatos como a exigência de que os membros do gabinete votassem a favor da legislação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo sob risco de expulsão levaram ao questionamento sobre o compromisso democrático de Martin. Waluchow ressalta que, todavia, houve reconhecimento público de um problema no Canadá. Desse modo, visa-se alguma forma de representação proporcional para compensar os perigos de um sistema que pode incapacitar pontos de vista minoritários. Nesse sentido, nota-se um movimento de mudança nas regras de financiamento de campanhas, acesso de partidos marginais ao tempo de transmissão público durante as campanhas eleitorais, e assim por diante. Tais mudanças, se introduzidas, podem ter o efeito de elevar o nível e a qualidade do debate legislativo e público, conforme a concepção defendida na obra de Waluchow. O exemplo mostra que membros do governo podem se ver compelidos a seguir posicionamentos com os quais não concordam em prol da manutenção de seus cargos.

³¹ HART, 2020, p. 161.

previamente estabelecidos de modo fixo. Para Waluchow, esses são os diferenciais da *common law* na prática constitucional (WALUCHOW, 2007, p. 261). Os sistemas modernos de governo optam por uma divisão de trabalho entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O primeiro define os padrões normativos a serem aplicados e o segundo decide os casos particulares desenvolvendo essas normas a partir da metodologia da *common law* (WALUCHOW, 2007, p. 262). Nesse sentido, Waluchow sustenta que seria irracional enviar ao Legislativo todos os casos em que a aplicação da norma não for clara, uma vez que tal dinâmica aumentaria exponencialmente sua carga de trabalho, mesmo se restrito aos casos constitucionais (WALUCHOW, 2007, p. 263). Desse modo, o autor reafirma sua argumentação elencando essa como uma das razões para não delegar aos legisladores o desenvolvimento interpretativo de direitos moralmente controversos, atribuindo tal tarefa aos juízes (WALUCHOW, 2007, p. 264).

Retoma-se o argumento defendido por Waluchow de que o equilíbrio reflexivo que deve ser empregado por juízes no controle de constitucionalidade se aproxima das tarefas inerentes a seu ofício. O autor sustenta que, em ambos os casos, os precedentes e as normas devem ser equilibrados pelos juízes. Portanto, analisar e balancear os resultados que podem advir de um modo de aplicação específico do direito é uma técnica mais desenvolvida por juízes do que por legisladores ou cidadãos. Nesse sentido, Waluchow aponta que os juízes são mais aptos para extrair a moralidade constitucional da comunidade e aplicá-la aos casos concretos (WALUCHOW, 2007, p. 265). O autor fundamenta que as práticas judiciais normalmente restringem juízes a considerar apenas os argumentos e evidências apresentadas pelos litigantes. No entanto, explica que em determinados casos constitucionais a decisão do tribunal responde a uma questão mais ampla do que a levada a juízo.³² Nesse momento, Waluchow cita como exemplo o casamento entre pessoas do mesmo sexo e afirma que, ao negar esse direito, a decisão restringe o direito à igualdade daqueles que visam o reconhecimento público de sua união (WALUCHOW, 2007, p. 266-267).³³

Waluchow defende que se a estrutura do tribunal se restringir a questões que envolvem os direitos constitucionais, esse desempenhará o controle de

³² Casos de direito constitucional como o americano de *Brown v. Board of Education* ou os casos canadenses de *Butler* e *Andrews* fornecem exemplos de quão abrangentes as questões na revisão judicial podem se tornar (WALUCHOW, 2007, p. 268).

³³ CANADÁ. SUPREME COURT OF CANADA. Supreme Court Judgments: reference Same-Sex Marriage. 2004. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>. Acesso em: 10 fev. 2022.

constitucionalidade de forma mais eficiente do que o Poder Legislativo. No entanto, o autor observa que os debates legislativos também podem englobar questões relativas aos direitos constitucionais, uma vez que são agentes públicos voltados a atender os anseios sociais. Em contrapartida, Waluchow não deixa de sedimentar o argumento de que ao debater questões moralmente controversas, os representantes eleitos acabam por seguir um posicionamento específico. O autor reforça que os legisladores optam por uma linha de raciocínio sem se comprometer com a análise das variadas consequências que um determinado posicionamento pode desencadear na sociedade. Por outro lado, os juízes são mais comprometidos em ponderar direitos e suas consequências de modo geral, distanciando-se de apelos externos aos quais os legisladores via de regra são suscetíveis (WALUCHOW, 2007, p. 268).

Waluchow sustenta que os tribunais possuem um papel na formação da moralidade constitucional da comunidade, uma vez que caso a caso elevam o nível do debate público conforme o evoluir das decisões. Complementando essa ideia, para o autor, seria adequada a adoção de uma carta constitucional escrita e aplicada ao modelo da *common law* nas democracias constitucionais. Sob essa perspectiva, para Waluchow, a moralidade constitucional da comunidade deve ser desenvolvida a partir de um trabalho conjunto entre juízes e legisladores. Portanto, o autor acredita na compatibilidade e na complementaridade das atuações do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. De modo que, no que tange aos direitos com carga moral previstos nas cartas constitucionais, o Legislativo seja encarregado por editar regras de natureza essencialmente aberta, com consequências por vezes imprevisíveis. Em contrapartida, a função do Judiciário em sede de controle de constitucionalidade será analisar e decidir tais casos a partir do desenvolvimento da moralidade constitucional da comunidade (WALUCHOW, 2007, p. 269). Desse modo, ambas as esferas contribuem para a concretização de um Estado de direito moralmente sensível. Segundo o autor, o controle de constitucionalidade promove um diálogo entre Judiciário e Legislativo como uma etapa do processo democrático. Portanto, a revisão judicial será um mecanismo capaz de influenciar na edição de normas que de modo mais específico atenderão aos anseios e à moralidade social em evolução em uma democracia próspera (WALUCHOW, 2007, p. 270).³⁴

³⁴ O autor dá o exemplo do Canadá, onde, há quase vinte anos, o parlamento tem evitado negociar o aborto legalizado. No lugar do debate vigoroso e aberto para que se chegue em uma decisão fundamentada como previsto por Waldron, tem havido uma relutância por parte do parlamento a agir, por medo de alienar grandes segmentos do eleitorado (WALUCHOW, 2007, p. 266).

Por fim, sobre a proposta de Waluchow para que as cartas constitucionais sejam concebidas como árvores vivas, dispõe-se que os direitos prescritos em linguagem aberta, que tratam de garantias fundamentais, devem ser decididos a partir da interpretação da moralidade constitucional da comunidade. No entanto, Waluchow explica que a carta constitucional como uma árvore viva também possui ramos que devem se ampliar. A referida evolução se dará por meio do desenvolvimento da jurisprudência, que estará comprometida com a evolução da concepção social em torno dos direitos morais para que sejam analisados em uma estrutura estável, embora flexível. Assim sendo, as escolhas possivelmente equivocadas do passado, ou que não mais condizem com a moralidade social, não terão autonomia para restringir a capacidade de autogoverno democrático da sociedade atual (WALUCHOW, 2007, p. 271).

2.2

A moralidade constitucional da comunidade e as constituições como árvores vivas

Até este ponto, o presente capítulo se voltou a tratar de elementos trazidos pelo livro *“A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”*. No entanto, acredita-se que a moralidade constitucional da comunidade como ponto distintivo e que pode ser considerado, inclusive, como o traço mais importante da proposta de Waluchow foi melhor explicada e detalhada pelo autor em trabalhos posteriores ao livro. Sendo assim, o presente tópico trata desse aperfeiçoamento do instituto, sem prejuízo ao entendimento global da proposta do autor. Acredita-se que o conteúdo ora trabalhado, embora traga maior detalhamento sobre a moralidade constitucional da comunidade, não faz com que as críticas contundentes à proposta apresentadas no volume 3 da Revista Problema percam sua pertinência.

Para compreensão da proposta de Waluchow, faz-se necessário saber que uma das questões centrais abordadas no estudo das teorias do direito é se os juízes elaboram novas leis em seu ofício. Nesse sentido, as correntes teóricas se dividem entre aquelas que acreditam que a atividade criativa dos juízes seria inevitável ou evitável e indesejável ou desejável dentro das democracias constitucionais modernas. Ronald Dworkin é um dos teóricos que se propõe a desenvolver teoria interpretativa da norma capaz de eliminar a necessidade de juízes criarem novas leis. Segundo Waluchow (2021), a tese da resposta certa de Dworkin tem como preceito que qualquer sistema jurídico maduro possua uma resposta certa e prévia

para qualquer questão jurídica que possa vir a ser levantada. Sendo assim, o dever do juiz, então, seria encontrar e aplicar essa resposta. Waluchow assume entender as razões que levam os teóricos à busca por saídas que isentam os juízes do papel criativo, por razões como a afetação de sua imparcialidade e interferência na separação de poderes. Dessa forma, o autor propõe uma metodologia que, ao mesmo tempo, concede margem de atuação judicial sem deixar de estabelecer parâmetros limitantes à sua discricionariedade.³⁵

Waluchow (2021) explica que, via de regra, nas democracias constitucionais modernas, a criação de leis é responsabilidade dos membros das legislaturas, que devem espelhar os valores e objetivos sociais. A imagem arquetípica dos juízes seria aplicar um silogismo jurídico básico, em que a lei fornece a premissa maior e os fatos que envolvem o caso fornecem a premissa menor. Sob esse ponto de vista, o autor explica que o juiz deve apenas encontrar a resposta legalmente certa para o caso, tendo pouco espaço para utilizar de criatividade em seus julgamentos. Essa imagem arquetípica, porém, é negada por correntes teóricas como os realistas jurídicos, que acreditam que a lei não é capaz de determinar totalmente as conclusões judiciais e que fatores externos como o senso individual de justiça, preferências partidárias ou pressão política influenciam e determinam os resultados judiciais (WALUCHOW, 2021).

Segundo os realistas, quem teria o poder de dar sentido às leis seria quem as interpreta e aplica, não quem as escreve. Entretanto, Waluchow defende que não é necessário que se adote uma visão realista jurídica para que se negue a imagem arquetípica do juiz que aplica o silogismo legal básico para encontrar a resposta estabelecida previamente e encarada como a correta para a questão. Conclui-se que, para o autor, uma democracia constitucional deve resguardar um equilíbrio de modo que nem o Legislativo e nem o Judiciário produzam, integralmente, a resposta estatal face à demanda levada a juízo. Portanto, deve haver um trabalho conjunto entre a aplicação das prescrições normativas elaboradas pelo legislador e a margem interpretativa capaz de particularizar os casos concretos por juízes.

³⁵ Waluchow, ao longo de sua construção argumentativa, evidencia que o que propõe é uma margem para que o Judiciário responda à sociedade de modo mais eficaz. De acordo com o autor, os elementos que podem ser extraídos da moralidade constitucional da comunidade como padrões morais, leis que tutelam minorias e decisões judiciais pretéritas que tratam de direitos controvertidos estabelecem parâmetros para que a atividade judicial não seja arbitrária, mas que, por outro lado, não perca sua eficácia social.

Waluchow entende que as lacunas normativas precisam ser preenchidas por juízes, empregando certa discricção judicial. O autor cita como exemplo filósofos³⁶ que, embora adotem diferentes prescrições teóricas, aceitam, assim como ele, que as leis se esgotam em alguns casos e que o juiz deve completá-las ou especificá-las (WALUCHOW, 2021). Segundo Waluchow, Dworkin acredita que conferir aos juízes esse papel criativo gera perda da legitimidade democrática, pois interfere na separação de poderes e promove um exercício arbitrário imparcial na tomada de decisões. Nesse compasso, Waluchow contra-argumenta questionando a necessidade de respostas corretas previamente existentes para todas as questões levadas a juízo. O autor ainda questiona se uma atividade judicial que fuja da imagem arquetípica e da ideia de Dworkin consequentemente acarretará em um cenário de ilegitimidade democrática constitucional.

Waluchow acredita que a legitimidade democrática não necessariamente será comprometida em razão da inexistência de respostas previamente estabelecidas e interpretadas como corretas de modo taxativo. Concorde-se com o autor que, em alguns casos, pode ser muito difícil de se encontrar essa resposta previamente estabelecida que se encaixe às particularidades do caso. Desse modo, Waluchow argumenta que não é necessária uma rejeição da discricção judicial, uma vez que essa não consiste em uma escolha desenfreada por parte dos juízes. Como Hart observou em *“The Concept of Law”*, certamente não equivale a uma “escolha cega e arbitrária”.³⁷ A discricção judicial demanda a observância de limitações como a fundamentação necessária e a exposição dos motivos que influenciaram na decisão e, segundo Waluchow, quando essas limitações são observadas, a legitimidade democrática não é comprometida pelo exercício judicial. Afirmar que os juízes têm, em seu ofício, certa discricionariedade, não significa concedê-los a licença para decidir da maneira que julgarem adequado.

O foco do argumento de Waluchow se encontra nos casos de revisão judicial em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade. Nessa esfera de atuação, via de regra, são as cortes constitucionais as encarregadas em analisar direitos que não possuem a especificação necessária para que haja a subsunção do

³⁶ Os autores citados são Tomás de Aquino, Austin, Kelsen e Hart. Divergindo deles, Dworkin defende ser indesejável e evitável o exercício discricionário judicial (WALUCHOW, 2021).

³⁷ Hart explica que os juízes não estão restritos às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução “mecânica” de regras com um sentido pré-determinado. O autor acrescenta que uma decisão judicial deve ser razoável, especialmente em questões de relevância constitucional que envolvem a escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um princípio moral. Sendo assim, seria tolice acreditar que, quando o significado do direito é objeto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar (HART, 2020, p. 264).

fato à norma, como é pressuposto em um silogismo legal básico. No que tange à aplicação dos direitos prescritos de modo indeterminado, gera-se a necessidade de sua ponderação face aos casos concretos. Waluchow discorda da corrente que defende que questões carregadas moralmente devem ser tratadas por representantes democraticamente eleitos que compõem o legislativo. O autor afirma que se de fato há uma resposta certa, a lei falha, em alguns casos, em determinar claramente o que é, portanto, não fornece uma premissa principal incontroversa para que o tribunal baseie sua decisão.

Waluchow argumenta que não deve prosperar a preocupação de que a revisão judicial substitua o governo do povo e dos representantes eleitos por juízes nomeados. Ademais, o autor ressalta que essa preocupação não é suficiente para que se defenda a abolição dos direitos de cunho moral em linguagem essencialmente indeterminada. Como o presente estudo evidencia, a proposta de Waluchow se volta para um modelo de revisão judicial que seja democraticamente plausível. O autor, então, defende que não é necessário que a atividade judicial se reduza à aplicação das normas aos fatos de modo estritamente vinculado. Além disso, defende que os direitos abstratos não sejam extintos do ordenamento dada a sua importância na tutela dos direitos fundamentais. Acredita-se que a natureza abstrata do seu modo de prescrição é o que os torna capazes de se adequar às particularidades de cada caso e de acompanhar o evoluir das concepções sociais em torno de tais direitos.

Em determinados casos, simplesmente não há uma resposta em que os indivíduos razoáveis e bem informados concordariam (WALUCHOW, 2021). Direitos constitucionais moralmente carregados geram entendimentos divergentes, contudo, Waluchow explica que não devem ser considerados superiores uns dos outros. Nos casos em que a lei não deixa claro qual o posicionamento a ser adotado, os juízes devem optar por uma linha de raciocínio. No entanto, essa atuação judicial por vezes pode ser interpretada como a influência da moral individual do juiz, o que ameaça a legitimidade da revisão judicial e do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Em contraposição, Waluchow propõe que os juízes se pautem na moralidade constitucional da comunidade para produzir a resposta estatal sobre direitos moralmente controversos sem que se deixem influenciar por padrões pessoais. Ademais, o posicionamento previamente estabelecido pelos tribunais e pela lei serve como restrição significativa aos juízes (WALUCHOW, 2021). Segundo Waluchow, excluindo os casos em que a lei prevê uma resposta clara, a

revisão constitucional quase sempre ocorre sob condições de incerteza e, de acordo com o autor, nesses casos, os juízes devem empregar o mesmo tipo de raciocínio ao decidir (WALUCHOW, 2021).

Waluchow cita David Strauss como um constitucionalista da *common law* que, assim como ele, interpreta o histórico legal como um delimitador para as decisões judiciais. Waluchow corrobora com o argumento de Strauss, que sustenta que, em alguns momentos, a lei oferece a resposta correta previamente, porém, quando não o faz, deve-se recorrer à revisão judicial, no entanto, a discricionariedade da atuação deve ser delimitada. Waluchow assume concordar com Strauss que a forma escrita e as palavras escolhidas pelos legisladores constituintes originários podem reduzir o alcance da discordância sobre uma norma constitucional com valor moral associado. Waluchow ainda ressalta que, na medida em que os casos moralmente controversos são decididos, correntes doutrinárias emergem conferindo maior robustez aos entendimentos em torno da questão (WALUCHOW, 2021).

Waluchow ressalta que a análise da condição epistêmica pode ser uma solução razoável em casos de revisão constitucional controversa. A condição epistêmica se relaciona com o conhecimento dos possíveis desdobramentos de uma situação em um contexto específico. Nesse sentido, a ausência de informações afeta a apreciação das consequências de um ato e as expressões emitidas a partir disso podem ser consideradas desejos inautênticos, conforme explica Waluchow (WALUCHOW, 2007, p. 86-89). Assim, os sujeitos podem requerer o reconhecimento de direitos em juízo nos casos em que a violação não for clara na literalidade da norma. Dessa forma, extrai-se que os juízes, a partir da percepção da condição epistêmica, devem ir além da aplicação literal das normas, sendo capazes de examinar as particularidades do contexto e sua ligação com direitos, embora o legislador não o tenha feito de modo expreso. Portanto, o Judiciário deve exercer a devida ponderação no controle de constitucionalidade (WALUCHOW, 2021). Conforme explica Hart:

Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária ou da dedução “mecânica”, a partir de normas de significado predeterminado. Com muita frequência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que essas não se destinam a perpetuar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos. A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande

importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. Mesmo nesse caso, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é nem arbitrária nem mecânica; e nisto frequentemente exibe certas virtudes judiciais características, cujo caráter especialmente apropriado a decisão judicial explica por que alguns relutam em chamar essa atividade judicial de “legislativa”. Essas virtudes são a imparcialidade e a neutralidade ao analisar alternativas; a consideração pelo interesse de todos os afetados; e a preocupação de oferecer algum princípio geral aceitável como base racionalmente ponderada para a decisão (HART, 2020, p. 264).

Com base na afirmativa de Hart, o temperamento judicial deve ser imparcial, cortês e voltado para o devido desenvolvimento do processo (WALUCHOW, 2021). Para que a tomada de decisão seja exercida de modo legítimo, Waluchow propõe que os casos constitucionais moralmente controversos devam ser decididos a partir da observação de oito requisitos. O autor elenca que os juízes não devem ser arbitrários, mas devem, na verdade, ter como base a razão indo além da preferência pessoal ou escolha aleatória, de modo imparcial e neutro no levantamento das alternativas, considerando igualmente os interesses das partes, pautados em princípios gerais de direito, através de raciocínio empírico e lógico a ser encontrado na moralidade constitucional da comunidade, respeitando o que Rawls chama de dever de civilidade³⁸ e, por fim, dedicados ao processo e não ao resultado (WALUCHOW, 2021).

