

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM JOHN HART ELY

Fernando Borba de Castro

Dissertação
Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade de Direito Constitucional

2020

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM JOHN HART ELY

Fernando Borba de Castro

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís Pereira Coutinho
Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade de Direito Constitucional

2020

Dedico esta dissertação aos meus pais, Fábio e Ivana,
permanentes apoiadores dos meus sonhos,
dentre eles a realização deste Mestrado.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivos apresentar e discutir a justiça constitucional na teoria de John Hart Ely. O autor vislumbra com inquietação o crescimento de deliberações judiciais em detrimento da deferência aos órgãos de representatividade política. Em decisões como *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade*, ao rever a decisão do legislador democrático, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América se baseou em normas constitucionais abertas. Ely se dedica a investigar como preencher o conteúdo de tais normas e se elas asseguram resultados substantivos. Como contraponto à teoria investigada, trataremos dos escritos de Ronald Dworkin. O jusfilósofo propõe que normas abertas exigem apelos a conceitos morais, os quais não esgotam os direitos dos cidadãos àqueles expressos pelo texto, mas impõem que os juízes decidam questões de moralidade política. Segundo a abordagem procedimental de Ely, as normas abertas são dirigidas exclusivamente às esferas políticas, a quem cabe a criação do direito. A necessidade de injetar conteúdo às disposições abertas da Constituição não o conduz a admitir que seja atribuição do Poder Judiciário desenvolver juízos valorativos ou julgar cursos de ação política. A justiça constitucional deve apenas anular decisões do legislativo viciadas pelo desprezo às minorias, as quais devem ser respeitadas e representadas mesmo quando vencidas, como decorrência do pluralismo político. Ao negar a avaliação do produto legislativo com base em seus resultados substantivos, concluiremos que o fundamento democrático de Ely nos parece mais adequado: é desprovido de pretensões de absoluto e responde casos difíceis sem intentar impor o que é certo no direito. Em democracias representativas regidas pela separação de poderes, a criação do direito compete aos órgãos políticos. As normas constitucionais abertas não deixam à sorte dos tribunais a determinação ou última palavra acerca do direito.

Palavras-chave: John Hart Ely; justiça constitucional; interpretação constitucional; normas abertas; casos difíceis.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to exhibit and discuss constitutional justice in John Hart Ely's theory. Ely confronts with disquiet the growth of judicial deliberations to the detriment of deference to the bodies of political representation. In decisions like *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* and *Roe v. Wade*, when reviewing the decision of the democratic legislature, the USA's Supreme Court relied on open constitutional clauses. Ely investigates how to fill the content of such clauses and whether substantive results are ensured. Therefore, we approach Ronald Dworkin's sight as a counterpoint to the investigated theory. The jusphilosopher proposes that open clauses require appeals to moral concepts, which do not exhaust the rights of citizens to those expressed in the text, but require judges to decide questions of political morality. According to Ely's procedural conception, open clauses are addressed exclusively to the political spheres, responsible for the creation of law. The need to inject content into the open clauses of the Constitution does not lead him to admit that it is judiciary's task to develop value judgments or to judge courses of political action. Constitutional justice should only overturn legislative decisions vitiated by contempt for minorities, which must be respected and represented even when they are defeated as a result of political pluralism. By denying the evaluation of the legislative product on the basis of its substantive results, Ely's democratic ground seems to us to be more appropriate: it is devoid of claims to the absolute and answers hard cases without trying to impose what is right in law. In representative democracies governed by the separation of powers, the creation of law rests with the political bodies. Open clauses do not leave the courts with the determination or the last word on the law.

Keywords: John Hart Ely; constitutional justice; constitutional interpretation; open clauses; hard cases.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação abordará a justiça constitucional segundo a teoria do professor e pesquisador estadunidense John Hart Ely¹. O autor insere-se entre os expoentes do Direito Constitucional no século XX e expõe suas principais reflexões a respeito do objeto do nosso estudo nas obras *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review* (1980) e *On Constitutional Ground* (1996)².

Os objetivos da investigação consistirão em apresentar e problematizar a perspectiva de Ely acerca da legitimidade e da atuação da justiça constitucional – o que será realizado através de pesquisa bibliográfica, positiva e comparativa. Atentos não apenas ao contexto em que o pesquisador desenvolve sua teoria, mas também aos desafios da atualidade, exporemos e debateremos o horizonte fornecido à ação do Poder Judiciário no exercício do controlo da constitucionalidade das normas, de modo a questionar se suas propostas podem ser profícuas.

Nosso ponto de partida será a exposição, no capítulo I, de traços gerais distintivos entre as tradições jurídicas e os processos constitucionais de limitação de poder estadunidense e europeu continental. Trata-se de parte da investigação destinada precipuamente a familiarizar o leitor com factos e conceitos imprescindíveis à compreensão da instituição e evolução da justiça constitucional nos Estados Unidos – a exemplo do processo revolucionário, da confederação que antecedeu a República Federativa e da *Bill of Rights*.

A seguir, ainda no capítulo I, introduziremos algumas inquietações de Ely em sede de justiça constitucional. Trataremos do panorama em que escreve, marcado por tensões políticas entre os poderes do Estado, o que o impulsiona a trabalhar em uma teoria do controlo da constitucionalidade das normas. Apresentaremos três controvérsias judiciais que atraem a sua atenção de forma especial e elucidam com primor a preocupação primordial do horizonte

⁽¹⁾ John Hart Ely nasceu na cidade de Nova Iorque, em 03 de dezembro de 1938. Graduou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Lecionou e desenvolveu notória carreira académica nas Faculdades de Direito de Yale, Harvard, Stanford e Miami. Foi reitor da Universidade de Stanford e o membro mais jovem da equipe da comissão do juiz Earl Warren, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Foi mesmo secretário de Warren quando este presidiu a instância judiciária máxima do país (1953-1969), período marcado por decisões históricas a favor das liberdades e direitos civis, a exemplo da célebre *Brown v. Board of Education of Topeka* – cuja discussão é vital para nossa dissertação. Ely dedicou seu principal trabalho, o livro *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, à Warren, a quem considerava um herói: “You don't need many heroes if you choose carefully.” Ely foi ainda defensor público em San Diego e consultor jurídico do Departamento de Transporte durante o governo de Gerald Ford. Faleceu na Flórida, em 25 de outubro de 2003.

⁽²⁾ *On Constitutional Ground* engloba uma coleção de artigos, ensaios e outros escritos de John Hart Ely, produzidos entre os anos de 1962 e 1995.

que virá a propor: os casos constitucionais estadunidenses *Lochner v. New York* (1905)³, *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954)⁴ e *Roe v. Wade* (1973)⁵.

No primeiro deles, em síntese, a Suprema Corte declarou que a interrupção da gestação até a viabilidade do feto é um direito constitucional das mulheres. No segundo, decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que limitava as jornadas diária e semanal de labor dos padeiros. No último, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que prescreviam a segregação racial nas escolas do país. Em comum, nos três casos, os juízes constitucionais puseram em cheque a palavra do Poder Legislativo sobre as matérias em debate.

Nas controvérsias, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América acolheu argumentos dos autores das ações, os quais provocaram a jurisdição a aduzir que a regulação legal aplicável aos casos concretos violaria seus direitos constitucionais. Para emitir o juízo acerca da inconstitucionalidade das normas, a Corte se baseou em dispositivos da Constituição de natureza «aberta» ou «vaga»⁶. Acontece que não é indubitável que de tais dispositivos se possam extrair resultados substantivos e sentidos unívocos, razão que conduz Ely a se debruçar sobre a postura dos juízes constitucionais.

O pesquisador nos provoca a pensar se tais normas da Constituição permitem à justiça constitucional formular juízos valorativos acerca das controvérsias que lhes são submetidas à avaliação. Examinaremos se as pretensões aduzidas pelas partes, julgadas procedentes nos casos *Roe v. Wade* e *Lochner v. New York*, por exemplo, poderiam ter sido acolhidas com base na inconstitucionalidade da regulação legal aplicada ao caso em análise. Dedicar-nos-emos também a escrutinar se *Brown v. Board Education of Topeka*, igualmente decidido a favor da demandante, foi um julgamento correto e, caso afirmativo, o que o torna válido.

Na conjuntura em que emerge a teoria de Ely, é perceptível o conflito entre os poderes constituídos da República dos Estados Unidos. A vigorosa politização das decisões e indicações de juízes às Cortes superiores chega ao ponto intrincado de ameaçar entregar a determinação do direito à sorte das convicções e composições dos tribunais. Os escritos do autor estadunidense nos provocam a pensar de forma crítica a respeito da participação e vigilância dos cidadãos quanto às decisões do poder público, especialmente quando o poder

⁽³⁾ *Lochner v. New York*, 198, US. 45 (1905).

⁽⁴⁾ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347, US. 483 (1954).

⁽⁵⁾ *Roe v. Wade*, 410, US. 113 (1973).

⁽⁶⁾ Adotaremos nesta dissertação os termos (i) «normas», (ii) «cláusulas» ou (iii) «dispositivos» da Constituição de (i) «natureza» ou (ii) «textura» (i) «aberta» ou (ii) «vaga» no mesmo sentido – vide capítulo I, seção III – em que apresentaremos o contexto à luz do qual devem ser compreendidos.

judicial disputa com as instituições representativas a função de inovar no universo jurídico com base em juízos valorativos naturalmente diversos em sociedades plurais.

Como contraponto principal e leitor crítico de Ely, trataremos, no capítulo II, dos escritos de Ronald Dworkin. Sua escolha justifica-se, preponderantemente, por três razões: (i) é um dos mais influentes constitucionalistas e filósofos do direito do século XX; (ii) é proveniente do mesmo quadrante de Ely (Estados Unidos) e, portanto, pensa também a partir do sistema jurídico de *common law*; e (iii) demonstra especial interesse, assim como Ely, em lançar luzes na questão de como preencher as disposições mais abertas da Constituição, particularmente as cláusulas aditadas pela ou a partir da *Bill of Rights*. Tais razões viabilizam um efetivo e precioso diálogo entre as teorias.

Dworkin une-se a Ely no estudo dos casos constitucionais *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade*. Porém, proporciona um horizonte significativamente oposto. Nos faz questionar se não compete à justiça constitucional desenvolver normas de natureza aberta da Constituição e decidir com base em juízos de moralidade política. Dworkin retira algumas questões da arena de disputa política de poder para o «fórum de princípio», em que os tribunais determinam quais direitos os cidadãos possuem. Por uma opção de estrutura organizacional, a propositura de Dworkin será examinada antes da abordagem de Ely, sobretudo porque críticas significativas deste à atuação da justiça constitucional partem da leitura da teoria daquele.

Dworkin forneceu ideias que influenciaram pensadores para além das barreiras do quadrante estadunidense e do *common law*. Exibiremos que sua perspectiva, de forma direta ou indireta, forneceu influxo para diversos teóricos, inclusive portugueses e brasileiros. Todavia, nossa atenção se restringirá ao impacto decisivo de seu pensamento a respeito do controlo da constitucionalidade, especialmente no que diz respeito à densificação judicial do conteúdo de dispositivos vagos. Já não será nosso objetivo, por outro lado, analisar eventuais aporias cometidas por seus adeptos em relação à própria teoria de Dworkin.

No capítulo III, exibiremos e discutiremos a perspectiva de Ely a respeito da justiça constitucional. Abordaremos sua teoria do controlo da constitucionalidade a partir da análise da solução fornecida pelos juízes constitucionais aos casos controversos. Trataremos da visão do pensador a respeito do fundamento de cada uma das deliberações da Suprema Corte estadunidense e da forma como as associa a uma postura judicial que reputa adequada, a fim de explicar o que o tribunal de facto fez ou deveria ter feito ao ser confrontado com as questões.

Analisaremos se a justiça constitucional em Ely, ao enfrentar o problema da ação jurisdicional na densificação do sentido e do alcance das normas de natureza aberta, poderá descortinar um horizonte compatível à teoria democrática. A via procedimental proposta pelo autor não subordina a validade do direito positivo a qualquer resultado produzido pelo processo político. Pretende enfatizar a representação democrática, por intermédio do fortalecimento dos direitos de participação e acesso ao processo político, como fundamento da decisão da Corte do juiz Warren (1953-1969) em *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Ely e Dworkin convergem, pelo menos em parte, com críticas ou aprovações a determinadas deliberações da Suprema Corte. É o que acontece, por exemplo, em relação aos casos *Lochner v. New York* (com o qual discordam veementemente) e *Brown v. Board of Education of Topeka* (com o qual assentem). Os pesquisadores divergem diametralmente do resultado fornecido pelo tribunal na decisão de *Roe v. Wade* (enquanto Ely o censura, Dworkin o aprova).

A congruência a respeito do acerto ou equívoco das decisões não impede o desacordo acerca do que realmente as alicerça. Ely e Dworkin colidem em relação à explicação do que esteia certas decisões da Corte em matéria constitucional, o que fica evidente, sobretudo, na discussão de *Brown v. Board of Education of Topeka*, de modo a revelar compreensões antagónicas sobre o adequado papel da justiça constitucional em uma democracia representativa.

O alicerce das decisões da justiça constitucional será um ponto importante para nossa dissertação. Analisaremos e discutiremos, segundo as respetivas formulações teóricas, se compete aos juízes constitucionais anular uma lei aprovada pelos representantes populares⁷. Mas não é só. Em caso de resposta afirmativa, buscaremos o *fundamento* da legitimidade da atuação da justiça constitucional e *as circunstâncias* em que é lícito que a vontade expressa através das instituições representativas da soberania popular seja contrariada (questão vinculada, inelutavelmente, ao problema dos limites da atuação do poder judicial).

Cumprir pontuar que embora o pensamento de Dworkin seja adotado como contraponto central à justiça constitucional em Ely, observaremos ainda os escritos de outros

⁽⁷⁾ Como se verá ao longo da dissertação, Ely e Dworkin recorrem ao termo “anulação” em alusão ao eventual resultado do controlo jurisdicional: a recusa, por parte do Poder Judiciário, à norma aprovada pelo legislador democrático, representante do povo. Naturalmente, os autores não almejam se referir, todavia, ao sentido técnico-jurídico do termo em um sistema de *common law*, mas ao efeito prático de um tribunal, ainda que Supremo, censurar a vontade expressa através da representatividade política. Adotaremos o termo no mesmo sentido utilizado pelos constitucionalistas, sem ouvir, todavia, a imprecisão técnica, particularmente no contexto das distinções entre o controlo jurisdicional estadunidense e o europeu continental – vide capítulo I, seção I.

expoentes do Direito Constitucional cujas propostas, direta ou indiretamente, dialogam com o estudo. Destarte, embora secundariamente, aludiremos, por exemplo, a Cass Sunstein, Jeremy Waldron, Richard Posner e Jürgen Habermas como leitores críticos da teoria objeto de investigação, de forma a abordar as respetivas formulações sobre as matérias em debate.

A Constituição da República Portuguesa e a Constituição da República Federativa do Brasil vertem normas de alto teor axiológico, a exemplo de “igualdade”, “liberdade” e “dignidade da pessoa humana”. Algumas vezes, é precisamente com base em tais normas que os tribunais portugueses e brasileiros dirimem controvérsias. Examinaremos, portanto, se é possível que o prestígio da teoria de Ely transcenda o contexto estadunidense, de modo a se revelar útil em Portugal e no Brasil, em que pesem as especificidades em relação ao sistema jurídico e ao controlo da constitucionalidade acolhidos.

O recurso a normas abertas aconteceu na conjuntura portuguesa durante a chamada jurisprudência da crise, em que o Tribunal Constitucional (TC) foi provocado a se manifestar sobre as leis do orçamento do Estado durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira, por exemplo⁸. Já no Brasil tem se expandido uma atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda mais significativa. A Corte decidiu, exemplificativamente, ser inconstitucional a interpretação de que o aborto de feto anencéfalo consiste em conduta tipificada pelo Código Penal, o que conferiu às mulheres o direito de interromper a gravidez em tal situação⁹. Além disso, ao considerar o Congresso Nacional

⁽⁸⁾ É o que elucidam os Acórdãos n.º 353/2012 e 187/2013 do TC. No primeiro, foi exarado que os efeitos sucessivos e continuados dos sacrifícios impingidos às pessoas remuneradas pelo setor público, sem paridade para os outros cidadãos em geral – os quais obtêm rendimento de outras fontes – equivale a uma diferença de tratamento que não encontra fundamento suficiente no objetivo de reduzir o défice público (Acórdão do TC de 05.07.2012, acessível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>). No segundo, o TC ratificou o entendimento e considerou haver, na situação, violação ao princípio da igualdade proporcional, baseado na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não se encontra imune a um juízo de proporcionalidade e não pode manifestar-se excessiva. Não apenas porque o tratamento diferenciado dos trabalhadores do setor público não pode continuar a justificar-se através do caráter mais eficaz das medidas de redução salarial, em prejuízo de demais alternativas de contenção de custos, mas igualmente porque a sua vinculação ao interesse público não pode servir de fundamento para impor de maneira contínua sacrifícios a esses trabalhadores mediante a redução unilateral de salários, nem como critério valorativo do princípio da igualdade por comparação com os trabalhadores do setor privado ou outros titulares de rendimento. E ainda porque a penalização de dada categoria de pessoas, por efeito combinado da diminuição de salários e do aumento generalizado da carga fiscal, põe em causa os princípios da igualdade diante dos encargos públicos e da justiça tributária (Acórdão do TC de 05.04.2013, acessível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

⁽⁹⁾ O Código Penal (CP) brasileiro não contempla o consentimento ao aborto em caso de gestação de feto anencéfalo. As permissões legais para a interrupção voluntária da gravidez restringem-se à inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante e à gravidez resultante de estupro. Porém, após ser provocado pela Condeferação Nacional dos Trabalhadores na Saúde a se manifestar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, o STF, por maioria de votos, com base na dignidade humana, na liberdade sexual e reprodutiva, na autonomia e na privacidade etc. da mulher, julgou inconstitucional interpretar que o aborto de feto anencéfalo constitua conduta tipificada pelo CP (Acórdão do STF de 12.04. 2012, acessível em: www.stf.jus.br).

omisso em proteger os integrantes do grupo LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), que nascem iguais a qualquer pessoa em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica, a Corte criminalizou atos de homofobia e transfobia¹⁰.

Para além da possível influência da teoria de Ely também fora do contexto anglo-saxónico, suas ideias nos convidam a refletir a respeito de temas que são centrais ao estudo do Direito Constitucional. São alguns exemplos: (i) o significado das normas constitucionais de natureza aberta e a quem são endereçadas; (ii) o que é a Constituição e qual é a tarefa primordial do próprio Direito Constitucional; e (iii) *se e até que ponto* a justiça constitucional deve intervir no resultado do processo político, questão mesmo associada ao fundamento de sua legitimidade, particularmente em situações que contrariam os anseios de uma representatividade maioritária.

(¹⁰) Ao julgar conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e o Mandado de Injunção n.º 4733, o STF, por maioria de votos, considerou a homofobia e a transfobia crimes. O STF declarou a omissão do Congresso Nacional ao não editar diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de género da vítima. Diante da violação de direitos fundamentais da população LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), decidiu cientificar ao Congresso Nacional sua mora inconstitucional e enquadrar atos de homofobia e de transfobia no tipo penal definido na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/1989) até que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Para o STF, o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, vai além de aspetos estritamente biológicos ou fenotípicos, visto que resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de natureza histórico-cultural motivada pelo objetivo de escusar a desigualdade e dirigida ao controlo ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento hegemónico em certa estrutura social, são considerados alheios e diferentes, aviltados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em decorrência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (Acórdão do STF de 13.06.2019, acessível em: www.stf.jus.br).

CAPÍTULO I

As inquietações de John Hart Ely com decisões constitucionais controversas

1. A justiça constitucional nas tradições jurídicas e processos constitucionais de limitação de poder estadunidense e europeu continental

Esta dissertação aborda o pensamento de um importante constitucionalista oriundo de um país de *common law* e que foi concebido para ser apropriado à história constitucional dos Estados Unidos da América. É preciso ter claro *ab initio*, portanto, que a eventual tentativa de sua transposição para outros quadrantes deve levar em conta um devido esforço de adaptação. Desta maneira, antes de tratarmos do contexto em que John Hart Ely escreve sua teoria, cumpre situar a justiça constitucional em duas experiências jurídicas.

Ainda que em linhas gerais, é importante pontuar algumas distinções entre as tradições jurídicas e processos constitucionais de limitação de poder que se desenvolveram na Europa Continental e nos Estados Unidos. Se por um lado determinadas especificidades, naturalmente, não põem em causa a importância do governo de acordo com a vontade popular e a limitação do poder pelo direito – ideais concretizados em distintos sítios por meios inerentemente próprios – por outro lado não podem ser relegadas. As particularidades auxiliam a compreender a instituição e o lugar da justiça constitucional nos respectivos processos de formação das decisões públicas, questão preciosa ao estudo.

Em relação aos sistemas jurídicos, o anglo-saxónico confere autoridade vinculante aos precedentes, considerados fontes do direito. A partir da análise do caso concreto, as decisões dos tribunais traduzem uma tradição jurídica consolidada, de modo a inexistir uma completa identificação entre direito e legislação.

Ao lado de atos legislativos, há a base consuetudinária e os precedentes como fontes do direito¹¹. No *common law*, o sistema é constituído, principalmente, pela jurisprudência (*case law*), e não pelo direito legislado¹². Os costumes, que também são fontes do direito, possuem sentido normativo manifestamente de imanência social, a exprimir uma autonomia normativa originária: existem como prática social e têm os próprios interessados e

⁽¹¹⁾ Cfr. Luigi Ferrajoli, *A Democracia Através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, traduzido por Alexandre Araujo de Souza *et al.*, 1.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 140-141.

⁽¹²⁾ Cfr. Arthur Kaufmann, *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*, traduzido por Marcos Keel, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas* (orgs. Winfried Hassemer – Arthur Kaufmann), 3.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 156.

destinatários da prática consuetudinária como responsáveis pela sua constituição e permanência¹³.

O sistema romano-germânico, por sua vez, é regido por uma cultura legal de criação do direito, em que não somente as pessoas não são obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como juízes e tribunais estão sujeitos apenas à lei. A produção do direito vigente é reservada às instituições políticas e democráticas. As decisões judiciais se subordinam à legislação elaborada pelo Poder Legislativo. As deliberações dos tribunais exercem influência, mas não autoridade em relação ao direito positivo¹⁴.

Constitutivamente, o direito se identifica com as leis, as quais são formal e oficialmente prescritas por um poder com competência expressa para produzi-las¹⁵. O prestígio dos costumes como fontes do direito é bastante restrito: só são admissíveis quando compatíveis com a boa-fé e as leis assim admitirem¹⁶.

Quanto aos constitucionalismos que evoluíram dos dois lados do Atlântico e retratam peculiares processos de limitação do poder, temos semelhanças em seus períodos históricos e ideais vertidos. Segundo Maria Lúcia Amaral, na Europa Continental, há especial influência da Revolução Francesa de 1789, enquanto nos Estados Unidos, da Revolução Americana – que ocorreu entre os anos de 1776 e 1787. Não obstante, os textos mais importantes que resultaram das respectivas revoluções revelam certos contrastes¹⁷.

A revolução dos treze Estados americanos contra o domínio da Coroa britânica não iniciou com a elaboração de uma Constituição escrita, mas culminou com ela. A Constituição estadunidense de 1787 foi originariamente redigida com sete artigos que fundaram a nação e regularam o exercício dos poderes constituídos em uma República Federativa. Foi a *Bill of Rights*, em vigor desde 1791, que acrescentou à Carta Constitucional, através de dez aditamentos, liberdades individuais e garantias como prerrogativas dos cidadãos¹⁸. A *Bill of Rights*, assim como os demais aditamentos à Constituição (a somar vinte e sete na atualidade), gozam da mesma força normativa dos sete dispositivos iniciais.

(¹³) Cfr. António Castanheira Neves, Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. II, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 19.

(¹⁴) Cfr. Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 140-141.

(¹⁵) Cfr. António Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 24.

(¹⁶) Cfr. José Lamego, *Elementos de Metodologia Jurídica*, 1.ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 28.

(¹⁷) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República: Uma Introdução ao estudo do Direito Constitucional*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 59.

(¹⁸) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, pp. 59-62.

Antes de se constituir em uma República Federativa, os Estados Unidos formaram uma confederação¹⁹. Ana Maria Guerra Martins nos dá conta de que após a experiência de submissão à Coroa britânica, os treze Estados americanos reuniram-se com o fito de afirmar a sua independência (1776) e poderio, a nível político e económico. Tal não poderia ser realizado através de qualquer forma de união, razão pela qual inicialmente elaboraram uma confederação, estada no princípio da igualdade soberana dos Estados. Ocorre que os reduzidos poderes de atuação da confederação, a exemplo da impossibilidade de regulamentar o comércio e instituir tributos, bem como a dependência de contribuições financeiras, materiais e humanas dos Estados, comprometeram o êxito da organização²⁰.