As escolhas legislativas determinam padrões comuns a serem observados na vida em coletividade e as decisões judiciais buscam implementá-los. No entanto, os casos de revisão constitucional são aqueles em que algumas dessas escolhas legislativas são questionadas. Os juízes desempenham um papel público no qual suas decisões devem ser justificáveis, não com base em compromissos pessoais, mas em normas e compromissos da comunidade que servem. Em face ao pluralismo das comunidades modernas, as decisões devem se pautar em razões minimamente aceitáveis pelo contexto social a que se destinam, mesmo que não tratem de uma opção adotada, à primeira vista, por todos de uma comunidade.

Portanto, as decisões devem ser pautadas em razões que a coletividade pode reconhecer como uma base aceitável em casos constitucionais nas quais a condição de incerteza prevalece. Não se deve exigir que juízes obtenham resultados corretos,

³⁸ RAWLS, 1999, p. 312.

pois não há certeza de quais são mediante a multiplicidade dos padrões morais existentes em uma comunidade. No entanto, devem ser observados pelos juízes as condições de legitimidade e o dever de se aterem ao devido processo (WALUCHOW, 2021). Como resultado, excluem-se ideologias e doutrinas que não são amplamente consideradas como razoáveis. Segundo Rawls, a razão pública requer o equilíbrio entre os valores sociais e a percepção de como pessoas razoáveis a exercem através da preservação dos laços de amizade cívica de modo consistente com o dever de civilidade.³⁹

O autor Ronald Otter (2009), em seu livro “*Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*”, também menciona a existência de um desacordo moral razoável que se faz presente na aplicação de determinados direitos constitucionais com linguagem não taxativa, os quais geram os *hard cases*. O autor faz referência à razão pública de Rawls no sentido de que deve ser neutra e amparada em concepções razoáveis de ideologia política, as quais uma pessoa racional razoável não poderia rejeitar.

Typically, they are as neutral as possible with respect to the wide range of reasonable conceptions of the good and normative political ideologies that currently exist in this country. They should be uncontroversial, which means that an ideal reasonable person could not reasonably reject them. Reasons that are insufficiently public are those that conflict with the freedom and equality of all of the members of the political community. Usually, they are based on perfectionist standards of human flourishing, on contested theories of political morality, or on controversial empirical claims. It would not be surprising that people would resent being coerced in the name of such a standard or theory that they probably never would adopt, with good reason, as their own. This kind of deeper disagreement about the best human life and the best political arrangements will always exist in a society such as our own that allows its members to make up their own minds about the comparative merits of different but reasonable ways of life (OTTER, 2009, p. 11).⁴⁰

³⁹ RAWLS, 1999, p. 454.

⁴⁰ Tipicamente, são tão neutros quanto possível no que diz respeito à ampla gama de concepções razoáveis das ideologias políticas boas e normativas que existem atualmente neste país. Devem ser incontroversos, o que significa que uma pessoa racional ideal não poderia rejeitá-los razoavelmente. As razões que são insuficientemente públicas são aquelas que entram em conflito com a liberdade e a igualdade de todos os membros da comunidade política. Normalmente, eles são baseados em padrões perfeccionistas de desenvolvimento humano, em teorias contestadas de moralidade política ou em alegações empíricas controversas. Não seria surpreendente que as pessoas se ressentissem de serem coagidas em nome de tal padrão ou teoria que provavelmente nunca adotariam, com bons motivos, como se fossem seus. Esse tipo de desacordo profundo sobre uma vida boa e o melhor arranjo político sempre existirá em uma sociedade como a nossa, que permite que os membros emitam suas próprias opiniões sobre os méritos comparativos mais razoáveis sobre os diferentes modos de vida (OTTER, 2009, p. 11, TRADUÇÃO MINHA).

A função desempenhada por juízes ao interpretarem e aplicarem uma carta e os instrumentos normativos aos quais a ela se submetem hierarquicamente, via de regra, inclui a tarefa de ponderar cláusulas abstratas referentes a conceitos morais e aos princípios gerais do direito, como a liberdade de expressão, a igualdade, a vida e a justiça. O poder de revisão constitucional levanta questionamentos nas democracias quando exercido pelo Judiciário. É questionada a aceitação da imposição das visões pessoais dos juízes em suas decisões que sobrepõem as previsões legais elaboradas por representantes democraticamente eleitos. Porém, o contra-argumento seria o de que juízes não eleitos gozam de imunidade sobre as pressões sociais as quais todos os políticos eleitos estão sujeitos (WALUCHOW, 2018, p. 118-119).

Waluchow explica que, no que se refere à revisão judicial, existem algumas correntes interpretativas que se destacam. O autor elenca a existência de correntes que rejeitam a possibilidade de revisão judicial, opção feita por Jeremy Waldron. Uma segunda possibilidade seria analisar as políticas contemporâneas e adotar uma revisão atenta ao modelo da comunidade, extraindo a resposta estatal das práticas sociais. Uma terceira possibilidade seria concordar que a revisão judicial não é democrática, mas justificada por outros motivos, como a justiça. Uma quarta seria a adoção de uma revisão judicial forte, ou seja, que possui autonomia para ir além dos parâmetros estabelecidos na literalidade das normas de modo democraticamente consistente.

Waluchow defende a última opção, por entender que o papel principal de um juiz não é recorrer às suas próprias convicções com relação às questões que envolvem a moralidade na revisão constitucional, mas manter a comunidade com as suas próprias convicções morais através da moralidade constitucional da comunidade. Além disso, a proposta do autor não se resume apenas em extrair das práticas sociais a resposta para uma questão moral controversa que envolve as normas constitucionais. A metodologia do autor ganha maior complexidade, uma vez que a moralidade constitucional da comunidade é composta por diferentes fontes as quais englobam leis, decisões judiciais pretéritas e padrões morais amplamente aceitos em uma sociedade. Conforme o autor explica, abarcam normas e convicções com as quais a comunidade democrática se comprometeu e que possuem certo reconhecimento formal e constitucional. O instituto caracteriza o marco distintivo da proposta interpretativa de Waluchow para o controle de

constitucionalidade exercido pelas cortes judiciais (WALUCHOW, 2018, p. 120-121).

Com essa concepção, Waluchow se propõe a defender a revisão judicial frente ao que chama de desafio democrático. Em razão da moralidade constitucional da comunidade é que os juízes podem justificar sua revisão constitucional, sem comprometer a democracia. O juiz, ao decidir contra parte da legislação, não pode frustrar a vontade democrática e sim implementá-la. No entanto, no que tange a questões morais que envolvem direitos descritos de modo abstrato, por vezes, não há consenso acerca do modo de sua aplicação, o que ameaça a legitimidade democrática e desencadeia a afirmativa de que os juízes acabam por julgar de acordo com suas próprias concepções morais face a um contexto de dissenso social. Waluchow desafia essa afirmativa e defende que mesmo nos casos em que não há um consenso comunitário claro, seria possível interpretar uma norma constitucional sob a perspectiva da comunidade democrática (WALUCHOW, 2018, p. 121-122).

O autor argumenta que qualquer raciocínio moral no processo de revisão judicial pode ser realizado a partir do ponto de vista da comunidade democrática e esse processo pode ser realizado por um juiz, sem que use de suas próprias convicções morais. Portanto, o controle de constitucionalidade judicial seria consistente com a democracia, o que não garante que não haverá discordâncias sobre as decisões proferidas, uma vez que decidem matéria de parâmetro moral (WALUCHOW, 2018, p. 122). Waluchow usa a sigla “CCM” para identificar a moralidade constitucional da comunidade e incluí-la em sua fundamentação teórica:

Appealing to CCM in this way is not, of course, without its difficulties. As some critics have pointed out, we disagree strongly and widely about the demands of CCM, just as we do about virtually any moral matter. Indeed, that's why cases of constitutional review arise in the first place. If everyone agreed on what CCM requires in individual cases, then very few – if any – cases would ever arise to be adjudicated by courts. And even when they did arise, everyone would agree on how they should be decided. But of course not everyone agrees, and this once again raises the democratic challenge. If people – judges included – disagree about what CCM demands, some thinking that the legislation in question offends its basic commitments, and others believing that no such conflict exists, then one cannot point to consensus within the democratic community to defend constitutional review against the democratic challenge (WALUCHOW, 2018, p. 121-122).⁴¹

⁴¹ Ao apelar para a CCM desta forma claramente possui dificuldades. Como alguns críticos apontam, nós discordamos fortemente e amplamente sobre as demandas da CCM, assim como fazemos sobre praticamente qualquer questão moral. Na verdade, é por isso que os casos de revisão constitucional

O autor explica que a falta de consenso é inevitável dentro do ambiente democrático, uma vez que a complexidade social abrange diferentes perspectivas morais e individuais. Quando a falta de consenso atinge relações interpessoais as quais direitos estão em questão, geram-se demandas que possivelmente serão levadas a juízo. Consequentemente, como não há consenso prévio, haverá discordância sobre a decisão proferida. De todo modo, ressalta-se que uma resposta tida como moralmente correta não necessariamente exclui a existência de outra que assim também pode ser interpretada. Extrai-se que, diante de um mundo composto por diferentes culturas, religiões, línguas e classes sociais, é evidente que concepções do que deve ser considerado bom, justo e correto se deem de modo distinto. Diante das inúmeras situações as quais os sujeitos estão inseridos em seu cotidiano é plenamente aceitável a existência de opiniões divergentes. No entanto, não se pode sobrepor a variedade de concepções morais existentes em uma comunidade ao dever estatal de dizer o direito.

Os conflitos de concepções ocasionam os casos concretos levados a juízo. Waluchow ressalta que se verdadeira a afirmação de que a discordância entre opiniões morais seja irreconciliável, pode ser o suficiente para ruir com o raciocínio que propõe. No entanto, o autor argumenta ser possível que o juiz interprete a norma e consiga extrair a moralidade constitucional da comunidade, sem que se influencie pela moral de primeira ordem, ou seja, aquela que é estabelecida de acordo com os parâmetros individuais. Dessa forma, será construído um julgamento imparcial que, segundo o autor, um juiz constitucional deve ser capaz de discernir e expressar o que deve ser feito do ponto de vista da “CCM”. Para Waluchow, se isso é possível, então talvez essa seja a resposta para o desafio democrático, em que se faz possível uma união harmônica entre os valores democráticos e a revisão judicial.

Just as the Catholic friend can, in a detached manner, discern and express what should be done from the point of view of his Orthodox friend, and just as a judge in a criminal case can, in a detached manner, discern and express what should be done from the point of view of the criminal code, a judge in a constitutional

surgem em primeiro lugar. Se todos concordassem sobre o que a CCM requer em casos individuais, então muito poucos casos surgiriam para ser julgados pelos tribunais e mesmo quando surgissem, todos concordariam como eles deveriam ser decididos. Mas é claro que nem todos concordam e isso mais uma vez levanta o desafio democrático. Se as pessoas – juízes incluídos – discordam sobre as exigências da CCM, alguns acham que a legislação em questão ofende seus compromissos fundamentais e outros acreditam que tal conflito não existe, então não se pode apontar para o consenso dentro da comunidade democrática para defender a revisão constitucional contra o desafio democrático (WALUCHOW, 2018, p. 121-122, TRADUÇÃO MINHA).

case should be able to discern and express what should be done from the point of view of the democratic community and its CCM commitments. If this truly is possible, then we seem to have a potentially decisive answer to the democratic challenge. Judges who engage in the process of interpreting and applying constitutional rights are not – at least necessarily – relying on their own, personal first-order moral judgements. They are reasoning, not from their own moral point of view, but from that of the democratic community. And there is nothing inherently undemocratic about that (WALUCHOW, 2018, p. 125).⁴²

Conforme explicado acima por Waluchow, em determinadas situações, os sujeitos se encontram submersos a um contexto social e cultural, o que os faz incorporar padrões morais e comportamentais específicos. O autor ainda dá como exemplo distinto e que não possui cunho religioso, o fato de os britânicos terem o costume de fazer fila enquanto esperam o transporte público, por acreditarem que isso seria a coisa certa a se fazer. Nesse momento, o autor referencia Hart e destaca que se trata da observância de uma regra social aceita do ponto de vista interno da comunidade e um indivíduo externo não necessariamente precisa endossar determinado costume ou padrão social para que consiga extraí-lo do contexto. Para Waluchow, assim como em outras situações é possível extrair o ponto de vista interno, sem que com ele se comprometa. Portanto, é possível para o juiz extrair a moralidade constitucional da comunidade sem que, necessariamente, essa seja comprometida por seu ponto de vista individual (WALUCHOW, 2018, p. 123).

É necessário que se faça a distinção entre as demandas que envolvem normas de significado e aplicação bem definidos pelo texto legal e as que envolvem normas escritas de modo aberto. As últimas demandam mensuração e análise individualizada para a determinação de seu modo e grau de incidência. Nesse sentido, a proposta de Waluchow se volta para o desenvolvimento de um modelo de revisão judicial no qual tais direitos que, por vezes, possuem caráter principiológico, possam ser decididos a partir da moralidade constitucional extraída da comunidade. No entanto, observa-se que o autor trabalhou de modo mais

⁴² Assim como o amigo católico pode, de forma imparcial, discernir e expressar o que deve ser feito do ponto de vista de seu amigo ortodoxo, assim pode um juiz em um processo criminal, de forma imparcial, discernir e expressar o que deve ser feito do ponto de vista do código penal. Em um caso constitucional, um juiz deve ser capaz de discernir e expressar o que deve ser feito do ponto de vista da comunidade democrática e do seu compromisso de CCM. Se isso for realmente possível, então parece que temos uma resposta potencialmente decisiva para o desafio democrático. Juízes que participam do processo de interpretação e aplicação de direitos constitucionais não estão – pelo menos necessariamente – contando com os seus próprios julgamentos morais pessoais de primeira ordem. Eles estão raciocinando, não por conta própria, do ponto de vista moral, mas do ponto de vista da comunidade democrática e não há nada inerentemente antidemocrático nisso (WALUCHOW, 2018, p. 125, TRADUÇÃO MINHA).

detalhado nos textos analisados no presente tópico, os quais escreveu posteriormente à publicação de seu livro, o qual foi objeto de análise dos artigos publicados pelo volume 3 da Revista Problema. Observa-se que Waluchow mantém sua posição a favor da revisão judicial, de modo que acrescenta elementos que melhor detalham sua proposta a fim de aumentar sua potência argumentativa em torno da discussão sobre a atuação das cortes constitucionais.

Waluchow acredita que sua teoria possua algumas semelhanças técnicas com a teoria da resposta certa de Dworkin e que, assim sendo, poderiam ambas estarem sujeitas às mesmas objeções nos pontos em que coincidem. Assim como pode ser alegado que juízes são forçados a exercerem o raciocínio moral a partir de seus parâmetros individuais para discernir qual seria a moralidade constitucional da comunidade, o mesmo pode ser dito sobre os juízes no modelo de Dworkin, ao serem propostos como sujeitos capazes de oferecer à lei sua melhor interpretação construtiva. Nesse sentido, Waluchow argumenta que a interpretação construtiva seja realizada não do ponto de vista do intérprete e suas próprias crenças morais, mas do ponto de vista de uma comunidade e de seu histórico de decisões e compromissos da moralidade política (WALUCHOW, 2018, p. 127). Essa perspectiva, porém, contém uma variedade de interpretações concorrentes, o que levaria o juiz ao inevitável uso do seu raciocínio moral individual e, por essa razão, segundo Waluchow, a teoria de Dworkin necessita responder ao desafio democrático assim como a sua (WALUCHOW, 2018, p. 128).

Waluchow assume que a moralidade constitucional da comunidade pode ser incerta ou indeterminada e, nesses casos, opções são disponíveis dentro da própria “CCM”, limitando a interpretação judicial pelas possibilidades viáveis ao contexto social e pelos precedentes constitucionais. Os juízes possuem o compromisso de decidir com um ponto de vista independente do seu particular, o que pode ensejar decisões com as quais não concordem moralmente. Waluchow defende que mesmo quando necessária uma ponderação entre direitos com carga moral ainda é possível que se faça de modo independente da interferência da moral pessoal, pautado nas restrições impostas pela comunidade em compromissos morais anteriores. Logo, sob a perspectiva do autor, o juízo exercido seria consistente com a democracia e os cidadãos razoáveis poderiam aceitá-la como expressão de sua vontade democrática (WALUCHOW, 2018, p. 129).

Waluchow cita que no artigo “*Hart on Moral Rights and Legal Duties*”, Raz observa que os juízes não têm, via de regra, um ponto de vista imparcial em

relação aos sistemas jurídicos e leis. O autor afirma que, se Raz estiver correto, os julgamentos sofrem relevante influência da moral de primeira ordem dos juízes e o tipo de julgamento independente e necessário em contraposição ao desafio democrático não ocorre, pois os juízes não estariam comprometidos com a autoridade moral do ordenamento ao qual se submetem. Waluchow, entretanto, defende que por diferentes razões os juízes consideram moralmente legítimos os sistemas jurídicos que estão inseridos e acrescenta que, como Hart⁴³ observou, existem razões pelas quais as pessoas se tornam juízes e concordam em cumprir as regras básicas do ordenamento e apenas algumas delas têm a ver com moralidade (WALUCHOW, 2018, p. 130).

Judges who endorse the moral authority of the systems in which they serve such a vital role, often disagree morally with the individual laws and prior decisions they consider themselves bound, legally, morally and prudentially, to apply. They view their adjudicative role as bringing with it a first-order moral commitment to apply the law as it is, not as it ideally ought to be – and this is a law that they are required to discover in a way that is detached from their own, personal, first-order moral convictions (WALUCHOW, 2018, p. 130).⁴⁴

A proposta interpretativa de Wil Waluchow parte do pressuposto que o juiz endossa as práticas prescritas do ordenamento ao qual se submete e exerce sua função. Na revisão judicial são envolvidos padrões moralmente controvertidos e a decisão deve ser pautada no ponto de vista da comunidade democrática e no seu histórico de compromissos extraídos a partir da moralidade constitucional da comunidade. O autor sugere que a compreensão dessa obrigação funcional leva os juízes a não atuarem de modo que os deixe vulneráveis ao desafio democrático (WALUCHOW, 2018, p. 130). Caso um juiz discorde sobre a forma como uma questão deve ser decidida fazendo com que sobreponha a sua obrigação de obediência ao ordenamento, terá agido de modo errôneo sem cumprir seu dever moral de raciocinar e decidir a partir da perspectiva do sistema jurídico e seus compromissos constitucionais (WALUCHOW, 2018, p. 131).

⁴³ HART, 2020, p. 262-263.

⁴⁴ Juízes que endossam a autoridade moral dos sistemas em que servem, muitas vezes discordam moralmente com as leis individuais e decisões anteriores que se consideram obrigados, legal, moral e prudentemente, a aplicar. Eles veem seu papel judicial como trazendo consigo um compromisso moral de primeira ordem para aplicar a lei como é, não como idealmente deveria ser – e essa é uma regra que eles são obrigados a descobrir de uma forma que está separada de sua própria moral pessoal e convicções de primeira ordem (WALUCHOW, 2018, p. 130, TRADUÇÃO MINHA).

Desse modo, o presente capítulo concatenou os elementos contidos na obra de Wil Waluchow acerca de sua proposta para cartas constitucionais e sua consequente revisão judicial. Assim, foi exposta a alternativa metodológica do autor para o controle de constitucionalidade a ser realizado pelas cortes judiciais. A partir desse ponto, passa-se à exposição de outros autores, os quais escreveram os artigos concatenados na edição da Revista Problema dedicada exclusivamente à análise crítica da obra “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” de Waluchow.

3

Acomodações e desafios a serem enfrentados por Waluchow

No presente capítulo serão apresentados questionamentos, críticas e objeções à proposta interpretativa-constitucional de Wil Waluchow, bem como as respostas do autor para os argumentos trazidos. Assim sendo, tem-se como foco central a contribuição dos referidos artigos para a análise crítica pretendida no estudo. Para tanto, será utilizada como referencial a edição de volume 3 da Revista Problema da Universidade Autônoma do México, que foi exclusivamente dedicada à publicação de artigos que se empenharam em analisar as propostas defendidas por Wil Waluchow em seu livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” (BURGE-HENDRIX, 2009, p. 3).

Brian Burge-Hendrix (2009, p. 3) introduz a edição e trata resumidamente dos pontos mais relevantes levantados por cada autor, analisando, assim, os argumentos que promovem um debate crítico às ideias defendidas no livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. Ao final da citada edição, Waluchow, além de agradecer aos apontamentos feitos, oferece respostas aos questionamentos levantados, bem como reconhece a necessidade de continuação e melhor detalhamento de alguns aspectos de sua teoria, o qual se propõe a realizar em trabalhos futuros.

3.1

Imer Flores

Imer Flores, em seu artigo, teve como objetivo testar a proposta de Waluchow e acredita que a “*Living Tree*” não é uma teoria apenas aplicável ao modelo da *common law*, mas uma teoria geral de revisão judicial, aplicável às democracias constitucionais de modo amplo. Segundo o autor, é uma versão sofisticada do constitucionalismo, capaz de mesclar pontos fixos e flexíveis (FLORES, 2009, p. 39). Portanto, para Flores, a teoria da árvore viva, descrita por Waluchow, é capaz de crescer e expandir dentro dos limites inerentes a seu papel constitucional e se adaptar a novas circunstâncias e crenças evoluídas. Flores (2009, p. 41) então retoma que uma constituição como uma árvore viva não tem apenas raízes fixas e estáveis que representam as disposições escritas e entrincheiradas de

uma carta, mas também possui ramos flexíveis e adaptáveis capazes de serem continuamente corrigidos ou reinterpretados.

Flores utiliza Waluchow para explicar o caráter revolucionário de uma teoria que mescle a adaptabilidade característica da *common law* com a fixidez das cartas escritas. Sendo que, as últimas, por possuírem direitos prescritos de modo entrincheirado, trazem à tona a correlação feita por Waluchow entre os compromissos morais autênticos de uma comunidade e sua distinção com os desejos expressos de forma inautêntica, mesmo que por uma maioria (FLORES, 2009, p. 46). Imer Flores frisa que juízes e legisladores devem manter suas decisões alinhadas aos compromissos genuínos de uma comunidade, pautados em princípios objetivos e em equilíbrio reflexivo. Sendo assim, o autor ressalta que, em uma democracia constitucional, não devem prevalecer as preferências subjetivas que, por vezes, são guiadas por situações de dissonância avaliativa em que sentimentos como preconceito e medo preponderam (FLORES, 2009, p. 51).

Flores relembra o argumento da democracia feito pelos críticos citado por Waluchow. O referido argumento considera que o princípio democrático é comprometido quando juízes não eleitos interpretam direitos morais prescritos em uma carta e que podem ir contra a legislação democraticamente aprovada. O autor cita, também, o argumento do desacordo, que prescreve que os membros de uma comunidade não concordam sobre o que os direitos implicam. Desse modo, o argumento evidencia que de uma geração para outra, os desacordos morais sobre a interpretação de direitos ficam ainda maiores e, por essa razão, não são compatíveis com um compromisso previamente estabelecido de modo fixo sobre os direitos constitucionais (FLORES, 2009, p. 52). Ao retomar a alternativa traçada por Waluchow, Imer Flores (2009, p. 54) ressalta que a alternativa se limita ao modelo da *common law* ao enfrentar o argumento do desacordo, sugerindo que é possível revisar os direitos da carta no momento de sua aplicação pelo juiz, ao passo que no direito estatutário isso não seria possível.

Flores (2009, p. 55) fala da aproximação cada vez maior entre as metodologias da *common law* e da *civil law* que, embora possuam diferenças estruturais, nota-se a influência de uma sobre a outra nas democracias constitucionais contemporâneas. O autor entende, então, que o uso do termo *common law* no título do livro é equivocado, por entender ser possível uma metodologia compartilhada (FLORES, 2009, p. 58). Conforme Flores refere, na *common law*, as decisões possuem caráter cumulativo e, na teoria da árvore viva, é

possível aparar, ou seja, eliminar algumas regras. Ademais, o autor acredita que Waldron e Dworkin possuem razões para concordar com as ideias propostas por Waluchow. Em contrapartida, tanto eles quanto outros que venham a oferecer críticas à metodologia de Waluchow podem levantar o argumento de que o autor não incluiu os legisladores de uma forma efetiva na dinâmica que propõe. Flores ainda acrescenta que é possível questionar a motivação de Waluchow em insistir nos juízes e tribunais como únicos intérpretes capazes de tratar dos direitos das cartas (FLORES, 2009, p. 60).

Segundo Flores, a “*Living Tree*” é uma teoria geral de revisão judicial capaz de atender as democracias constitucionais contemporâneas e, portanto, não se limita ao papel dos juízes na *common law*, mas dispõe sobre o que devem desempenhar de modo geral. A atuação judicial deve ser compatível com as funções de outros agentes no trato dos direitos, como exemplificado por Flores: legisladores, advogados, cidadãos e funcionários públicos que, de algum modo, estão ligados ao processo legislativo (FLORES, 2009, p. 61). Flores (2009, p. 61) supõe que, inclusive, o objetivo de Waluchow realmente não foi propor um modelo que se atenha apenas a países de *common law*, mas capaz de ser compartilhado por todos os sistemas jurídicos e, por essa razão, é indispensável que Waluchow emende ou reforme sua metodologia.

Flores (2009, p. 63) sugere que juízes estão restritos não apenas por suas decisões anteriores, mas também por legisladores e outros agentes presentes no processo político. O autor ressalta que a metodologia proposta por Waluchow requer um equilíbrio entre fixidez e flexibilidade, mas também entre falibilidade e finalidade. Por isso, a importância dos outros agentes e de uma maior amplitude deliberativa e construtiva sobre a capacidade de crescimento dentro dos seus limites, não apenas o da aplicação das normas. O autor associa a atividade judicial como uma ação de tentativa e erro como a presente nas ciências físicas e contribui que a correção judicial de erros e omissões legislativas não se trata de uma usurpação funcional (FLORES, 2009, p. 64-65).

Brian Burge-Hendrix observa que Flores evoca um tema recorrente nos artigos dessa edição da Revista Problema, de que Judiciário e Legislativo em democracias com cartas de direitos podem estar envolvidos em um diálogo. Flores (2009, p. 67) reconhece a incapacidade de se prever respostas certas prévias para casos que envolvem direitos com carga moral e altamente controvertidos e que se faz necessário projetar as instituições de maneira sensível a essa característica.

Sendo assim, segundo Flores, a revisão judicial irá verificar a falibilidade inerente à condição humana dos legisladores, porém, os juízes também são passíveis a erros e, por essa razão, não devem ter o direito à palavra final. Conforme Imer Flores prescreve, é necessário manter o processo aberto e revisável tanto por juízes, quanto por legisladores e outros agentes de modo equilibrado em busca da moralidade constitucional (FLORES, 2009, p. 69). Flores concorda que juízes estão aptos e legitimados a identificar os desejos morais autênticos de uma comunidade, pois estão relativamente isolados de pressões as quais os legisladores estão sujeitos. Segundo o autor, os juízes, então, diante de características como a estabilidade de seus cargos, estão mais propensos a resistir a influências externas. Por fim, Flores conclui que se Waluchow fizer as alterações necessárias em sua proposta, estará no caminho certo para inovar com uma teoria geral de revisão judicial voltada às democracias constitucionais (FLORES, 2009, p. 74).

3.2

Noel Struchiner e Fábio Shecaira

Os defensores das teorias interpretativas que argumentam a favor da revisão judicial das cartas de direitos nem sempre compartilham dos mesmos fundamentos e meios práticos para tal exercício dentro de uma democracia constitucional. Wil Waluchow, em sua proposta, tenta fornecer uma concepção capaz de responder ao que ele chama de desafio democrático, de modo a implementar a revisão judicial sobre as cartas constitucionais. Waluchow revisita a função das cartas nas democracias modernas e rejeita a ideia de se resumirem a um compromisso com interpretações fixas previamente determinadas. Noel Struchiner e Fábio Shecaira oferecem crítica à proposta de moralidade constitucional da comunidade desenvolvida por Waluchow, em razão de o conceito pressupor uma uniformidade de concepções morais a qual os autores entendem ser difícil de encontrar dentro das sociedades modernas e plurais (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 133).

Os autores assumem ter simpatia pelas ideias propostas por Waluchow, no que tange à estabilidade e capacidade de adaptação das cartas. No entanto, acreditam que alguns pontos da teoria desenvolvida por Wil Waluchow podem conter certa vulnerabilidade prática. Sendo assim, a moralidade constitucional da comunidade, prescrita pelo autor como um dos fatores que fixa as raízes da árvore viva, deve fornecer prescrições precisas o suficiente para estabelecer limites à atividade judicial. Caso contrário, a estabilidade proposta pela teoria de Waluchow

não estará sedimentada em um argumento plausível (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 135-136). Os autores afirmam que, caso a verdadeira moralidade das comunidades não for capaz de fornecer orientação suficiente para os juízes, poderá resultar em um aumento desenfreado da discricção judicial.

Struchiner e Shecaira entendem que, assim como eles, outros autores já questionaram a moralidade constitucional da comunidade, arguindo sua capacidade para atingir êxito em conter a tomada de decisão judicial. Tal argumento se pauta em razão de Waluchow prescrever que a moral da comunidade surge através de um processo de revisão racional, em que o juiz deve extrair quais são as crenças da comunidade e implementá-las de modo coerente entre si (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 137). Os autores acreditam que o processo proposto por Waluchow para extrair essa moralidade constitucional é vago e não adentra em critérios de análise de fundamentos relevantes no desenvolvimento da concepção da comunidade, como fatores psicológicos, sociológicos e metafísicos (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 137).

Um segundo argumento apresentado pelos autores é o de que a moralidade constitucional da comunidade é encarada por Waluchow como um instrumento firmemente sedimentado, porém, que pode ser naturalmente superado ou reformado conforme o evoluir da moralidade social através do processo de revisão judicial. Sendo assim, conforme argumentam Struchiner e Shecaira, falta uma explicação mais detalhada de como seria essa transposição de ideias entre a evolução da concepção moral da sociedade e sua consequente aplicação nas decisões judiciais (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 138).

Além disso, os autores acreditam que Waluchow superestima o nível de acordo dentro das comunidades acerca dos direitos com carga moral prescritos nas cartas constitucionais, tendo em vista que defende a existência de uma unidade a ser extraída e tratada como um compromisso moral. Segundo Struchiner e Shecaira (2009, p. 138), Waluchow não elucida como se dá um consenso palpável o suficiente para fornecer a base para a construção da moralidade da comunidade. No entanto, embora os autores reconheçam não ser uma tarefa fácil dentro das sociedades plurais modernas, acreditam que as premissas propostas por Waluchow necessitam ser tratadas de forma mais aprofundada. Os autores acrescentam que uma proposta como a feita por Waluchow para aplicação de cartas constitucionais e sua revisão judicial demanda exemplos concretos e que o autor somente se

debruçou de forma mais detalhada sobre um deles: o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Noel Struchiner e Fábio Shecaira destacam que Waluchow, ao tratar do casamento entre pessoas de mesmo sexo, escreve que os princípios e os julgamentos dos canadenses razoáveis eram a favor do reconhecimento formal da união e condenavam o preconceito. No entanto, questionam o que Waluchow quis dizer com a palavra “razoável”. Segundo os autores, se Waluchow parte de uma concepção racional específica, pode estar prejudicando a subjetividade inerente às concepções morais da comunidade. Nesse sentido, explicam a diferença entre coerência e razoabilidade, em que a primeira não se trata de um conceito moralmente carregado e, por sua vez, a segunda estabelece um padrão prévio do que deveria ser aceito como razoável ou não. Portanto, a última retira o caráter subjetivo da moralidade social, o qual a busca por uma coerência interna não iria excluir. Sendo assim, o debate sobre quem seria o leitor e o intérprete “razoável” demanda um estudo detalhado, de acordo com os autores (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 139).

Struchiner e Shecaira argumentam que mesmo se Waluchow trabalhar com um conceito modesto de razoabilidade, que apenas exclua visões morais amplamente implausíveis, pode, ainda assim, gerar uma visão generalizada que exclua as variáveis relevantes à pluralidade social moderna. Os autores sustentam que assuntos moralmente controvertidos não podem se resumir entre opiniões concebidas como certas ou erradas. No caso do aborto, os autores questionam o que levou Waluchow a entender que o assunto não seria passível de um consenso social, enquanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 140). Portanto, nos assuntos em que a moralidade constitucional da comunidade não fornece respostas sobre o modo de interpretação dos direitos prescritos nas cartas, os juízes acabam por recorrer a outros métodos. Sendo assim, ao elegerem quais convicções seriam consideradas razoáveis fariam uma escolha que não vem, de fato, da comunidade (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 142).

Assim como os autores questionam a viabilidade da moralidade constitucional da comunidade, questionam também se os precedentes cumprem a função de constituir uma base uniforme dessa moral. Nesse sentido, nas áreas em que tanto a norma, quanto a moralidade são indeterminadas, torna-se um desafio estabelecer os precedentes judiciais como base sólida que espelhe a moral da

comunidade e, por conseguinte, delimite a atividade judicial. Por fim, os autores argumentam que a proposta de Waluchow, que visa implementar um raciocínio linear e equilibrado através do uso das crenças morais da comunidade, é falha. Segundo Noel Struchiner e Fábio Shecaira, a teoria acaba por ignorar fatores que influenciam na implementação de seu método e gera vagueza em alguns momentos de sua explicação. Concluem, então, que a teoria do autor necessita de aperfeiçoamento, uma vez que, segundo eles, a concepção de “árvore viva” de Waluchow tem suas raízes fixadas na areia movediça (STRUCHINER; SHECAIRA, 2009, p. 145).

3.3

Natalie Stoljar

Waluchow afirma que meras preferências morais devem ser distintas dos verdadeiros compromissos autênticos de uma comunidade e que juízes são sujeitos capazes de identificar quais são os compromissos morais de uma comunidade e aplicá-los aos casos concretos. Stoljar (2009, p. 102) defende que essa distinção pressupõe uma metodologia descritiva de interpretação constitucional, mas sugere, entretanto, que a metodologia da árvore viva é construtiva e envolve um caráter avaliativo justificatório dos juízes. A autora aponta que a distinção entre meras opiniões e a moralidade constitucional da comunidade mina a explicação procedimental de autogoverno democrático de Waluchow.

Natalie Stoljar (2009, p. 103) entende que não há conflito em que juízes cumpram compromissos contra as meras opiniões e desejos inautênticos proferidos em dissonância avaliativa e que, caso tal tarefa fosse delegada aos legisladores, também haveria objeções. Stoljar explica que Waluchow faz uma abordagem nova, defendendo cartas escritas e a revisão judicial. Conforme Waluchow, os procedimentos majoritários não são democráticos quando se baseiam em opiniões morais inautênticas. Segundo Stoljar, a distinção feita pelo autor constrói o argumento de que muitos dos desacordos morais estão entre opiniões inautênticas e compromissos morais autênticos. Logo, decidir de forma contrária a opiniões não é ilegítimo e antidemocrático e essa distinção permite a Waluchow adotar uma metodologia descritiva da interpretação constitucional (STOLJAR, 2009, p. 104).

Para Waluchow, casos de inautenticidade são aqueles em que as capacidades de raciocínio das pessoas são distorcidos por falhas epistêmicas. Stoljar (2009, p. 105) afirma, entretanto, que algumas das falhas que Waluchow descreve como

inautênticas são, na verdade, falhas morais substantivas dos agentes. Segundo a autora, ele implicitamente constrói uma concepção substantiva de autonomia que, embora defensável, não será aceita pelos críticos. A dissonância avaliativa permite a Waluchow dizer que procedimentos majoritários não são democráticos quando se baseiam em desejos inautênticos e que a autenticidade é condição necessária para a democracia, bem como, por vezes, os desejos expressos falham nessa condição. Waluchow assinala que há uma distinção entre opiniões inautênticas, a verdadeira moralidade e a moral constitucional de uma comunidade, que é o conjunto de normas morais e julgamentos atribuíveis a uma comunidade representando seus compromissos vinculados às leis e às práticas constitucionais (STOLJAR, 2009, p. 110).

Stoljar (2009, p. 111) retoma que Waluchow emprega dois dispositivos extraídos de Rawls para distinguir as opiniões morais dos verdadeiros compromissos que constituem a moralidade constitucional. Sendo assim, Waluchow considera que mesmo havendo um desacordo significativo, há um grau de consenso sobreposto sobre os verdadeiros compromissos morais. Desse modo, apenas opiniões que estão em equilíbrio reflexivo são consistentes com os princípios defendidos pela comunidade e serão consideradas os verdadeiros compromissos morais. Waluchow reconhece que em questões altamente contestáveis, como nas relativas ao aborto, pode não haver um consenso sobreposto, mas que há poucos motivos para pensar que sempre será assim. Para Waluchow, então, os casos de desacordo genuíno estão em minoria substantiva.

Natalie Stoljar (2009, p. 113) argumenta que a metodologia de Waluchow é descritiva, ao passo que a melhor explicação do modelo da *common law* é construtiva. A autora afirma que existem três metodologias interpretativas constitucionais compatíveis com o modelo de *common law*: subjetiva, descritiva e construtiva. De modo resumido, a metodologia subjetiva diz que diante de conflitos se deve recorrer à posição moral subjetiva do intérprete. Por sua vez, a descritiva afirma que os intérpretes devem tentar descrever os valores da comunidade. Por fim, em modelos construtivos, os intérpretes adotam uma metodologia normativa justificatória, na qual a resposta para as questões morais deve ser pautada no que a comunidade iria ou deveria acreditar, empregando condições idealizadas que, de alguma forma, melhorem os resultados (STOLJAR, 2009, p. 114-116). Stoljar sugere que a metodologia de Waluchow seja descritiva, pois ele argumenta que existe um consenso sobreposto dentro das comunidades democráticas e afirma ser

legítimo ignorar desejos expressos e inautênticos para honrar os desejos genuínos. Portanto, conclui que essas características empíricas descritivas dos agentes e a concepção positivista inclusiva de Waluchow a fazem interpretar sua teoria do direito como descritiva (STOLJAR, 2009, p. 115-117).