Eis que em 1787, a Convenção da Filadélfia reuniu um conjunto de homens tidos como os melhores intelectuais da sua época. Diante da constatação de que a revisão dos artigos da confederação não solucionaria as dificuldades debatidas, decidiram pela elaboração de uma Constituição, ainda que com registo de vozes discordantes. A maior inovação da Convenção da Filadélfia é o federalismo, que emerge através da conciliação de um poder central forte, a União, com a autonomia dos Estados federados²¹. A União deveria dispor dos poderes necessários à execução das suas competências, mas sem que tal conduzisse à tirania. Para limitar o poder dos governantes dentro da federação, a Constituição prescreveu um sistema de *check and balances* muito acentuado²².

Dentre as inovações da Carta Constitucional estadunidense²³, destaca-se a deslocação da base de legitimidade dos governantes, de Deus, para o povo. Os redatores da Constituição

(¹⁹) Uma confederação de Estados não dá origem a um Estado soberano. Os Estados confederados permanecem com a sua soberania e a sua personalidade jurídica internacional. Além da confederação dos Estados Unidos, a história regista como exemplos a confederação helvética, até 1848, e a confederação germânica de 1817 (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, 2.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 109.).

(²⁰) Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana: Uma Lição para a Europa*, 1.^a ed., Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1994, p. 115.

(²¹) A instituição do poder político do Estado federal resulta da vontade dos poderes dos Estados federados, que não podem se dissociar da federação. Há um único vínculo de nacionalidade em todo o território a unir o povo. As Constituições dos Estados devem compatibilizar-se à Constituição Federal; os tribunais federais são responsáveis pela análise da conformidade das Cartas Constitucionais e das leis dos Estados federados com a Constituição Federal. Os Estados federados conservam poder político e prerrogativas próprios, como: (i) a elaboração da sua própria Constituição; (ii) a participação, por intermédio de representantes, na feitura e revisão da Constituição Federal; (iii) a representação própria em uma das Câmaras Parlamentares do Estado federal; (iv) Poder Legislativo próprio, concernente a matérias de interesses específicos; (v) poder tributário próprio; (vi) tribunais, administração e forças de segurança próprias (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *op. cit.*, p. 109.).

(²²) Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *op. cit.*, pp. 116-117.

(²³) Jorge Miranda elenca algumas inovações e características da Constituição estadunidense: (i) primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno; (ii) previsão de direitos de participação política mais extensos e intensos do que nos países europeus, a exemplo do *recall* ou referendo para revogação popular de mandatos de cargos municipais e estaduais; eleição, a nível local, não apenas de titulares dos órgãos políticos, como de órgãos administrativos e até judiciários; eleições primárias nos grandes partidos, em alguns Estados, para a seleção dos candidatos às eleições; (iii) primeiro Estado a decretar a separação das confissões

acreditavam que o poder residia no povo, que o podia delegar aos governantes, razão pela qual ao menos alguns dos órgãos de governo deveriam ser eleitos de forma direta pelo povo²⁴.

Na Europa Continental, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que permanece até hoje como parte integrante do direito positivo francês – diversamente da Constituição norte-americana originalmente promulgada – trouxe desde logo um catálogo de direitos. Se congregar voluntariamente indivíduos livres e iguais era o sentido da Constituição estadunidense, a experiência francesa, que se reflete em boa parte da Europa, tinha o fito de transformar a sociedade do *ancien régime* (monarquia absolutista) em uma comunidade moderna, o que exigia a ação condutora do Estado, através da lei e da Administração Pública, enquanto o poder judicial era neutralizado²⁵.

Jorge Miranda leciona que o sistema constitucional francês formou-se por via de revolução que, em progressiva radicalização, se propôs a destruir todas as instituições e formas administrativas antigas. Ainda que as ideias que inspiraram mudança não se tenham confinado à França, é lá que foram formalizadas e compendiadas, e o seu sucesso se transformou em estímulo aos liberais do resto da Europa. É a Revolução Francesa, e não a transição inglesa (através da Revolução Gloriosa) ao sistema parlamentar que melhor refletiu a contraposição entre Estado absoluto e Estado constitucional, representativo ou de direito. Enquanto nos Estados Unidos é a Constituição que cria o Estado (federal), e, então, a nação, na França é a nação (no sentido revolucionário de povo) que cria a Constituição²⁶.

De acordo com Hanna Arendt, a questão social, correspondente ao mais urgente, porém também ao menos resolúvel politicamente de todos os problemas em França, na forma da assustadora pobreza das massas, quase não teve influência na Revolução Americana. O moderno continente abrigou um novo grupo de homens unido pelos suaves laços do governo moderado e a viver em uma situação agradável de uniformidade de que fora extinta a pobreza absoluta. A textura da sociedade estadunidense foi modificada antes da sua revolução. Não foi

religiosas; (iv) primeira República alicerçada no princípio democrático; (v) primeiro sistema de governo presidencial por aplicação direta da doutrina da separação de poderes; e (vi) a noção de Constituição e do seu valor superior a todos os restantes atos da federação e dos Estados federados (Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 149-155.).

José Joaquim Gomes Canotilho observa que a Constituição estadunidense regista num documento escrito um conjunto de regras invioláveis: (i) a ideia de “povo” como autoridade ou poder político superior; (ii) subordinação do legislador e das leis às normas da Constituição; (iii) inexistência de poderes absolutos, especialmente de um poder soberano supremo, mas de poderes constituídos e autorizados pela Constituição, dispostos em uma posição equiordenada e equilibrada; e (iv) garantia, de forma estável, de um conjunto de direitos moldados em normas constitucionais, oponíveis ao arbítrio do legislador e dos demais poderes constituídos (Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 66.).

⁽²⁴⁾ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, p. 118.

⁽²⁵⁾ Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, pp. 59-64.

⁽²⁶⁾ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, pp. 165-166.

o estabelecimento de um novo Estado e de uma nova forma de governo que revolucionaram o espírito dos homens, mas o próprio novo continente, cuja gradual adorável igualdade, no entanto, apenas pareceu poder ser alcançada na Europa através do derramamento de sangue²⁷.

Nos Estados Unidos, recorda William J. Brennan Jr., a *Bill of Rights*, embora seja ao mesmo tempo uma nobre expressão da dignidade humana e sua salvaguarda – com dispositivos protetivos da liberdade de expressão, de religião, de imprensa, de associação e demais garantias contra a ação opressiva ou arbitrária do Estado – não é parte da Constituição original. É possível cogitar que a omissão inicial tenha sido oriunda da convicção de sua prescindibilidade, uma vez que o governo federal detinha poderes restritos e os Estados federados forneciam ampla proteção aos seus cidadãos. Ou que a omissão se justifique pelo cansaço dos constituintes ou pela sua compreensão do que era politicamente possível no momento. De todo modo, após a ratificação, em 1791, a *Bill of Rights* permaneceu em um longo período de hibernação no que se refere à aplicação de seus dispositivos pela jurisdição, a qual floresceu apenas bastante recentemente na história²⁸.

Segundo Maria Lúcia Amaral, também a *lei* possui sentidos diferentes nos contextos francês e estadunidense. No primeiro, é mencionada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo menos, nove vezes. Para a França revolucionária, a lei exprime a vontade geral; a soberania; o veículo da transformação. É a amiga e o instrumento dos direitos

(²⁷) Cfr. Hanna Arendt, *Sobre a Revolução*, traduzido por I. Morais, 1.^a ed., Lisboa, Relógio D'Água Editores, 2001, p. 27. A filósofa política alemã nos fornece primorosas lições sobre o contexto histórico das revoluções investigadas. Expõe, com efeito, que a simples violência e a mudança são pouco adequadas para descrever o fenómeno da revolução. É cética, por exemplo, que golpes de Estado se enquadrem como revolução, uma vez que se circunscrevem à esfera de governo e ocasionam um mínimo de agitação no povo em geral. No seu entender, só é possível falar em revolução quando acontece mudança no sentido de um novo começo. A violência, então, é empregada para instaurar uma forma de governo inteiramente distinta, a fim de atingir a formação de um novo corpo social em que a libertação da opressão visa, pelo menos, à constituição da liberdade. O espírito revolucionário dos últimos séculos, a ânsia de libertar e construir uma nova casa em que a liberdade possa viver, não encontra precedentes em toda a história anterior. Uma nova experiência que descortinava a capacidade humana para a novidade está no alicerce do tom enfático que se verifica na Revolução Americana e na Revolução Francesa (Cfr. Hanna Arendt, *op. cit.*, pp. 39-40.). Não obstante, nada poderia estar mais afastado do sentido original da palavra «revolução» do que a ideia de que todos os homens são agentes envolvidos em um processo que significa o fim definitivo de uma ordem antiga e provoca o nascimento de um novo mundo. A Revolução Gloriosa, através da qual o termo encontrou o seu definitivo lugar na linguagem e na política, não foi de forma alguma uma revolução, mas a restauração do poder monárquico na sua glória e integridade antecedentes. Nesse contexto, Hanna Arendt propõe que vislumbremos as Revoluções Americana e Francesa como desencadeadas por homens firmemente convictos que não mais faziam do que restaurar uma antiga ordem, violada pelos abusos de um governo colonial ou pelo despotismo da monarquia absoluta, respetivamente. A partir das revoluções do século XVIII, os homens percebem que um novo começo pode ser um fenómeno político, resultado do que tivessem feito e do que pudessem conscientemente iniciar a fazer. Não seria necessário, portanto, um novo continente e um novo homem. Quando a inovação chegou à praça pública, deu forma ao princípio de uma nova história, desencadeada por homens de ação, para então ser legalizada, expandida e prolongada pela sua posterioridade (Cfr. Hanna Arendt, *op. cit.*, pp. 49-55.).

(²⁸) Cfr. William J. Brennan Jr., Por que ter uma Carta de Direitos, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 189, jul./set. 1992, pp. 58-67.

e liberdades. Por sua vez, nos Estados Unidos, a *Bill of Rights* alude à lei unicamente para enunciar aquilo que não pode realizar (por exemplo: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion...”)²⁹.

Dalmo de Abreu Dallari pondera que as antigas colônias e, mais tarde, os Estados Unidos da América, se organizaram segundo o ideal de convivência entre indivíduos livres e iguais. Procuraram garantir sempre a supremacia da vontade do povo, a liberdade de associação e a possibilidade de manter o controlo sobre o governo. A Declaração da Independência, de 1776, assim consagra:

Consideramos verdades por si mesmas que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais, a vida, a liberdade e a procura da felicidade; que para proteger tais direitos são instituídos governos entre os homens, emanando seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que uma forma de governo se torna destrutiva, é direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, fundamentado em princípios e organizando seus poderes de forma que lhes parecer mais capaz de proporcionar segurança e felicidade.³⁰

Em comum, as Constituições estadunidense e francesa consagraram o princípio da separação entre os poderes do Estado. Porém, mesmo tal princípio, sobremaneira vital para as democracias, não foi concebido da mesma maneira e com a mesma rigidez. Em França, houve preponderância de uma visão mais mecânica, em que a distribuição de competências entre os diversos órgãos se operou de modo a relutar conferir aos tribunais, por exemplo, controlar a constitucionalidade das leis. Nos Estados Unidos, por sua vez, prevaleceu um sentido de coordenação a refletir uma cooperação funcional entre os poderes: um sistema de *check and balances*. É uma das razões pelas quais foram estabelecidos processos mais complexos de atuação e logo se admitiu a *judicial review*³¹.

Na experiência jurídico-constitucional estadunidense, há mais de dois séculos qualquer juiz escrutina a conformidade das normas à Constituição. Embora nenhum preceito constitucional prescreva a *judicial review*, posta em prática pela primeira vez em *Marbury v.*

(²⁹) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, p. 60. De acordo com a autora, a *Bill of Rights* foi originalmente pensada e escrita não para ser a carta de direitos dos cidadãos em face das intromissões do poder político do(s) Estado(s), mas para ser a carta de direitos dos Estados contra a assunção de competências por órgãos da Federação. Na verdade, o problema do contrato federal, que só foi definitivamente solucionado com uma guerra civil, estava ainda pendente (Cfr. Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, p. 62.).

(³⁰) Cfr. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 30.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pp. 148-149.

(³¹) Cfr. Jorge Miranda, Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (org. Jorge Miranda), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 241.

Madison (1803)³², o Poder Legislativo é um poder constituído, que não pode ser exercido contra a Constituição, obra do poder constituinte³³. Assim, praticamente desde o princípio da vigência da Constituição de 1787 a revisão judicial assegura o primado do poder constituinte sobre os atos dos poderes constituídos³⁴.

O magistrado não deve aplicar uma norma inconstitucional. Exerce o controlo de modo incidental, ou seja, no âmbito de um litígio concreto sujeito ao seu julgamento. A resolução das controvérsias concretas pode chegar aos tribunais superiores, cujo exame da constitucionalidade tem força de precedente. Ainda que resolva a constitucionalidade da norma à luz de um caso, a decisão vincula todos os tribunais. Trata-se da doutrina do *stare decisis* (“respeitar as coisas decididas”). Este poder-dever de todo e qualquer magistrado de analisar a constitucionalidade da norma aplicável ao caso concreto, e de negar a sua aplicação

(³²) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Desde a antiguidade a história regista, em períodos diversos, antecedentes do argumento em defesa da supremacia da Constituição e da necessidade da *judicial review*. No quadrante estadunidense, o raciocínio já havia mesmo sido depreendido no período colonial, com base no direito inglês, ou em Cortes federais inferiores e estaduais. Todavia, foi com *Marbury v. Madison* que a questão ganhou o mundo e enfrentou de forma exitosa resistências políticas e doutrinárias de diferentes matrizes. Nas eleições norte-americanas de 1800, o então Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pelos opositores republicanos, tanto para o Executivo quanto para o Legislativo. Thomas Jefferson foi eleito o novo Presidente. Para preservar sua influência política através do Judiciário, os federalistas se utilizaram da maioria que ainda detinham, e fizeram uma articulação entre Adams e o Congresso. Aprovaram uma lei de reorganização do Judiciário Federal (*The Circuit Court Act*) que, dentre outras medidas: (i) reduziu o número de juízes da Suprema Corte, com o desiderato de impedir uma nova nomeação por Jefferson; e (ii) criou dezesseis novos cargos de juizes federais, todos preenchidos por aliados do Presidente derrotado. Além disso, editaram uma lei (*The Organic Act of the District of Columbia*) que autorizou Adams a nomear quarenta e dois juízes de paz, cujos nomes foram aprovados pelo Senado até a véspera da posse de Jefferson. O então Presidente ainda nomeou seu Secretário de Estado, John Marshall, para o cargo de Presidente da Suprema Corte, tendo este, embora seu nome já tenha sido aprovado pelo Senado, permanecido no Governo de Adams até o último dia do mandato. Marshall foi encarregado de entregar os atos de investidura aos novos juízes de paz. Porém, com um único dia para isso, Marshall não conseguiu entregá-los a todos. Com a posse de Jefferson, seu Secretário de Estado, James Madison, conforme orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura remanescentes. Eis que William Marbury, um dos juízes nomeados e não empossados, ajuizou ação judicial (*writ of mandamus*) esteada em lei de 1789 (*The Judiciary Act*), que conferia à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações de tal natureza. Empossado presidente da Corte, Marshall desenvolveu argumentação no seguinte sentido: (i) como Marbury possuía título jurídico para o cargo, tinha direito ao ato de investidura, e sua recusa era uma clara violação desse direito, para a qual as leis conferiam remédio jurídico; (ii) nada obstante, a Suprema Corte não detinha competência para expedir o *mandamus*, porque a lei de 1789 (*The Judiciary Act*), ao criar competência originária fora das hipóteses da Constituição, incidia em inconstitucionalidade. Uma lei ordinária não poderia outorgar competência originária à Corte não prevista constitucionalmente. Assim, *Marbury v. Madison* inaugurou o controlo da constitucionalidade no constitucionalismo moderno, estabeleceu o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes do Estado e da competência do Poder Judiciário enquanto seu intérprete final, com poder para invalidar os atos que lhe transgridam. Embora sujeita a diversas críticas, muitas delas com argumentos sólidos, com o passar do tempo a decisão adquiriu maior dimensão e passou a ser celebrada universalmente como o precedente que firmou a prevalência dos valores permanentes da Constituição em relação à vontade circunstancial das maiorias legislativas (Cfr. Luís Roberto Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 6.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, pp. 25-32.).

(³³) Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, pp. 156-157.

(³⁴) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, p. 69.

após um juízo de inconstitucionalidade, é uma inovação do constitucionalismo estadunidense³⁵.

Em sentido técnico, não há que se falar em anulação jurisdicional da lei. Trata-se de desaplicação da norma pela justiça constitucional. Todo ato contrário à Constituição Federal é considerado desde logo privado de efeitos jurídicos³⁶. Destarte, não é sequer necessário que o Poder Legislativo o revogue.

Por outro lado, segundo o modelo europeu, inspirado no paradigma *kelseniano*, a partir da primeira metade do século XX, a fiscalização passa a competir a um tribunal específico, responsável pela garantia jurisdicional da Constituição. O referido tribunal não julga os litígios concretos, mas a constitucionalidade abstrata das normas infraconstitucionais³⁷. Os juízes comuns, ainda que possam conhecer das questões de constitucionalidade das normas ordinárias, não as decidem, mas suspendem o feito e remetem ao tribunal especializado a deliberação acerca da compatibilidade constitucional da norma³⁸.

Anteriormente, todavia, vigorou na Europa Continental um sistema de fiscalização política que retardou a juridicidade da Constituição³⁹. Não poderia haver espaço para o controlo jurisdicional da conformidade das leis à Constituição, uma vez que aos juízes não era permitido o acesso direto aos textos constitucionais⁴⁰.

Lembremos que a Revolução Francesa assumiu a missão de superar integralmente o sistema político e social do *ancien régime*. Ao povo não cabia apenas ser o autor da Constituição. Deveria ser o soberano dos rumos da nação, não obstruído pela Constituição. Eis que o Parlamento passa a ser a expressão soberana do povo, não limitado por qualquer

(³⁵) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, pp. 63-64.

(³⁶) Cfr. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 26.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 311.

(³⁷) Hans Kelsen preconiza que a constitucionalidade da elaboração das leis não é suficientemente garantida pelo poder de promulgação ou veto do Chefe de Estado de uma nação. Apenas uma teoria hierárquica da ordem jurídica (“Stufenbau”) é capaz de interpretar o sentido de uma noção fundamental de Constituição, que implica a ideia de hierarquia de formas jurídicas (Hans Kelsen, *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional – 1928)*, traduzido por Ana Bela Cabral, *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, Vol. 20/21, 2001, pp. 11-12.). Da mesma forma que a Administração e a justiça estão subordinadas à legislação, a legislação está subordinada à Constituição. Não faz sentido, portanto, aduzir a incompatibilidade da justiça constitucional com a soberania do legislador, cujo argumento serve apenas para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão Legislativo, de não se limitar pelas normas da Constituição (Cfr. Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 19-20.).

(³⁸) Cfr. Jorge Reis Novais, *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade: Avaliação Crítica*, 1.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, reimp, pp. 63-64.

(³⁹) Cfr. Carlos Blanco de Morais, Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (orgs. António Menezes Cordeiro – Luís Menezes Leitão – Janeiro da Costa Gomes), Vol. V, Coimbra, Almedina, 2003, p. 87.

(⁴⁰) Cfr. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, pp. 63-64.

norma, ainda que de estrato constitucional⁴¹. Ao evidenciar o direito do povo francês de sempre revisar e modificar a sua Constituição, o artigo 23 da Carta de 1793 corporificou o primado da vontade popular.

Associada à desconfiança dos revolucionários nos juízes, a ideia de supremacia do Parlamento inviabilizava o controlo da constitucionalidade. Ao Judiciário cabia a aplicação mecânica da lei, através de um silogismo. A decisão judicial se restringia a enquadrar os factos (premissa menor) à lei (premissa maior)⁴².

A doutrina da separação de poderes de Montesquieu, exposta na célebre obra *De L'Esprit des Lois*, admitia ao poder judicial apenas a função de aplicar o direito, mas não completá-lo ou suprir suas lacunas de maneira criativa⁴³. A jurisprudência não poderia desempenhar outro papel que não ser “la bouche qui prononces les paroles de la loi”⁴⁴. A importância da segurança e publicidade do direito pós-Revolução deve-se à orientação destes, no *ancien régime*, ao segredo de Estado e de justiça⁴⁵.

Em Montesquieu, a separação de poderes, mais do que uma rígida divisão, é uma divisão com interdependência. A relação entre poderes distintos não se reporta tanto (ou somente) às funções ou aos órgãos titulares das mesmas. Se reporta antes aos complexos sociais que se declaram ou insinuem como pretendentes políticos ao desempenho de certa

(⁴¹) Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed., São Paulo, Saraiva Editora, 2014, p. 44.

(⁴²) Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 46.

(⁴³) Para Montesquieu, a única maneira de limitar o poder consiste em criar outro poder que o limite. Se na mesma pessoa ou corpo de magistrados o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há que se falar em liberdade. Também não há liberdade se o poder de julgar não está separado do Legislativo e do Executivo. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo grupo de magistrados ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os desacordos de particulares. Para que ninguém possa abusar do poder, é necessário que o poder limite o poder. Porém, Montesquieu não se limita a decompor o poder em correspondência com três funções. Confere ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo “*faculté de statuer*” e “*faculté d’empêcher*”. A primeira corresponde ao direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir aquilo que tenha sido ordenado por outro. A segunda, ao direito de anular uma decisão tomada por quem quer que seja. O órgão que tem o Poder Legislativo deve ter um poder positivo de estabelecer leis, mas deve ter também um poder negativo de obstar que outros órgãos façam algo que prejudique os interesses gerais. Da mesma forma, o órgão que tem o Poder Executivo não deve apenas ter o poder positivo de executar as leis, mas também um poder negativo, de modo a que não sejam elaboradas leis contrárias aos interesses gerais. Somente quanto ao Judiciário, que Montesquieu considera um poder sem relevância política, não faz distinção entre “*faculté de statuer*” e “*faculté d’empêcher*” (Cfr. Jorge Miranda, *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*, pp. 236-237.). Avesso aos regimes despóticos, caracterizados pela crueldade e pela intolerância, Montesquieu acredita que apenas governos moderados são bons governos. É uma marca de sua doutrina a preocupação com a prevenção de excessivas concentrações ou desequilíbrios de poder, tendo-se presente serem estes sempre de molde a gerar situações coercitivas e intimidatórias (Cfr. Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos: Lições de Ciência Política*, 1ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2015, reimp, p. 72.).

(⁴⁴) Cfr. Arthur Kaufmann, *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*, p. 116.

(⁴⁵) Cfr. António Pedro Barbas Homem, *A crise da justiça, a cidadania e a sociedade*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 69.

tarefa estatal e que, assim, desejam quinhomar o poder. A independência do poder jurisdicional significa que aí, ao nível do poder jurisdicional, não intercorre colaboração entre os complexos sociais, mas uma separação entre eles⁴⁶.

Nos Estados Unidos da América – graças às lições fornecidas pelas medidas abusivas infligidas às antigas colónias pela Coroa britânica através do seu Parlamento – emergiu rapidamente a necessidade de amparo contramajoritário⁴⁷. Na Europa, é só após as Guerras Mundiais do século XX, com a preocupação de garantir os direitos fundamentais e as minorias em face de eventuais ofensivas maioritárias, que se adotou a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade⁴⁸.

Embora inicialmente a Europa Continental tenha resistido ao *judicial review*⁴⁹, com o decurso do tempo houve uma aproximação ao modelo americano. O sistema europeu continental não apenas admitiu o controlo judicial, como o instituiu de modo a vincular os tribunais inferiores às decisões das instâncias superiores. Atualmente, Tribunais Constitucionais como o português emitem decisões que impedem a própria Corte ou outro tribunal de proferir decisões que interfiram com o julgamento da constitucionalidade, além de extenuar a possibilidade de discussão da questão⁵⁰. Se nos Estados Unidos da América o *stare decisis* fornece uma eficácia geral às decisões da Suprema Corte, na Europa Continental os atuais Tribunais Constitucionais ou cortes análogas decidem também de forma a sujeitar os demais órgãos do Judiciário⁵¹.

Marcelo Rebelo de Sousa esclarece que a confluência entre os modelos não confere à fiscalização da constitucionalidade, ou mesmo à generalidade das situações, porém, uma natureza de criação originária ou, principalmente, o exercício de qualquer função legiferante. Mesmo no *common law*, onde é possível se falar em criação originária do direito via caso concreto, há de se distinguir tal geração da legislação, na medida em que constituem modos

(⁴⁶) Cfr. Paulo Castro Rangel, A separação de poderes segundo Montesquieu, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 357.