Stoljar considera a análise de Denise Reaume adotada por Waluchow, para argumentar que as cartas não devem possuir previamente uma rede de regras precisas, mas devem deixar que as implicações dos princípios abstratos evoluam, de forma incremental, caso a caso. Como enfatiza Waluchow, a imprecisão linguística é benéfica, pois são prováveis as situações em que o “pré-compromisso cego” sobre um resultado legal determinado teria sido moralmente problemático. Assim, segundo Stoljar, existem razões normativas e conceituais para a conclusão de que a metodologia da *common law* de interpretação constitucional que é adotada por Waluchow seja melhor descrita como uma metodologia construtiva. No entanto, de acordo com a autora, há uma tensão no argumento de Waluchow, pois sua noção de moralidade constitucional e os exemplos associados pressupõem o modelo descritivo, ao passo que o modelo de raciocínio da *common law* que ele endossa pressupõe o modelo construtivo (STOLJAR, 2009, p. 118-119).

Stoljar explica que, segundo Waluchow, os compromissos morais satisfazem um teste de “exame crítico” e não podem ser o resultado de preconceito, medo, evidências inadequadas ou turbulência emocional. Portanto, a autora explica que, para que esse teste confira a autenticidade de determinados posicionamentos morais, de modo que satisfaça critérios epistêmicos ou não morais, em uma primeira possibilidade, deve ser baseado em um raciocínio em que o preconceito e ódio, por exemplo, não poderiam contar como inautênticos. Para que o referido cenário seja enquadrado em uma categoria de teorias da autonomia que Stoljar chama de procedimental, faz-se necessário e suficiente que as opiniões dos agentes sejam distintas como autênticas ou inautênticas a partir de critérios não morais ou por condições procedimentais. Segundo Stoljar, uma segunda possibilidade seria satisfazer condições morais, o que iria minar a concepção puramente procedimental de Waluchow de autogoverno democrático (STOLJAR, 2009, p. 122-123).

A autora cita que os ideais de supremacia branca que vigoram em políticas de muitos países são compatíveis com a moralidade constitucional dessas comunidades. Isso porque, de fato, possuem esses valores incutidos em suas concepções, embora considerados inadequados por teorias morais que visam atender valores como justiça e igualdade entre indivíduos como ponto de partida.

No entanto, de acordo com a metodologia proposta por Waluchow, por serem pautadas pelo preconceito, conseqüentemente são consideradas opiniões inautênticas, que não são uma expressão livre do indivíduo. Desse modo, não são pautadas nos verdadeiros compromissos enquanto comunidade, o que, segundo Stoljar, cria um problema para a atribuição de responsabilidade aos agentes que possuem crenças preconceituosas (STOLJAR, 2009, p. 125).

Por outro lado, a afirmação de que a moralidade da sociedade, quando baseada no preconceito e no ódio não satisfaz ao exame crítico e não exibe uma moralidade constitucional autêntica, contradiz a própria afirmação de Waluchow sobre sociedades como a Alemanha nazista e a África do Sul no Apartheid, que teriam uma moralidade constitucional, embora moralmente repugnante (STOLJAR, 2009, p. 126). Stoljar explica que se sentimentos como o preconceito satisfazem um teste não moral e passam a constituir os compromissos morais, o problema do descontentamento em relação aos direitos reaparece, uma vez que não observam fatores relevantes como a justiça e a igualdade. Logo, se a falta de preconceito for mantida como condição do exame crítico, o teste de autenticidade adotado por Waluchow é realmente moral. A autora explica que o preconceito é uma espécie de cegueira, mas não é simplesmente uma cegueira epistêmica, que seria curada em melhores condições, mas uma cegueira moral para o valor dos outros. A alegação de que as opiniões baseadas no preconceito são inautênticas implicitamente introduzem um critério moral. Ademais, embora tal posição seja defensável, ela compromete a noção de democracia de Waluchow (STOLJAR, 2009, p. 127).

Natalie Stoljar (2009, p. 127) ressalta que a posição de Waluchow se aproxima à de Dworkin, pelo argumento de que para o consenso democrático ser legítimo, devem ser satisfeitas certas condições epistêmicas, por exemplo, a de que crenças preconceituosas são desqualificadas. Há, então, uma reivindicação moral embutida no teste de Dworkin de um consenso democrático legítimo e, da mesma forma, no exame crítico, proposto por Waluchow. Quando inclui uma condição como a ausência de preconceito, o método não é puramente epistêmico, mas também moral, conforme explica a autora. O teste de autenticidade deve ser interpretado como um teste moral ao classificar preferências que negam direitos às minorias como se fossem inautênticas. Stoljar conclui que a distinção entre opiniões morais inautênticas e compromissos morais autênticos seria uma distinção moral e ressalta que continua sendo válida a alegação de Waluchow de que processos majoritários que empregam preferências inautênticas são ilegítimos. No entanto, a

autenticidade, como um conceito moral, pressupõe uma concepção substantiva de democracia não puramente procedimental, pois os procedimentos majoritários serão julgados como inautênticos e, conseqüentemente, não democráticos, se violarem alguma condição moral (STOLJAR, 2009, p. 128).

Stoljar reforça que no modelo da árvore viva a compreensão dos princípios abstratos evolui com o tempo e sua aplicação aos casos torna-se um processo construtivo, avaliativo e justificativo. Nesse sentido, quando um tribunal discorda da maioria ou de uma lei, implicitamente impõe restrições morais a eles. A autora, então, questiona se a vontade das maiorias está sujeita a restrições morais advindas da revisão judicial nas democracias constitucionais. Assim sendo, Stoljar entende ser possível que a revisão judicial seja adotada por processos majoritários, dessa forma, sua legitimidade democrática surgiria da delegação do poder ao Judiciário pela maioria. A autora conclui, então, que é necessário um maior empenho para estabelecer que a revisão judicial é o procedimento decisório que deve ser adotado, embora não se trate de tarefa impossível (STOLJAR, 2009, p. 130).

3.4

Kenneth Einar Himma

Kenneth Einar Himma (2009, p. 80) aponta que existem situações que devem limitar o autogoverno, sendo esses limites morais capazes de delimitar a esfera de atuação e poder de um grupo de indivíduos perante outros. O autogoverno popular pode ser limitado quando invade a esfera de direitos como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Na medida em que os indivíduos munidos da prerrogativa de seu poder democrático acabam por violar direitos alheios, tornam-se ilegítimos. Himma concorda com Waluchow que o Poder Legislativo cria estatutos em termos abertos, sabendo que darão origem a processos judiciais que não podem ser resolvidos sem o preenchimento de lacunas pelo tribunal e, assim, geram uma instância legislativa dupla. Dessa forma, o Poder Legislativo não pode esperar que casos imprevistos surjam para então desenvolver os possíveis desdobramentos interpretativos da lei. Assim sendo, os juízes estão em melhor posição para lidar com casos inesperados, desenvolvendo a lei de forma individualizada diante os casos concretos. No entanto, o argumento de que o entrincheiramento de regras e sua revisão judicial elevam o debate interpretativo não é suficiente, segundo Himma, para que se adote uma revisão judicial como a dos Estados Unidos. Democracias constitucionais, portanto, que não adotem um modelo de revisão

judicial com a mesma amplitude também podem avançar em seus debates morais (HIMMA, 2009, p. 84).

Himma estabelece paralelos entre Waldron e Waluchow ao longo de seu artigo e utiliza-se das diferenças entre os autores para expor seu ponto de vista. Himma inicia, então, apontando que Waldron questiona porque os juízes devem decidir determinadas questões e não os legisladores eleitos, afirmando que os métodos majoritários seriam mais democráticos. Em contrapartida, Himma cita que Waluchow acredita que assim como na delegação de poder decisório a determinados agentes e tribunais administrativos, a tomada de decisões por representantes não eleitos também não deve ser um problema na revisão judicial (HIMMA, 2009, p. 81-82). Segundo o autor, a revisão judicial, conforme defendida por Waluchow, não está sujeita à mesma restrição legal que recai sobre as agências e tribunais administrativos. Por esse motivo, faz mais sentido pensar que a autoridade conferida em uma delegação seja mais consistente com a democracia do que com a revisão judicial (HIMMA, 2009, p. 83).

Waldron afirma que a revisão judicial está às margens do autogoverno popular e que a única justificativa para limitar tal prerrogativa seria a proteção de direitos mais importantes. Desse modo, os juízes não são mais aptos do que legisladores ou a maioria da população para determinar a forma como os direitos morais devem ser ponderados. Waldron não rejeita a *common law*, mas acredita que sua legitimidade deve demonstrar que permitir juízes a realizarem o controle de constitucionalidade seja consistente com o autogoverno democrático. De acordo com Himma, os argumentos de Waldron não são implausíveis, uma vez que é preciso justificar a autoridade dos juízes na revisão judicial e sua compatibilidade com a democracia. Ademais, segundo Himma, Waluchow não se compromete totalmente com a questão da violação do autogoverno popular pela revisão judicial. No entanto, afirma que Waluchow confere maior importância ao argumento de que a adoção da revisão judicial resultará numa maior proteção da moralidade (HIMMA, 2009, p. 85-86).

Waldron argumenta que a revisão judicial permite aos juízes o poder de rever a lei, mas, em contrapartida, para mudar uma decisão de uma corte constitucional requer-se um processo de alteração complexo. Himma afirma não saber o que Waldron diria sobre as formas mais modestas de revisão judicial, como as divulgadas por Waluchow. Contudo, acredita que, por uma questão lógica, Waldron as aceitaria, pois seu argumento é direcionado especificamente a contextos

de supremacia judicial (HIMMA, 2009, p. 87-88). Em sua fundamentação, Waluchow sugere que Waldron recai em um círculo vicioso, uma vez que rejeita dados empíricos e lógicos ao se pautar em uma discordância predominante sobre os direitos. Desse modo, sob a perspectiva de Waldron o desacordo persiste e nada exclui que ele recaia sobre a legitimidade dos próprios processos legislativos. Nessa medida, segundo Himma, é necessário algum nível de concordância sobre o próprio direito de participação. Assim sendo, o argumento do desacordo justifica que os juízes não são mais capacitados para decidir sobre os direitos morais mas, em contrapartida, não aborda o direito de participação como mecanismo democrático a ser implementado (HIMMA, 2009, p. 89-91).

Himma assume ser favorável a um modelo semelhante ao defendido por Waluchow e acredita que há uma desconexão entre os argumentos defendidos pelo autor e Waldron, o que não quer dizer que esse esteja preso em um círculo vicioso (HIMMA, 2009, p. 92-93). Segundo Himma, à medida que critica os argumentos de Waldron, Waluchow se distancia de um raciocínio que pode o auxiliar na justificação de uma forma mais modesta da revisão judicial. O autor sustenta que, de acordo com Waldron, os juízes, como qualquer pessoa, tendem a confiar em sua moralidade subjetiva. Desse modo, o poder legislativo, por possuir um maior número de membros, abordaria os direitos morais de forma mais efetiva e adequada pelos procedimentos majoritários. Em contrapartida, Himma ressalta a observação de Waluchow de que os legisladores são suscetíveis a pressões externas as quais, via de regra, não exercem efeito sobre os juízes (HIMMA, 2009, p. 94).

Himma dá ênfase, então, aos modelos em que juízes são eleitos com mandatos temporários passíveis de reeleição. O autor sustenta que a implementação de tal dinâmica democrática acarretaria em um déficit no debate democrático em razão das pressões partidárias e pelo objetivo de reeleição. Sob esse ponto de vista, os juízes seriam suscetíveis às mesmas pressões as quais, via de regra, recaem sobre os membros do legislativo. No entanto, sobre o processo de indicação para uma corte constitucional, Himma sustenta que o mesmo também é político e deixa os indicados em dívida com aqueles que os nomearam. Porém, superando tal crença, o autor assume que a história de nomeações para cortes constitucionais pode conter surpresas, tendo em vista que os juízes nomeados, por vezes, em assuntos políticos, acabaram decidindo de modo desfavorável ao que é defendido pelo representante que os nomeou. Desse modo, Himma argumenta que embora os juízes se sintam honrados por sua nomeação, seu caráter vitalício os proporciona autonomia para

não comprometer seus julgamentos em detrimento da satisfação de terceiros. Segundo Himma (2009, p. 95-96), em qualquer caso, a corrupção é significativamente menor quando os juízes são nomeados.

O autor explica que os legisladores são livres para votar nos interesses de seu eleitorado ou seguindo a posição do partido ao qual estão inseridos, sem a obrigação de justificação pública de seu voto. Sendo assim, os legisladores não precisam fundamentar suas decisões através de uma moral imparcial a qual os juízes devem submeter sua análise em questões moralmente controvertidas. Segundo Himma, tal obrigação judicial é o que garante que os juízes analisem os processos de forma mais rigorosa. Portanto, o autor afirma que a discussão judicial é substancialmente mais elevada em relação ao debate legislativo, uma vez que os tribunais, via de regra, estão em melhor posição para buscar um método confiável para abordar questões morais (HIMMA, 2009, p. 96). Por fim, segundo Himma, Waluchow está aparentemente em vantagem ao propor um modelo de revisão judicial modesto. No entanto, o autor acredita que Waluchow descartou uma fonte potencial para a sua proposta ao ser contrário à fundamentação de Waldron contra a supremacia judicial (HIMMA, 2009, p. 99).

3.5 Tom Campbell

Em seu artigo *“Slaying the Hydra: Living Tree Constitutionalism and the case for judicial review of legislation”*, Tom Campbell escreve que Waluchow evita as críticas à revisão judicial e ignora a importância da opinião majoritária em uma democracia eleitoral. O autor aponta as vulnerabilidades da teoria de Waluchow sem desmerecer sua importância para a atualidade, entendendo que o modelo proposto está em sintonia com a forma que as cartas vêm sendo usadas nas democracias constitucionais. Conforme Campbell, Waldron demonstrou a implausibilidade da afirmação de que o conteúdo das cartas pode ser passível de acordo entre a maioria das pessoas, principalmente no que se refere aos direitos morais. Por essa razão, segundo o autor, a construção de Waldron é mortal para a proposta de Waluchow (CAMPBELL, 2009, p. 20-21).

Campbell concorda com os críticos quando afirmam não ser possível garantir que os indivíduos saibam quais são os seus direitos, uma vez que discordam sobre como as disposições nas cartas devem ser interpretadas. Desse modo, uma carta não seria capaz de tutelar os direitos fundamentais, como é concebido pelos

defensores das cartas constitucionais e da revisão judicial. Sendo assim, de acordo com Campbell, embora via de regra sejam hierarquicamente superiores em uma escala legislativa, as cartas devem ser interpretadas através das metodologias aplicadas às demais leis. O autor afirma que a aceitação da condição de incerteza em relação aos direitos morais abstratos prevista na teoria da árvore viva resulta em uma revisão judicial sem restrições formais e com ampla margem de discricão, o que cria um “monstro sorrateiro e orgulhoso” (CAMPBELL, 2009, p. 21-23). Portanto, segundo Campbell, a proposta de Waluchow é incapaz de responder às objeções de Waldron sobre a ilegitimidade da revisão judicial. Waluchow defende um considerável acordo sobre os valores fundamentais de uma comunidade que reflete em sua moralidade constitucional. No entanto, Campbell ressalta que Waluchow subestima determinados posicionamentos morais ao enquadrá-los como meras discordâncias superficiais, consequências de desinformação e opiniões inautênticas (CAMPBELL, 2009, p. 24).

Campbell (2009, p. 28) afirma que os tribunais contribuem com sua análise particularizada dos casos concretos. No entanto, o autor acredita que as cortes constitucionais não possuem a capacidade de dar a mesma consideração a todos os interesses afetados pela lei e analisar a sociedade de modo geral. Portanto, em relação aos direitos que possuem disposição abstrata e moralmente controvertida, o autor discorda que os tribunais são mais aptos do que os legisladores para produzir um posicionamento público a seu respeito. Campbell ainda sustenta que a independência econômica e institucional dos tribunais não equivale à imparcialidade. Segundo o autor (2009, p. 27), ao delegar o controle de constitucionalidade aos juízes, os indivíduos que precisam de proteção legal cedem lugar aos interesses de grupos dominantes em uma esfera em que a riqueza e o conhecimento técnico tendem a dominar. Nesse sentido, Campbell acredita que os juízes possuem uma percepção limitada da realidade, projetando resultados errôneos e questionáveis em suas decisões. Portanto, não resta claro para o autor se as complexidades sociais são devidamente abordadas pela metodologia da árvore viva (CAMPBELL, 2009, p. 31).

Campbell aponta que não há um caminho objetivo para avaliar se os juízes estão exercendo a metodologia constitucional proposta por Waluchow e se, de fato, estão descobrindo o que consiste a moralidade constitucional da comunidade (CAMPBELL, 2009, p. 26). Sendo assim, segundo o autor, os tribunais deveriam ser restritos aos termos dos estatutos e dos precedentes por não possuírem

competência para deliberar sobre questões políticas e sociais. Waluchow confere à revisão judicial aplicada à *common law* a função de identificar a moralidade constitucional da comunidade para que direitos moralmente controversos sejam analisados e decididos nos casos concretos. No entanto, Campbell acredita que esse objetivo diverge das habilidades dos juízes atuais, uma vez que a moralidade em evolução e seus possíveis desdobramentos, na verdade, conferem ampla margem de decisão aos tribunais que, sem um método objetivo a ser seguido, decidem da forma que julgam mais adequado (CAMPBELL, 2009, p. 29). Nesse sentido, de acordo com Campbell, a árvore viva pode estabelecer um costume enraizado ao invés de promover valores contemporâneos.

Segundo Campbell, a análise de Waluchow ignora a disponibilidade de procedimentos de emenda constitucional que, por sua vez, tendem a não ser prescritos de maneira clara em constituições entrincheiradas. No entanto, para Campbell, as emendas seriam a melhor alternativa para a atualização constitucional nesse cenário (CAMPBELL, 2009, p. 31-32). Conforme explica o autor, a revisão judicial poderia ser mais aceitável se as cartas não prescrevessem direitos morais de forma abstrata (CAMPBELL, 2009, p. 34). Nesse sentido, Campbell propõe que seja editada uma legislação de direitos humanos clara e específica a ser aplicada pelos tribunais sem gerar debate moral. Portanto, recomenda um método em que as decisões sobre os direitos humanos não sejam atribuídas de modo discricionário aos juízes, mas delegadas à revisão legislativa. Sob essa perspectiva, o autor acredita ser possível possuir um método que detenha a maioria das vantagens oferecidas por Waluchow, sem concordar em atribuir aos tribunais a deliberação sobre a moralidade da comunidade. Campbell, portanto, sustenta que a proposta de Waluchow permite que os juízes se tornem um potencial monstro político que contribui para o enfraquecimento democrático (CAMPBELL, 2009, p. 36).

3.6

Respostas de Waluchow e conclusões obtidas

Waluchow inicia seu artigo se mostrando grato aos autores pela honestidade e envolvimento crítico na análise de sua proposta. Cada autor ofereceu apontamentos ao desenvolvimento de Waluchow que, ao analisar e responder as contribuições feitas, compromete-se a abordar em trabalhos futuros as questões pontualmente levantadas. Em sua resposta, o autor assume se concentrar em apenas um pequeno número dessas questões, deixando de lado muitos dos outros pontos

delicados que cada autor trata, por não poder se estender no debate em questão dentro do espaço a ele reservado na edição da Revista Problema (WALUCHOW, 2009, p. 148).