(⁴⁷) Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 48.

(⁴⁸) Cfr. Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos*, p. 134.

(⁴⁹) Na Europa Continental havia receio em relação à insegurança jurídica que poderia ser provocada nos países de tradição romano-germânica. Inexistindo a vinculação e uniformidade que nos países de *common law* são asseguradas pela força do precedente (*stare decisis*), maiores contradições poderiam ser geradas. Possibilitar aos juízes a recusa de aplicação da legislação com base na inconstitucionalidade expandiria situações de insegurança jurídica, dado que em circunstâncias análogas diferentes juízes poderiam dissentir a respeito da aplicação normativa (Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, 1.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 150.).

(⁵⁰) Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1009.

(⁵¹) Cfr. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 501.

substancialmente diferentes da produção jurídica. No sistema de direito legislado, as evoluções não põem em causa a natureza não legislativa da atividade exercida por órgão ou órgãos que, mesmo ao criar normas, situam-se à margem da tarefa de protagonismo demorepresentativo-político-propulsor⁵².

Carlos Blanco de Moraes observa que a subordinação dos tribunais à lei não impede que realizem, embora sem força obrigatória, a interpretação e integração autorizada da legislação. Fora do campo do controlo da constitucionalidade, são vedadas operações jurisdicionais de interpretação (clarificação do sentido das normas) e de integração (preenchimento de lacunas, como vazios de regulação) que sejam dotadas de eficácia externa e força obrigatória para os sujeitos situados fora do processo em discussão. Nada obstante, a referida subordinação não compromete o poder-dever dos tribunais comuns e do Tribunal Constitucional de julgar a invalidade de leis contrastantes à Constituição ou a outras leis às quais a Constituição exige relações de respeito⁵³.

Para além do movimento de aproximação entre os sistemas de controlo da constitucionalidade praticados nos dois lados do Atlântico, a qual gera dificuldades na determinação dos limites da justiça constitucional⁵⁴, se somam novos desafios impostos pela densidade axiológica de determinadas normas de Constituições como as da República Portuguesa de 1976 e as da República Federativa do Brasil de 1988. As Cartas Constitucionais vigentes em Portugal e no Brasil são dotadas de extensas tarefas e fins, sobretudo nos domínios económicos, sociais e culturais. Arrolam catálogos de direitos que exigem não uma abstenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas uma atuação material positiva⁵⁵, o que, sobretudo em países em vias de desenvolvimento, provoca ainda mais tensões entre os poderes constituídos.

(⁵²) Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, Legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 217.

(⁵³) Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I: As funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento Português, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 48.

(⁵⁴) Sem qualquer afinidade que o associe à tradição de *common law*, em que vigora o *stare decisis*, o Brasil, por exemplo, caminha paradoxalmente no sentido de atribuir aos precedentes *status* de fonte jurídica. A emergência da figura das «súmulas vinculantes» ilustra a situação. Preocupa Alexandre de Moraes a autorização dada ao STF pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 para elaborar, de ofício ou mediante provocação, enunciados a respeito não apenas da vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também sobre a sua interpretação. De acordo com o autor, as súmulas geram problemas ao admitir a transformação do STF em autêntico «legislador positivo», que complementa e especifica princípios e conceitos indeterminados, quando não chega mesmo ao ponto de moldar, com alto teor de subjetivismo, sua interpretação (Cfr. Alexandre de Moraes, As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 121.).

(⁵⁵) Cfr. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 516-518.

Para Vital Moreira, a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo quando confiada a um tribunal específico, é hoje um requisito de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. Mesmo França ou Inglaterra, exemplos de países originariamente alheios ao controlo da legislação pelo Poder Judiciário, caminham no sentido de admiti-lo. A legitimidade da existência da justiça constitucional deixou de ser o centro das controvérsias. Em seu lugar está o sentido, alcance, extensão e limites do exercício de tal controlo⁵⁶.

2. Os juízes constitucionais diante dos casos *Lochner*, *Brown* e *Roe*

Sintetizados alguns traços distintivos entre a experiência jurídica europeia continental e estadunidense, especialmente quanto à instituição da justiça constitucional nos respetivos processos de limitação do poder pelo direito, podemos dirigir nossa atenção ao contexto em que o pensamento de Ely se desenlaça. Para responder como as deliberações públicas devem ser atingidas na sociedade americana, o autor é sensível à natureza da própria Constituição e ao sistema representativo de governo por ela delineado.

Sua teoria do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas nos convida a debater a respeito da resolução de controvérsias em democracias representativas. O poder, afinal de contas, nas democracias constitucionais modernas, emana do povo, que o exerce de forma direta ou através de representantes eleitos. O pesquisador analisa o papel da justiça constitucional quando provocada a deliberar acerca de questões conflituosas, a respeito das quais o texto da Constituição dispõe de esparsos indícios de seus desfechos, quando muito.

Na conjuntura em que Ely elabora sua teoria, algumas decisões emblemáticas da Suprema Corte do país suscitaram questionamentos que perduram até os dias de hoje. Em virtude de deliberações em matérias constitucionais esteadas não nos sete artigos originais da Carta que fundou os Estados Unidos, mas em dispositivos abertos introduzidos pela ou a partir da *Bill of Rights*, se passou a questionar uma postura judicial inovatória. Algumas decisões da instância judiciária máxima da federação aconteceram em sentido contrário ao definido pelo legislador democraticamente eleito, o que despertou tensões entre os poderes e a preocupação da comunidade académica com o poder criativo dos juízes.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Vital Moreira, Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 178-179.

No início do século XX, a fim de proteger a saúde dos trabalhadores, uma lei do Estado de Nova Iorque limitou a jornada dos padeiros em dez horas diárias e sessenta semanais. Provocada a se manifestar através do caso *Lochner v. New York* (1905), a jurisdição constitucional reputou a legislação estadual em questão inconstitucional, ainda que a Constituição, mesmo após os aditamentos da *Bill of Rights*, pouco tivesse a dizer sobre contratos.

Joseph Lochner, proprietário de uma pequena padaria localizada em Utica, violou a referida legislação do Estado federado. Por tal conduta, foi sancionado com a cominação prevista em lei: multa. Não resignado com a sanção legal, Lochner ajuizou a devida ação judicial para impugná-la. Argumentou que o direito de contratar livremente era um daqueles abrangidos por uma noção substantiva da norma que prevê o devido processo legal.

Esgotados os recursos ordinários sem resolução definitiva do conflito, a matéria chegou à apreciação da Suprema Corte. Foi através de um julgamento apertado (cinco votos opostos à legislação e quatro favoráveis⁵⁷), que ficou decidido que a classificação legislativa que conferia poder de polícia ao Estado de Nova Iorque para interferir na liberdade de contratar dos indivíduos seria arbitrária, desnecessária e irracional.

Segundo a Corte, o direito de contratar livremente seria parte da liberdade do indivíduo protegida pela cláusula constitucional do devido processo legal. Os dispositivos vagos da *Bill of Rights* foram compreendidos no sentido do *laissez-faire*, e, portanto, contrários às regulações legislativas do mercado económico. Já a desigualdade do poder de barganha entre trabalhadores e proprietários foi considerada irrelevante

Um excelente panorama do contexto que atrai a curiosidade de Ely e o provoca a elaborar uma teoria do controlo da constitucionalidade é apresentado por Maria Benedita Urbano. Segundo a pesquisadora, *Lochner v. New York* constituiu o primeiro caso

(⁵⁷) A Suprema Corte é composta por nove juízes vitalícios e inamovíveis, que são designados pelo Presidente da República, mediante parecer e aprovação do Senado Federal. A organização judiciária estadunidense reflete a estrutura federal do país: há justiças estaduais e a justiça federal. Cada Estado federado possui o seu poder judicial, com um Supremo Tribunal e Cortes de primeira e segunda instância competentes para julgar questões civis e criminais entre os seus cidadãos, aplicando as leis privativas dos respetivos entes federados. Os tribunais federais são responsáveis pelo julgamento de casos em que são aplicáveis a Constituição Federal, as leis federais, as normas de Direito Internacional Público, os casos em que a União Federal figura como autora ou ré, os litígios em que uma ou ambas as partes sejam Estados federados, conflitos envolvendo cidadãos de diversos Estados e lides entre interesses americanos e cidadãos ou Estados estrangeiros. Em suma, as questões que, pelas partes ou pelo direito a aplicar, transcendam o âmbito de um Estado federado (Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 1983, p. 88.).

constitucional que ocasionou críticas abertas e mesmo acusações de que os juízes da Suprema Corte teriam agido segundo uma agenda política e, por isso mesmo, atuado de forma parcial⁵⁸.

A autora leciona que entre os anos de 1935 e 1937, período mais conturbado do *New Deal*⁵⁹, o então Presidente Franklin Roosevelt entrou em conflito com a Suprema Corte ao discutir os riscos dos excessos cometidos no controlo judicial. Ante o insucesso na implementação da legislação económica e social almejada, chumbada pela jurisdição constitucional, Roosevelt tentou, sem êxito, modificar a composição da Suprema Corte para atender aos interesses das suas políticas de matriz social. Em que pese não ter obtido o apoio do Parlamento para reformular a formatação do tribunal, o então Presidente saiu vitorioso contra o criativismo da Corte. Conseguiu ascender o debate a respeito do problema de um órgão desprovido de legitimidade estar, afinal, a fazer política⁶⁰.

Em vista disso, a partir de 1937 a jurisprudência da Suprema Corte demonstrou maior abertura ao *New Deal*. Roosevelt teve também a oportunidade de nomear oito juízes para o tribunal em substituição daqueles que encerraram suas funções. Seja como for, até meados de 1950 verificou-se uma deferência da jurisdição ao Parlamento, com base na presunção da constitucionalidade da legislação⁶¹.

Urbano explica que eis que emerge, então, um novo ativismo, mas de viés diverso daquele da era *Lochner*. Trata-se de um ativismo profundamente liberal: pró-direitos fundamentais clássicos inspirador da Corte do juiz Warren e, em menor escala, da Corte do juiz Burger. A atuação da Suprema Corte foi aplaudida contra a segregação racial em *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) e, de certa forma, a favor da liberalização do aborto em *Roe v. Wade* (1973). Enquanto o ativismo conservador de *Lochner* extraiu seu fundamento de uma leitura criativa do devido processo legal, o ativismo liberal recorreu a «zonas de penumbra» da Constituição⁶². Alan M. Dershowitz explica que sem prejuízo de ter resistido

(⁵⁸) Cfr. Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 1.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2012, p. 92.

(⁵⁹) O *New Deal* consistiu em um conjunto de medidas de políticas económicas e sociais adotadas pelo Presidente Franklin Roosevelt após a grande depressão de 1929. Teve em vista tentar salvar os Estados Unidos da maior crise económica da sua história. Entre outras medidas, destacaram-se, no âmbito social: a instituição de um sistema de seguridade social, com benefícios para os trabalhadores em termos de aposentadorias; a criação de um sistema de seguro-desemprego; e o provimento de auxílio financeiro às famílias menos favorecidas e com filhos em idade de dependência (Cfr. Fábio Guedes Gomes, Conflito social e 'Welfare State': Estado e desenvolvimento social no Brasil, *Revista de Administração Pública*, Vol. 40, n.º 2, 2006, p. 206.).

(⁶⁰) Cfr. Maria Benedita Urbano, *op. cit.*, pp. 88-89.

(⁶¹) Cfr. Maria Benedita Urbano, *op. cit.*, p. 93.

(⁶²) Cfr. Maria Benedita Urbano, *ibidem*.

ao teste do tempo, foi em um período de grande politização de decisões e indicações judiciais que uma teoria como a de Ely de facto se tornou mais persuasiva e convincente⁶³.

O segundo conflito judicial fundamental ao nosso estudo, *Brown v. Board of Education of Topeka*, tem sua génese quando uma família negra residente em Topeka, Estado do Kansas, tentou matricular sua filha na unidade escolar pública mais próxima de casa. Porém, o conselho de educação local negou o pedido. Assim como demais conselhos, o de Topeka implementou escolas primárias a separar crianças brancas de negras – no caso, com base em uma lei estadual que assim o permitia, desde que a população superasse quinze mil habitantes. Com a negativa do conselho de educação, a criança teria de se deslocar de autocarro até a escola só para negros. Destarte, a família acionou a jurisdição.

O tribunal local decidiu a favor do conselho educacional com base no precedente *Plessy v. Ferguson*⁶⁴, em que a Suprema Corte julgou que a segregação racial não era em si uma violação da cláusula constitucional da igual proteção das leis. O tribunal local considerou que como as instalações, transportes e qualificações educacionais eram iguais, não havia afronta à norma constitucional. Daí a expressão “separados, mas iguais”.

Após a interposição de recursos, o caso chegou à apreciação da Suprema Corte. Foi analisado em 1954, em conjunto com outros de natureza semelhante, da mesma e também de outras regiões dos Estados Unidos. A Corte, à época presidida por Earl Warren, decidiu, por unanimidade, que as leis estaduais que estabeleciam a separação eram inconstitucionais, ainda que as escolas segregadas fossem iguais em qualidade. A inerente desigualdade feriria a cláusula constitucional da igual proteção das leis, a qual não deixaria espaço que justificasse a ideia de “separados, mas iguais”. O tribunal, todavia, não especificou de que forma sua decisão deveria ser posta em prática pelos Estados.

Por fim, em *Roe v. Wade*, no Texas, em 1970, uma gestante buscou amparo jurisdicional para realizar um aborto, uma vez que sua gravidez seria fruto de um estupro. Henry Wade, representante do Estado do Texas, manifestou-se contrariamente à interrupção da gravidez. O estatuto local defendido por Wade permitia o aborto apenas com o propósito de salvar a vida da gestante. O tribunal local deliberou a favor do pedido de Roe, com base no direito à privacidade, mas negou a mudança da legislação.

⁽⁶³⁾ Cfr. Alan M. Dershowitz, In Memoriam: John Hart Ely, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 6, 2004, p. 1744.

⁽⁶⁴⁾ *Plessy v. Ferguson*, 163 US. 537 (1896). Na decisão, a Suprema Corte considerou que os Estados da federação poderiam impor a separação entre brancos e negros em locais públicos sem infringir a igualdade, sob a doutrina do “separados, mas iguais”. A segregação realizada não violaria a Constituição ou expressaria inferioridade, mas seria uma simples “questão política”.

A decisão foi alvo de recurso. Enquanto o processo transcorria, Roe deu à luz sua criança, que foi encaminhada à adoção. Em 1973, a Suprema Corte presidida pelo juiz Burger decidiu no sentido de reconhecer à mulher, até a viabilidade do feto, o direito de dirimir acerca da continuidade ou não da gravidez. A deliberação foi fundamentada no direito à privacidade e intimidade femininas, sob a cláusula constitucional do devido processo legal. Os direitos à privacidade e intimidades foram considerados fundamentais e nenhum Estado federado poderia legislar em sentido oposto.

É interessante observar que a legalização do aborto decidida em *Roe v. Wade* não se limitou aos casos de estupros. Com a deliberação, todas as leis estaduais que criminalizavam ou restringiam o aborto até o sétimo mês de gestação foram obrigadas a sofrer modificações. A Suprema Corte fixou o aborto como direito da mulher, por qualquer motivo, até o momento em que o feto se torna viável, isto é, potencialmente capaz de viver fora do útero materno. O direito deveria ser equilibrado, segundo a Corte, com a potencialidade da vida humana e o interesse do Estado na regulamentação, que se tornariam mais fortes de acordo com a evolução da gravidez. Os Estados, portanto, apenas ficaram autorizados a regular o aborto para salvaguardar a vida do feto a partir do sétimo mês de gestação, marco inicial da viabilidade.

As aludidas decisões, altamente controversas, geraram reações críticas quanto à oponibilidade de cláusulas constitucionais abertas ao legislador. É nessa conjuntura que Ely, secretário da Suprema Corte do juiz Earl Warren, precisamente a quem dedica *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, se dedica a superar uma dicotomia na esfera da teoria constitucional que reputa falsa. Trata-se do conflito entre o «interpretativismo» e o «não interpretativismo». Para a primeira corrente, ao decidir questões constitucionais, os juízes devem se limitar a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas no texto da Constituição. Já para os adeptos da segunda, devem ir além do texto constitucional e fazer cumprir normas não claramente expressas na linguagem do documento⁶⁵.

A inquietação de Ely lança luzes na investigação da legitimidade da justiça constitucional em uma democracia representativa. Oferece uma perspectiva a respeito do *fundamento* constitucional que habilita autoridades não eleitas e nem responsáveis politicamente perante a população a revisarem a legislação aprovada pelo legislador democrático. Ademais, fornece um horizonte para apontar *as circunstâncias em que é válido*

⁽⁶⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 01.

que a jurisdição, no controlo da constitucionalidade, censure a vontade expressa pela representatividade política através do Poder Legislativo.

Desde o início, Ely regista não acreditar na existência de correlação entre uma perspetiva «interpretativista» e o conservadorismo político⁶⁶. O apreço pelo liberalismo político tampouco acarreta a adoção de uma visão «não interpretativista». O próprio Ely, por exemplo, apesar de declarar-se verdadeiramente liberal em matéria política, rejeita a intervenção da justiça constitucional nos juízos de valor próprios do Poder Legislativo⁶⁷. Tal refutação nos fornece pistas de sua proposição para o controlo jurisdicional da constitucionalidade.

Segundo o autor, o que distingue de facto o «interpretativismo» do «não interpretativismo» é que o primeiro admite a anulação dos atos dos poderes políticos apenas quando nos deparamos com uma violação claramente perceptível à Constituição. Como nem todos os casos podem ser previstos, ambas as correntes concordam que a inferência completa não pode ser identificada na Carta Constitucional⁶⁸.

A questão suscitada por Ely é que deixar escolhas substantivas da sociedade presas às crenças dos constituintes, falecidos há mais de um século, não se coaduna com os pressupostos implícitos do sistema jurídico-político estadunidense⁶⁹. Não obstante, da mesma forma não é uma possibilidade enveredar por um caminho que conceda soberania ao Poder Judiciário para selecionar os valores substantivos da comunidade política. A primeira alternativa corresponde à solução fornecida pelo «interpretativismo», ao passo que a segunda àquela proposta pelo «não interpretativismo»⁷⁰.

O problema gerado pela corrente «interpretativista», o aprisionamento da presente e futuras gerações segundo as prescrições daqueles que já viveram as suas vidas, desperta significativo ceticismo. Carlos Blanco de Moraes preleciona que toda Constituição é, na realidade, uma Lei Fundamental no tempo. A realidade político-social com a qual colidem as suas normas se sujeita a mutações históricas, o que não deixa o conteúdo da Constituição incólume. Na existência de um congelamento normativo de seu conteúdo, sua função não é

⁽⁶⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 02.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 72.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 01-02.

⁽⁶⁹⁾ Ely provoca reflexão a respeito do paradoxo democrático: cada geração pretender ser livre para vincular as gerações vindouras, sem, porém, ser vinculada pelas antecedentes. O que está em causa é a autodeterminação das gerações, que poderiam ser governadas segundo as decisões pretéritas. Com notório estudo sobre a problemática: Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, 1.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1984, pp. 93 ss. e Stephen Holmes, Precommitment and the Paradox of Democracy, in *Constitutionalism and Democracy* (coords. Jon Elster – Rune Slagstad), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 195 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. VII.

cumprida. Destarte, o poder de revê-la é uma garantia da Constituição, como forma de atualização e adaptação ao dever político, económico e social⁷¹.

Para Konrad Hesse, a vida que a Constituição objetiva regular é a vida histórica e, enquanto tal, sujeita a mudanças. É a mutabilidade que caracteriza particularmente as relações existenciais reguladas, razão pela qual somente ao preço de reformas constitucionais frequentes o Direito Constitucional possa se fazer preciso, evidente e previsível. Caso seja meta da Constituição possibilitar a resolução das múltiplas situações críticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer, inelutavelmente, aberto ao tempo⁷².

Paulo Bonavides pondera que a ideia de relativa imutabilidade do texto constitucional se associa a uma estabilidade ou permanência que traduz, até certo ponto, o grau de certeza e solidez jurídicas das instituições num determinado ordenamento estatal. O dilema, entretanto, é que a imutabilidade constitucional conflita com a vida – que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Aceitar a ideia da imutabilidade da Constituição significaria fechar os caminhos da reforma pacífica do sistema político e entregar a resolução das crises à Revolução e ao golpe de Estado⁷³.

Alexandre Sousa Pinheiro e Pedro Lomba assinalam uma tensão temporal que inevitavelmente atinge qualquer ordem política democraticamente legitimada. As Cartas das democracias constitucionais definem e estabilizam, num dado contexto histórico, um conjunto de opções fundamentais aceites pelo povo. Não por outra razão, temos um conflito com a mudança intergeracional, uma vez que a legitimidade democrática subjacente a determinadas

(⁷¹) Cfr. Carlos Blanco de Morais, *Justiça constitucional*, Tomo I: A Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 65-67.

Com perceção contrária, José Joaquim Gomes Canotilho propõe uma filosofia «garantística», segundo a qual a Constituição não é fundamentalmente um projeto para o futuro, mas uma forma de garantir direitos e de limitar poderes. O autor rejeita que o próprio poder constituinte tenha autonomia: serve à criação de um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes. Assim, sugere a ideia de uma Constituição oponível aos representantes do povo, e não apenas querida pelo povo soberano (Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 66.).

Por sua vez, Luigi Ferrajoli defende uma perspetiva de «constitucionalismo garantista», em que a rigidez da Constituição é uma garantia primordial à soberania popular das futuras gerações e dos próprios poderes das vindouras maiorias. É a razão pela qual o investigador propõe, no mínimo, a proibição da revisão de alguns princípios constitucionais supremos. Em suas palavras: “a rigidez ata as mãos das gerações presentes para impedir que sejam por estas amputadas as mãos das gerações futuras.” (Cfr. Luigi Ferrajoli, *A Democracia Através dos Direitos*, p. 71.).

(⁷²) Cfr. Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, traduzido por Carlos dos Santos Almeida – Inocêncio Mártires Coelho – Gilmar Ferreira Mendes, 1.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009, pp. 88-91.

(⁷³) Cfr. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 196-198. O autor complementa que Jean-Jacques Rousseau atribuiu a reforma da Constituição ao poder constituinte derivado, uma vez que sofrer imposições de leis insuscetíveis de revogação contrariaria a natureza do corpo social. A reforma da Constituição deveria acontecer com a mesma solenidade adotada na sua elaboração. Assim, em 1791, a Constituição francesa reconheceu à nação o direito imprescritível de modificar a própria Constituição e alterar os dispositivos cujos inconvenientes a experiência tivesse explicitado. Para mudá-la, deveriam ser utilizados os meios nela previstos (Cfr. Paulo Bonavides, *ibidem.*).

normas constitucionais pode ser questionada, em diferentes momentos, pelas gerações. A possibilidade de rever a Constituição é uma resposta ao problema da tensão temporal⁷⁴.

De acordo com Ely, a sociedade estadunidense aceitou que a democracia representativa deveria ser a sua forma de governo. A adoção da Constituição aconteceu mesmo através de um processo mais democrático do que qualquer anterior. O próprio povo a aceitou em convenções populares de ratificação, eleitas em cada Estado da federação. Além disso, a Constituição prescreve uma forma republicana de governo e estabelece eleições para o Congresso Nacional⁷⁵.

Desta maneira, a Constituição Federal estadunidense consubstancia um nítido compromisso com um sistema de democracia representativa, cuja base de legitimidade dos governantes é o povo, tanto a nível federal como estadual. São esses os pressupostos implícitos do sistema estadunidense e algumas das inovações da Constituição do país, aos quais Ely presta deferência ao elaborar sua teoria⁷⁶.

Um «interpretativismo» preso às cláusulas constitucionais é insuficiente para dirimir determinadas controvérsias cujas pretensões se baseiam em normas abertas. Para o pesquisador, é banal responder que se a atribuição do juiz é aplicar a Constituição, então é a Constituição que deve ser aplicada. Destarte, embora a corrente «interpretativista» possua pontos positivos, que o autor busca aproveitar em sua teoria, pouco oferece para compreendermos como devem ser decididos casos não regulados constitucionalmente⁷⁷.

Por outro lado, o facto de que os tribunais com frequência criam o direito deixa Ely insatisfeito. Quando agem de tal forma, as Cortes podem ter a intenção de buscar inspiração nas fontes habituais do «não interpretativismo», a exemplo dos «princípios fundamentais» da comunidade ou outras fontes semelhantes⁷⁸. *Roe v. Wade* elucida bem a questão. Mesmo que a Constituição nada disponha sobre o aborto, sequer remotamente, foi considerado um direito das mulheres vigorosamente protegido. Assim como aconteceu no contexto do *New Deal*, Ely observa que *Roe v. Wade* originou uma discussão a respeito da imposição das visões políticas dos juízes, conduzidos aos cargos por indicação de partidos políticos ou blocos⁷⁹.