Waluchow retoma o argumento apresentado por Flores sobre a escolha do termo “*common law*” intitulando a obra “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. Flores questiona se a proposta de Waluchow se volta a esse modelo de forma específica. Waluchow, então, explica que na *common law* os direitos são revisáveis em sua aplicação pelos juízes, ao passo que, via de regra, isso não ocorre na *civil law*. No entanto, os direitos prescritos em uma carta constitucional se assemelham ao direito estatutário por serem escritos e exigirem uma aplicação flexível semelhante à da *common law*. Por essas razões, Waluchow julga a metodologia da *common law* como a melhor abordagem interpretativa de direitos em linguagem aberta e com carga moral, comumente presentes nas cartas constitucionais. Waluchow (2009, p. 149) acrescenta que Flores, em sua análise, ignora ou subestima a forma escrita das cartas constitucionais por ele proposta. Sendo assim, Waluchow argumenta que, uma vez que propõe cartas escritas sua metodologia, não se pauta apenas em uma interpretação advinda da revisão judicial, tendo em vista que os legisladores irão contribuir ao redigir e emendar as referidas cartas. Como consequência, a aplicação e interpretação de cartas escritas é um fenômeno composto por múltiplos agentes e, segundo o autor, a maioria das jurisdições de *civil law* seguem uma metodologia parecida com a que propõe. Portanto, segundo Waluchow, conceber sua proposta como unicamente pautada na *common law* seria enganoso.

Waluchow responde que não pretendeu restringir o alcance de sua proposta às jurisdições da *common law*, nem pretendeu sustentar que os juízes deveriam criar o direito constitucional “do zero” à medida em que surgem os casos concretos. Waluchow então explica que sua intenção ao adotar a metodologia “*bottom-up*” na interpretação de cláusulas abstratas não significa que seu desenvolvimento esteja totalmente a cargo dos juízes, uma vez que tais agentes devem se pautar na moralidade constitucional da comunidade em suas decisões. Conforme observa Waluchow, o conteúdo da moralidade constitucional de uma comunidade é determinado por uma série de fatores e que certos casos precisam ser concretizados para que uma resposta adequada e particularizada à demanda seja obtida. Waluchow argumenta que, por vezes, certa margem de discricção judicial pode ser necessária para que juízes possam desenvolver melhor a moralidade constitucional, embora tal

margem de atuação não os desobrigue da observação dos requisitos necessários aos seus atos decisórios (2009, p. 151).

Flores acredita que o termo “*common law*” usado no título do livro é equivocado, por entender que a metodologia proposta por Waluchow é destinada às democracias constitucionais de modo amplo, independentemente se adotam o modelo da *common law* ou da *civil law*. Em resposta a essa objeção levantada por Flores, Waluchow concorda que, de fato, sua intenção foi estruturar uma metodologia destinada às democracias constitucionais de modo amplo. Nesse sentido, Waluchow retoma seu argumento de que os direitos prescritos nas cartas se assemelham ao direito estatutário, mas exigem uma aplicação flexível semelhante à *common law* e, assim, o autor demonstra que sua proposta é capaz de mesclar ambas as abordagens. Diante do exposto, acredita-se que a objeção levantada por Flores é consistente, pois embora a proposta possa conter características pautadas no modelo da *common law*, Waluchow deixa claro que sua metodologia da árvore viva não se destina somente a essa categoria. Portanto, Waluchow, de fato, poderia retirar o termo “*common law*” do título de seu livro, já que prescreve uma abordagem mais ampla do que o próprio título sugere.

Uma segunda objeção relevante no artigo de Flores seria a de que a metodologia de Waluchow não inclui de modo efetivo os legisladores. O autor questiona quais motivos levam Waluchow a concluir que os juízes seriam os únicos intérpretes capazes de tratar dos direitos das cartas. Em resposta, Waluchow escreve que sua metodologia não exclui a parceria entre múltiplos agentes e que a moralidade constitucional da comunidade é composta por vários fatores, inclusive pela influência de outros atores democráticos, como os que compõem o Poder Legislativo. Sobre tal argumento, concorda-se que Waluchow não exclui de sua proposta a atuação de outros agentes. Ao conferir certa discricionariedade aos juízes para que encontrem a moralidade constitucional da comunidade em casos que envolvam controvérsia moral, o autor não quis dizer que sua abordagem exclui a importância de outros agentes. Os legisladores são responsáveis por previamente estruturar a legislação, bem como, posteriormente, adequá-la de modo que atenda às necessidades contemporâneas, no entanto, sem ignorar a impossibilidade em prever como casos futuros irão emergir, principalmente em torno de parâmetros morais.

Waluchow inicia sua resposta a Struchiner e Shecaira sustentando que sua metodologia é capaz de mesclar a atuação legislativa de modo prévio, na edição de

normas, com uma revisão judicial dotada de margem para, inclusive, de forma fundamentada, decidir de modo contrário à lei. Waluchow explica que tal hipótese é possível, pois uma decisão legislativa, mesmo que pautada em uma visão moral popular, pode ser capaz de suprimir ou se sobrepor aos valores basilares da comunidade os quais a adoção da moralidade constitucional visa resguardar. Desafiando Waluchow, Struchiner e Shecaira questionam a possibilidade de se atribuir uma moralidade constitucional a uma comunidade democrática. Os autores também questionam a possibilidade de os precedentes serem capazes de fixar raízes, ou seja, capazes de promover a devida segurança jurídica, que o autor sustenta em sua proposta (WALUCHOW, 2009, p. 155). Waluchow responde que com base no ceticismo e no dissenso das democracias constitucionais modernas é que os autores concluem que a árvore viva tem suas raízes fixadas em areia movediça. Nesse sentido, o autor se ateve em afirmar ser difícil responder aos céticos de forma satisfatória, uma vez que esses sempre visam apresentar contra-argumentos ao que for apresentado.

Waluchow assume que um de seus principais objetivos em “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” foi oferecer uma concepção alternativa para a abordagem habitual em torno das cartas constitucionais e sua consequente revisão. Nesse sentido, o autor sugere a busca da moralidade constitucional da comunidade a ser realizada pelos juízes na revisão judicial. Waluchow sustenta que sua proposta para o controle de constitucionalidade seja uma alternativa plausível, uma vez que é capaz de responder algumas das críticas contundentes frequentemente feitas à concepção padrão de cartas constitucionais e sua revisão judicial (WALUCHOW, 2009, p. 156). O autor acrescenta que a moralidade constitucional é composta por inúmeras escolhas feitas ao longo da história, englobando seus valores fundamentais, o que não quer dizer que a moralidade constitucional será compatível com todos os pontos de vista existentes sobre uma questão específica em uma comunidade.

Waluchow (2009, p. 157) explica que quando a suprema corte canadense decidiu a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não pautou sua decisão meramente em um consenso sobre o assunto. O tribunal baseou-se em decisões anteriores e em leis que envolviam questões como “pensões, benefícios e adoção aplicadas a gays e lésbicas”, concluindo que negar o casamento de tais indivíduos violaria a moralidade constitucional do Canadá. No entanto, Waluchow reforça que continua a haver um desacordo generalizado entre canadenses razoáveis e bem

informados em torno do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse ponto, o autor reafirma que encontrar a moralidade constitucional da comunidade não irá suprimir a existência de pontos de vista contrários sobre um determinado assunto moralmente controverso, tendo em vista que o mecanismo proposto não visa eliminar as controvérsias sociais, mas pautar a resposta estatal sobre a moralidade nos desejos autênticos da comunidade. Nesse compasso, Waluchow assume que a construção da moralidade constitucional de uma comunidade realizada em “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” demanda aperfeiçoamento. O autor conclui que pretende continuar seu desenvolvimento, respondendo aos questionamentos em torno de sua proposta. Assim sendo, Waluchow retoma o termo “areia movediça” usado por Struchiner e Shecaira, ao afirmar que pretende obter uma base mais estável do que a citada pelos autores para enraizar a árvore viva (WALUCHOW, 2009, p. 158).

Noel Struchiner e Fábio Shecaira levantam questionamentos pertinentes em torno dos termos e fundamentos usados por Waluchow no desenvolvimento de seu livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. Nesse sentido, os autores acreditam que a moralidade constitucional da comunidade, marco distintivo da proposta de Waluchow, possua vulnerabilidade prática e vagueza em sua explicação. Sendo assim, Struchiner e Shecaira sustentam que a fundamentação de Waluchow não estabelece limites bem definidos para a atuação judicial e que, portanto, a estabilidade da teoria não está bem sedimentada, o que demanda melhor detalhamento. Nesse sentido, os autores questionam se os precedentes cumprem a função de oferecer uma base moral uniforme para o desenvolvimento da metodologia da árvore viva. Struchiner e Shecaira também escrevem que Waluchow superestima o nível de acordo dentro das comunidades e que não explica como um consenso social pode ser, de fato, extraído em questões as quais os indivíduos divergem amplamente.

Struchiner e Shecaira acrescentam que ao citar exemplos que se encaixam à metodologia da árvore viva, Waluchow se volta ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, afirmam que o autor não elucida outras situações sobre as quais sua teoria seria aplicável com o mesmo empenho em que destinou a esse exemplo específico. Outro ponto relevante retomado pelos autores seria o uso do termo “razoável” para identificar indivíduos e suas concepções sobre direitos com carga moral. Os autores questionam o que Waluchow entende como razoável e quais parâmetros utiliza para alcançar suas conclusões em torno do uso do termo,

tendo em vista que sua adoção por si só já realiza um juízo de valor moral, o qual lhe é inerentemente embutido. Desse modo, os autores argumentam que assuntos moralmente controversos não podem ser sintetizados a interpretações certas ou erradas, tendo em vista a amplitude de variáveis que alcançam a moralidade das sociedades atuais. Por fim, os autores ainda questionam o que leva Waluchow a entender que o aborto não seria passível de consenso social, enquanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria.

Waluchow, em resposta a Struchiner e Shecaira, ateve-se em dizer que um dos principais objetivos ao escrever seu livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” era lançar uma nova abordagem interpretativa em torno das cartas constitucionais e de sua subsequente revisão judicial. Nesse sentido, o autor ressalta ter visado alcançar uma proposta para o controle de constitucionalidade capaz de evitar ou responder às objeções habitualmente apresentadas diante da concepção padrão em torno dos referidos institutos. No entanto, embora o livro inicie seu caminho em tal objetivo, Waluchow reconhece a necessidade de aprimoramento da teoria interpretativa que propõe e assume que, em tal ocasião, não seria capaz de responder a todos os questionamentos levantados nos artigos ora analisados. De fato, o autor não respondeu de modo específico questionamentos potentes feitos por Struchiner e Shecaira, os quais, evidentemente, demandam atenção e formulação de respostas plausíveis por Waluchow.

Passando para a análise do artigo de Natalie Stoljar, Waluchow afirma que a autora, assim como Struchiner e Shecaira, questiona se a moralidade constitucional realmente tem o poder de desempenhar o papel que lhe é proposto. Stoljar aponta que Waluchow está comprometido com um modelo construtivo encontrado na *common law*. Nesse sentido, o autor propõe que os juízes devem buscar a moralidade constitucional da comunidade a ser implementada nos casos concretos. No entanto, para que juízes alcancem tal moralidade, a metodologia de Waluchow introduz um raciocínio moral que visa impedir que opiniões pautadas em preconceito, ódio, ou em outro fator capaz de suprimir direitos fundamentais de um determinado grupo de pessoas não sejam levados em conta na revisão judicial. Portanto, o referido raciocínio ou critério moral faz com que a teoria do autor entre em conflito com a própria concepção de democracia por ele defendida. Assim sendo, frisa-se que Waluchow propõe um modelo de democracia procedimental em que as opiniões dos agentes sejam distintas como autênticas ou inautênticas a partir

de critérios não morais ou por condições procedimentais (WALUCHOW, 2009, p. 159-160).

Waluchow assume que Stoljar corretamente detectou essa tensão em sua fundamentação e afirma ter o dever de se empenhar para superá-la em trabalhos futuros. Ao encerrar sua resposta a Stoljar, o autor reforça que, conforme observado em sua resposta a Struchiner e Shecaira, seu objetivo não era fornecer uma concepção totalmente articulada da moralidade constitucional. Portanto, Waluchow encara “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” como um esboço preliminar de uma nova alternativa para a aplicação de normas com carga moral e linguagem indeterminada em sede de controle de constitucionalidade. Ainda em resposta a Stoljar, Waluchow concorda que precisa complementar sua construção sobre a moralidade constitucional e estabelecer a devida relação e diferenciação de sua metodologia com o que é proposto por Dworkin (WALUCHOW, 2009, p. 159-160).

Conclui-se que Natalie Stoljar faz relevante reflexão ao analisar que um consenso democrático que resulta de sentimentos pautados em preconceito ou ódio por um determinado grupo de indivíduos não necessariamente será inautêntico. De acordo com a metodologia proposta por Waluchow, crenças pautadas pelo preconceito ou por outro fator semelhante capaz de suprimir direitos fundamentais de um determinado grupo de pessoas devem ser consideradas opiniões inautênticas. Desse modo, as últimas não são uma expressão livre dos indivíduos, ou seja, não constituem seus verdadeiros compromissos enquanto comunidade, o que conforme Stoljar explica, cria um problema para a atribuição de responsabilidade aos agentes. Nesse sentido, a contribuição da autora também merece destaque por ressaltar que a distinção entre opiniões morais inautênticas e compromissos morais autênticos seria uma distinção moral. Portanto, a autenticidade seria, por si só, um critério moral que pressupõe uma concepção de democracia não puramente procedimental, uma vez que valores morais são previamente impostos ao vedar a influência de fatores sociais negativos como, por exemplo, o preconceito e o ódio.

Waluchow inicia sua resposta a Kenneth Himma retomando o questionamento do autor sobre a falibilidade de seu argumento perante Waldron. Nesse sentido, Himma estabelece que o ataque de Waldron é contrário a uma supremacia judicial como a adotada pelos Estados Unidos. Waluchow explica que o modelo americano de revisão judicial é amplamente discutido e que a maioria das discussões pressupõe um modelo de carta constitucional que incorpora a

interpretação previamente definida de direitos a ser aplicada por juízes em um modelo de supremacia judicial. Desse modo, Waluchow explica que sua intenção seria romper com essa tendência e demonstrar que existem formas sensíveis de revisão judicial, sendo, portanto, compatíveis com as possíveis concepções e formas de implementação da democracia. Dessa forma, Waluchow acrescenta que seu objetivo era evidenciar que a revisão da carta constitucional pode ser consistente com o autogoverno democrático que, segundo ele, deve observar os compromissos morais autênticos da comunidade (WALUCHOW, 2009, p. 161).

Sobre o círculo vicioso no qual Waluchow acredita que Waldron está inserido, Himma sugere que Waluchow interpretou mal o argumento da discordância de Waldron. Nesse sentido, Himma explica que Waldron não afirma que todos concordam com o direito de participação, mas que a revisão judicial o viola e, por essa razão, não seria legítima. Diante da análise de Himma, Waluchow retoma sua argumentação de que a democracia não necessariamente exige uma conformidade entre os desejos expressos pela maioria dos indivíduos e a resposta estatal sobre uma questão moralmente controversa. Sendo assim, Waluchow retoma sua explicação sobre o círculo vicioso de Waldron ressaltando que a discordância sustentada pelo último pode, inclusive, ser invertida e direcionada ao direito de participação que defende. Dessa forma, Waluchow acredita que o argumento da discordância de Waldron questiona qualquer consenso, o que inclui a própria adoção de métodos majoritários de decisão nas democracias constitucionais. Portanto, conforme Waluchow, a única maneira pela qual métodos majoritários poderiam se sobrepor à revisão judicial seria através da existência da concordância de todos os indivíduos nesse sentido. Por fim, por inexistir tal acordo, Waluchow continua a afirmar a plausibilidade democrática da revisão judicial, uma vez que os métodos majoritários defendidos por Waldron são tão suscetíveis quanto ela ao argumento da discordância (WALUCHOW, 2009, p. 162-163).

Observa-se que Himma estabelece um paralelo entre os argumentos de Waluchow e Waldron para demonstrar que não são completamente opostos, conforme encarados por Waluchow. Himma explica que, à medida em que Waluchow defende um modelo de revisão judicial modesto e Waldron ataca a supremacia judicial, o primeiro poderia se apoiar no segundo na construção de sua fundamentação. Ainda sobre as análises feitas por Himma, há a alegação de que Waluchow não se compromete com a análise da violação da democracia pela revisão judicial. No entanto, acredita-se que a observação feita por Himma não deve

prosperar pois, na construção de seu método, Waluchow inclui justificativas democráticas ao seu ponto de vista para afirmar a legitimidade da revisão judicial. Dos argumentos apresentados por Himma, um ponto que merece destaque é a possibilidade de arranjos institucionais em que juízes são eleitos para mandatos temporários com possibilidade de reeleição. Sob essa perspectiva, a proposta de Waluchow possuiria as mesmas vulnerabilidades que o autor elenca que existem perante aos membros do Legislativo.

Por fim, sobre a análise de Tom Campbell quanto ao atendimento das complexidades sociais, o autor se mostra cético em relação à metodologia da árvore viva e ressalta que não há um caminho objetivo para avaliar se os juízes a estão exercendo de modo adequado e se são bem sucedidos em encontrar a moralidade constitucional da comunidade. O autor ainda ressalta que a árvore viva ignora a disponibilidade de emenda constitucional e que constituições entrincheiradas tendem a não estabelecer procedimentos claros de emenda. Campbell acrescenta que a metodologia proposta por Waluchow não se enquadra em contextos democráticos em que a revisão judicial não está disponível para propiciar mudanças constitucionais. Embora se concorde que o método de Waluchow demande aperfeiçoamento e continuidade, como o próprio autor assume, acredita-se que o mesmo preocupou-se em distinguir seu modelo daqueles que admitem a supremacia judicial.

Campbell considera que Waluchow afirma que a moralidade constitucional da comunidade seja um posicionamento a ser descoberto e não criado por juízes em sede de controle de constitucionalidade. No entanto, alerta que a implementação da proposta de Waluchow na prática da *common law* pode resultar na projeção dos valores de uma elite social pouco representativa a qual, via de regra, os juízes estão inseridos. Nesse sentido, Waluchow, em sua obra, reconhece que os métodos de ingresso à carreira devem ser reanalisados para que propiciem a possibilidade de acesso a indivíduos de diferentes grupos sociais. Em sua resposta à Campbell, Waluchow escreve que o autor levanta questões já discutidas. Nesse sentido, Waluchow retoma, a título de exemplo, o questionamento sobre se, de fato, a *common law* irá desempenhar a função que lhe é atribuída em sua proposta. Waluchow, então, resgata suas respostas a Struchiner, Shecaira e Stoljar, afirmando que se aplicam também às alegações de Campbell. Nessa ocasião, Waluchow concorda, novamente, que precisa aperfeiçoar a noção de moralidade constitucional da comunidade e seus desdobramentos em relação à sua capacidade de fornecer um

grau adequado de orientação aos juízes. No entanto, afirma se manter otimista com o desempenho de sua proposta, embora concorde com Campbell que a plausibilidade de sua metodologia interpretativa constitucional muda de acordo com o contexto (WALUCHOW, 2009, p. 164).

Campbell elabora uma proposta que acredita ser compatível com os ideais democráticos, uma vez que, segundo ele, as cartas constitucionais e as demais normas de um ordenamento devem fazer parte de uma constituição política elaborada por legisladores eleitos. O autor acrescenta que o modelo por ele proposto exige uma legislação de direitos humanos objetiva, de modo que os tribunais possam aplicá-la sem recaírem na análise de um debate moral controverso. Assim sendo, segundo Campbell, as virtudes de seu modelo seriam sua especificidade na legislação de direitos humanos, que moldaria a moralidade constitucional da comunidade e seu caráter democrático, uma vez que seria redigida por representantes eleitos para o poder legislativo. Nesse sentido, ao responder a proposta de Campbell, Waluchow argumenta que, via de regra, o controle de constitucionalidade deve ser realizado pela revisão judicial, pois o que se está questionando é justamente a consistência e o modo de aplicação de uma disposição legislativa. Portanto, a revisão judicial seria um mecanismo capaz de melhor distribuir entre as esferas do poder estatal a função interpretativa das normas constitucionais (WALUCHOW, 2009, p. 165).

Em resposta, Waluchow ressalta não estar claro qual é a função das cartas e da revisão judicial no modelo proposto por Campbell. Nesse sentido, Waluchow explica que a elaboração de leis não consegue acompanhar o ritmo em que surgem novas situações que carecem de tutela estatal. Portanto, o autor reafirma que os legisladores são incapazes de prescrever determinadas regras em termos precisos para que atendam demandas até então imprevisas (WALUCHOW, 2009, p. 166). De acordo com Waluchow, a implementação do modelo de Campbell resultará em uma emenda contínua da legislação de direitos humanos, uma vez que o autor se propõe em prescrever, de forma objetiva, os direitos morais em evolução. Contudo, diante da impossibilidade de emendas contínuas na legislação, Waluchow afirma que restaria para Campbell a adoção de um modelo de legislação de direitos humanos redigido em termos abstratos. Todavia, tal modelo, via de regra, é empregado nas cartas constitucionais de modo a garantir a tutela estatal sem a necessidade de elaboração de emendas que atendam às situações imprevisíveis. Waluchow explica que caso assim optasse, Campbell não iria acrescentar nenhuma

mudança significativa além do que já é proposto em “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. Nesse sentido, Waluchow acrescenta ainda que outra opção para Campbell seria negar a possibilidade de revisão judicial às cartas e que, desse modo, seriam um veículo simbólico ao qual os legisladores justificariam suas escolhas. No entanto, embora não minimize o papel simbólico que uma carta constitucional possa possuir, Waluchow questiona se isso seria realmente suficiente para atender às demandas sociais de maneira efetiva (WALUCHOW, 2009, p. 167-168).

Concorda-se com a análise de Brian Burge-Hendrix (2009, p. 3) ao dizer que a escolha do título de Tom Campbell indica um ceticismo em relação à teoria da árvore viva e sua preferência por um positivismo prescritivo que evita cartas de direitos entrincheirados. Em seu artigo, Tom Campbell questiona o consenso social pressuposto por Waluchow em relação aos direitos com carga moral. Campbell considera que o autor negligencia questões que envolvem a subjetividade dos posicionamentos morais e as justifica como opiniões inautênticas ou resultado de desinformação. Ademais, Campbell ressalta que as cartas constitucionais devem ser interpretadas pelas mesmas metodologias aplicadas às demais leis. O autor acredita que a aceitação da incerteza em relação aos direitos morais resulta na falta de restrições formais à revisão judicial, o que propicia uma ameaça à democracia. Portanto, para Campbell, a proposta de Waluchow é incapaz de responder às objeções de Waldron sobre a revisão judicial e, ainda, acrescenta que os tribunais dão prioridade aos interesses das partes e não à sociedade como um todo. Portanto, Campbell afirma que juízes não decidem melhor que os legisladores sobre o modo de interpretação de direitos escritos em linguagem aberta e dotados de carga moral, ressaltando que a independência econômica e institucional dos juízes não garante um melhor raciocínio moral. Sobre os tribunais, Campbell acredita que devem estar restritos aos termos dos estatutos e aos precedentes, cabendo ao Poder Legislativo identificar a moralidade constitucional da comunidade.

Conclui-se que a objeção de Campbell face ao consenso social pressuposto por Waluchow merece prosperar, pois, de fato, precisa ser melhor fundamentado como se encontra um consenso sobreposto sobre questões morais controversas. Nesse sentido, sobre o argumento de que as cartas constitucionais devem ser interpretadas pelas mesmas metodologias das demais leis, considera-se que se tratam de documentos e formulações distintas. Como explica Waluchow, os direitos morais previstos nas cartas, via de regra possuem o valor de direito fundamental e

são prescritos em linguagem indeterminada, por isso demandam metodologia interpretativa diferenciada. Por fim, sobre a proposta de Campbell, concorda-se com Waluchow que, de fato, é insuperável a característica da imprevisibilidade dos casos que envolvem os direitos morais e que, portanto, se tais direitos não forem escritos com uma linguagem dotada de certa abstratividade, irão demandar emendas contínuas.

4

Análise crítica e viabilidade prática da árvore viva

O presente capítulo se volta ao desenvolvimento de análise crítica sobre a contribuição de Wil Waluchow para o debate jurídico em torno do controle de constitucionalidade nas democracias constitucionais. Nesse sentido, a construção da pesquisa é feita de modo expositivo nos primeiros capítulos, ao concatenar os argumentos preponderantes da proposta de Waluchow e expor os argumentos levantados por outros autores sobre sua proposta. Desse modo, passa-se, então, para a análise crítica do conteúdo exposto, visando responder se os argumentos apresentados pelo autor se sobrepõem às objeções que o próprio apresenta em sua fundamentação e aos questionamentos levantados na edição da Revista Problema dedicada à discussão de “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”. De modo específico, serão analisados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à implementação das cartas constitucionais, a legitimidade democrática da revisão judicial, os pontos a serem levados em consideração por Waluchow na continuação do desenvolvimento de sua proposta e os pontos que devem ser mantidos pelo autor.

4.1

As cartas de direito nas democracias constitucionais

Waluchow argumenta a favor das cartas escritas por promoverem o reconhecimento formal de direitos fundamentais e dos valores basilares de uma sociedade, sendo um documento por vezes capaz de fortalecer a identidade de uma nação. Ainda na seara das cartas, o autor defende que o entrincheiramento de direitos confere maior estabilidade e segurança jurídica, as quais os direitos com status constitucional carecem diante da importância dos bens jurídicos que tutelam. A partir disso, Waluchow ressalta que a natureza inerentemente ligada à moral evolutiva e mutável de alguns direitos faz com que sejam prescritos em uma linguagem dotada de certa abstratividade. Nesse sentido, as concepções sobre o enquadramento interpretativo de tais direitos correlacionam-se com os padrões morais predominantes no contexto social. Logo, faz-se necessário que os casos concretos não sejam engessados pela letra da lei ou por concepções interpretativas de visão fixa. Embora uma carta constitucional formalmente reconheça os direitos dos cidadãos perante ao poder governamental, diante de direitos que envolvem a

moralidade, faz-se necessária uma análise particularizada das demandas. Sendo assim, o Estado é representado por juízes que, de acordo com as disposições da carta constitucional, das normas infraconstitucionais, dos precedentes e da moralidade constitucional da comunidade, avaliam a devida tutela constitucional a ser empregada às demandas levadas a juízo.

Waluchow estrategicamente apresenta as objeções que considera mais potentes em oposição à sua defesa e em seguida explicita as razões pelas quais não devem prosperar. Dentre as objeções ressaltadas por Waluchow, chama atenção o argumento de que indivíduos autônomos são capazes de tomar decisões sobre direitos de modo direto ou por intermédio de seus representantes eleitos democraticamente. Portanto, sob essa alegação, os indivíduos não devem ser submetidos a um processo interpretativo complexo de uma carta que, por vezes, foi escrita em um passado distante para que saibam como aplicar os direitos ali reconhecidos. Nesse sentido, Waluchow apresenta o questionamento dos críticos sobre a interferência da “mão morta do passado” que as cartas podem exercer sobre a vontade predominante dos indivíduos atuais, ferindo, assim, o autogoverno democrático. Por conseguinte, destaca-se, também, o argumento de que o entrincheiramento de direitos em uma carta constitucional seria antidemocrático por estabelecer procedimentos mais complexos para a alteração dos direitos, portanto, não sendo possível fazer tais alterações pela escolha majoritária dos indivíduos ou dos legisladores.

Ao retomar os argumentos de maior potência face à fundamentação de Waluchow a favor das cartas nas democracias constitucionais, conclui-se que embora tais objeções possam prosperar face à concepção padrão, via de regra adotada para as cartas constitucionais, os mesmos não prosperam se aplicados ao modelo defendido por Waluchow. O autor ressalta que essa concepção padrão para as cartas é comumente adotada e as objeções nesse sentido podem ser de fato contundentes. Nesse sentido, as concepções do passado somente moldam o presente se a carta constitucional dispor rigidamente os direitos morais, de modo a não conferir margem para decisão judicial em seu ponto de aplicação. Concorde-se com Waluchow que, embora as democracias constitucionais sejam compostas por indivíduos responsáveis, os mesmos possuem características inerentemente humanas e em algum momento provavelmente irão sobrepor seus interesses individuais perante aos de outros cidadãos. O autor alerta sobre a importância da carta constitucional ser redigida em um momento de reflexão fria para que se

resgarde os direitos fundamentais de uma comunidade como um todo, sem deixar de observar as particularidades que envolvem os direitos de suas minorias. Desse modo, o entrincheiramento é o mecanismo sugerido pelo autor como meio de conferir maior proteção aos direitos garantidos pela carta, os quais poderão ser alterados de modo a não suprimir o autogoverno popular através de emenda, demandando, todavia, maior empenho do que se emprega em matérias que podem ser decididas por métodos majoritários. Nesse sentido, conclui-se que a concepção de cartas defendida por Waluchow deve prosperar. Observa-se, no entanto, que face à constante evolução e a variedade de concepções morais presentes nas democracias constitucionais modernas, faz-se necessária a adoção de uma concepção interpretativa evolutiva da carta constitucional, conforme defende Waluchow. Nesse sentido, ressalta-se a importância de ter determinados direitos formalizados em um documento constitucional, uma vez que representam as conquistas sociais construídas ao longo do tempo e conferem maior segurança jurídica em sua tutela. Portanto, uma carta somente será um empecilho no acompanhamento do evoluir da moralidade social pelo Estado se adotada uma concepção interpretativa formalista. Dessa forma, é desencadeada a discussão sobre quem seriam os legitimados democraticamente para dar corpo às novas concepções. Waluchow argumenta que os juízes poderiam desempenhar a função, sendo, portanto, a revisão judicial o foco de análise do próximo tópico.

4.2

A revisão judicial no controle de constitucionalidade

A revisão judicial pode ser classificada como forte ou fraca em sede de controle de constitucionalidade. Autores como Waldron (2006, p. 1354) entendem a revisão judicial forte como aquela em que os tribunais possuem a autoridade para recusar a aplicação de uma determinada norma em um caso particular ou alterar seu efeito visando a conformidade com os direitos constitucionais. Sendo, por sua vez, a revisão judicial fraca aquela em que os tribunais não podem se recusar a aplicar a legislação ou alterar seu efeito (WALDRON, 2006, p. 1355). Nesse sentido, Waluchow defende uma revisão judicial forte e fundamenta que a prática deve ser considerada legítima nas democracias constitucionais. O autor argumenta que uma revisão judicial forte não necessariamente resultará em uma supremacia judicial, uma vez que os juízes devem se pautar na boa fé, nas limitações da lei e nos anseios sociais ao realizar o controle de constitucionalidade. Portanto, sob essa perspectiva,

a prática da revisão judicial não poderia ser equiparada a uma escolha meramente pautada em preferências pessoais do juiz.

Waluchow explica que o ceticismo moral dos críticos se pauta no “argumento de discordância” de Waldron, que defende uma generalizada diferença de opiniões sobre as questões morais dentro das sociedades. Tal argumento questiona a razoabilidade de uma verdade moral objetiva a ser aplicada na revisão judicial, questionando, também, como os indivíduos podem entrar em um consenso sobre um assunto moralmente controverso e, simultaneamente, discordar sobre seu modo de interpretação. Nesse sentido, Waluchow responde que as divergências que são litigadas não envolvem o núcleo bem estabelecido dos direitos prescritos nas cartas constitucionais, mas seu significado periférico e indeterminado. O autor entende que, embora o significado central de um direito possa ser amplamente acordado, seus limites são inerentemente contestáveis. Nesse sentido, Waluchow sustenta que a linguagem indeterminada, via de regra adotada na prescrição de direitos com carga moral, raramente resolve questões de razoável desacordo. Dessa forma, o autor defende que tais questões deverão ser discutidas através de uma interpretação particularizada a ser realizada em sede de revisão judicial (WALUCHOW, 2007, p. 157).

No que se refere às questões que envolvem o argumento do desacordo, embora se concorde com Struchiner e Shecaira que, de certo modo, Waluchow superestimou o nível de acordo dentro das comunidades, não se pode ignorar a necessidade de uma resposta estatal face às demandas levadas a juízo. Portanto, o autor se pauta em um “consenso sobreposto”, que trata da possibilidade de coexistirem diferenças consideráveis nas concepções sobre justiça, desde que levem a julgamentos semelhantes em questões morais (WALUCHOW, 2007, p. 126). Waluchow sugere que as instituições jurídicas devam ser projetadas de maneira sensível, de modo que os juízes, ao analisarem questões morais, empenhem-se em alcançar o que Rawls chama de “equilíbrio reflexivo”. Sob essa perspectiva, os princípios e regras devem ser equilibrados de forma consistente com as crenças verdadeiras da comunidade, produzindo harmonicamente “julgamentos ponderados” (WALUCHOW, 2007, p. 223).

Os críticos da revisão judicial também se pautam no “argumento da demonstrabilidade” que defende uma dificuldade em demonstrar a vinculação entre julgamentos que envolvem a moralidade e uma metodologia científica rigorosa. Sob essa perspectiva, a ausência de uma metodologia científica clara para que se

demonstre como as decisões judiciais foram construídas confere margem para que se questione se as visões morais ponderadas na decisão foram analisadas sob a ótica da moralidade subjetiva do juiz (WALUCHOW, 2007, p. 158). Todavia, de acordo com Waluchow, o destacado argumento define um padrão de objetividade elevado, sem fundamentação para concluir que as pautas levadas a juízo serão decididas com base na preferência subjetiva e na discricão desenfredda dos juízes. Nesse sentido, o autor sustenta que o argumento se baseia em um contraste exagerado, pois cientistas de todas as áreas discordam e a ausência de procedimentos acordados não torna os juízes livres para decidir conforme sua moralidade individual (WALUCHOW, 2007, p. 160-161).

Sobre o “argumento da demonstrabilidade”, concorda-se com Waluchow que a ausência da adoção de um método científico decisório e específico no âmbito jurídico não necessariamente vincula as decisões judiciais à moral individual dos juízes. Nesse sentido, ressalta-se que, inclusive, conforme elencado por Waluchow, os juízes devem se pautar em fatores como a boa-fé objetiva, normas infraconstitucionais, precedentes e padrões morais preponderantes no contexto social para fundamentar suas decisões. Desse modo, assim como nas demais áreas de conhecimento, existem diferentes propostas metodológicas para a formação da decisão judicial e para a interpretação de normas morais prescritas em linguagem indeterminada. Portanto, assim como ressaltado por Waluchow, a existência de abordagens distintas não deve ser capaz de retirar o caráter científico do direito. Todavia, o “argumento da demonstrabilidade” prospera em relação à proposta de Waluchow, no sentido em que requer um maior detalhamento de sua metodologia. Ressalta-se que métodos científicos demandam a elaboração de etapas bem definidas, bem como de métodos avaliativos de seu êxito de forma objetiva. No entanto, tais requisitos devem ser melhor trabalhados na proposta de Waluchow, tanto para que os juízes saibam exatamente como devem proceder na observância dos requisitos elencados pelo autor, quanto para que seja possível uma avaliação externa sobre a implementação do método.

Outro argumento contrário à metodologia da árvore viva e apontado por Waluchow seria o de que representantes democraticamente eleitos seriam os legitimados para analisar questões que envolvem o direito e a moralidade através de procedimentos majoritários. No entanto, o autor explica que os legisladores normalmente se pautam pelos interesses de seus partidos e de um eleitorado específico, o que pode fazer com que sobreponham a opinião de um grupo

determinado de indivíduos aos verdadeiros compromissos morais da comunidade. Nesse sentido, Waluchow argumenta que os juízes são agentes públicos bem capacitados para realizar o controle de constitucionalidade, uma vez que, em seu ofício, estão habituados a diferenciar direitos e realizar ponderações fundamentadas ao decidir. Os legisladores seriam menos capacitados, uma vez que estão suscetíveis a pressões eleitorais e partidárias as quais os juízes, via de regra, não enfrentam, por ocuparem seus cargos através de nomeação e possuindo mandatos vitalícios. Nesse aspecto, Waluchow ressalta que a revisão judicial seria uma etapa do processo democrático que não suprime a função legislativa dos representantes eleitos, de modo que seja realizado um trabalho em conjunto entre as diferentes esferas do poder estatal.

O presente estudo, no tópico voltado à análise da moralidade constitucional da comunidade, explicou a escolha pela abordagem conjunta dos elementos trazidos pelo livro *“A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”*, com trabalhos posteriores do autor que fomentam a construção de tal marco distintivo de sua proposta. Nesse sentido, acredita-se que, para um entendimento global da metodologia do autor, seria mais vantajoso a junção do que foi elaborado de modo geral sobre a moralidade constitucional da comunidade. Ressalta-se, ainda, que o conteúdo agregado posteriormente por Waluchow, embora tenha trazido maior detalhamento em torno dos requisitos a serem observados no uso da moralidade constitucional da comunidade, não fazem com que as críticas contundentes à proposta do autor percam sua pertinência. Dessa forma, o que foi acrescentado por Waluchow e merece destaque seriam os oito requisitos a serem observados em uma atuação judicial legítima. Segundo o autor, nos casos constitucionais moralmente controversos, os juízes não devem ser arbitrários mas, na verdade, devem ter como base a razão, indo além da preferência pessoal ou escolha aleatória, de modo imparcial e neutro no levantamento das alternativas, considerando igualmente os interesses das partes, pautados em princípios gerais de direito, através de raciocínio empírico e lógico a ser encontrado na moralidade constitucional da comunidade, respeitando o que Rawls chama de dever de civilidade⁴⁵ e, por fim, dedicando-se ao devido processo e não à busca de um resultado específico (WALUCHOW, 2021).

⁴⁵ RAWLS, 1999, p. 312.

Isto posto, no que se refere aos requisitos acrescentados por Waluchow a serem observados em uma atuação judicial legítima na busca pela moralidade constitucional da comunidade, embora tenham aclarado o modo como essa deverá ser extraída nos casos concretos, acredita-se que o desenvolvimento do autor ainda carece de objetividade. Nesse sentido, entende-se que os critérios elencados por Waluchow são dotados de subjetividade, uma vez que deixam margem para interpretações distintas sobre sua aplicação nos casos concretos. Ademais, a construção posterior do autor não corrobora na facilitação da instituição de um modo de avaliação externa pautada em critérios bem definidos sobre a aplicação da moralidade constitucional da comunidade. Portanto, sem desconsiderar o melhoramento realizado por Waluchow em sua proposta, mantém-se a pertinência das críticas que prosperaram em relação aos argumentos apresentados pelo autor em seu livro e que são retomadas de modo específico no presente capítulo.