(⁷⁴) Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro – Pedro Lomba, *Comentário à Constituição Portuguesa*, Vol. III, Tomo 1, 26.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 22.

(⁷⁵) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 05.

(⁷⁶) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 06.

(⁷⁷) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 11-12.

(⁷⁸) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 04-05.

(⁷⁹) Cfr. John Hart Ely, *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities Under The United States and Canadian Constitutions* (1986), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 20.

Ab initio, Ely refuta alternativas associadas, por exemplo, ao realismo jurídico, segundo o qual o direito é aquilo que a decisão judicial determina⁸⁰. O investigador sequer concebe o realismo como uma teoria das decisões judiciais, uma vez que não esclarece quais valores devem ser impostos pelos magistrados⁸¹.

Trata-se, em seu entender, de um refúgio atraente para jovens professores e académicos do direito. Discutir, por exemplo, se o aborto é um homicídio é muito mais familiar e confortável. Em geral, a literatura jurídica costuma analisar questões constitucionais em termos de sábias políticas sociais. O autor, no entanto, não acredita que o debate em torno de questões políticas confusas seja o horizonte apropriado, como se o simples papel da justiça constitucional fosse descobrir e tomar a decisão politicamente correta. Prefere uma meta-análise, que pergunte questões sobre questões em vez de responder as questões em si⁸².

Ely pontua que a discussão judicial geralmente suscitada pela edição de aditamentos constitucionais ilustra a complexidade do que significa aplicar a Constituição. As que acarretam maior controvérsia são geralmente aquelas que representam a voz de pessoas falecidas há um ou dois séculos – se é que alguma vez representaram a «voz do povo». E tal ocorre apesar de o procedimento exigido para aditar a Constituição expressar provavelmente, se não inescapavelmente um consenso, pelo menos os sentimentos da maioria da população contemporânea⁸³.

O aditamento da Constituição norte-americana exige a aprovação de dois terços de ambas as Casas do Congresso Nacional e a ratificação de três quartos das Assembleias Legislativas dos Estados da federação (as quais podem, inclusive, provocar o início do

⁽⁸⁰⁾ António Braz Teixeira explica que o realismo jurídico consiste, em síntese, em uma doutrina da filosofia jurídica que acredita que o direito é o que juízes e tribunais dizem ou fazem, e não o que indicam suas fontes. Há três grandes doutrinas jusfilosóficas que se apresentam como realistas: *i*) o realismo jurídico escandinavo; *ii*) o realismo jurídico estadunidense; *iii*) o realismo jurídico clássico. A respeito do realismo que se desenvolveu nos Estados Unidos, o autor leciona que se caracteriza por uma visão empirista e antiformalista. A lei e o costume ainda não são direito; só adquirem tal natureza na medida em que são interpretados e aplicados pelos tribunais. Trata-se de uma visão da vida jurídica segundo a qual o juiz é um misto de historiador e de profeta, que exerce uma função criadora do direito. De acordo com ela, a atividade judicial sempre vem a envolver um compromisso entre a estabilidade e a evolução, entre a regra e algum ideal social de justiça que induz a atualizá-la ou até rompê-la. Tais ideias conduziram os últimos representantes do realismo jurídico estadunidense a direcionar a sua atenção ao estudo sobre como os juízes se comportam para determinar as regras jurídicas efetivas ou aquelas com base nas quais decidem. É o que explicitam as distinções entre “law in book e law in action” e “regras no papel e regras efetivas”, dos expoentes Roscoe Pound e Karl Llewellyn, respetivamente (Cfr. António Braz Teixeira, *Realismo, personalismo e jusnaturalismo no debate jurídico contemporâneo*, in *Direito e Justiça: verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica - Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão* (orgs. Maria João Matias Fernandes – Joana Liberal Arnaut), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pp. 37-38.).

⁽⁸¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 44-45.

⁽⁸²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are no Different From Legislatures* (1991), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 343-344.

⁽⁸³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 11.

processo de aditamento)⁸⁴. Não se trata, portanto, de um processo simples. A complexidade de modificar a Constituição remonta à perspectiva de sua supremacia e relativa rigidez.

A população estadunidense extraiu aprendizado sobre os perigos de um Parlamento corrompido a partir das leis tirânicas impostas pela Coroa britânica, especialmente a respeito da taxação. Aos olhos dos colonos, o Parlamento britânico pareceu uma força hostil à liberdade. Destarte, a nova nação a ser constituída deveria se prevenir contra a legislatura suscetível de impor medidas arbitrárias⁸⁵. Como a própria *English Bill of Rights* (1689) previa a impossibilidade de instituição de tributos sem a aprovação do Poder Legislativo, as antigas colônias exigiam representação no Parlamento britânico. Por esta razão, “no taxation without representation” e “taxation without representation is tyranny” acabaram por se tornar gritos de guerra da Revolução Americana⁸⁶.

Ao gozar de valor jurídico único, a Constituição dos Estados Unidos submeteria os poderes constituídos a limites. A Carta Constitucional deveria ser dotada de supremacia em relação às leis, uma vez que o autogoverno não daria forma a um poder irrestrito. Assegurar uma moderação demandaria um procedimento mais difícil e solene de alteração da Constituição, o que evidenciava a origem superior do poder constituinte originário, sendo ele o único capaz de estabelecer como o próprio texto constitucional poderia ser modificado⁸⁷.

Em que pese o processo qualificado para a alteração da Constituição estadunidense, é ela elencada como um documento jurídico dotado de certa flexibilidade. Segundo Jorge Miranda, a Constituição dos Estados Unidos é, ao mesmo tempo, rígida e elástica. Rígida,

⁽⁸⁴⁾ O artigo V da Constituição estadunidense estabelece: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.” – Em tradução nossa: “O Congresso, sempre que dois terços dos membros de ambas as Casas julgarem necessário, proporrá aditamentos a esta Constituição, ou, a pedido da Assembleia Legislativa de dois terços dos vários Estados, convocará uma convenção para propor aditamentos que, em ambos os casos, serão válidos para todos os intentos e objetivos, como parte desta Constituição, se forem ratificados pelas legislaturas de três quartos dos vários Estados ou por convenções em três quartos dos mesmos, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação; Nenhum aditamento poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer maneira as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de seu igual sufrágio no Senado.” Acessível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 48.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Felipe Garcia Lisboa Borges – Lise Vieira da Costa Tupiassu Merlin, Taxas: equivalência e igualdade, *Observatório da Jurisdição Constitucional - Instituto Brasiliense de Direito Público*, Ano 7, n.º 2, jul./dez. 2014, p. 128.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 49.

pois não pode ser modificada segundo o mesmo processo exigido à elaboração da legislação ordinária e qualquer alteração exige um processo complexo, com intervenção dos Estados federados. Elástica, uma vez que, a partir do seu texto original, na aparência intacto, e dos aditamentos, tem sido concretizada, adaptada, vivificada e, até, metamorfoseada⁸⁸.

Para Carlos Blanco de Moraes, a ideia de uma Constituição hiper-rígida reflete a insegurança do poder político na conjuntura de sociedades extremamente conflituais. O autor observa a desconfiança quanto às maiorias futuras, a pretensão de cristalizar conquistas constitucionais fortuitas e de manter trincheiras políticas, económicas e sociais contra adversários políticos. Tal rigidez constitucional, todavia, ocasiona distorções patológicas, chegando ao ponto de nos provocar a questionar se não estaríamos diante de uma sociedade de mortos a governar uma comunidade de vivos⁸⁹.

De qualquer modo, Ely não está particularmente interessado em responder se o processo necessário ao aditamento da Constituição é positivo ou negativo. Seu ponto é que a complexidade de tal processo fragiliza o argumento de que os juízes, ao aplicar a Constituição (mesmo aquela dos «interpretativistas»), estão simplesmente a colocar em prática a vontade popular. Portanto, tanto o «interpretativismo» quanto o «não interpretativismo» enfrentam dificuldade de compatibilidade com a teoria democrática⁹⁰.

Do lado de cá do Atlântico, Ernst-Wolfgang Böckenförde observa a possibilidade de mudança da Constituição não apenas através de um procedimento formal, vinculado à aprovação de maiorias específicas. Refere-se à reforma que afeta o conteúdo normativo da Constituição, porém sem uma alteração formal. É o que acontece com a reinterpretção do sentido de certa norma, embora o texto constitucional permaneça intacto. Interpretar a Constituição, porém, não altera o programa normativo: apenas delimita seu conteúdo dado e fixado, ainda que da atividade se possa revelar necessária a mudança da Constituição. Interpretar significa elucidar, desenvolver, aperfeiçoar algo que já foi criado (normativamente). Mesmo nas situações de maior indeterminação material da norma constitucional, em que a interpretação é levada ao limite, é algo diferente da mudança ou do desenvolvimento novo daquilo que foi criado anteriormente. Caso seja inviável distinguir as situações descritas, sem solução de continuidade, a competência da justiça constitucional para

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, p. 147.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Vol. 2: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 53-55.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 11-12.

interpretar a Constituição se transforma em uma competência para modificá-la, o que não é admissível. O autor rechaça colocar o processo político à disposição do intérprete⁹¹.

Segundo Ely, a maioria das deliberações de uma sociedade é efetuada pelos representantes eleitos ou por pessoas responsáveis perante eles. Todavia, os juízes, ainda que não ignorem totalmente a opinião popular, não são eleitos ou reeleitos. Assim, a importância da função indicada na teoria e prática democráticas ao processo eleitoral não pode ser relegada⁹². Tampouco se pode negar o poder de formular cursos de ação política reservado às instituições representativas, traço distintivo do sistema estadunidense⁹³.

Jorge Miranda indica que a evolução histórica nos últimos dois séculos demonstra uma tendência europeia e estadunidense de converter as pessoas em cidadãos complexos. Temos a ideia de transformação de indivíduos sujeitos *ao* poder para indivíduos *do* poder. Ainda que com movimentos contraditórios, o sentido generalizado da evolução política tem sido o de expandir a participação dos governados na vida pública. O horizonte é o

(⁹¹) Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Notas sobre o conceito de ‘Mudança Constitucional’, in *Estado de Direito e Democracia – 2.ª Coletânea da Democracia*, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.ª ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017, pp. 216-228.

(⁹²) O argumento não é inédito. Foi antes trabalhado por Montesquieu: “Of the three powers above mentioned, the judiciary is in some measure next to nothing.” – Em tradução nossa: “Dos três poderes acima mencionados, o judiciário é, em alguma medida, quase nada.” (Cfr. Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Kitchener, Batoche Books, 2001, p. 177.). Alexander Hamilton também o desenvolveu: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.” – Em tradução nossa: “Quem considerar atentamente os diferentes departamentos de poder deve perceber que, em um governo no qual estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, sempre será o menos perigoso para os direitos políticos da constituição; porque será o menos capaz de importuná-los ou feri-los.” (Cfr. Alexander Hamilton, A view of the Constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior (Federalist Paper No 78), in *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, p. 402.).

O raciocínio está presente ainda em Alexander Bickel, que considera a revisão judicial um instituto divergente na democracia estadunidense. O exercício de tal poder acontece sob a ameaça da «dificuldade contramajoritária»: um corpo judicial composto por um pequeno número de membros não eleitos podem anular decisões de poderes que exprimem a representatividade política. Para Bickel, a democracia representativa é complexa e sofisticada. Embora ela não admita a constante revisão das decisões uma vez tomadas, uma representatividade majoritária tem o poder de revertê-las. Esse poder, que muitas vezes é meramente mantido em reserva, é da essência da democracia, e não de menor importância. É verdade que o processo de refletir a vontade de uma maioria popular na legislatura é desviado por várias desigualdades de representação e por todas as espécies de hábitos institucionais e características que, talvez, tendam com mais frequência à inércia. E refletir um equilíbrio de forças em uma sociedade é algo mais complexo e menos certo do que garantir moralmente a cada cidadão seu voto igual. Não há dúvida que grupos operam forçosamente, procurando e obtendo acesso para encerrar uma participação efetiva no processo decisório legislativo e executivo. Não obstante, nada pode desvalorizar a função central que é conferida na teoria e prática democráticas ao processo eleitoral. Tampouco se pode negar a característica distintiva do sistema democrático: a competência das instituições representativas, oriunda do processo eleitoral, para a elaboração de políticas. E a revisão judicial opera contra essas características. Bickel, todavia, a reconhece como o poder de aplicar e interpretar a Constituição em assuntos dos momentos mais cruéis contra os desejos das maiorias legislativas, que são, por sua vez, incapazes de afetar tais decisões judiciais (Cfr. Alexander M. Bickel, *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1.ª ed., Nova Iorque, The Bobbs Merrill, 1962, pp. 17-20.).

(⁹³) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 04.

estabelecimento de uma relação permanente entre governantes e governados, de modo que os primeiros ajam como representantes do povo e prestem contas de seus atos⁹⁴.

Ely adverte que a linguagem do texto constitucional e a história legislativa não possibilitam a atribuição de um conteúdo claro a certas frases constitucionais. Algumas normas exigem uma injeção de conteúdo de fora do próprio dispositivo. É o caso da norma que prescreve o devido processo legal e de outras unidas pela natureza aberta dos seus textos. Com base em normas deste jaez a Suprema Corte decidiu diversas controvérsias que atraem a sua concentração⁹⁵.

O pesquisador não elucida se o horizonte que virá a propor descortinará uma abordagem «interpretativista» ou uma intermediária entre o «interpretativismo» e o «não interpretativismo». Tal, além de não ser importante, não pode ser respondido, reconhece. Seu impulso é viabilizar uma perspectiva capaz de evitar um «interpretativismo» sem sacrificar seus pontos positivos⁹⁶.

Em contextos constitucionais, quando uma corte invalida um ato dos poderes políticos com alusão à Constituição, ela está a rejeitar a decisão em questão. E o faz, em geral, de uma forma imune à correção por intermédio do processo legislativo ordinário. Assim, para Ely, temos a função e o problema central do controlo judicial: um órgão não eleito, ou não dotado de significativa responsabilidade política, dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejarem⁹⁷.

O âmago do sistema estadunidense é o governo de acordo com o consentimento da maioria. A Constituição, no entanto, possui dispositivos que impedem que uma maioria com poder ilimitado conceda benefícios em detrimento da minoria. Destarte, a proteção das minorias sem infração ao princípio do governo maioritário é uma árdua tarefa a que Ely chama a atenção e que se propõe a desenvolver em seus escritos⁹⁸.

É evidente que uma maioria desimpedida para agir como desejar é algo perigoso. Mas a problemática, observa o autor, não pode ser resolvida por intermédio de uma contradição do «não interpretativismo» que geraria a conclusão de que a maioria governa, mas não governa. É necessário um grande salto lógico para anuir, em uma República

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Jorge Miranda, Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas, p. 230.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 12.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 13.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 04-05.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 07-08.

democrática, com a imposição de uma «Constituição não escrita» por autoridades não eleitas⁹⁹.

Determinados direitos que devem ser protegidos são afirmados pela Constituição e pela *Bill of Rights* (lembramos que a Constituição funda os Estados Unidos como República federativa e distribui as competências entre os poderes, ao passo que a *Bill of Rights* avança ao estatuir, através de dez aditamentos, liberdades individuais e garantias como prerrogativas dos cidadãos). Segundo Ely, as restrições ao governo da maioria, consoante decidiram os constituintes, são estabelecidas anteriormente, antes que surjam conflitos específicos. Em uma visão «interpretativista», isso é mais democrático, já que tais restrições foram estabelecidas pelo próprio povo¹⁰⁰.

Para aqueles que se filiam ao «não interpretativismo», os juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, devem definir quais valores colocar fora do alcance maioritário, explica Ely. Já para os «interpretativistas», os valores devem ser retirados diretamente da Constituição. Como foi o povo quem avaliou e ratificou a própria Constituição, esses valores vêm do povo. Deste modo, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição, ou seja, o povo controla a si mesmo¹⁰¹.

3. Fontes «não interpretativistas» das decisões e normas constitucionais abertas

A Constituição estadunidense é dotada de um complexo diversificado de normas. Não contém somente dispositivos da natureza daquele que prescreve a idade mínima de trinta e cinco anos para alguém ser Presidente da República¹⁰².

Ely certamente não sugere uma divisão simplista das normas constitucionais entre abertas e fechadas. Evidencia, por exemplo, entre outras, aquelas destinadas à estrutura do Estado, as que estabelecem a maneira de escolha dos agentes públicos e as que disciplinam como estes devem agir no desempenho das respetivas funções¹⁰³.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 08.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 41.

A norma encontra-se prevista na seção 1 do artigo II da Constituição estadunidense. Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 90.

Não desenvolveremos, neste momento, a diferença entre regras e princípios jurídicos. Tal será perquirido ao abordarmos as teorias do controlo da constitucionalidade das normas de Dworkin (capítulo II) e Ely (capítulo III).

O que nos interessa inicialmente é demonstrar o ceticismo de Ely quanto à plausibilidade de diversas vias de matriz «não interpretativistas» para alicerçar decisões controversas em matéria constitucional. Lembremos que em *Roe v. Wade*, o devido processo legal baseou a decisão da Suprema Corte de admitir o aborto até a viabilidade do feto, em respeito à intimidade e privacidade das mulheres. Em *Lochner v. New York*, novamente o devido processo legal foi invocado para anular a legislação que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, a qual violaria a liberdade. Por fim, em *Brown v. Board Education of Topeka* a igual proteção das leis subsidiou a decisão da Corte de censurar leis que previam a segregação racial nas escolas estadunidenses.

Mas poderiam os valores próprios dos juízes, o direito natural, os princípios neutros, a tradição, a razão ou o consenso, dentre outros repositórios análogos, muitas vezes convocados para a solução de controvérsias, fornecerem subsídio para tais decisões? Não é o que compreende Ely, que expressamente refuta todas estas vias como fontes de deliberações judiciais. Não as reputa aptas para estarem decisões do Poder Judiciário, e, muitos menos, para preencherem os dispositivos mais abertos da Constituição.

Nesta seção, abordaremos as razões pelas quais o investigador rejeita as quatro primeiras alternativas. As duas últimas, por uma opção de estrutura da pesquisa, serão tratadas na seção I do capítulo III: elas envolvem críticas fulcrais à abordagem de Dworkin, e, portanto, serão compreendidas de forma mais clara após a apresentação da respetiva teoria do controlo da constitucionalidade.

A constatação de que os juízes são humanos e, portanto, em vários contextos jurídicos têm a tendência, consciente ou não, de inserirem seus valores nos argumentos jurídicos não faz com que Ely aceite que os valores próprios dos magistrados possam assentar decisões judiciais. De tal percepção não se pode concluir que é assim mesmo que os juízes devem proceder. O pesquisador considera que os defensores de visões realistas imaginam uma Corte composta por juízes que pensam como eles próprios, mas é cético quanto à garantia de que os juízes constitucionais sejam pessoas que partilham dos nossos valores¹⁰⁴.

O direito natural, por sua vez, consiste em uma fonte que pode ser adaptada para defender qualquer ideia, aponta Ely. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a discussão a

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 44.

respeito da escravatura, que cindiu os Estados do Norte em relação aos do Sul¹⁰⁵. Para o autor, todas as tentativas de se criar uma natureza humana universal fracassaram. Os fins supostamente universais são muito poucos ou abstratos demais para determinarem a ideia do bem, ou são muito extensos e concretos para realmente serem universais. Então, devemos escolher entre a trivialidade e a implausibilidade, o que inviabiliza a sua adoção¹⁰⁶.

Uma conceção de princípios neutros igualmente não é suficiente para uma teoria do controlo da constitucionalidade. Em tal horizonte, os tribunais devem agir com base em princípios que transcendam o caso concreto e tratar casos semelhantes de maneira também semelhante. Em outras palavras, a Corte deve proceder sempre com base nos mesmos princípios. Ely não põe em causa a ideia de generalidade dos princípios e neutralidade de sua aplicação pelos juízes constitucionais, mas considera a abordagem somente um fundamento de uma boa conduta judicial, e não uma fonte de decisões constitucionais, especialmente por não fornecer conteúdos substantivos. Contudo, mesmo que fornecesse tais conteúdos, não há razão para afirmar que o Poder Judiciário seja mais capaz de falar em nome dos melhores princípios morais da sociedade estadunidense¹⁰⁷.

A tradição é também afastada como fonte das decisões constitucionais. Segundo o pesquisador, funda-se em um repositório óbvio de busca por valores fundamentais cujos problemas são nítidos. Quais tradições são críveis? Relativas a que período? Toda a história? À época anterior à ratificação do dispositivo em discussão no momento? Devem ser apoiadas pela maioria? Ely critica que as pessoas entenderam que a tradição pode ser invocada para auxiliar praticamente qualquer causa. Mas ela não gera uma resposta – ou não gera, pelo

(¹⁰⁵) A escravatura foi originariamente admitida pela Constituição estadunidense. Consistiu na principal causa de divisão entre os Estados do Norte e do Sul. A prática era condenada pelos Estados do Norte, que não dispunham de escravos. Enquanto isso, os Estados do Sul, em que 60% das famílias eram escravagistas, afirmavam que a abolição ocasionaria uma depressão económica. Na Convenção da Filadélfia, que deu origem à Constituição, em continuação às discussões quando da formação da confederação, foi debatido e decidido que o comércio de escravos não seria abolido e que estes deveriam ser computados como riquezas para efeitos de lançamentos de impostos. A abolição da escravatura poderia ter desencadeado uma Guerra Civil, como acabou mesmo a acontecer um século mais tarde, e teria inviabilizado a ratificação da Constituição por parte de Estados como Virgínia, Geórgia e Carolinas (Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, pp. 80-85.). A escravatura só veio a findar com a Guerra da Secessão, quando, em 1863, o Presidente Abraham Lincoln proclamou a libertação dos escravos. Dois anos mais tarde, o décimo terceiro aditamento (1865) à Constituição proibiu a escravatura em todo o território estadunidense. A seção I do referido aditamento constitucional assim proclama: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” – Em tradução nossa: “Não haverá escravatura nem trabalhos forçados nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, exceto como punição por crime pelo qual a parte tenha sido devidamente condenada.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

(¹⁰⁶) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 50.

(¹⁰⁷) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 54-56.

menos, uma resposta suficientemente inequívoca – para justificar a reforma de uma decisão tomada por um órgão legislativo¹⁰⁸.

Para o investigador, há muitas tradições, algumas das quais são más. É o caso de linchamentos e do impedimento ao voto da população negra (obviamente superadas). Como decidir, então, quais contam e quais não contam? Ainda que fosse crível responder a pergunta, há sempre a questão de quão amplamente articuladas elas são, que escopos lhes são atribuídos. Como, por exemplo, decidir se a homossexualidade encontra-se acobertada pela tradição? Nos Estados Unidos, há a tradição da liberdade sexual, que embora não proteja especificamente a homossexualidade, pode ser interpretada de forma abrangente. Não há, porém, um talismã que nos diga o quão vastamente compreendê-la¹⁰⁹.

Como sabemos, a adoção de normas constitucionais abertas por parte da Suprema Corte para dirimir conflitos aflige Ely. E é precisamente com recurso a dispositivos de tal natureza que algumas vezes a Corte delibera casos constitucionais altamente controversos – inclusive, como nos casos descritos na seção II deste capítulo, em oposição ao decidido pelo legislador democrático.

Para o autor, com o emprego de dispositivos abertos, a Constituição nos convida a ir além do sentido literal de suas cláusulas. Da maneira como está posto, o «não interpretativismo» não o convence. Todavia, a corrente «interpretativista» trata tais disposições como unidades contidas em si próprias. Compreende-os a partir da linguagem adotada, com o auxílio da história legislativa, mas sem recurso significativo a qualquer fonte exterior. Por isso, a necessidade de evoluir¹¹⁰.

Naturalmente, os registos e debates legislativos possuem alguma relevância, aduz Ely. Podem auxiliar na interpretação das normas constitucionais. Em algumas ocasiões, para sabermos o que foi ratificado, é preciso saber o que foi intencionado. É possível que esclareçam ambiguidades. Podem elucidar, exemplificativamente, se a palavra “nato” significa “filho de pais estadunidenses” ou “filho concebido por pais casados”. Acontece que o processo legislativo envolve tantas pessoas distintas, em circunstâncias tão diversas, que nem sempre é possível gerar um retrato fiel das intenções que culminam na edição da norma. Assim, os registos e debates históricos nem sempre são suficientes para nos auxiliar¹¹¹.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 60.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, pp. 21-22.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 13.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 16-17.

Procurar limitar o poder dos juízes é um ponto positivo do «interpretativismo», mas não é o bastante para garantir o sucesso da vertente. Interpretar as normas vagas sem recorrer a outras fontes é um problema grave o suficiente para inviabilizar a abordagem. Segundo Ely, os dispositivos vagos demandam uma análise mais ampla, ou nos convidam, pelo menos até certo ponto, a nos tornarmos adeptos do «não interpretativismo»¹¹².

A norma que estabelece que nenhum Estado poderá privar a pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal exemplifica um dispositivo aberto. A Constituição não fornece a resposta ao que é o devido processo legal. O mesmo acontece com a norma que prescreve que a ninguém será negada a igual proteção das leis.¹¹³ À idêntica conclusão chegamos ao ler o dispositivo que impede a aplicação de penas cruéis e não habituais e aquele que veda ao Congresso Nacional restringir a liberdade de expressão.

Conforme demonstram os exemplos mencionados, dispositivos extremamente indeterminados, em alguns casos tão concisos como aqueles mais claros, são dirigidos a questões muito vastas e importantes da vida social. Para Ely, nesses casos estamos diante de uma intenção de desenvolvimento da norma. Por exemplo, no caso da proibição ao Congresso de restringir a liberdade de expressão (“Congress shall make no law”)¹¹⁴, não era intenção dos constituintes prender a linguagem ao significado de 1791 (data de edição da norma). E determinar o objeto e o significado atuais de uma deliberação que a sociedade consignou na Constituição não deixa de ser uma postura «interpretativista»¹¹⁵.

O investigador compreende que as disposições vagas são normas impossíveis de interpretação senão como convites significativamente abertos. Convites para importar determinadas considerações insuscetíveis de identificação na linguagem da norma ou nas discussões que a geraram para os processos de decisões constitucionais¹¹⁶. Por exemplo:

⁽¹¹²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 12-13.

⁽¹¹³⁾ A parte final do quinto aditamento (1791) à Constituição americana prescreve: “No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law (...)” – Em tradução nossa: “Ninguém será (...) privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal (...)” Também a parte final da primeira seção do décimo quarto aditamento (1868) constitucional dispõe: “(...) shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” – Em tradução nossa: “(...) nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.” Acessíveis em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽¹¹⁴⁾ O primeiro aditamento (1791) à Constituição dos Estados Unidos prevê: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” – Em tradução nossa: “O Congresso não elaborará lei relativa a um estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício do mesmo; ou abreviando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de peticionar ao Governo para a reparação de seus agravos.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 13.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 13-14.

tentar interpretar a vedação à aplicação de penas cruéis e não habituais como a impedir somente aquelas que em 1791 (quando a norma foi redigida) eram assim consideradas traí o caráter aberto da linguagem¹¹⁷.

Mesmo situações em que a linguagem empregada parece ser bastante clara podem demandar algum desenvolvimento. É o que sucede com a norma, já mencionada, que determina que o Congresso Nacional não elaborará lei que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa. Embora a linguagem adotada admita a possibilidade de interpretar que a liberdade em questão jamais poderá ser constricta, não é o que concebe o constitucionalista.

De acordo com o autor, a linguagem específica e a história legislativa não são suficientes para o progresso da investigação. O facto de o termo “Congresso” não referir-se ao Presidente da República, aos tribunais ou aos servidores do Poder Executivo demonstra a complexidade da discussão. Também o faz a liberdade de associação política, que embora sequer seja mencionada no documento, é tratada como inteiramente assegurada¹¹⁸.

Quando abordarmos, no capítulo III, a teoria do controlo judicial de Ely, explicaremos que concebe que direitos de liberdade, sejam ou não expressamente mencionados pela Constituição, devem receber proteção especial em um processo democrático eficaz e aberto. Tal não o conduz, porém, a defender o caráter absoluto do direito à liberdade de expressão (e de demais liberdades)¹¹⁹.

Da mesma forma, a norma que impede os Estados federados de editar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos estadunidenses¹²⁰ também desperta a curiosidade do autor. Ely acredita que o intérprete deve contentar-se com a linguagem constitucional quando ela for clara, uma vez que reflete o sinal mais preciso da intenção dos redatores. Contudo, se o sentido literal não estiver de acordo com o que reputamos, com certeza, ser a intenção do texto, temos o dever, perante os constituintes e nossa consciência, de examinar a linguagem novamente¹²¹.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 13-14.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽¹²⁰⁾ A parte inicial da primeira seção do décimo quarto aditamento constitucional (1868) estabelece: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States (...)”. – Em tradução nossa: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado deverá fazer ou aplicar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos (...)”. Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽¹²¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 25.

A norma em discussão pode expressar que privilégios ou imunidades são reservados aos cidadãos estadunidenses. Nada obstante, pode também significar um conjunto de direitos que não podem ser negados a qualquer pessoa. Isto é, a referência aos cidadãos define a classe de direitos, mas não os beneficiários, cogita Ely¹²².

O investigador indaga, então, se a aludida norma não delega a proteção de certos direitos, que a Constituição não lista, aos futuros responsáveis por decisões constitucionais. Direitos esses que pelo menos não são elencados exhaustivamente pelo documento e que não sabemos como podem ser encontrados¹²³. Abordaremos a resposta na seção III do capítulo III.

Decisões das Cortes baseadas em normas vagas realmente perplexam Ely. É que o dispositivo que estabelece a igual proteção das leis, por exemplo, pode ser invocado por qualquer advogado competente, segundo o pesquisador. Se uma pessoa não recebe o bem “x” (ou é vítima da privação “y”), é simples observar que alguém está a obter o bem “x” (ou não seja vítima da privação “y”). Há significativa probabilidade de que as razões suscitadas para que alguém receba “x” em detrimento de outra pessoa sejam praticamente as mesmas caso outrem reclamasse não estar a receber o bem¹²⁴.

Ely indica que é evidente que nem todo tratamento desigual por parte do Estado é proibido. É comum que a legislação efetue classificações, a distribuir determinados benefícios a alguns, mas não a outros. Tais classificações são realizadas por intermédio de «generalizações imperfeitas». Uma lei pode admitir, por exemplo, a prescrição de óculos de grau por oftalmologistas, mas não por oculistas, ainda que muitos vendedores possuam plena capacidade para tanto¹²⁵.

Poderia a referida legislação ser escrutinada e declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário? No momento, nos limitamos a indicar que o investigador não considera válida toda classificação operada pelo Poder Legislativo. Admite o controlo judicial da legislação em determinadas situações. O fundamento, as condições e os limites da anulação jurisdicional de uma lei aprovada pela representatividade política segundo a teoria de Ely é o que examinaremos no capítulo III do nosso estudo. Anteriormente, trataremos do horizonte do também professor e pesquisador estadunidense Ronald Dworkin.

⁽¹²²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 25.

⁽¹²³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 38-40.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 32.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 30-31.

CAPÍTULO II

A resolução jurisdicional de casos difíceis ou controversos em Ronald Dworkin

1. Da crítica à discricionabilidade de Hart ao conceito de princípios jurídicos

Ronald Dworkin une-se a John Hart Ely no estudo dos dispositivos constitucionais de textura aberta. Interessado em elucidar se protegem apenas os direitos mencionados pela linguagem explícita das normas, o autor oferece um horizonte teórico para responder: (i) como desenvolvê-los; (ii) a que poder do Estado são endereçados; e (iii) quais os limites de sua concretização¹²⁶. Seriam legítimas as decisões da Suprema Corte estadunidense em *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade*? Em caso positivo, qual o fundamento da censura dos juízes constitucionais às deliberações do legislador democrático?

O ponto de partida para as respostas remonta às reflexões expostas na obra *Taking Rights Seriously*, em que o jusfilósofo aduz que possuir um direito é algo muito importante. Consiste em base para reivindicações e exigências das pessoas, bem como para a formulação de críticas aos atos das autoridades públicas¹²⁷. Dada a relevância dos direitos, augústa-o, contudo, cogitar que o reconhecimento da prerrogativa de um cidadão possa depender das convicções pessoais da autoridade julgadora de uma ação judicial¹²⁸.

O autor se apresenta como um crítico do positivismo jurídico como um todo. Este teria um esqueleto, alguns preceitos-chave, e a carne distribuída de forma diferente por distintos teóricos¹²⁹. A principal objeção de Dworkin ao juspositivismo é não fornecer nenhuma explicação a respeito da resolução de «questões ou casos difíceis», «controversos» ou «problemáticos», assim identificados como aqueles em que o intérprete não possui uma nítida regra jurídica a que possa recorrer, estabelecida anteriormente por alguma instituição pública¹³⁰.

(¹²⁶) O presente capítulo adota como ponto de partida reflexões expostas em relatório apresentado no âmbito do curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2017/2018, na unidade curricular de Justiça Constitucional – com o título “Decisão judicial e integridade no direito em Ronald Dworkin: uma reflexão sobre a justiça constitucional a partir das críticas ao juspositivismo de Hart”.

(¹²⁷) Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, traduzido por Nelson Boeira, 1.ª ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002, p. 23.

(¹²⁸) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 10.

(¹²⁹) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 29.

(¹³⁰) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 71.

Para o pesquisador, o positivismo não enfrenta os casos difíceis, mas remete a uma teoria do poder discricionário ou a alguma variante que não leva a lugar algum e nada diz¹³¹. Isto não o resigna, uma vez que acredita que as partes têm direito ao melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos¹³².

Dworkin reflete que o estudo da ciência jurídica, em Inglaterra, à época de sua obra, negligenciava conceitos morais. O foco doutrinário residiria no significado dos termos jurídicos, independentemente da avaliação acerca de como deveria ser o direito. Em sua perspectiva, entretanto, a resolução de determinadas questões envolve precisamente a análise de conceitos morais, e não legais. Elucida seu ponto de vista a tarefa de decidir a responsabilidade de alguém que ocasiona a morte de uma pessoa hemofílica, embora a lesão provocada seja leve, bem como a responsabilidade por um dano que não poderia ser previsto¹³³.

Destarte, o autor está interessado em responder se uma obrigação jurídica resume-se a um termo técnico que significa o que é enunciado pela lei ou se guarda relação com uma obrigação moral. Propõe que resolver o conceito de uma infração legal carrega controvérsias relativas a princípios morais implícitos em problemas aparentemente linguísticos. Nos Estados Unidos da América, a Constituição teria transformado em questões jurídicas problemas que em Inglaterra seriam apenas políticos, a exemplo da justiça de um salário mínimo. Como os tribunais estadunidenses pareciam estar a criar direitos novos e politicamente controversos, emergiu a necessidade de uma teoria para justificá-los¹³⁴.

Dworkin procura afastar-se da dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo, a separar ou a unir direito e moral, respetivamente. Sua finalidade é associar a justificação das decisões políticas do passado à coerção operada pelo direito no momento presente. O direito, para o doutrinador, não se confunde com a pura moralidade ou a justiça. A justiça depende das convicções particulares acerca do que é moral e politicamente justo. O direito, por sua vez, nos obriga a encarar o que do suposto justo admite o uso da força pelo Estado, visto que se encontra inserido em decisões políticas pretéritas, ou nelas implícito¹³⁵.

A abordagem de Dworkin descrita se associa à importância daquilo que o autor designa como «princípio igualitário abstrato» em uma democracia constitucional, segundo o qual o governo deve proceder de forma a melhorar a vida dos cidadãos, com igual

⁽¹³¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 72.

⁽¹³²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 163.

⁽¹³³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 05-06.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 06.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, traduzido por Jeferson Luiz Camargo, 1.ª ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 1999, p. 122.

consideração e respeito a cada um. Não se trata, é claro, de um princípio livre de interpretações diversas¹³⁶ e capaz de resolver todos os problemas. Porém, o pesquisador aposta na influência da consideração igualitária no projeto das instituições fundamentais do governo e em suas decisões específicas. Uma comunidade igualitária reconhece que, para muitas pessoas, a política reflete questões morais de maior complexidade do que qualquer outro aspeto da vida¹³⁷.

Dworkin almeja esclarecer se os juízes realmente seguem regras, mesmo nos casos difíceis, a explorar a natureza da argumentação moral e a tentar esclarecer o princípio da igualdade, a fim de verificar se a prática judicial satisfaz de facto o princípio. Seu objetivo é responder se, ao derrubar um precedente e a segregação racial nas escolas estadunidenses, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos seguiu regras ou decidiu de acordo com as próprias convicções morais ou políticas de seus julgadores. Afinal de contas, em muitos casos controversos, a Corte não cita nenhuma lei escrita, mas princípios de justiça e política pública. Caso se conclua que a Suprema Corte seguiu regras, o investigador pretende explicar qual a origem delas e o que as torna válidas¹³⁸.

Para Dworkin, os juízes divergem e frequentemente as decisões judiciais revelam sua formação e seu temperamento. Perturba-o justamente que a origem social ou as lealdades preexistentes, a exemplo do sistema de valores de cada magistrado, possam determinar as deliberações. Isso sugere que o juiz não está a seguir regras¹³⁹.

Tal o inquieta em demasia, uma vez que a questão que emerge é central para o direito: significa que os juízes discordam em relação ao núcleo e à natureza dos princípios jurídicos ou demonstra que os princípios não existem. O jusfilósofo é favorável não apenas à existência, mas à centralidade dos princípios na ordem jurídica de uma comunidade política¹⁴⁰.

(¹³⁶) Cfr. Ronald Dworkin é sensível ao facto de que, naturalmente, as pessoas dissentem acerca do que requer o «princípio igualitário». Assim, defende que as decisões políticas devem ser, na medida do possível, indiferentes a qualquer concepção específica, por exemplo, do que é viver bem ou do que confere valor à vida. Se as pessoas apresentam concepções contrastantes, o governo não as trataria como iguais caso preferisse uma concepção à outra (Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, traduzido por Luís Carlos Borges, 1.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 217.).

(¹³⁷) Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, traduzido por Jussara Simões, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp. 253-257.

(¹³⁸) Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 08.

(¹³⁹) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 10.

(¹⁴⁰) Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

A objeção geral de Dworkin ao positivismo jurídico é efetuada por intermédio do escrutínio específico da versão que considera ser a mais influente: a de Herbert L. A. Hart¹⁴¹. O crítico reconhece a forma poderosa do juspositivismo *hartiano*, que reputa ser claro e elegante. Contudo, as insuficiências identificadas na conceção do professor de Oxford servem como ponto de partida para a elaboração de uma teoria que pretende ser melhor¹⁴².

Dworkin aduz que o positivismo de Hart é mais completo do que o apresentado por estudiosos como John Austin. O conceito *hartiano* de direito avança não apenas ao refutar a ideia de obrigação jurídica relacionada à força física, mas também ao diferenciar «regras primárias» de «regras secundárias». Considera também importante a formulação de duas fontes para a autoridade das normas: *i*) a aceitação como um padrão de conduta através da prática social; e *ii*) a promulgação de acordo com uma «regra secundária» que estipula que as regras assim produzidas são obrigatórias¹⁴³.

(¹⁴¹) O ponto de partida do juspositivismo de Hart é a recusa da teoria imperativista do direito segundo John Austin – como um conjunto de ordens sujeitas à sanção em caso de inobservância, baseadas em ameaças, de caráter geral, apresentadas por um soberano, que apesar de ser habitualmente obedecido, não obedece a ninguém. Para Hart, em que pese a possibilidade linguística, é equivocado afirmar a existência de uma ordem na ameaça, uma vez que a ordem pressupõe algum direito ou autoridade, inexistente na situação descrita. Existe diferença entre «ser compelido» e «ser obrigado» a fazer algo.

Hart critica ainda que a formulação imperativista de Austin não explica importantes normas que não obrigam as pessoas, independentemente de sua vontade, a atuar de determinada maneira, mas oferecem dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coercitiva do direito – públicos ou privados. As regras ignoradas por Austin são chamadas por Hart de «regras secundárias», que se unem às «regras primárias» (estas sim impositivas de condutas ou abstenções, a exemplo das normas penais) na composição de um sistema jurídico.

Para o professor de Oxford, «regras secundárias» de julgamento dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade, em casos concretos, acerca da violação das «regras primárias». Tais regras não só indicam os indivíduos responsáveis pelo julgamento, mas definem o processo a ser seguido e fornecem conceitos importantes, como o de juiz, tribunal, jurisdição e sentença. Os tribunais proferem determinações dotadas de autoridade acerca da infração a uma regra, o que implica em determinar, com autoridade, aquilo que as regras são. Assim, a regra que atribui jurisdição consiste em uma «regra de reconhecimento» que identifica as «regras primárias» através das sentenças dos tribunais. As sentenças, por sua vez, tornam-se uma fonte do direito.

Hart defende a existência, não somente no campo das regras, mas em todo plano da experiência, de um limite, inerente à natureza da própria linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode fornecer. É o limite da linguagem que constitui o que chama de «textura aberta». O jusfilósofo propõe que a «textura aberta» do direito significa que existem áreas de conduta em que muitas coisas devem ser decididas por autoridades administrativas ou judiciais, que determinam o equilíbrio, de acordo com as circunstâncias, dos interesses conflitantes, cujo peso varia caso a caso. Há casos controvertidos, em que não há argumentos conclusivos pró ou contra a sua classificação como direito. À margem das regras e na esfera deixada em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente na elaboração de padrões variáveis. Em um sistema em que vigora o *stare decisis*, esta função dos tribunais assemelha-se muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados. Todas as regras, para o autor, são dotadas de uma penumbra de incerteza que permitem ao juiz escolhas entre alternativas (Herbert Hart, *O Conceito de Direito*, traduzido por A. Ribeiro Mendes, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 09 ss.).

(¹⁴²) Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 27.

(¹⁴³) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 31-32. Também sobre a análise de Dworkin do conceito de direito nas teorias de Austin e Hart: Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 122.

Em que pese os progressos elencados, há pontos a unir as teorias de Austin e Hart. Dworkin relata, por exemplo, que este aceita que regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Diferentemente daquele, que considera que a autoridade reside no monopólio do poder, porém, Hart localiza a autoridade no plano dos padrões constitucionais, previamente aceites pela comunidade, na forma de uma «regra de reconhecimento fundamental»¹⁴⁴.

A principal crítica de Dworkin é que para Hart, assim como para Austin, as normas possuem limites imprecisos (uma «textura aberta» ou «zona de penumbra»). Tal horizonte os une na propositura de solucionar os casos difíceis ou problemáticos do direito através do exercício de um poder discricionário dos juízes para decidirem através de nova legislação¹⁴⁵.

Dworkin considera o positivismo jurídico um modelo de regras e para um sistema de regras. Pontua, entretanto, que na resolução de casos difíceis, ele recorre a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente: como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Acontece que a noção central de um único teste fundamental para auferir a validade do direito, um «teste de pedigree», ignora os papéis fundamentais desempenhados por padrões que não são regras¹⁴⁶.

O direito, segundo a teoria de Dworkin, é composto por regras e princípios. Regras são válidas ou inválidas, de acordo com os factos que enunciam. É o que ocorre com uma regra segundo a qual somente será válido um testamento assinado por três testemunhas. Na existência de conflito entre regras, resolve-se qual é a válida de acordo com critérios como o hierárquico, o específico e o cronológico¹⁴⁷.

Já princípios são compreendidos pelo autor em dois sentidos. No primeiro, genérico, indica o conjunto de padrões que não são regras. Assim, engloba a política, compreendida como um objetivo a ser alcançado, a exemplo de uma melhoria em algum aspeto social, económico ou político da comunidade. Por outro lado, princípio em sentido específico é um padrão obrigatório, não porque promova qualquer objetivo político, mas por consistir em uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Daí decorre que o padrão que determina que os acidentes automobilísticos sejam reduzidos é uma política, por exemplo. Já aquele que preconiza que ninguém pode beneficiar-se de seus próprios ilícitos

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 41-43.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 35.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 39-40.

elucida um princípio em sentido específico¹⁴⁸. A partir deste ponto, quando nos referirmos a “princípios”, aludimos àqueles em sentido especial.

Diversamente das regras, Dworkin propõe que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância. Eles podem colidir entre si, situação que demanda do intérprete a análise da força relativa de cada um. A não prevalência de um princípio em dado caso concreto não implica que o outro não exista, haja vista que, em outra situação, quando as considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Destarte, a resolução de conflitos entre princípios não é resolvida pela adoção de critérios como o hierárquico, o específico ou o cronológico, mas pela ponderação do seu peso ou relevância¹⁴⁹.

Duas controvérsias judiciais são exploradas em *Taking Rights Seriously* para sustentar a existência e a obrigatoriedade dos princípios. A primeira delas é o caso *Riggs v. Palmer*¹⁵⁰, de 1889, em que o tribunal de Nova Iorque impediu o herdeiro nomeado no testamento do avô de herdar, uma vez que ceifou a vida de seu progenitor com esse intuito. A fundamentação judicial residiu na máxima do direito costumeiro de que ninguém pode beneficiar-se de seus próprios ilícitos¹⁵¹.

A segunda é o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc*¹⁵², em que o tribunal de Nova Jérsei, em 1969, foi chamado a responder se e até que ponto um fabricante de automóveis pode restringir sua responsabilidade no caso de veículo defeituoso. Ainda que o contrato limitasse a responsabilidade do fabricante ao reparo das peças defeituosas e que o autor da ação não tenha indicado nenhuma lei ou regra de direito, a Corte atendeu ao pleito e responsabilizou o réu por despesas médicas e de outros tipos relativas a pessoas feridas na colisão, com recurso a argumentos de justiça e equidade¹⁵³.

Com efeito, Dworkin rejeita que a textura aberta do direito e a discricionariedade *hartiana* daí decorrentes sejam capazes de explicar os princípios jurídicos. Critica que, para Hart, quando um juiz emprega seu poder discricionário, não está mais vinculado a padrões, e sua atividade deve ser compreendida como aquilo que os tribunais “têm por princípio fazer”. Assim, acredita que o positivismo falha ao compreender os princípios como padrões

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 37.

⁽¹⁵⁰⁾ 115 N. Y. 506 (1889).

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽¹⁵²⁾ 32 N. J. 358 (1960).

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 38.

extrajurídicos, selecionados por cada juiz segundo suas próprias luzes, no exercício de um poder discricionário¹⁵⁴.

Segundo o jusfilósofo, o juiz não possui poder discricionário. Tem, na verdade, a obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, do que o direito exige, e de agir com base nesta compreensão. O argumento em favor de um princípio resulta de combinação de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária se mesclam com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade. Uma vez que os princípios compõem o direito, sua aplicação é peremptória, e não discricionária¹⁵⁵.

Uma obrigação jurídica pode ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Existe uma obrigação jurídica sempre que as razões que a sustentam, em termos de princípios jurídicos obrigatórios, são mais fortes que as razões contrárias. Nos casos *Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc*, os princípios forneceram uma nova interpretação das leis¹⁵⁶.

Dworkin adverte, porém, que não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar uma mudança interpretativa. Alguns princípios são importantes e outros não, bem como alguns são mais importantes do que outros. E tal avaliação não está à mercê das preferências pessoais do juiz, escolhidas entre padrões extrajurídicos. Os juízes não têm liberdade para a escolha entre os princípios. Se fossem livres, nenhuma regra seria obrigatória. A preocupação do autor é que, neste caso, seria possível imaginar que as preferências de cada magistrado justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada¹⁵⁷.

Ademais, aduz Dworkin, um princípio não se submete a um teste de validade, a exemplo da regra de reconhecimento *hartiana*. Não é possível auferir sua autoridade ou peso com a alusão a um ato do Poder Legislativo ou ao voto de um tribunal autorizado. Apesar disso, faz parte do direito. Na verdade, a origem de princípios invocados em casos como *Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc* conecta-se ao desenvolvimento da compreensão do que é apropriado, ao longo do tempo, pelos membros da profissão e pelo público¹⁵⁸.

A permanência do poder dos princípios depende da continuidade da compreensão do que é adequado. Portanto, se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 54.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 58.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 71.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 60.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 64.

de seus próprios ilícitos, o referido princípio não desempenhará mais um papel em novos casos. No entanto, não se pode falar em anulação ou revogação do princípio: quando entram em declínio, sofrem uma erosão, mas não são destruídos¹⁵⁹.

A partir das críticas à Hart, Dworkin elabora uma teoria para responder como os juízes devem decidir casos difíceis. Ao realçar as insuficiências das teorias juspositivistas, provoca que um árbitro de xadrez que decide um caso com base em uma regra desconhecida seria desqualificado ou declarado insano, ao passo que é muito provável que um juiz de direito que assim proceda seja louvado nas aulas das Faculdades de Direito¹⁶⁰.

Dworkin considera equivocadas as teorias da decisão que colocam o julgamento à sombra da legislação, devendo os juízes, ao resolver casos difíceis, agir como se fossem delegados do Poder Legislativo. Para as referidas teorias, os juízes deveriam promulgar as leis que, em sua opinião, os legisladores aprovariam caso se vissem diante do problema. O autor defende, ao contrário, que os magistrados não devem ser (e de facto não são) legisladores delegados. As prerrogativas dos legisladores e dos juízes não se confundem, e é impensável que o reconhecimento de direitos dependa da discricionariedade judicial¹⁶¹.