Ainda sobre a moralidade constitucional da comunidade, Waluchow dispõe que os juízes devem extrair dela o modo como direitos inerentemente ligados à moralidade em evolução serão aplicados aos casos concretos. Portanto, segundo o autor, direitos que normalmente são prescritos em linguagem aberta nas cartas constitucionais e sem a devida mensuração antecipada de sua aplicação devem ser pautados na moralidade constitucional da comunidade. Apesar de Waluchow pautar grande parte de sua metodologia na moralidade constitucional da comunidade, conforme observado pelos autores que analisaram criticamente a proposta da árvore viva e como reconhecido pelo próprio Waluchow, para que o marco distintivo de sua metodologia atinja a devida viabilidade prática, reforça-se que o instituto carece de maior detalhamento em seus fundamentos. No entanto, acredita-se que o Judiciário tenha capacidade de ser o poder público responsável por desempenhar o controle de constitucionalidade, desde que comprometido com as características definidas por Waluchow. Da mesma forma, a moralidade constitucional da comunidade, embora demande aprimoramento, pode ser um mecanismo promissor ao atendimento dos anseios sociais na tutela de seus direitos fundamentais. Nesse ponto, concorda-se com o argumento apresentado por Hart⁴⁶, de que uma escolha oficial e bem informada somente seria possível diante do caso concreto, uma vez que o modo de aplicação de direitos ligados à moralidade em evolução não poderiam ser previstos pelo legislador. Portanto, como Waluchow bem coloca, por

⁴⁶ HART, 2020, p. 169.

mais que a legislação reconheça posteriormente uma demanda levada a juízo de forma recorrente, é necessário que aquele que reclamou o reconhecimento de seu direito receba a devida tutela estatal.

Deve-se estabelecer uma margem bem delimitada da atuação judicial legítima e, embora Waluchow estabeleça requisitos a serem observados por juízes, é preciso que se exponha, de forma didática, como devem ser colocados em prática e os critérios de avaliação para se extrair se os mesmos foram observados pelos juízes em sua busca pela moralidade constitucional da comunidade.⁴⁷ Somado ao que foi exposto em relação aos juízes como os legitimados democraticamente para dar aplicabilidade aos direitos com carga moral, faz-se imprescindível para a manutenção de sua legitimidade que os referidos agentes mantenham as características via de regra inerentes aos seus cargos, ou seja, de não serem eleitos, mas nomeados e dotados de mandatos vitalícios, tendo em vista que eleitos ou com mandatos renováveis os juízes se tornariam suscetíveis às mesmas influências externas normalmente enfrentadas pelos legisladores. Portanto, nesse aspecto da análise, conclui-se que a vulnerabilidade da metodologia de Waluchow em relação à revisão judicial concentra-se principalmente sobre o modo como os juízes irão implementar a busca e a interpretação da moralidade constitucional da comunidade.

4.3

Argumentos a serem considerados por Waluchow

Waluchow assume que em *“A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”* seu objetivo não era fornecer uma concepção totalmente articulada da moralidade constitucional, mas propor um esboço de uma teoria interpretativa para o controle de constitucionalidade a ser exercido pelas cortes constitucionais. Nesse sentido, de fato, determinados apontamentos devem ser considerados pelo autor ao continuar o desenvolvimento da teoria da constituição como árvore viva. Acredita-se que Waluchow precisa estabelecer critérios claros e objetivos sobre o modo como juízes devem encontrar a moralidade constitucional da comunidade, bem como deve estabelecer de forma bem definida como poderá ser feita a avaliação sobre se, de fato, tais agentes observaram os requisitos enumerados pelo autor em sua metodologia. Portanto, concorda-se que para alcançar certa viabilidade prática, a teoria de Waluchow carece de prescrição

⁴⁷ Nas colaborações de Stoljar e de Struchiner e Shecaira são feitas críticas contundentes nesse sentido.

aprofundada do que realmente é e qual seria o exato caminho a ser percorrido pelos juízes para encontrar a moralidade constitucional da comunidade.

Considerações pertinentes são extraídas do capítulo anterior. Nesse sentido, retoma-se que Stoljar faz relevante reflexão ao analisar que um consenso democrático que resulte de sentimentos como o preconceito e o ódio não necessariamente será inautêntico. Nesse ponto, a autora ressalta que, de acordo com a metodologia proposta por Waluchow, crenças pautadas por fatores que de algum modo podem vir a suprimir direitos alheios são consideradas opiniões inautênticas, ou seja, não constituem os verdadeiros compromissos da comunidade. Todavia, Stoljar sustenta que o referido arranjo cria um problema para a atribuição de responsabilidade aos agentes que pautam sua moralidade em critérios que visam suprimir direitos de um determinado grupo de pessoas. Desse modo, a contribuição da autora merece destaque por ressaltar que a distinção entre opiniões morais inautênticas e compromissos morais autênticos seria uma distinção moral. Portanto, Stoljar explica que a autenticidade seria, por si só, um conceito moral que pressupõe uma concepção de democracia não puramente procedimental. Assim sendo, valores morais são previamente incutidos no momento em que vedam a influência de fatores como o preconceito e o ódio na descoberta da moralidade constitucional da comunidade.

Nesse sentido, concorda-se com Stoljar que, ao admitir que opiniões morais pautadas em fatores “negativos” não possam integrar a moralidade constitucional da comunidade, o autor introduz um critério moral em sua metodologia. Sob essa perspectiva, destaca-se que Waluchow, em sua resposta à autora, reconhece que Stoljar esteja certa em ter detectado tal contradição em seu argumento e assume ter o dever de se empenhar para superá-la. Todavia, concorda-se com Waluchow que, sem embargo, sustenta que os critérios de validade da norma constitucional não devem se afastar totalmente da moralidade. O autor ressalta que, principalmente na tutela de direitos fundamentais, a independência da validade em relação à moralidade na lei positivada teve como resultado experiências de retrocesso, como as ocorridas no período nazista.

Migrando para as objeções de Imer Flores, que merecem ser retomadas neste ponto, levanta-se a crítica do autor em relação ao uso do termo *common law* no título do livro “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” e o questionamento sobre se a proposta de Waluchow pretendia se circunscrever a essa metodologia específica. Nesse sentido, em resposta a Flores, Waluchow afirmou

que sua intenção não foi restringir sua metodologia às democracias constitucionais adeptas da *common law*, mas atendê-las de modo amplo. Waluchow explica que na *common law* os direitos são revisáveis em sua aplicação, ao passo que no direito estatutário não. No entanto, segundo o autor, os direitos previstos nas cartas constitucionais se assemelham ao direito estatutário por serem escritos, mas exigem uma aplicação flexível semelhante à da *common law* que, por essa razão, parece ser a melhor solução para o controle de constitucionalidade. Desse modo, Waluchow ressalta que a aplicação e a interpretação de cartas escritas é um fenômeno composto por múltiplos agentes. Sendo assim, segundo o autor, a maioria das jurisdições de *civil law* seguem uma metodologia parecida com o que propõe em sede de controle de constitucionalidade, portanto concebê-la como exclusivamente voltada à *common law* seria enganoso. Todavia, nesse ponto, concorda-se com Flores sobre o uso equivocado da terminologia no título do livro por parte de Waluchow. Tendo em vista que, embora Waluchow incorpore um modelo de tomada de decisão incremental, com a análise particularizada dos casos concretos a ser realizada em sede controle de constitucionalidade, o autor não deveria ter utilizado a terminologia em seu título se sua intenção não era se destinar especificamente às democracias constitucionais que adotem o modelo da *common law*.

Os questionamentos apresentados por Struchiner e Shecaira também devem ser retomados em razão de sua pertinência em relação aos termos e fundamentos adotados por Waluchow no desenvolvimento de sua concepção. Nesse sentido, os autores ressaltam que a moralidade constitucional da comunidade é o marco distintivo da proposta de Waluchow. No entanto, argumentam que a mesma possui vulnerabilidade prática e vagueza em sua explicação, uma vez que não estabelece limites bem definidos sobre a atuação judicial na busca pela moralidade constitucional da comunidade. Sob esse aspecto, acredita-se que a crítica feita pelos autores deve prosperar, uma vez que, como o próprio Waluchow reconhece, sua proposta ainda precisa estabelecer critérios bem definidos a serem observados para que atinja a devida viabilidade prática. Nesse compasso, concorda-se também com o questionamento apresentado pelos autores sobre se os precedentes oferecem uma base moral uniforme para o desenvolvimento da metodologia da árvore viva. Sobre esse ponto, ressalta-se que dentro de um mesmo contexto democrático podem ser encontrados precedentes que claramente incorporam concepções morais contrárias.

Struchiner e Shecaira também escrevem que Waluchow superestima o nível de acordo dentro das comunidades. Nesse sentido, os autores afirmam que

Waluchow não explica como um consenso social pode ser, de fato, extraído em questões as quais os indivíduos divergem em sua moralidade de modo amplo. Desse modo, concorda-se parcialmente com os autores, uma vez que, face às abordagens morais distintas que podem ser encontradas nas sociedades modernas, pode ser tarefa bastante complexa encontrar um ponto de equilíbrio na decisão a ser proferida pelo Estado. De todo modo, é imprescindível que a resposta estatal seja proferida diante dos conflitos que inevitavelmente surgem na vida coletiva. Dessa forma, a proposta de Waluchow pode ser uma linha satisfatória a ser seguida. Embora a metodologia do autor demande um maior detalhamento de suas diretrizes práticas, acredita-se que, se feitas, a ideia de se extrair algo como a moralidade constitucional da comunidade seja uma saída eficiente e democrática a ser adotada.

Desse modo, ao discutir direitos prescritos em linguagem aberta, deve-se estar atento para não justificá-los ou propor um método interpretativo que envolve termos abstratos tanto quanto aos quais se busca interpretar. Nesse sentido, Struchiner e Shecaira fazem o relevante apontamento sobre o uso do termo “razoável” usado por Waluchow para identificar indivíduos e suas concepções sobre direitos com carga moral. Os autores, então, questionam o que Waluchow entende como razoável e quais parâmetros utiliza para alcançar suas conclusões em assuntos que não podem se resumir ao que é certo ou errado. Portanto, questionam, também, o que leva Waluchow a entender que o aborto não seria passível de consenso social, enquanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria. Nesse sentido, embora se concorde que algumas pautas são dotadas de um consenso perceptível menor do que outras, acredita-se que o autor deveria ter melhor explicado sua afirmação. Além disso, conclui-se que Waluchow, ao assumir que determinados assuntos moralmente controversos não são passíveis de um consenso claro, gera o entendimento de que estaria admitindo que sua metodologia não seria bem sucedida em todos os assuntos moralmente controversos.

Na análise de Struchiner e Shecaira, comenta-se sobre Waluchow ter se restringido a um número pequeno de exemplos concretos para fundamentar sua proposta. Nesse sentido, os autores acrescentam que, ao citar exemplos que se encaixam à metodologia da árvore viva, Waluchow se volta ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas não elucida outras situações sobre as quais seria aplicável sua teoria com o mesmo empenho em que destinou a esse exemplo específico. Nesse ponto, concorda-se com os autores e elenca-se pautas já abordadas no Supremo Tribunal Federal que envolvem relevante controvérsia

moral e que podem ser enquadradas como situações aplicáveis à metodologia da árvore viva, como a legalidade de manifestações a favor da descriminalização de entorpecentes (BRASIL, 2011), a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (BRASIL, 2008), a vaquejada como manifestação cultural (BRASIL, 2016) e a questão do aborto do feto anencéfalo (BRASIL, 2012). Por fim, ressalta-se que os pontos levantados pelos autores e retomados no presente tópico não foram abordados de modo específico por Waluchow em sua resposta na mesma edição da Revista Problema.

Diante do exposto no presente tópico, conclui-se que a metodologia da árvore viva proposta por Waluchow carece de critérios objetivos para que seja avaliada a implementação dos requisitos elencados pelo autor na revisão judicial. Nesse sentido, observa-se que os próprios requisitos, em si, carecem de detalhamento na busca pela moralidade constitucional da comunidade. Portanto, faz-se necessário o estabelecimento de critérios claros e objetivos sobre como os juízes deverão encontrar a moralidade constitucional da comunidade sobre um determinado direito em um caso específico. Ainda, faz-se imprescindível critérios bem definidos para avaliar se o juiz meramente adotou a opinião de parcela da comunidade a qual lhe soou mais conveniente ou se estava, de fato, comprometido com os requisitos enumerados na proposta de Waluchow. Por fim, ressalta-se que existem tribunais constitucionais com atribuições e poderes distintos. Portanto, por mais que uma teoria interpretativa constitucional seja destinada às democracias constitucionais de modo geral, é preciso que particularidades sejam ponderadas e levadas em consideração no momento da implementação de um determinado modelo a uma democracia constitucional específica.

4.4

Pontos positivos da concepção proposta

Como apresentado nos tópicos acima, concorda-se com as ideias centrais de “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”, porém se reconhece sua necessidade de aprimoramento por parte do autor. Waluchow afirma que seu objetivo não era fornecer uma concepção totalmente completa em torno da moral constitucional, mas propor um novo método para o controle de constitucionalidade a ser exercido pelas cortes judiciais. Nesse compasso, concorda-se que a proposta do autor se difere na capacidade de mesclar direitos previstos de maneira fixa e direitos que podem ser interpretados de modo flexível em uma carta constitucional.

Todavia, aplicar direitos prescritos de modo indeterminado através da revisão judicial que, de modo incremental visa alcançar algo como a moralidade constitucional da comunidade, seja o ponto central que caracteriza a contribuição do autor.

Acredita-se que Waluchow desenvolve uma concepção aplicável às democracias constitucionais de modo amplo e, ao defender a adoção de cartas escritas, o autor cria uma característica comum como ponto de partida. Em seguida, Waluchow constrói uma defesa à revisão judicial, que confere aos juízes certa margem discricionária para que, conforme explicado, direitos escritos em linguagem aberta sejam interpretados de modo compatível aos anseios sociais através do uso da moralidade constitucional da comunidade. Esse é um segundo ponto comum que as democracias constitucionais devem incorporar ao adotar a concepção proposta. Waluchow frisa que a margem de manobra conferida aos juízes não se confunde com um modelo de supremacia judicial ou equiparado a uma escolha pautada em preferências pessoais. Nesse sentido, diante de todo o exposto, conclui-se que as escolhas centrais do autor pela adoção de cartas escritas e dos juízes como legitimados democráticos para o controle de constitucionalidade, conforme concebidos em sua obra, possuem plausibilidade.

Concorda-se que as características da metodologia proposta pelo autor sejam as mais adequadas para as democracias constitucionais atuais, pois a opção por uma concepção evolutiva da interpretação constitucional comporta a constante evolução moral das sociedades modernas. A ideia de que as cortes constitucionais se pautem em algo como a moralidade constitucional da comunidade para decidir questões moralmente controversas é legitimamente democrática, desde que observada a concepção e os requisitos propostos por Waluchow. No entanto, o autor deixa em aberto questões sobre as quais sua proposta se torna vulnerável, conforme observado anteriormente. Acredita-se que, de fato, uma concepção evolutiva da norma constitucional seja adequada face à pluralidade moral e, por isso, as teorias de visão fixa possuem poucas chances de prosperar. Nesse sentido, não há como se afirmar antecipadamente se Waluchow realize as acomodações observadas, como se dará a aplicação efetiva da metodologia da árvore viva. É preciso que, após a construção detalhada dos requisitos já elencados pelo autor e da internalização das objeções relevantes à sua construção, se reanalise sua proposta. Existem diversas abordagens interpretativas para a norma constitucional e para o controle de

constitucionalidade mas, certamente, a contribuição de Waluchow agrega no debate jurídico contemporâneo nesse sentido.

5 Conclusão

A presente dissertação expôs a proposta de Wil Waluchow para cartas e revisão judicial em sede de controle de constitucionalidade defendida na obra “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*” e em outros trabalhos do autor. Em um segundo momento, apresentou-se a contribuição de autores que se propuseram a comentar e oferecer objeções à teoria estudada. Desse modo, essa segunda etapa contribui para a construção do senso crítico do leitor de Waluchow, uma vez que os artigos que formam a edição da Revista Problema dedicada à análise de sua proposta englobam objeções as quais, talvez, não se realizariam de modo autônomo. Portanto, a exposição propositiva realizada no primeiro capítulo e o debate crítico apresentado no capítulo seguinte, juntos, corroboram em conclusões sobre a metodologia da árvore viva que são concatenadas no último capítulo. Dessa forma, objetivou-se apresentar e analisar criticamente a contribuição da concepção alternativa lançada por Waluchow sobre as cartas e a revisão judicial nas democracias constitucionais.

As divergências sobre direitos e como devem ser interpretados se estendem a questões sobre a adoção de uma carta constitucional e quais direitos devem ser incluídos no documento. Isto posto, Waluchow defende que as perspectivas sobre direitos que possuem carga moral, via de regra prescritos nas cartas constitucionais, evoluem com o passar do tempo de acordo com a moralidade social. Nesse sentido, deve-se delegar aos juízes a função de avaliar se normas editadas pelo legislativo estão de acordo com os valores e princípios amparados pela carta e pela moralidade constitucional da comunidade. Segundo Waluchow, as cartas e a revisão judicial, em sede de controle de constitucionalidade, possuem uma concepção padrão que lhes é pressuposta. O autor, então, visa romper com essa visão padrão, de modo a manter certas de suas características e alterar outras. Desse modo, surgem objeções contundentes em torno da legitimidade democrática do Judiciário ao declarar inconstitucionais atos normativos advindos de representantes eleitos. Portanto, o autor se volta a desenvolver um modelo alternativo, visando deixar de ser vulnerável a determinadas críticas, as quais as cartas de direito e a revisão judicial são suscetíveis pela concepção padrão.

Ao construir sua proposta, Waluchow fundamenta que em algum momento os preconceitos, medos, ódio ou cegueira moral de determinados indivíduos irão

violar os interesses de outros diante de alguma circunstância. Portanto, os direitos consolidados por uma carta constitucional visam resguardar que cidadãos não tenham seus direitos suprimidos em razão da escolha ou da mera opinião de outros sujeitos. As concepções sobre o que deve ser considerado “bom” e “justo”, por exemplo, variam entre os indivíduos; no entanto, para que exista um comprometimento social com o documento constitucional, é preciso que haja concordância sobre o modo como os direitos com carga moral deverão ser aplicados. Waluchow explica que, para que se atinja esse objetivo, não se faz necessário que todos concordem amplamente com uma interpretação específica, mas que através da racionalidade e da razoabilidade se encontre uma via aceitável.

Waluchow ressalta que uma constituição escrita pode ser encarada como um lembrete moral ou pode assumir o caráter formal de uma lei, seja por meio de documentos esparsos ou por uma carta unificada (WALUCHOW, 2007, p. 12). Como foi visto, o autor propõe teoria que visa ser capaz de concatenar a existência de uma carta escrita, vez que representa um meio potente e acessível para estabelecer a identidade da comunidade e a sua posterior revisão judicial de modo equilibrado nas democracias constitucionais contemporâneas (WALUCHOW, 2007, p. 13-14). Uma carta constitucional contém os valores basilares de uma sociedade, sendo assim, é hierarquicamente superior às demais legislações do ordenamento. Desse modo, é um constante lembrete tanto para a esfera do Poder Legislativo, quanto Executivo e Judiciário, que exerçam seu poder com cautela e sejam guiados pelos limites impostos pela carta (WALUCHOW, 2007, p. 1). Além disso, Waluchow propõe que as cartas não possuam apenas pontos fixos, nem um acordo moral previamente estabelecido, em que sua coerência ou legitimidade não sejam minados pelas circunstâncias da política (WALUCHOW, 2005, p. 3).