As decisões judiciais são decisões políticas, em um sentido amplo, associado à responsabilidade política. Isto quer dizer, segundo Dworkin, que os juízes, bem como qualquer autoridade política, devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar¹⁶².

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular unicamente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Por outro lado, devem ser recusadas decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas¹⁶³.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 64.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 175.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

Destarte, Dworkin sugere que o direito é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas isso não significa que o direito seja uma questão de política pessoal ou partidária¹⁶⁴.

Dizer que as decisões judiciais são decisões políticas não expressa que são aceitáveis aquelas que adotam «argumentos de política»¹⁶⁵. Tais argumentos justificam uma decisão política que protege ou fomenta um objetivo da comunidade política como um todo. Já «argumentos de princípio» justificam uma decisão também política, mas evidenciam que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo¹⁶⁶.

Enquanto as políticas consistem em proposições que descrevem objetivos, os princípios são proposições que descrevem direitos. Em comum, princípios e política são os fundamentos essenciais da justificação política. No entanto, em casos fáceis ou difíceis, as decisões judiciais são e devem ser geradas por princípios, e não por políticas¹⁶⁷.

O investigador elucida que o argumento contrário à discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Desta maneira, acredita que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou de acordo com o direito ao derrubar um precedente e a segregação racial nas escolas estadunidenses em *Brown v. Board of Education of Topeka*, e não segundo as convicções políticas ou morais de seus membros¹⁶⁸.

De acordo com o autor, a «consistência articulada» é relativamente fraca nas decisões a respeito de políticas¹⁶⁹. Não é necessário tratar todos os indivíduos da mesma forma para se atingir um objetivo coletivo. Exemplifica seu ponto de vista o facto de que se o legislador

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 217.

⁽¹⁶⁵⁾ Para Lenio Streck, ao afirmar que o juiz deve deliberar com base em «argumentos de princípio» e não em «argumentos de política», Dworkin não considera que os princípios sejam anteriormente elaborados, à disposição dos juristas como enunciados assertórios ou categorias. Apontam, ao contrário, aos limites no ato da aplicação judicial, razão pela qual são irrelevantes para o direito as convicções pessoais do intérprete. Streck partilha a rejeição de Dworkin à discricionariedade judicial para a resolução de casos difíceis. Defende que “não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada e justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito.” (Cfr. Lenio Luiz Streck, *Decisão jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 672-689.).

⁽¹⁶⁶⁾ De forma semelhante, em *A Matter of Principle*, Dworkin diferencia «argumentos de princípios políticos» de «argumentos de procedimentos políticos». Os primeiros recorrem a direitos políticos dos cidadãos, enquanto os segundos exigem que certa decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou de interesse público. Dworkin endossa decisões judiciais baseadas em «argumentos de princípios políticos», mas rejeita aquelas baseadas em «argumentos de procedimentos políticos» (Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 06.).

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 141.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 129-130.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 137.

conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves, não se conclui que deva também estendê-lo a outro fabricante¹⁷⁰.

Para a resolução de casos difíceis, o jusfilósofo concebe o juiz Hércules. Trata-se de um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas. Hércules aceita que direitos são criados e extintos pelo poder geral das leis, e que os juízes têm o dever geral de acompanhar as decisões anteriores de seu tribunal ou tribunais superiores cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo. Em casos controversos, Hércules deve construir uma teoria política especial que justifique as leis, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores, e não do estado mental dos membros do Parlamento¹⁷¹.

Os legisladores possuem uma independência negada aos juízes. Podem decidir de acordo com questões de moralidade ou política. Não precisam mostrar que seu voto é coerente com os de seus colegas ou com o de legislaturas passadas. Os juízes, por outro lado, sempre associam a justificação fornecida para uma decisão original às deliberações que outros magistrados ou funcionários tomaram no passado¹⁷².

Os juízes encontram-se limitados pela legislação, e em países de *common law*, pela força dos precedentes. Um precedente, enquanto relato de uma decisão política anterior, consiste em um fragmento da história política. Oferece alguma razão para que questões sejam decididas de forma semelhante no futuro. Assim, possui «força gravitacional», devido à equidade que envolve tratar casos similares da mesma maneira¹⁷³.

Hércules supõe que a comunidade política compreende que as decisões judiciais são justificadas por «argumentos de princípio», e não de «política». Diante de um caso problemático específico, deve questionar qual é o conjunto de princípios que melhor justifica os precedentes. Princípios que conectam a justificação geral da prática do precedente (a exigir equidade) e a própria decisão a respeito do que esta justificação requer para a resolução da controvérsia. Não rompe a «força gravitacional» de um precedente, por exemplo, o desejo de atendimento de determinada meta (política) ou sua mudança¹⁷⁴.

Para Dworkin, *Lochner v. New York* consiste em um exemplo perigoso dos riscos de incentivo a que os juízes pratiquem suas próprias opiniões a respeito da moralidade política¹⁷⁵. O autor rechaça que a Constituição imponha a pronta adoção de um programa social que interprete uma concepção de igualdade ou que habilite a Suprema Corte a impor sua

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 178.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 169.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 165.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 176.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 180-181.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 163.

convicção de igualdade distributiva a outros departamentos do governo. Em seu entender, a legislação social chumbada pela jurisdição em *Lochner v. New York* é tratada pela Constituição como uma questão de política, e não de princípio¹⁷⁶.

Na abordagem do jusfilósofo, Hércules não deve se imiscuir no juízo do legislador quando estiver em debate uma questão fundamentalmente política. O magistrado não deve ser ativista, ou seja, não deve aduzir argumentos sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, a exemplo da prosperidade, da erradicação da pobreza ou do devido equilíbrio entre economia e preservação. Deve limitar-se às «questões de princípios». Eis a razão pela qual Hércules não teria aderido ao voto da maioria dos juízes constitucionais em *Lochner v. New York*. Teria, ao contrário, censurado o princípio da liberdade invocado pela Corte na ocasião, por reputá-lo nitidamente incoerente à prática norte-americana¹⁷⁷.

Dworkin admite que Hércules desconsidere alguma parte da história institucional de uma comunidade política por considerá-la equivocada. Todo conjunto de leis e decisões pode ser explicado história, psicológica ou sociologicamente. No entanto, a consistência exige não uma explicação, mas uma justificação, e esta deve ser plausível, e não postiça. Se da justificação extraída por Hércules surgirem arbitrariedades, que se valem de princípios que não são convincentes, não estamos, de modo algum, diante de uma justificação¹⁷⁸.

Hércules, todavia, não pode julgar indiscriminadamente partes da história institucional como equívocos. A exigência de consistência o impede de reputar qualquer aspecto incompatível com a história. O juiz Hércules deve, portanto, limitar o número e o caráter dos eventos que pode refutar por considerar erros¹⁷⁹.

É possível que um princípio que já tenha exercido poder suficiente para basear uma decisão do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário perca força. Destarte, pode deixar de influenciar novas decisões, o que enfraquece o argumento de igualdade que sustenta o princípio. Apesar da sua popularidade, caso Hércules demonstre que ele é injusto, por meio de argumentos de moralidade política, o argumento de equidade que sustenta o princípio será invalidado¹⁸⁰.

Para distinguir sua teoria da decisão judicial daquelas oferecidas pelo juspositivismo, Dworkin contrapõe, provocativamente, as condutas dos juízes Hércules e Herbert. Enquanto

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 246.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 275.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 186-188.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 189.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 191.

aquele determina quais direitos as partes possuem, este o faz de maneira discricionária e independentemente da moralidade política. A postura correta não pode ser a de Herbert, mas a de Hércules, segundo o autor. Quando Hércules fixa os direitos, nada resta que possa se submeter a suas convicções ou à opinião pública, visto que já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registo institucional que é sua função interpretar¹⁸¹.

O jusfilósofo aduz que o positivismo representado pela formulação de Hart¹⁸² oferece uma teoria da decisão dividida em duas etapas. Primeiro, com a identificação do limite do que é exigido pelo direito explícito. Depois, com a concessão, ao juiz, do exercício de um poder discricionário para que legisle de modo intersticial sobre problemas não alcançados pelo direito (na textura aberta das normas). Todavia, lhe causa aversão pensar na resolução de questões difíceis, como a relativa ao aborto, decidida por uma Corte, com a Constituição e os casos à margem, para emitir a opinião de seus membros acerca da justiça ou injustiça da proibição à interrupção da gestação¹⁸³.

A teoria do juiz Hércules diz respeito ao que a lei e o precedente exigem, ainda que ao tomar decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Isso é significativamente diferente de supor que as convicções têm alguma força independente no argumento. A decisão não envolve a escolha entre as próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Requer, ao contrário, a identificação de uma concepção especial de moralidade comunitária como um factor decisivo para os problemas jurídicos. Segundo tal concepção, a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da sociedade pressupõem¹⁸⁴. Hércules deve basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 195-196.

⁽¹⁸²⁾ Segundo Arthur Kaufmann, a teoria do direito de Hart é formal e analítica. Pretende fazer afirmações claras a respeito do direito, através de análises lógicas da linguagem, em que se procede a uma rigorosa separação entre direito e moral, assim como entre proposições empíricas e proposições normativas. Dworkin não se satisfaz com esta analítica jurídica pura limitada às regras. Propõe a ampliação do sistema jurídico com a inclusão de princípios, cuja relação com as regras é bastante conflituosa (Cfr. Arthur Kaufmann, *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*, pp. 132-133). Para o jusfilósofo, o horizonte de Dworkin tenta escapar ao dilema do conflito entre juspositivismo e jusnaturalismo. O direito não se esgota nas regras, mas envolve também os princípios. Ao contrário do positivismo jurídico de Hart, que soluciona casos difíceis segundo a discricionariedade judicial, a teoria de Dworkin defende que os princípios vinculam juridicamente os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Não obstante, é questionável a existência, como sustenta Dworkin, de só uma solução correta no direito. Kauffman indaga se no normativo não existem precisamente outras modalidades relevantes para o momento descritivo, de modo a abrigar soluções jurídicas diferentes, mas igualmente plausíveis e, nesse sentido, corretas (Cfr. Arthur Kauffman, *op. cit.*, pp. 156-159.).

⁽¹⁸³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 195.

⁽¹⁸⁴⁾ António Manuel Hespanha propõe que o debate entre Dworkin e Hart diz respeito à necessidade de partilha do poder de dizer o direito entre a soberania do povo e a autoridade dos “homens da ciência”. A questão central é definir quem (que grupo social) tem o poder de dizer o direito. Nos Estados democráticos, tal poder tem

de moralidade são esses. E a emissão de juízos de moralidade viabiliza a decisão acerca de quais direitos os litigantes possuem¹⁸⁵.

2. O desenvolvimento das normas constitucionais abertas pelos juízes

Dworkin sugere uma filosofia da decisão judicial em matéria constitucional. Considera que a sua teoria acerca das decisões judiciais em casos difíceis sustenta a filosofia constitucional, e talvez, decisões contestadas da Corte de Warren, a exemplo de *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁸⁶. Os juízes, acredita o autor, devem interpretar a Constituição de modo a fornecer ajustes às disposições mais básicas do poder político, capaz de justificá-las a partir dos aspetos mais filosóficos da teoria política¹⁸⁷.

Em sua perspetiva, a teoria constitucional estadunidense não se resume à supremacia das maiorias no poder. A Constituição, e, especialmente, a *Bill of Rights*, protegem os cidadãos contra determinadas decisões maioritárias, inclusive quando a maioria age de acordo com o que julga ser o interesse comum ou geral¹⁸⁸.

Dworkin aborda o constitucionalismo como teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que os direitos individuais sejam protegidos. Tal conceção teria sido adotada pelos Estados Unidos da América¹⁸⁹. Afinal, o controlo jurisdicional da constitucionalidade exige, segundo o pesquisador, que a maioria seja justa mesmo contra a sua vontade¹⁹⁰.

De acordo com o horizonte proposto, algumas controvérsias morais são também questões jurídicas, visto que a Constituição estadunidense prescreve a titularidade de certos direitos por cada cidadão que não podem ser ofendidos pela vontade maioritária. As fontes mais abstratas de tais direitos são as normas que estabelecem o devido processo legal e a igual

sido atribuído ao povo. Todavia, tem sido um problema permanente responder se a vontade popular é o critério último do bom governo e do bom direito ou se, pelo contrário, existem saberes – normativos ou empíricos – que possam disputar ao povo o seu poder soberano de dizer o direito. A partilha do poder de dizer o direito entre a soberania popular e a autoridade dos “homens da ciência” tem sido justificada de diversas formas. Algumas vezes insistindo nos aspetos do direito; outras, paradoxalmente, invocando a necessidade de ouvir o “espírito do povo”, os “consensos valorativos de uma comunidade”, sendo certo que esta “audição” deveria caber a um grupo especializado de pessoas (a elite de juristas) e não às grosseiras técnicas de contas as maiorias (Cfr. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2019, reimp, p. 556.).

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 196-197.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 454.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 207-209.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 222-223.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 164.

proteção das leis. A primeira impede que certos direitos essenciais sejam prejudicados, salvo por uma razão irresistível, enquanto a segunda impõe apenas que os Estados não diferenciem com injustiça as liberdades e privilégios que resolvam admitir às pessoas¹⁹¹.

O problema que se coloca, discorre o pensador, é responder como os juízes devem decidir, por exemplo, quais liberdades a norma do devido processo legal trata como fundamentais e quais discriminações a cláusula da igual proteção trata com injustas. *Roe v. Wade* explicita uma decisão em que o devido processo legal foi interpretado pelos juízes constitucionais no sentido de atribuir às mulheres o direito de tomar decisões morais para si próprias¹⁹².

Para Dworkin, as restrições às decisões da maioria não abrangem somente regras precisas, mas igualmente dispositivos constitucionais de textura aberta ou vaga. Ilustra uma regra aquela que fixa a competência do júri em casos de processos criminais federais estadunidenses. Por sua vez, é exemplo de um norma vaga aquela que determina que não pode ser negado a ninguém o devido processo legal ou a igual proteção das leis¹⁹³.

As duas espécies de normas constitucionais reconhecem e projetam direitos morais das pessoas contra a maioria. Segundo o autor, os redatores da Constituição presumiram que as citadas restrições à maioria poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais dos cidadãos¹⁹⁴.

O que torna legítima a deliberação jurisdicional de *Brown v. Board of Education of Topeka*, na perspectiva de Dworkin, é o enfrentamento de «questões de princípios» morais que são impostos pela lógica do texto constitucional. Uma interpretação restrita do texto da Constituição é insuficiente, na medida em que produz uma conceção escassa dos direitos constitucionais. Ela restringe tais direitos aos reconhecidos em um determinado período da história por certo grupo de pessoas. O ponto do jusfilósofo, porém, é que as cláusulas constitucionais vagas representam apelos aos conceitos adotados pelo texto, a exemplo de “legalidade”, “igualdade”, “crueldade” etc¹⁹⁵.

O jusfilósofo contrapõe duas concepções de Estado de direito. Uma delas é «centrada no texto legal» e a outra, «centrada nos direitos». A primeira seria muito limitada, em razão de nada estipular a respeito do conteúdo das regras, que devem ser seguidas até serem modificadas. A segunda seria mais ambiciosa, uma vez que pressupõe que os cidadãos

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 646.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 646-647.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 209.

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 210-211.

possuem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Ao contrário da primeira, a concepção «centrada nos direitos» não faz distinção entre Estado de direito e justiça substantiva, mas exige que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique¹⁹⁶.

Segundo tal concepção, embora o texto jurídico seja uma fonte de direitos morais no tribunal, não o é exclusivamente. Na análise de casos sujeitos a interpretações conflitantes, ou a respeito dos quais o texto nada diz, é correto questionar qual das decisões possíveis se ajusta melhor aos direitos morais de fundo das partes¹⁹⁷.

Dworkin compara a interpretação das normas constitucionais de textura aberta ao exemplo de uma pessoa que diz aos filhos que espera que não trate os demais de forma injusta. Tratar as pessoas de forma injusta abrange situações acerca das quais o pai não pensou e tampouco poderia ter pensado, bem como o cenário de algum facto considerado justo pelo emitente que era, na realidade, injusto, ou vice-versa, casos os filhos convençam o pai disso posteriormente. Assim, a intenção do pai é de que a família se guie pelo conceito de justiça, e não por uma concepção particular de justiça que ele tenha em mente¹⁹⁸.

A partir do exemplo citado, o pensador destriça seu raciocínio acerca de uma filosofia da decisão judicial. Para tanto, distingue dois comportamentos dos membros de uma comunidade política que estabelecem padrões em nome da justiça. O primeiro diz respeito ao apelo ao conceito de justiça somente para ensinar as pessoas a agir com equidade. O segundo refere-se à formulação de concepções particulares de justiça. É favorável ao primeiro, não ao segundo¹⁹⁹.

Acredita que em tal situação se atribuem aos destinatários as responsabilidades de desenvolver e aplicar concepções de justiça quando do surgimento de casos controversos. Isso não se confunde com a concessão de um poder discricionário ao intérprete, haja vista que é fixado um padrão que deve ser satisfeito. Considera que recorrer ao conceito de justiça implica valer-se do significado do conceito de justiça, sem atribuição de importância especial aos pontos de vista do próprio sujeito acerca da justiça²⁰⁰.

Em seu entender, o sistema constitucional estadunidense tem como base a teoria moral segundo a qual os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado. Destarte, as normas vagas devem ser compreendidas como um apelo a conceitos morais. Um tribunal que possui o ónus de aplicar plenamente tais normas, segundo Dworkin, deve ser ativista, pelo

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, pp. 06-07.

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 15.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 211.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 213.

menos no sentido de estar preparado para levantar questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta²⁰¹.

Não passa despercebido ao autor, contudo, que o ativismo judicial envolve riscos de tirania. Tais riscos anulam a injustiça que pode acontecer quando a maioria julga em causa própria, embora oculte o argumento de que, por razões de equidade, a maioria deva decidir sobre os limites do seu próprio poder. Os males do ativismo estão relacionados a admitir «argumentos de política», e não «argumentos de princípios» – afinal, não é consentido ao juiz substituir o juízo da legislatura pelo seu próprio²⁰².

O investigador entende que tanto posturas ativistas quanto moderadas falham na tarefa de explicar decisões específicas de casos difíceis, como *Brown v. Board of Education of Topeka*. Os ativistas a defendem com base na crença de que fomentou um objetivo social que lhes parece agradável. Já os adeptos da moderação a desaprovam esteados no horizonte de que não é papel da Suprema Corte impor sua própria concepção do que é bem social²⁰³.

Dworkin critica que os ativistas defendem seu ponto de vista com o argumento de que seus objetivos são indiscutivelmente bons. Por outro lado, os defensores da moderação aduzem que o princípio da legalidade protege os juristas constitucionais de obrigações relativas ao enfrentamento de quaisquer questões morais. Em comum, as duas posições dispensam a análise dos direitos morais dos indivíduos em face do Estado²⁰⁴.

O jusfilósofo propõe que o Direito Constitucional torne sua agenda a questão dos direitos contra o Estado. Advoga a fusão do Direito Constitucional com a teoria moral. Apesar de compreender o receio da contaminação do direito pela filosofia moral, defende o papel a ser desempenhando pelos juristas no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado. *A Theory of Justice*, de John Rawls²⁰⁵, é citada como uma importante obra a contribuir na missão²⁰⁶.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 231.

⁽²⁰²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽²⁰³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 233.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽²⁰⁵⁾ Em *A Theory of Justice*, John Rawls propõe três princípios para governar a sociedade, obtidos na «posição original», sob um hipotético «véu da ignorância», em que as pessoas desconhecem uma série de variações que influenciarão suas condições na comunidade (Cfr. John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, traduzido por Carlos Pinto Correia, 1.ª ed., edição, Lisboa, Editora Fundamento, 1993, p. 121.). Os indivíduos acordariam o seguinte: *i*) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades idêntico para as outras («princípio da liberdade»); *ii*) as desigualdades económicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) resultem os maiores benefícios possíveis aos menos beneficiados («princípio da diferença»); b) decorram de posições e funções às quais todos têm acesso («princípio da justa igualdade de oportunidade») (Cfr. John Rawls, *op. cit.*, pp. 54-57.). Apesar de considerar os princípios indissociáveis, Rawls é favorável a uma ordenação lexical entre eles. Isto significa a satisfação do primeiro princípio antes de se passar para o segundo, e a concretização do segundo antes do terceiro. O «princípio da diferença» admite uma desigualdade caso gere uma evolução na condição de todos, particularmente dos menos favorecidos. Medidas como a

Perturba-o demasiadamente cogitar uma prática judicial passiva – na qual enquadra expressamente John Hart Ely como expoente – em que o Poder Legislativo pode satisfazer praticamente todos os desígnios da maioria. Acredita que tal perspetiva não oferece nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis. As normas abertas que garantem direitos individuais contra as decisões maioritárias somente proibiriam aquilo que fosse expressamente definido pela linguagem normativa. Mas Dworkin defende que decisões como *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade* não podem ser explicadas por intermédio de uma leitura passiva. Dependem, ao contrário, de uma análise dos erros²⁰⁷.

Para o autor, as normas abertas da Constituição inseridas pela *Bill of Rights* são redigidas nos termos mais abstratos possíveis de moralidade política. A linguagem dos dispositivos que prescrevem o devido processo legal e a igual proteção das leis, por exemplo, pode até parecer, em determinados contextos, integralmente preocupada com o processo, sem restringir as leis que o governo possa elaborar²⁰⁸. Mas seria correto afirmarmos que tais normas não concedem às pessoas nenhum direito, a não ser aqueles concretos, que indiscutivelmente decorrem apenas da linguagem?

Quando um juiz declara uma lei controvertida inconstitucional, com base em violação a um dispositivo vago, está a modificar a Constituição? A resposta do passivismo, para ambas as questões, é *sim*, segundo o pesquisador. Ao interpretar a Constituição, caso um juiz conclua que a Carta Constitucional impede aos Estados a regulação do aborto, por exemplo, está, para o passivismo, a aditar a Constituição de forma disfarçada: a usurpar competência de outras autoridades²⁰⁹.

Daí decorre, portanto, para o passivismo, que seria melhor à justiça constitucional acatar a decisão legislativa. Seria mais democrático, em vez de impor simplesmente sua própria visão divergente. Afinal de contas, teorias de justiça e igualdade são subjetivas, refletem respostas diferentes, e não uma resposta certa sobre a melhor opção. Dworkin,

concessão de um mínimo social que abranja as necessidades básicas das pessoas, a instituição de imposto sobre o consumo a uma taxa marginal contínua e a tributação de heranças são exemplos de políticas que poderiam melhorar a condição dos menos favorecidos (Cfr. John Rawls, *op. cit.*, pp. 46-48.).

Em *Justice in Robes*, livro publicado quase trinta anos após *Taking Rights Seriously*, Dworkin aduz que políticos ao redor do mundo citam as ideias de Rawls e que os juízes apelam ao seu trabalho. Sugere que se poderia tratar a respeito do impacto que as ideias de Rawls já propiciaram no direito de diversos países, mas também considerar a influência que elas ainda poderiam provocar. Propõe que se questione, por exemplo, quais mudanças na tributação ou na responsabilidade civil estadunidense o famoso «princípio da diferença» recomendaria (Cfr. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, 1.ª ed., Cambridge, The Belknap Press, 2006, p. 241.).

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, pp. 233-234.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 247.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 73.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 444-445.

porém, acredita que tal argumento é a própria causa do fracasso de uma visão passiva, na medida em que exige uma resposta certa à questão relativa à equidade sobre quais opiniões devem preponderar diante de problemas referidos à opinião. E mais: se não há resposta certa para os direitos das minorias, como pode existir para *quais* opiniões reger nossas vidas?²¹⁰

O jusfilósofo rechaça que o legislador seja mais propenso a desenvolver uma teoria melhor fundamentada dos direitos exigidos pela justiça. É eles foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política. Sua tendência, em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária, é agir em prol da maioria. Caso se oponham aos desejos majoritários, serão substituídos por aqueles que não o façam. Eis, então, que os legisladores são menos inclinados a deliberar sobre os direitos das minorias do que autoridades menos vulneráveis nesse sentido²¹¹.

Dworkin patrocina que solucionar problemas difíceis no direito requer uma interpretação da prática constitucional, o que não se compara ao processo de aditamento da Constituição. A interpretação oferece a melhor resposta ao que o direito é, ao que de facto exigem, por exemplo, o devido processo legal e a igual proteção das leis. Caso a Suprema Corte tivesse adotado uma postura absolutamente passiva, porventura até os dias de hoje as escolas do sul dos Estados Unidos se mantivessem segregadas, pontua o autor²¹².