Seguindo o foco de Wil Waluchow, as cartas fazem parte da constituição de uma lei social e, via de regra, possuem uma maior resistência à mudança, estabelecendo procedimentos que dificultam a modificação ou a eliminação dos dispositivos legais, como os procedimentos de emenda constitucional. Tal afirmação se correlaciona com o intuito de as cartas fornecerem estabilidade tanto para o direito, quanto para a política democrática. Esse recurso trata-se do entrenchement, o que exacerba as críticas de que as cartas podem frustrar a vontade democrática uma vez que a superação de limitações impostas se torna mais complexa através de procedimentos que demandam maior empenho de seus legitimados para a alteração e exclusão dos direitos prescritos nas cartas

constitucionais (WALUCHOW, 2007, p. 17). A pesquisa firmou-se, portanto, na importância da existência de uma constituição que resguarde direitos face ao poder governamental de forma expressa, mas que sirva como base para futuras ramificações que atendam às prementes demandas morais, sem que se torne um documento obsoleto e inaplicável ao contexto a que se destina.

Sob a perspectiva defendida por Waluchow, uma carta constitucional pode ter pontos fixos visando tutelar os direitos fundamentais e a democracia. Por outro lado, deve possuir previsões que demandam um grau de individualização e flexibilidade, que deve ser conferido diante das particularidades do caso concreto. Ainda sobre as disposições da carta, presume-se humanamente impossível que legisladores prevejam todos os conflitos futuros face à complexidade das sociedades democráticas atuais e o evoluir de seus padrões morais. Sendo assim, uma lei escrita, hoje, pode não atender aos padrões morais estabelecidos pela comunidade nas décadas seguintes e comprometer seus valores morais fundamentais (WALUCHOW, 2007, p. 3-6). Conforme explica Waluchow, os sistemas jurídicos, de maneira sensível, podem prever os descompassos morais entre a criação e a aplicação de uma carta constitucional e, assim, adotar mecanismos que acompanhem tal evolução.

De acordo com Hart (2020, p. 169), as normas se dividem entre aquelas que podem ser aplicadas por indivíduos sem novo posicionamento estatal e as que demandam uma escolha oficial bem informada no ponto de aplicação que via de regra envolvem direitos com carga moral e prescritos em linguagem indeterminada (WALUCHOW, 2007, p. 11). Desse modo, segundo Waluchow, desde que os direitos relacionados à moralidade sejam encarados como um compromisso previamente estabelecido de forma modesta, que assume não mensurar antecipadamente como os direitos e liberdades irão incidir em determinados casos, habilita-se o desenvolvimento de uma decisão judicial mais justa. Portanto, nesse sentido, Waluchow argumenta que as críticas a respeito das cartas constitucionais e da revisão judicial são gerenciáveis (WALUCHOW, 2007, p. 10). Waluchow mescla os benefícios da estabilidade jurídica e da capacidade de adaptação interpretativa das normas nas democracias constitucionais a partir da concepção de constituições como árvores vivas e da implementação do que chama de moralidade constitucional da comunidade. O autor explica que as normas morais consideradas pela comunidade como um todo estão de alguma forma ligadas às leis e práticas constitucionais. Nesse sentido, a moralidade constitucional consiste justamente em

um conjunto de normas morais com as quais a comunidade se comprometeu e que foram inseridas nas práticas jurídicas, possuindo amplo reconhecimento social (WALUCHOW, 2007, p. 227).

Nesse ponto, o autor faz a distinção entre meras opiniões morais e os verdadeiros compromissos de uma sociedade. Waluchow acredita ser ingênuo supor que se possa encontrar, nas sociedades pluralistas, uma única moralidade constitucional. No entanto, o autor sugere que em determinadas questões abordadas pelas cartas haja algum consenso sobreposto entre julgamentos. Dessa forma, é possível identificar uma moralidade constitucional comum e atribuível à comunidade como um todo após uma reflexão cuidadosa. Nesse sentido, o autor reforça que diferenças morais existem dentro do pluralismo moderno, mas que tais desacordos não implicam na ausência de um consenso sobreposto nos compromissos verdadeiros (WALUCHOW, 2007, p. 228). Wil Waluchow defende que as constituições devem ser como uma árvore viva, capaz de crescer dentro de seus limites e podendo se adaptar a circunstâncias e crenças evoluídas. O autor defende que mesmo uma revisão constitucional forte pode ser democrática, desde que os juízes não recorram às próprias convicções morais no controle de constitucionalidade. Deve-se manter a comunidade com as suas próprias convicções pelo uso da moralidade constitucional da comunidade, que se difere da moralidade pessoal e consiste em normas e convicções com as quais a comunidade democrática se comprometeu e que possuem certo reconhecimento formal e constitucional.

Em certa parte de sua fundamentação, Waluchow exemplifica que sociedades como a África do Sul no Apartheid teriam o preconceito presente em sua moralidade constitucional, embora repugnante. Nesse ponto, nota-se certa contradição na construção do autor, a qual é colocada em evidência por Natalie Stoljar. Waluchow, em sua resposta à autora, assume que, em sua defesa, valores como o preconceito não podem ser concebidos pela moralidade constitucional da comunidade. Portanto, a autenticidade dos verdadeiros compromissos de uma comunidade seria um conceito moral, uma vez que determinados valores são previamente incutidos no momento em que se veda a influência de características sociais, como o preconceito e o ódio.

Em um estado democrático, presume-se que os cidadãos são responsáveis pelo ordenamento ao qual se submetem, entretanto, não necessariamente todas as decisões que criam, modificam e extinguem leis serão diretamente feitas pelo povo.

Nesse sentido, Waluchow explica que a soberania popular pode advir de uma variedade de formas, porém, atualmente, poucas são exercidas de forma direta. Nas democracias indiretas, os cidadãos elegem representantes para que tomem as decisões públicas em seu nome. Desse modo, o autor argumenta que tanto em relação aos legisladores eleitos, quanto em relação ao estabelecido na revisão judicial, há um distanciamento entre os cidadãos e as decisões que determinam a lei (WALUCHOW, 2007, p. 17). Portanto, por ser comum que nas democracias contemporâneas juízes não eleitos exerçam o controle de constitucionalidade, faz-se necessária a análise da natureza e justificação da revisão judicial (WALUCHOW, 2007, p. 15-16).

Waluchow propõe-se a desenvolver uma concepção inédita ao complexo debate em torno das teorias do direito no controle de constitucionalidade. Nesse sentido, acredita-se que o marco distintivo de sua proposta seja o instituto da moralidade constitucional da comunidade. A partir de sua defesa à revisão judicial, retomou-se a discussão se os juízes devem ater-se à aplicação do texto constitucional restrita a seus termos ou se devem encarar as constituições como documentos vivos capazes de atender às demandas de forma mais específica. Sendo assim, Waluchow opta pela última abordagem face à capacidade limitada do legislador constituinte em prever as mudanças sociais. Nesse sentido, Waluchow ressalta, com base em Hart (2020, p. 258), que a compatibilidade entre a validade legal e a aceitação moral das normas faz-se fundamental nas democracias constitucionais. Desse modo, ressalta-se que um contexto de normas válidas, porém não moralmente concebíveis, promovem um ambiente antidemocrático, que pode desaguar em experiências dolorosas à comunidade.

Concorda-se que uma constituição escrita que resguarde os valores e direitos basilares de uma sociedade seja desejável diante da segurança jurídica que promove. Ademais, concorda-se com a abordagem sobre esse documento como um instrumento capaz de se adaptar de modo individualizado e eficiente face ao surgimento de casos distintos diante da evolução da moralidade. Portanto, o desenvolvimento do autor analisa os motivos que levam uma sociedade a optar por uma carta de direitos escrita de modo entrincheirado para delimitar os poderes governamentais (WALUCHOW, 2007, p. 42). Além disso, também analisa o porquê o poder judiciário deveria ser chamado a interpretar e aplicar essa carta de maneiras que, inclusive, podem ser contrárias à vontade da lei e do legislador. Para tal análise, Waluchow divide os argumentos dos defensores e dos críticos das cartas

e da revisão judicial, explicando que os argumentos de ambos os lados são diversos e não possuem uniformidade (WALUCHOW, 2007, p. 74-75).

Waluchow afirma que sua proposta se dirige às democracias constitucionais de modo geral, independentemente se adotam a *common law*. O Brasil é uma democracia em processo evolutivo e, embora adote o modelo da *civil law*, os precedentes têm ganho cada vez mais força, inclusive vinculante. Nesse sentido, o presente trabalho não se voltou, de modo específico, a tratar das particularidades do cenário jurídico brasileiro. No entanto, acredita-se que o conteúdo concatenado é capaz de contribuir com o debate interpretativo constitucional nacional por lançar argumentos sob o modo de aplicação e interpretação da carta na revisão judicial, que no Brasil é realizado por meio do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a presente dissertação se empenhou, então, não a responder sobre qual seria a teoria da interpretação do direito adequada a um determinado ordenamento. O que se propôs, como já dito, foi desenvolver contribuição ao debate acadêmico a partir da análise da teoria construída por Wil Waluchow, observando as vantagens de suas premissas e também suas vulnerabilidades.

Embora sejam nobres os objetivos de Waluchow, concluiu-se que, para alcançar certa viabilidade prática, sua proposta carece de prescrição aprofundada do que realmente é e qual seria o exato caminho a ser percorrido pelos juízes para encontrar a moralidade constitucional da comunidade. Acredita-se que a subjetividade da metodologia a torna insuscetível a critérios avaliativos objetivos para extrair se, de fato, o juiz obedeceu aos requisitos sugeridos por Waluchow para uma atuação legitimamente democrática de sua função e se observou os preceitos necessários para se encontrar a moralidade constitucional da comunidade, ou se meramente adotou a opinião de uma parcela de indivíduos, a qual lhe soou mais conveniente. Além disso, sobre as cartas de direito, chegou-se à conclusão de que um documento escrito com a finalidade de estabelecer a identidade de uma comunidade e tutelar formalmente seus direitos pode ser de fato uma escolha benéfica, desde que sua interpretação não recaia nas teorias de visão fixa. Como Waluchow frisa, os compromissos previamente estabelecidos na carta devem ser modestos para que, com o evoluir moral da sociedade, não se promovam decisões inaceitáveis. Inferiu-se que, embora possa se reconhecer a relevância e concordar com diversos argumentos defendidos por Waluchow, sua defesa permanece vulnerável a algumas críticas e apontamentos, como o fato de, talvez, superestimar

o nível de consenso dentro das comunidades modernas sobre assuntos amplamente controvertidos.

Acredita-se que as funções legislativas não sejam suprimidas em razão da revisão judicial, sendo possível o estabelecimento de um trabalho mútuo entre as esferas do poder público. Portanto, faz-se necessário que as decisões emitidas por qualquer das searas governamentais possam ser revistas a fim de melhor tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos. Desse modo, Waluchow apresenta argumentos plausíveis para que os legisladores não sejam os incumbidos de mensurar a incidência de direitos inerentemente ligados à moralidade. Assim sendo, pode-se retomar, a título de exemplo, as pressões partidárias de um eleitorado específico as quais os legisladores estão suscetíveis, o que conseqüentemente pode acarretar na supressão de direitos minoritários. Face à constatação de que uma determinada norma não atendeu os anseios morais de uma sociedade e, por essa razão, tornou-se incompatível com o conteúdo da carta, é possível posterior adequação por parte dos legisladores. No entanto, o reclamante a quem deu causa a essa constatação faz jus da efetiva tutela de seu direito, o qual não será satisfeito se somente for amparado posteriormente pela lei.

Conclui-se, portanto, que a revisão judicial forte a qual Waldron (2006, p. 1354) se opõe seria uma prática que confere aos tribunais a autoridade para recusar a aplicação da lei em um caso particular ou modificar o efeito da norma para fazer com que sua aplicação esteja em conformidade com os direitos individuais. Desse modo, para Waluchow, uma revisão judicial forte não necessariamente resultará em uma supremacia judicial, uma vez que, embora os juízes possuam certa margem decisória, os mesmos deverão estar pautados pelos requisitos elencados por Waluchow. Nesse sentido, concorda-se com a possibilidade de os juízes serem os agentes democraticamente legítimos para atuar no controle de constitucionalidade. Todavia, requer-se o estabelecimento de critérios bem definidos de avaliação em torno da efetiva aderência aos requisitos estabelecidos por Waluchow e que esses sejam melhor delimitados pelo autor. Portanto, conclui-se que Waluchow possui uma proposta potente, no entanto, para que obtenha êxito prático, faz-se necessário o refinamento da metodologia defendida, a qual o próprio autor assume pretender executar.

6

Referências

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, de 29 de maio de 2008. Brasília, DF, Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274, de 23 de novembro de 2011. Brasília, DF, 02 maio 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur208485/false>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, de 06 de outubro de 2016. Ceará, CE, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 12 de abril de 2012. Brasília, DF, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BURGE-HENDRIX, Brian. Waluchow's Living-Tree Constitutionalism. Introduction. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 3-16, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8069/10020>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CAMPBELL, Tom. Slaying the Hydra: Living Tree Constitutionalism and the Case for Judicial Review of Legislation. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 17-36, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8070/10021>. Acesso em: 01 fev. 2022.

CANADÁ. SUPREME COURT OF CANADA. Supreme Court Judgments: reference re Same-Sex Marriage. 2004. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>. Acesso em: 10 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** [S.L.]: WMF Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. UNITED STATES COURTS. Brown v. Board of Education. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 11 de mar. 2022.

FLORES, Imer B.. The Living Tree Constitutionalism: Fixity and Flexibility. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 37-74, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8071/10022>. Acesso em: 10 fev. 2022.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HIMMA, Kenneth Einar. Constitutionalism, Judicial Supremacy, and Judicial Review: Waluchow's Defense of Judicial Review against Waldron. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 75-99, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8072/10023>. Acesso em: 01 fev. 2022.

OTTER, Ronald Den. **Judicial Review in an Age of Moral Pluralism**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1996.

RAZ, Joseph. **Hart on Moral Rights and Legal Duties**. [S.L.]: Oxford Journal of Legal Studies, 1984.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979.

REAUME, Denise. The Constitutional Protection of Language: Security versus Survival. In: SCHNEIDERMAN, David. **Language and the State: the law and politics of identity**. Cowansville: Editions Yvon Blais, 1991. p. 118-141.

STOLJAR, Natalie. Waluchow on Moral Opinions and Moral Commitments. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 101-132, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8073/10024>. Acesso em: 10 fev. 2022.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio Perin. Trying to Fix Roots in Quicksand: some difficulties with Waluchow's conception of the true community morality. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 133-145, 1 jan. 2009. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2009.3.8074>. Acesso em: 01 fev. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. [S.L.]: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [S.L.], v. 1, n. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso em: 10 fev. 2022.

WALUCHOW, Wilfrid J.. **A Common Law Theory of Judicial Review: the living tree**. [S. L.]: Cambridge University Press, 2007.

WALUCHOW, Wilfrid J.. A Living Tree Constitutionalist Replies. **Problema:** Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 147-168, jan. 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8075/10026>. Acesso em: 01 fev. 2022.

WALUCHOW, Wilfrid J.. Constitutions as Living Trees: an idiot defends. **Canadian Journal Of Law & Jurisprudence**, [S.L.], v. 18, n. 2, p. 207-247, jul. 2005. Cambridge University Press (CUP).
<http://dx.doi.org/10.1017/s0841820900003994>. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/publication/228322988>. Acesso em: 10 fev. 2022.

WALUCHOW, Wilfrid J.. Normative Reasoning From a Point of View. In: HIMMA, Kenneth Einar; JOVANOVIĆ, Miodrag; SPAIĆ, Bojan (ed.). **Unpacking normativity**: conceptual, normative and descriptive issues. [S.L.]: Bloomsbury Collection, 2018.

WALUCHOW, Wilfrid J.. The Misconceived Quest for the Elusive Right Answer or Dedication to a Process, Not a Result. In: CANTILLO, Alejandro Linares; VALDIVIESO-LEÓN, Camilo; GARCÍA-JARAMILLO, Santiago. **Constitutionalism**: Old Dilemmas, New Insights. [S.L.]: Oxford University Press, 2021.

Apêndice I

Glossário

Carta: No presente trabalho, pode-se conceber como um documento escrito de modo unificado e dotado de status constitucional.

Caso padrão "Standard case": Trata-se da concepção padrão na defesa das cartas de direito e da revisão judicial. Via de regra, a concepção padrão pressupõe um modo específico em que os institutos são exercidos dentro das democracias constitucionais. Nesse sentido, a proposta de Waluchow visa, justamente, romper com esta concepção padrão, porém mantendo algumas de suas características essenciais.

Direitos morais: Direitos que possuem sua interpretação condicionada à relevante influência da moralidade. A concepção individual sobre direitos como “liberdade de expressão”, “igualdade”, “vida” e outros são medidos de diferentes formas a partir do que indivíduos consideram como “bom” e “justo”.

Dissonância avaliativa: Inserção em contextos que promovem distorção na concepção moral dos indivíduos que, no entanto, se estivessem em condições adequadas de avaliação certamente produziram opiniões distintas e compatíveis com o que Waluchow denomina como os verdadeiros compromissos da comunidade.

Modelo Americano de Revisão Judicial: Waluchow retoma que muitas das críticas em torno da revisão judicial volta-se especificamente para o modelo adotado nos Estados Unidos. Nesse sentido, o autor ressalta que a maioria das críticas que sobrepõe através da concepção alternativa que propõe se dirigem a uma supremacia judicial, sendo este o modo conforme muitos dos críticos concebem a prática nos Estados Unidos. Nesse modelo, segundo os críticos, as disposições morais relevantes são declaradas de forma abstrata e a emenda constitucional é extremamente difícil de se realizar, portanto, os juízes teriam, praticamente, "a palavra final" ao determinar o conteúdo das disposições morais abstratas de sua constituição.

Modelo “Bottom up” e “Top-down”: Waluchow (2007, p. 205) retira o conceito da recente crítica à legislação de direitos humanos no Canadá de Denise Reaume (1991). De modo simplificado e voltado para o foco da presente pesquisa, pode-se entender que, juridicamente, o modelo “bottom up” seria aquele em que as decisões e interpretações sobre direitos advém através da concepção dos indivíduos e dos

precedentes, ganhando força gradativamente. Alcançando, portanto, as decisões constitucionais e que envolvem os direitos morais, via de regra, prescritos nas cartas. Por outro lado, o modelo “top-down” seria aquele em que as normas advêm dos entes governamentais e que devem ser obedecidos pelo ordenamento jurídico como um todo.

Pré-compromisso: Compromissos previamente estabelecidos e rigidamente escritos em documentos a respeito do modo que devem ser interpretados direitos de carga moral.

Revisão Judicial Forte e Fraca: Determinados autores, como Waldron (2006, p. 1354), classificam a revisão judicial em sede de controle de constitucionalidade como forte ou fraca, sendo uma revisão judicial forte aquela em que os tribunais possuem autoridade para recusar a aplicar um estatuto em um caso concreto específico ou modificar seu efeito para fazer com que a aplicação esteja em conformidade com os direitos fundamentais. A revisão judicial fraca seria aquela em que os tribunais poderiam examinar se as normas legislativas estariam em conformidade com os direitos individuais, mas que não pode recusar-se a aplicar os estatutos em suas decisões (WALDRON, 2006, p. 1355).