Roe v. Wade é outro exemplo de decisão judicial que Dworkin reputa adequada ao associá-la a um direito contramajoritário e cuja análise não pode ser centrada apenas no texto constitucional. Para o pensador, o aspeto principal da controvérsia suscitada não é a questão dos direitos e interesses do feto, decorrente de considerá-lo ou não uma pessoa. O que está em causa é responder se os Parlamentos dos Estados federados têm o poder constitucional de determinar quais valores intrínsecos devem ser respeitados por todos os cidadãos, assim como de que maneira os legisladores podem proibir o aborto com base nesse poder²¹³.

A resposta ao problema se associa a compreender a Constituição como uma relação limitada de direitos individuais considerados importantes por seus redatores, já falecidos, ou, alternativamente, como um compromisso com ideais abstratos de moral política, a serem reinterpretados a cada nova geração de cidadãos, juízes e juristas. O investigador endossa a segunda opção²¹⁴.

⁽²¹⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 446.

⁽²¹¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 248-249.

⁽²¹²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 445-449.

⁽²¹³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, traduzido por Jeferson Luiz Camargo, 1.ª ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 2003, p. 34.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 34-35.

Para Dworkin, a liberdade de escolha para abortar consiste em uma implicação necessária da liberdade religiosa (protegida pelo primeiro aditamento à Constituição: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion...”)²¹⁵. O princípio da autonomia procriadora deve ser reconhecido por qualquer interpretação competente da Constituição. Portanto, os Estados federados não podem vedar totalmente o aborto²¹⁶.

Cabe aos Estados, por outro lado, proteger o legítimo interesse de preservar um ambiente moral em que as decisões relativas à vida e à morte são abordadas de maneira séria. A viabilidade do feto é o marco para a admissão de um interesse em regular a matéria, o que, porém, não se relaciona a qualquer concepção de santidade. É que até a viabilidade fetal, isto é, até sexto mês de gestação, as mulheres possuem ampla oportunidade de refletir e decidir. A ofensa é maior e parece demonstrar indiferença conforme avança o desenvolvimento do feto. Assim, após o feto se tornar viável, a comunidade política tem a prerrogativa de regular a controvérsia, propõe Dworkin²¹⁷.

Segundo o pesquisador, *Roe v. Wade* expressa o direito constitucional das mulheres à privacidade no sentido de soberania a respeito de decisões particulares específicas. O reconhecimento de que as mulheres possuem o direito constitucional de determinar a utilização do seu próprio corpo, assegurado não só pelo direito ao aborto, mas por proteções jurídicas como a tipificação do crime de estupro, é um requisito prévio à afirmação subsequente de que ao governo cabe garantir que esse direito não seja ilusório²¹⁸.

No horizonte de Dworkin, o debate sobre o aborto diz respeito à seguinte questão filosófica: a frustração de uma vida biológica, que desperdiça a vida humana, será ainda assim justificada, em alguns casos, para evitar frustrar uma contribuição humana para essa vida, ou para vidas de outras pessoas, o que seria uma espécie diferente de desperdício²¹⁹? O autor defende que os custos especiais, tanto psíquicos quanto físicos, de gestações indesejadas, justificam que o direito constitucional à privacidade seja aplicado ao aborto²²⁰.

O jusfilósofo acredita que a decisão da Suprema Corte no ano de 1992 em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*²²¹ foi vital não apenas por ter reafirmado

⁽²¹⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Domínio da Vida*, p. 35.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽²¹⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 236-238.

⁽²¹⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 75.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 130.

⁽²²⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 79.

⁽²²¹⁾ 505 U. S. 833 (1992). Em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, mesmo com a indicação de dois novos juízes de pensamento conservador pelo então presidente George W. Bush, a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, reafirmou o direito feminino ao aborto até a viabilidade do feto. Nada obstante, redefiniu algumas disposições sobre o direito conforme estabelecido em 1973. Dispensou a

Roe v. Wade. Também elucidou um argumento poderoso favorável à autonomia procriadora que condiz com seus próprios escritos: de que em qualquer sociedade comprometida com a liberdade não cabe aos Estados impor quaisquer crenças. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* teria confirmado o alicerce implícito de *Roe v. Wade* no argumento de um processo legal justo a estear a liberdade religiosa. Dada a ênfase da *Bill of Rights* à liberdade individual, especialmente em questões que remetem à crença e ao sagrado, Dworkin sugere que não surpreende que o direito estadunidense deixe as mulheres mais livres para seguir sua própria consciência do que qualquer outra Constituição²²².

O pesquisador nos convida a refletir se a igualdade perante a lei, tal como aprovada no texto constitucional pelos redatores, pode explicar a razão pela qual as pessoas de agora devem ser governadas pelas convicções políticas daquelas eleitas já há muito tempo, quando a moral popular, as circunstâncias económicas etc. eram muito diferentes. Em *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade*, por exemplo, a Constituição foi aplicada pela Suprema Corte com resultados que porventura teriam desconcertado seus defensores dos séculos XVIII e XIX. Todavia, Dworkin propõe que os constituintes estavam preocupados com o princípio de que o direito deve tratar as pessoas como iguais, o que não significa que acreditassem em uma interpretação estreita da Constituição ou da norma que prevê a igual proteção²²³.

Para o jusfilósofo, um governo que nega o direito à consciência é totalitário. Dworkin advoga, ao contrário, o direito à consciência como o centro da dignidade humana, prezada porque insistimos na liberdade. Acredita que exigimos a democracia, afinal, em virtude de honrarmos a dignidade. Assim, acusa uma Constituição que admita a negação da liberdade de consciência pela maioria de inimiga da democracia, nunca sua criadora. Em sua

estrutura trimestral de *Roe* para permitir aos Estados a restrição da disponibilidade do aborto em favor de uma definição médica mais flexível da viabilidade, de modo a estender explicitamente o interesse em proteger a saúde materna e a vida potencial durante toda a gravidez. Aos Estados federados se permitiu regular a matéria para proteger a saúde da mulher, mas não impor normas que acarretassem obstáculos desnecessários. Consequentemente, a Corte afirmou um teste a ser realizado pelos tribunais para examinar as leis relativas ao aborto: uma lei é inválida caso seu objetivo ou efeito seja colocar obstáculos substanciais no caminho de uma mulher que deseja abortar antes que o feto atinja a viabilidade. A obrigação de que a gestante notifique o marido, por exemplo, explicita uma dificuldade desnecessária e é, portanto, inconstitucional. Já exigências como a relativa a aconselhamentos sobre os riscos do procedimento abortivo, a necessidade de vinte e quatro horas de espera e a obrigação de consentimento dos pais ou responsáveis foram consideradas constitucionais pela Corte.

Em escrito do mesmo ano de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Dworkin expressa não acreditar que *Roe v. Wade* deveria ser substancialmente modificada (o que não acha que a decisão de 1992 tenha efetuado). Seria intolerável a reversão total de *Roe v. Wade*, isto é, a negação por completo do direito constitucional à autonomia procriadora. O jusfilósofo enfatiza sua opinião a favor da defesa do direito das pessoas seguirem suas próprias convicções reflexivas nas decisões mais pessoais, orientadas pela consciência e religião (Cfr. Ronald Dworkin, *Enumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n.º 1, 1992, p. 332.).

⁽²²²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Domínio da Vida*, pp. 239-240.

⁽²²³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 434-339.

perspetiva, é necessário nos empenharmos por uma Constituição de facto centrada em princípios, que possa garantir a todos o direito de decidir por si, independentemente do nosso ponto de vista a respeito de controvérsias como o aborto²²⁴.

A dificuldade que uma postura judicial passiva apresenta para proteger direitos constitucionais contramajoritários, notadamente a liberdade e a igualdade, perplexa Dworkin. Para defender o controlo jurisdicional da constitucionalidade referido aos princípios jurídicos, o autor articula distinções entre visões de democracia e escolhas políticas.

Contrasta, então, duas visões de democracia. Segundo a primeira, «separada», a igualdade, fundamental em uma democracia, não depende do resultado produzido pela legislação, mas do processo político adotado, que deve distribuir o poder de forma igualitária. Já para a segunda, «dependente», a melhor forma de democracia é aquela com mais possibilidade de produzir decisões substantivas que respeitem a igual consideração e respeito de todos os membros de uma comunidade política²²⁵. Afinal, cada vida humana é provida de valor objetivo especial²²⁶.

Para a conceção «separada», em que Dworkin insere Ely como forte adepto, dado o radical dissenso da sociedade, as controvérsias devem ser resolvidas por intermédio do processo político. Como há controlo da decisão, mesmo que os perdedores a repute injusta, se espera que a aceitem. Por sua vez, a conceção «dependente» parte do facto dos desacordos em sentido abstrato para endossar a possibilidade de divergência também a respeito das instituições políticas e procedimentos verdadeiramente democráticos²²⁷.

Dworkin atribui à Ely a mais sofisticada elaboração de uma teoria que não busca catalogar o que a Constituição significa, mas os poderes que atribui ao governo: deliberar segundo o princípio maioritário e apenas impedido por aquilo que o texto incontrovertidamente proíbe²²⁸. Critica, porém, que o horizonte reduz o problema da conceção mais atrativa de democracia ao abstrato debate filosófico. Algumas normas, como o devido processo legal e a igual proteção, suscetíveis de compreensões diversas, não proíbem o governo de agir contra as próprias conceções de justiça e igualdade dos redatores das normas, mas de violar a mais sólida conceção política de tais virtudes²²⁹.

⁽²²⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 342-343.

⁽²²⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, pp. 255-256.

⁽²²⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new Political Debate*, 1.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 09-10.

⁽²²⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 260.

⁽²²⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Enumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, p. 384.

⁽²²⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 75-76.

O investigador objeta uma perspectiva da justiça constitucional preocupada com o processo enquanto dissociado da substância. É cético que a decisão judicial dispense o enfrentamento de questões substantivas de moralidade política. Os juízes devem, por exemplo, decidir que o utilitarismo puro é equivocado²³⁰. Assim, não tem natureza meramente processual decidir que as pessoas possuem direitos acima da maximização irrestrita da utilidade e das deliberações maioritárias que servem à utilidade ilimitada²³¹.

Dworkin é cético que a decisão judicial isente a confrontação de questões substantivas de moralidade política. No final das contas, acredita que Ely precisa de uma explicação mais geral para considerar o preconceito racial, por exemplo, uma justificação política que viola a igualdade. Critica que é equivocado afirmar que os juízes constitucionais poderiam aplicar a teoria da revisão judicial de Ely sem confrontar matérias substantivas de moralidade política. A proposta de deixar à maioria a decisão de questões importantes de princípio político, e não aos juízes, contraria a própria teoria de Ely. Por exemplo: a justiça constitucional não tem como anular leis racialmente discriminatórias se examinar o processo político dissociado da substância. Para Dworkin, o argumento de Ely se autoinvalida ao incorporar precisamente os julgamentos substantivos que afirma que devem ser deixados ao povo. Ou seja, a fuga da substância termina na própria substância²³².

Na abordagem de Dworkin, direitos criados por normas constitucionais abertas expressam direitos a que a legislação não seja aprovada por certas razões²³³. A legislação esteada no preconceito racial é inconstitucional não em virtude de ser imoral qualquer distinção fundada na raça²³⁴. Afronta a Constituição porque qualquer lei justificada somente

(²³⁰) O utilitarismo consiste em uma corrente do pensamento político que adquire máxima expressão no século XIX. É em relação ao utilitarismo que o contratualismo de John Rawls e a reflexão de Robert Nozick, no século XX, se contrapõem. O utilitarismo é uma teoria moral segundo a qual os atos moralmente devidos são aqueles que produzem maior felicidade para os membros de uma sociedade. São três suas características básicas: (i) A felicidade, que é seu objetivo, não depende da existência de Deus, da alma ou de qualquer entidade metafísica (assim, todas as pessoas podem sofrer e ter prazer, ser infelizes ou felizes); (ii) O consequencialismo, a requerer que todo ato ou política a adotar tenha como consequência algum bem identificável (não é possível, portanto, considerar que certa prática ou ato, como a homossexualidade, a prostituição, o jogo etc. seja moralmente condenável caso dele não resultem consequências negativas); e (iii) a produção de princípios práticos para a resolução de conflitos morais a partir de procedimentos (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *As Andanças de Cândido: Introdução ao Pensamento Político do Século XX*, 1.^a ed., Lisboa, Edições 70, 2009, pp. 15-17.). Arthur Kaufmann leciona que a corrente alcançou o seu auge com Jeremy Bentham e tem em John Stuart Mill um importante expoente. Para o utilitarismo, todos os homens querem viver o mais longamente e felizes possível. Daí a expressão “the greatest happiness of the greatest number” (Cfr. Arthur Kaufmann, *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*, p. 90.).

(²³¹) Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 95.

(²³²) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 80-101.

(²³³) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 94-95.

(²³⁴) O jusfilósofo defende, por exemplo, a constitucionalidade das «ações afirmativas» ou «discriminações inversas», as quais efetuam distinções com base nos antecedentes étnicos e raciais das pessoas, a fim de fornecerem preferências para a admissão em faculdades e escolas profissionalizantes estadunidenses.

com base nas preferências da maioria sobre quais de seus concidadãos merecem consideração e respeito, ou que tipos de vida devem levar, nega a igualdade²³⁵. É indispensável que a legislação, no fim do processo, trate a todos como iguais²³⁶.

O pensador propõe que certas restrições não podem ser explicadas como exigências processuais da Constituição. Uma interpretação adequada da Constituição como um todo reconhece que alguns direitos constitucionais exercem a função de impedir as maiorias de agir segundo suas próprias convicções sobre as exigências da justiça. Assim, uma visão passiva da prática judicial não pode reaparecer para solucionar casos controversos, que exigem a identificação de direitos implícitos ainda não reconhecidos. Como explicar, por exemplo, a negação da independência moral aos homossexuais, embora a história estadunidense apoie essa independência moral e não haja explicação plausível para tal afronta? Para o autor, assim como a equidade não é violada quando impedimos a segregação racial, também não o é quando insistimos na aplicação da ideia de independência moral aos homossexuais²³⁷.

Desta maneira, Dworkin deseja ir além da recomendação geral de alguma forma de democracia que se esgote na justa alocação do poder político. Não se contenta com a exortação vaga e abstrata da democracia, mas busca fornecer razões que sustentem a escolha de uma concepção de democracia²³⁸.

A perspectiva de que legislação deve respeitar certos direitos compromete a avaliação sobre *quando* o processo é igualitário. Os juízes responsáveis por identificar e defender a melhor concepção de democracia não podem evitar decisões de moralidade política acerca de

Foi assim que a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis procedeu: adotou um sistema diferente para avaliar candidatos negros e brancos, que concorriam às vagas de maneira separada. Como resultado, alguns negros foram aprovados em detrimento de outros brancos que obtiveram notas superiores, se comparados em uma escala global. Alan Bakke foi um exemplo de branco preterido que teria sido aprovado sem tal sistema. Não resignado, Bakke provocou a jurisdição, com a alegação de ilegalidade do sistema, por ferir a igualdade na disputada de vagas, argumento aceite pela Suprema Corte (caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265. 1978.). Para Dworkin, todavia, o juiz Hércules teria discordado da decisão. Rejeitaria o horizonte que trata a igual consideração e respeito das leis como dirigida especificamente à questão racial, enquanto consequência da escravatura e da guerra civil. O juiz hercúleo não assentiria que os redatores da norma acreditassem que qualquer tipo de discriminação racial se revelasse inconstitucional, mesmo aquela realizada para ajudar os negros. As distinções que beneficiam um grupo alvo de preconceito histórico não violam a Constituição. Não está em causa proibir que as pessoas sejam tratadas de forma distinta em virtude de atributos que estejam além de seu controle, como o seu local de nascimento ou sua habilidade no futebol, por exemplo. O que se deve impedir são preferências que tenham por base alguma forma de preconceito contra um grupo em favor de uma política que inclua a desvantagem desse grupo. As «ações afirmativas», na verdade, concedem a mesma consideração e respeito a todos os candidatos (Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 468-473.).

⁽²³⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 99.

⁽²³⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 92.

⁽²³⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 450-451.

⁽²³⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 85.

direitos substantivos individuais²³⁹. Destarte, o investigador reforça o ceticismo quanto a julgamentos sobre o processo sem a emissão de juízos a respeito da substância²⁴⁰.

O jusfilósofo admite que há problemas constitucionais em que é mais importante ter a certeza do que o direito estabelece do que saber exatamente o que é o direito. Em situações organizacionais básicas do Estado, a exemplo da duração do mandato do Presidente da República, a linguagem admite uma única interpretação. Se os redatores da norma não tivessem assim prescrito, a Constituição não estaria hoje viva. Acontece que há, por outro lado, problemas constitucionais de uma espécie diferente²⁴¹.

A prática constitucional que deve ser interpretada não está preocupada unicamente com a estabilidade. Normas que reconhecem direitos individuais contra o Estado e a nação dizem respeito às «questões de princípios». Nesses casos, a substância é mais importante do que a estabilidade²⁴².

O controlo da constitucionalidade se associa aos direitos que as pessoas possuem enquanto «trunfos sobre a vontade da maioria»²⁴³. A democracia traduz, concomitantemente, um freio e um estímulo à revisão judicial das leis. Se a democracia preocupa-se com o processo, não é para fugir de questões políticas substantivas, a exemplo dos direitos de que as pessoas são titulares, mas em virtude da resposta correta exigida por essas questões²⁴⁴.

Devemos confrontar, então, as seguintes indagações: (i) quais decisões competem aos distintos poderes?; e (ii) quando a jurisdição deve cassar a deliberação legislativa? Dworkin propõe uma diferença entre decisões políticas «sensíveis às escolhas» e «insensíveis às escolhas». As primeiras, por razão de justiça, dependem do caráter e da distribuição de preferência dentro da comunidade política. Construir um centro esportivo ou um sistema rodoviário ilustram decisões «sensíveis às escolhas». Já as segundas não dependem do juízo de justiça ou do número de pessoas que a aprovam. Matar homicidas condenados ou proibir a discriminação racial no trabalho, por exemplo, são decisões «insensíveis às escolhas»²⁴⁵.

O pesquisador discorda do controlo judicial das decisões «sensíveis às escolhas» realizadas pelos legislativos. Por outro lado, defende a revisão de determinadas deliberações «insensíveis às escolhas» do legislador, especialmente as que rejeitam direitos putativos contra a escolha da maioria. Dworkin acredita que o constitucionalismo aperfeiçoa a

⁽²³⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 92.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 85.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 440.

⁽²⁴²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 440-441.

⁽²⁴³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 92.

⁽²⁴⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 80-82.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, pp. 281-283.

democracia, mas desde que se limite à censura das «questões de princípios» «insensíveis à escolha». Aposta, destarte, em um controlo judicial associado à expansão de uma democracia «dependente»: (i) a incentivar a participação das minorias; (ii) a proteger liberdades que estimulam a ação moral na política²⁴⁶; e (iii) a viabilizar um fórum político em que os cidadãos possam discutir de maneira mais associada a sua vida moral que ao voto²⁴⁷.

Dworkin não fica desconfortável com o facto de um tribunal composto por membros nomeados decidir, em nome da sociedade, algumas questões de moralidade política. Na verdade, defende que uma Suprema Corte deve mesmo realizar deliberações políticas importantes²⁴⁸. Afinal de contas, os melhores princípios de moralidade política não exigem que a maioria seja sempre atendida²⁴⁹.

O jusfilósofo aduz que o controlo da constitucionalidade é positivo para a democracia. Reconhece que decisões da justiça constitucional podem ser equivocadas, é claro, a exemplo de *Lochner v. New York*. Mas acredita na garantia da exposição e debates das questões mais essenciais de moralidade política como matérias de princípio, e não exclusivamente de poder político. Tal transformação não alcança sucesso, pelo menos não completamente, na esfera da legislatura, o que reputa ser mais significativo do que as decisões efetivamente a que se chegam nos tribunais. Considera importante que o debate sobre os princípios não se exaure a um caso que chega aos tribunais, mas provoca discussões muito antes e muito depois²⁵⁰.

(²⁴⁶) Segundo Miguel Nogueira de Brito, o pensamento de Ronald Dworkin expressa uma conceção «comunitária de democracia», em que as decisões políticas são tomadas por uma entidade diferente dos indivíduos considerados isoladamente: o povo como unidade política que não é mero resultado da soma das pessoas que o compõem. Dworkin oferece um horizonte que reconhece e assume o conflito entre liberdade política individual e identidade coletiva. A Constituição de uma «democracia comunitária» deve prescrever instituições e exprimir convicções que privilegiem e reforcem a responsabilidade coletiva e o julgamento individual. Para Brito, temos aí uma perspetiva do voto que objeta sua sujeição às preferências de cada um e às doutrinas abrangentes (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 363-365.).

(²⁴⁷) Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, pp. 288-289.

(²⁴⁸) De acordo com o filósofo político estadunidense John Rawls, a Suprema Corte é o paradigma da «razão pública», o que significa que é tarefa dos seus juizes procurar desenvolver e expressar nos seus juizes a melhor conceção possível da Constituição e dos precedentes constitucionais. A melhor interpretação possível consiste naquela que melhor se ajusta ao corpo relevante dos materiais constitucionais e que o justifique em termos de conceção pública da justiça ou de uma sua variante. Em tal tarefa, os juizes devem recorrer aos valores políticos da conceção pública da justiça sempre que a Constituição, explícita ou implicitamente, lhes apontar, como acontece, por exemplo, em uma *Bill of Rights* que assegura a liberdade religiosa ou a igual proteção. O papel da Suprema Corte faz parte da publicitação da razão e é um aspeto da atribuição ampla, ou educativa, da «razão pública» (Cfr. John Rawls, *O Liberalismo Político*, traduzido por João Sedas Nunes, 1.ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 1997, p. 229.).

(²⁴⁹) Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 101.

(²⁵⁰) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 102.

3. A integridade no direito: o ideal político da comunidade de princípios

Dworkin apresenta com ênfase sua concepção do direito enquanto integridade em *Law's Empire*. A proposta parte do profundo criticismo que nutre tanto com visões legalistas como com aquelas decorrentes do realismo jurídico. A primeira acarretaria a coerção mecânica do intérprete ao texto normativo, ao passo que a segunda lhe concederia total liberdade criativa. O autor é cético em relação a ambas as visões e explica suas razões ao comparar a exigência de integridade no direito a um romance em cadeia²⁵¹.

Para o jusfilósofo, o positivismo reduz o direito a proposições descritivas²⁵². A norma que só admite a validade de um testamento assinado por três testemunhas, por exemplo, seria verdadeira porque foi aprovada pelo Legislativo. Nada obstante, sua crítica ao sistema positivista de regras, incapaz de resolver casos mais complexos, não culmina na defesa de teorias jusnaturalistas – as quais, por outro lado, forneceriam uma verdade moral objetiva. Segundo Dworkin, a distinção categórica entre descrição e valoração prejudica a teoria jurídica. Sua proposta é compreender as proposições jurídicas não como meras descrições da história jurídica nem como simplesmente valorativas²⁵³.

Não há, em seu horizonte, espaço para que o intérprete do direito encontre ou invente a lei²⁵⁴. Em evolução às reflexões expostas em *Taking Rights Seriously*, o pesquisador assevera que quando um juiz declara que certo princípio está imbuído no direito, não está a

⁽²⁵¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 274.

⁽²⁵²⁾ É interessante observar, no campo da Teoria e Filosofia do Direito, o desenvolvimento de um positivismo «inclusivo» ou «integrador», com posição moderada a respeito da influência normativa da moral no estudo do direito. Herbert L. A. Hart, em *post scriptum*, admite, limitadamente, a ideia de que a validade do sistema jurídico possa pousar não apenas em elementos de ordem fática (normas e factos sociais), mas incorporar, igualmente, princípios de justiça e valores de ordem moral. O autor sugere que da norma de reconhecimento do sistema jurídico possam constar valores éticos. Se uma regra de reconhecimento (como a Constituição) esteada na factualidade social vier a estatuir que a moral é uma condição de validade das outras normas, aquela passaria a assumir caráter vinculante e a interpretação da norma poderia vir a ser realizada com fundamento em princípios e cânones extrajurídicos, próprios da moral. Porém, caso a moral não seja incorporada na norma de reconhecimento, não será condição de validade das normas jurídicas (Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, pp. 160-161.).

⁽²⁵³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, pp. 219-221.

⁽²⁵⁴⁾ John Rawls oferece uma perspectiva similar, até certo ponto, ou conforme o filósofo político aponta, que no final das contas, não se afasta, na substância, da proposta de Dworkin. Para Rawls, os juízes não podem julgar de acordo com a sua própria moralidade. Quaisquer visões religiosas ou filosóficas, do próprio juiz ou de demais, são irrelevantes para a decisão judicial. O que os magistrados estão obrigados a fazer é invocar os valores políticos que julgam pertinentes ao mais razoável entendimento da concepção pública e aos respetivos valores políticos da justiça e da «razão pública». Todavia, o autor diverge de Dworkin ao aceitar apenas que os juízes adotem valores acobertados pela concepção pública da justiça, e não que recorram à moralidade política, a qual considera ampla demais. Exige, assim como Dworkin, a ideia de ajuste para diferenciar a interpretação da invenção. Requer, também, que a atividade interpretativa seja controlada pela concepção política pública da justiça ou por uma sua variante. Entretanto, pontua não ter segurança para afirmar que o horizonte do ajuste proposto por Dworkin seja suficiente para mostrar o que já se encontra implícito na lei enquanto associação tributária da concepção política ou de uma de suas variantes reconhecíveis (Cfr. John Rawls, *O Liberalismo Político*, pp. 229-230.).

afirmar os motivos dos estadistas do passado. O princípio concomitantemente se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica. Ele oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura da prática, a coerência de princípio que a integridade requer. Por essa razão, a proposta é considerada pelo próprio como interpretativa. Daí o «direito como conceito interpretativo»²⁵⁵.

Dworkin nos convida a comparar a situação de um juiz a decidir que direitos os cidadãos possuem em uma controvérsia judicial a um crítico literário a destringir diversificadas dimensões de valor de uma peça ou poema complexo. Propõe que os juízes são igualmente autores e críticos. Quando decidem um litígio, introduzem um acréscimo na tradição que interpretam. A nova tradição passa a incluir o que foi decidido e com a qual se depararão os futuros juízes. Eis que sugere a «cadeia do direito», comparada com um «romance em cadeia»²⁵⁶.

Ao interpretar, o crítico cria. Apesar de encontrar-se limitado pelo facto da obra, definido nas partes mais formais e académicas de sua teoria de arte, tem seu senso crítico empenhado em decidir qual forma de compreender, ler ou ver a obra a mostra como melhor arte²⁵⁷. Política, arte e direito, aduz Dworkin, estão associados, de alguma maneira, na filosofia²⁵⁸.

No romance em cadeia, uma história em série é escrita por um grupo de autores. Os capítulos que são recebidos pelos romancistas devem ser interpretados para que cada nova parte seja escrita. A tarefa dos autores é escrever seus respectivos capítulos de forma a contribuir o melhor possível com a elaboração da história. A coerência desejada é a mesma de uma obra fruto de um só autor. A complexidade de decidir um caso difícil considerando o direito enquanto integridade é semelhante àquela enfrentada por autores que escrevem um romance em cadeia²⁵⁹.

A integridade no direito impõe que o intérprete analise o passado de acordo com a necessidade do enfoque contemporâneo. Não conduz à transposição dos ideais ou objetivos práticos dos legisladores pretéritos para a atualidade. Seu escopo é a justificação do que fizeram em uma história que pode ser organizada e justificada por princípios atraentes o

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, pp. 219-221.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 275.

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 235.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 249.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 276.

suficiente para que ofereçam um futuro honrado²⁶⁰. A interpretação de um texto intenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ela pode ser²⁶¹.

Em *Law's Empire*, Dworkin refuta com veemência a dicotomia entre as vertentes «interpretativista» e «não interpretativista» proposta por Ely. A considera uma forma académica do grosseiro erro popular de que alguns juízes observam a Constituição, ao passo que outros não. Trata-se de um equívoco que ignora o carácter filosófico do direito como interpretação. A discordância sobre a importância da intenção dos redatores da Constituição é interpretativa, ou seja: sobre a melhor forma de compreender a estrutura e a prática constitucionais, e não se o julgamento da constitucionalidade deve ser interpretativo²⁶².

O criticismo ao raciocínio de Ely é então retomado pelo jusfilósofo em *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Para Dworkin, a grande influência de *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* não se deve à distinção sugerida por Ely entre interpretar ou não a Constituição, a qual considera felizmente esquecida, mas ao pioneirismo em compreender que alguns constrangimentos constitucionais podem ser melhor entendidos como facilitadores, e não comprometedores da democracia²⁶³.

Dworkin elucida sua proposta ao nos instigar a pensar no romance *A Christmas Carol*, de Charles Dickens. Devemos imaginá-lo como se nunca tivesse sido escrito: como uma história em cadeia que chega ao próximo romancista com apenas alguns parágrafos redigidos. Quando o autor seguinte recebe o texto, possui à disposição duas interpretações acerca do personagem principal da trama, Scrooge²⁶⁴, cuja resolução é decisiva para o desenrolar da história: *i*) ele é inerentemente e irrecuperavelmente mau; ou *ii*) ele é inerentemente bom, mas progressivamente corrompido pelos falsos valores e exigências perversas do mundo capitalista²⁶⁵.

A missão dos autores é fazer do texto o melhor possível, ao escolher a interpretação que torne a obra mais significativa. Embora não olvide que a decisão acerca de Scrooge possa depender do que o intérprete pensa sobre as pessoas da vida real, Dworkin não considera isso inevitável. Avesso à discricionariedade, defende que a decisão depende de muitos outros fatores, haja vista que as convicções estéticas não são tão simples a ponto de tornarem

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 274.

⁽²⁶¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 223.

⁽²⁶²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 431.

⁽²⁶³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 373.

⁽²⁶⁴⁾ Ebenezer Scrooge é um homem avarento que repudia o período natalino. Em uma véspera de natal, recebe a visita de Jacob Marley, seu ex-sócio, morto há sete anos no mesmo dia. Marley relata que como não foi uma pessoa generosa, seu espírito não pode descansar, mas que Scrooge tem uma chance de se tornar diferente. Naquela noite, três espíritos visitam Scrooge e lhe proporcionam a oportunidade de ser uma pessoa melhor.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 279.

relevante somente esse aspeto do romance. Ou seja, as convicções íntimas do intérprete não devem desprezar todos os restantes elementos da obra²⁶⁶.

A exigência de adequação da história impede a adoção de interpretações que não seriam realizadas por outros autores. Tal não implica que a interpretação se ajuste a cada parte do texto. Ela não será desqualificada caso o intérprete considere que há acidentes ou mesmo erros. A interpretação adotada deve possuir poder explicativo geral, e é mal sucedida se deixar sem explicação algum ponto estrutural do texto²⁶⁷.

Dworkin explora um litígio judicial concreto para explicitar de que maneira o direito enquanto integridade requer que os juízes se coloquem na posição de um autor na cadeia do direito consuetudinário. Trata-se do caso inglês *McLoughlin v. O'Brian*²⁶⁸, que discutiu a extensão do dano moral em acidentes de veículos. Ao explicar a comparação das exigências da integridade no direito à literatura, o pensador reforça a legitimidade das decisões judiciais assentes em «argumentos de princípios».

Crítico da discricionariedade, é significativo em seu pensamento que a decisão dos juízes deve advir de conclusões «pós-interpretativas»²⁶⁹. A interpretação deve ao mesmo tempo se adaptar aos factos anteriores e justificá-los, na medida do possível²⁷⁰.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 283-286.

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 277-278.

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. *McLoughlin v O'Brian*, 1 AC 410 (1983).

⁽²⁶⁹⁾ Ao estudar os escritos de Dworkin, António Castanheira Neves endossa que o direito não é um pressuposto objetivo em que a interpretação jurídica se direciona em atividade seguinte, chamada somente para compreender determinativamente esse dado – horizonte permanente do positivismo jurídico. Trata-se de um projeto comunitário normativo que “se vai constituindo e manifestando na própria prática interpretativa (determinativo-decisória) da sua realização – e daí a conclusão: “law as an interpretative concept.” (Cfr. António Castanheira Neves, Dworkin e a Interpretação Jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 264.). O professor português propõe não apenas um sentido lógico-dedutivo e formal de realização do direito, mas também um sentido normativamente material. Em que pese o facto de a realização do direito adotar a norma legal como critério, deve mostrar-se adequada concretamente ao mérito problemático dos casos decididos. É necessário ir normativamente além dos critérios jurídico-formais, convocando os fundamentos normativos que forneçam sentido à juridicidade e possam assim orientar constitutivamente essa problemática concretização. Tal é ainda mais evidente quando as próprias normas inserem cláusulas gerais, normas em branco, conceitos indeterminados, de valor etc. Assim, toda a realização do direito é uma monodinâmica constitutivo-integradora que carece de elementos normativos translegais e transpositivos (Cfr. António Castanheira Neves, Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 167-168.). Todavia, o cumprimento das dimensões de «adequação» e «valor» propostos por Dworkin não são suficientes para o ajuizamento *a posteriori* da sua validade-justificação. A coerência sempre comportará concretos conteúdos justificativos diferentes ou com ela também compatíveis. Ao assumir uma posição que converge com a posição hermenêutica, Dworkin fracassa a acabada solução do problema normativo da interpretação jurídica. Quando se restringe ou se procura apenas a resolução hermenêutica, ficam por responder as específicas questões normativo-jurídicas. Enquanto momento do juízo normativo-jurídico concreto, contudo, a justificação não tem como ser pensada *a posteriori*. A própria justificação “não é senão a inferência da justeza do juízo, da metodológico-juridicamente válida e concludente decisão judicativa.” (Cfr. António Castanheira Neves, *op. cit.*, pp. 343-345.).

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 322.

As decisões judiciais do passado devem ser levadas em consideração, já que fazem parte de uma longa história que precisa ser interpretada e continuada. O próximo passo da história será dado com as opiniões do intérprete sobre o melhor andamento. A melhor história é aquela do ponto de vista da moral política, e não da moral própria do sujeito cognoscente²⁷¹.

De acordo com o jusfilósofo, a semelhança entre o exercício literário e a resolução de casos controversos é ainda mais clara no *common law*, uma vez que a legislação não se encontra no centro da questão e são exploradas regras ou princípios que subjazem decisões pretéritas em casos semelhantes. O juiz deve interpretar os acontecimentos anteriores para dar prosseguimento à tarefa, e não partir em uma direção original. Eis a razão de determinar os motivos das decisões passadas: qual é, no conjunto, o propósito ou o tema da prática até o momento²⁷².

É necessário ir além daquilo que os legisladores ou mesmo os redatores da Constituição pensavam à época de sua elaboração, pois o que foi redigido não esgota o conteúdo que deve ser interpretado. A igualdade perante a lei, por exemplo, descortina uma convicção abstrata. Muitos dos constituintes tinham, inclusive, a convicção concreta de que a segregação racial não violava a igualdade. A solução proposta, destarte, é dirigir a atenção à estrutura geral do conjunto de normas do sistema constitucional e questionar quais princípios são necessários para justificar tal arcabouço. Temos, portanto, o desafio de interpretar se a opinião concreta dos fundadores sobre a segregação é coerente com as convicções mais abstratas sobre a igualdade²⁷³.

Para resolver a controvérsia judicial acerca da distensão do dano moral em acidentes de veículos suscitada pelo caso *McLoughlin v. O'Brian*, o investigador convoca novamente Hércules. Criterioso e metódico, além de paciente e com muito tempo à disposição, o juiz metafórico elenca algumas interpretações possíveis. Elas incluem a exclusão do dano moral, mas também a sua admissibilidade, seja em situações previsíveis e evitáveis, ou não. Englobam também a hipótese de admissão do dano moral quando tal conduzir à redução dos custos de acidentes ou tornar a comunidade mais rica a longo prazo, bem como a possibilidade de limitá-lo em situações desastrosas para os responsáveis²⁷⁴.

Na resolução da lide, considerando a integridade exigida pelo direito, Hércules diferencia «argumentos de princípios» de «argumentos de política». É também cuidadoso ao distinguir as prerrogativas de juízes daquelas dos legisladores. A integridade almeja ser uma

⁽²⁷¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 286.

⁽²⁷²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 238.

⁽²⁷³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 432-435.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 288-289.

comunidade de princípios. Desta maneira, os tribunais devem tomar decisões de princípio, aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico segundo o qual o governo deve tratar as pessoas como iguais²⁷⁵.

O direito, segundo o autor, é composto por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo²⁷⁶. Ao decidir litígios, os juízes devem admitir essa comunidade de princípios, e aplicá-los aos novos casos, de maneira que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas²⁷⁷.

A perspetiva de Dworkin é assertiva quanto às diferenças das posições de juízes e legisladores. Defende que o Poder Legislativo não precisa de razões de princípios que justifiquem as regras que aprova sobre a condução de veículos, inclusive aquelas pertinentes à indemnização por acidentes. O Parlamento pode criar novos direitos, justificando suas decisões ao expor de que modo que viabilizará, como boa política, o bem-estar em conjunto da comunidade. Pode também alterar essas regras, comprometendo-se, no futuro, com regras distintas das vigentes²⁷⁸.

Juízes, entretanto, encontram-se em posição diferente. Não estão autorizados a julgar de acordo com argumentos exclusivamente de natureza política ou de moralidade pessoal. Não harmoniza-se com a comunidade de princípios, por exemplo, que um juiz responsabilize por danos uma pessoa que não tenha agido de modo proibido por qualquer dever legal. Desta forma, a interpretação jurídica que admite o dano moral caso conduza à redução de custos de acidentes ou torne a comunidade mais rica envolve «argumentos de política», e não «argumentos de princípio»²⁷⁹.

Quando elaboram regras de responsabilidade até então não reconhecidas, os juízes não têm a liberdade dos legisladores. Por essa razão, ao decidirem sobre o *common law*,

⁽²⁷⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 101.

⁽²⁷⁶⁾ Com base na teoria integrativa de Dworkin, Lenio Streck patrocina uma «diferenciação hermenêutica», e não uma cisão estrutural entre regras e princípios. Os últimos são dotados de um caráter unificador, a institucionalizar a autonomia do direito. Atuam para concretizar o direito e devem conduzir à determinação da resposta adequada. Tal solução só acontece na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso. Os princípios seriam vivenciados por aqueles que tomam parte da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. Streck une-se a Dworkin na defesa da preservação dos princípios concernentes à igualdade, ao devido processo legal, à proibição da discriminação de qualquer espécie etc. Eles referem-se, como leciona o jusfilósofo estadunidense, à «virtude soberana da República». É onde se inserem o conjunto de liberdades públicas explicitadas na Constituição. A perspetiva das virtudes indica princípios presentes em toda interpretação do direito (Cfr. Lenio Luiz Streck, *A revolução copernicana do Direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros – Paulo Otero), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 265-267.).

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 291.

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 292.

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 292-293.

devem fazê-lo com base em princípios, não em política. É preciso que apresentem argumentos que digam a razão pela qual as partes possuem direitos e deveres legais “novos”, sendo inadmissíveis aqueles de natureza unicamente política²⁸⁰.

O direito enquanto integridade exige que um juiz ponha sua interpretação à prova de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas da comunidade. A autoridade judicial deve avaliar se a decisão pode fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede na sua totalidade. Assim como no romance em cadeia, Dworkin chama a atenção para a dimensão da «adequação» da decisão²⁸¹, haja vista que considera satisfatória a interpretação que mostra um menor dano à integridade se comparada à rival. Por esta razão, a deliberação não deve ser exclusivamente mecânica²⁸².

Embora existam limites aos ajustes, inexistente um algoritmo para definir se certa interpretação ajusta-se suficientemente à história para não ser descartada. Quando a Constituição, uma lei ou outro documento jurídico compõem a história, a intenção dos redatores desempenhará um papel. Todavia, cabe ao intérprete decidir qual dos vários sentidos é o adequado. Não é possível remeter a solução à intenção de ninguém: deve ser alcançada como uma questão de teoria política²⁸³.

Ao resolver casos difíceis, o juiz Hércules deve ter o zelo de distinguir a moralidade individual da moralidade pública. A moralidade individual é aquela que torna o juiz refém de suas percepções pessoais. A mesma moralidade do exemplo de Dworkin que pode levar o romancista que imaginamos receber os parágrafos iniciais de *A Christmas Carol* a definir a personalidade de Scrooge com base meramente em suas convicções, a ignorar os demais elementos interpretativos.

⁽²⁸⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 292.

⁽²⁸¹⁾ Maria Fernanda Palma aduz que a única fórmula que legitima o juiz e o impossibilita de ser um «legislador negativo» é ser intérprete da Constituição. O juiz constitucional deve ser hercúleo: o mais clarividente e totalmente aceite segundo a legitimidade da razão. As sentenças constitucionais transmitem afirmações de validade contidas, ainda que implicitamente, na Constituição, e que originam vias normativas de decisões concretas. Reconstroem ou realizam a norma a partir do caso; expandem a Constituição materializando-a nos casos concretos, que podem dar formas a critérios de constitucionalidade ainda não enunciados. Uma interpretação mais restritiva, ou mesmo a omissão quanto a um raciocínio analógico, poderiam consistir em ofensas à Constituição. Ilustram violações constitucionais a negação ao companheiro em união estável de um direito reconhecido ao cônjuge ou a recusa às mulheres de um direito reconhecido aos homens. Assim, a fiscalização da constitucionalidade tem uma dinâmica de reconstrução da própria norma do caso pelo tribunal (Cfr. Maria Fernanda Palma, *O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição*, in *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 12, 2008, pp. 319-323.). Para a autora, no final das contas, o juiz constitucional é a «boca da Constituição» e não um «legislador negativo». No caso português, e muito em virtude do distinto cuidado pelo Tribunal Constitucional, o direito tem-se tornado justificado pelos valores da dignidade humana e da democracia. A jurisdição constitucional, nos limites permitidos pela lógica da interpretação jurídica, atesta, modifica ou recusa a norma do caso concreto ou exige do legislador uma resposta adequada à Constituição (Maria Fernanda Palma, *op. cit.*, 331.).

⁽²⁸²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 294.

⁽²⁸³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 240.

Por outro lado, a moralidade pública relaciona-se com a história da comunidade política. Os juízes, quando orientados pela integridade, podem escrever a história política da comunidade da melhor forma, bem como tomar decisões que dêem voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na sociedade²⁸⁴.

As decisões judiciais são, em si mesmas, atos da comunidade personificada que, especialmente quando recentes, devem ser incluídas na esfera da integridade. O juiz hercúleo deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral pública substantiva²⁸⁵.

A relação entre direito e justiça extraída do pensamento de Dworkin é bastante complexa. A resposta de Hércules depende de suas convicções sobre duas virtudes que constituem a moral política: a justiça e a equidade. O autor explica que Hércules deve levar em conta qual desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata e também qual deve ser seguido em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos²⁸⁶.

A justificação que a integridade busca, no entanto, não significa uniformidade dessas convicções morais. Segundo o investigador, a integridade é um ideal político, haja vista que a comunidade política deve ser tratada como uma comunidade de princípios. Os cidadãos de uma comunidade de princípios, ainda que não possuam por único objetivo princípios comuns, buscam os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. Embora a integridade diferencie-se da justiça, vincula-se a ela na medida em que apenas faz sentido entre pessoas que querem igualmente justiça e equidade²⁸⁷.

A integridade revela, destarte, um significativo elemento representativo da teoria de Dworkin. Tal é evidenciado, no caso *McLoughlin v. O'Brian*, quando Hércules é chamado a analisar se a comunidade personificada adota a previsibilidade como elemento da responsabilidade por dano moral, ou, alternativamente, se o faz limitado a um teto de indenização²⁸⁸.

Em *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Dworkin aduz que a integridade no direito tem diversas dimensões. A primeira refere-se à exigência de que as decisões judiciais sejam uma «questão de princípio», não compromisso ou estratégia política. A segunda retrata que um juiz que afirma um certo direito como fundamental deve

⁽²⁸⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 297.

⁽²⁸⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 298.

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽²⁸⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 314.

⁽²⁸⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 298.

mostrar que ele é consistente com o conjunto de precedentes e com a estrutura do arranjo constitucional. A terceira impõe que um juiz que adota um princípio precisa lhe dar peso total em outros casos que ele decida ou endosse²⁸⁹.

Por razões de justiça abstrata, o juiz hercúleo pode entender que a responsabilidade se restrinja a um limite. No entanto, é possível também a compreensão de que essa perspectiva não seja compartilhada pela comunidade. Caso colida com os desejos do povo, Hércules pode concluir que esse entendimento é mais pobre em termos gerais. É claro, conforme reconhece o autor, que os juízes possuem ideias diferentes sobre a equidade e o papel a ser desempenhado pelas opiniões dos cidadãos nas decisões do Estado sobre quais princípios aplicar²⁹⁰.

Em um caso de direito privado como o *McLoughlin v. O'Brian*, talvez seja possível uma interpretação apoiada pela moral popular. Contudo, a força da moral popular pode ser considerada frágil por muitos juízes em casos constitucionais como *Brown v. Board of Education of Topeka*, haja vista ser objetivo da Constituição, em parte, proteger os indivíduos contra aquilo que a maioria considera correto²⁹¹. Hércules pensa que as partes têm direitos tanto nos casos fáceis como nos difíceis, mas que não se submetem à opinião popular nos casos controversos²⁹².

Dworkin defende de forma assertiva que apesar de o direito estar longe de ter uma coerência perfeita em termos de princípios, as contradições não são inelutáveis a ponto de tornar a tarefa de Hércules inatingível. É possível encontrar um conjunto de princípios plausíveis para cada ramo do direito. Princípios que ajustam-se suficientemente bem para viabilizar uma interpretação aceitável²⁹³.

Para o investigador, o juiz metafórico denuncia a estrutura oculta das decisões judiciais. Os juízes reais decidem de maneira bem menos metódica do que Hércules. Este, porém, não tem acesso a mistérios transcendentais que lhes são ocultos. É verdade que possui eficiência e capacidade de administrar com prudência, porém os juízos de adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza daqueles realizados pelos juízes reais²⁹⁴.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 83.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 299.

⁽²⁹¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 299.

⁽²⁹²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, p. 202.

⁽²⁹³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 319.

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 316.

O jusfilósofo é concludente ao defender a existência de respostas exclusivamente certas em casos difíceis²⁹⁵. Aponta que pensamento contrário indicaria não haver direito algum em casos como o *McLoughlin v. O'Brian*, já que implicaria o simples fingimento de que as opiniões subjetivas de Hércules são apenas melhores do que as divergentes. No entanto, as fundamentações para decidir tais casos não se escondem “mais além”, tampouco estão “encerradas na estrutura do universo”²⁹⁶.

Na resolução do caso em apreço, ao atender às exigências da adequação imposta pela integridade, Hércules amplia o alcance da interpretação. Após pesquisar, relaciona dois princípios cuja pertinência considera reconhecida pelo direito. O primeiro deles é o da solidariedade ativa: o Estado deve tentar proteger as pessoas da ruína ocasionada por acidentes, mesmo quando provocados por elas mesmas. Já o segundo é o da responsabilidade: o culpado deve arcar com os prejuízos gerados, e não a vítima²⁹⁷.

Ainda que os princípios possam colidir, a coerência impõe um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, de modo a refletir suas fontes em um nível mais profundo de moral política. O pensador sugere, desta maneira, que se leve em conta que a pessoa negligente que ocasiona um acidente seria arruinada caso fosse responsabilizada por todos os prejuízos. Uma maneira de conciliar os princípios referidos aconteceria caso o culpado indenizasse algumas vítimas, ou então algumas vítimas até certo ponto, e o tesouro público indenizasse as restantes. Porém, como inexistente lei nesse sentido, ou qualquer tradição correlata no *common law*, não se trata de uma possibilidade interpretativa²⁹⁸.

(²⁹⁵) Ao investigar a decisão segundo a equidade, Manuel Frada igualmente rejeita que advenha da consciência meramente subjetiva do juiz. Defende, ao contrário, que ela seja objetificada no seu fundamento. Propõe uma justificação intersubjetiva, isto é, que seja demonstrada a razoabilidade e persuasividade do deslinde encontrado. Discorda, porém, que seja possível, como defende Dworkin, encontrar inequivocamente a única solução correta segundo determinado direito positivo, mesmo para casos difíceis (Cfr. Manuel Carneiro da Frada, Equidade (ou a “justiça com coração”), in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 317.).

(²⁹⁶) Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 318. Luís Pereira Coutinho sublinha que um juiz que decide segundo a integridade não tem por objetivo determinar e impor a melhor visão possível da justiça, ou seja, a melhor teoria dos direitos morais e políticos. A integridade exige a solução que, cumprindo as dimensões de adequação e de moralidade política, possa se adequar à conceção específica e articulação de princípios que perpassa na prática passada. Trata-se, portanto, de encontrar soluções não metafísicas – imanescentes à prática – passíveis de ser respeitadas pelos cidadãos enquanto *cidadãos*, isto é, independentemente da pluralidade de pressupostos filosóficos ou concepções metafísicas. O autor nos dá conta da existência de correspondência entre integridade e cidadania: entre integridade e um código respeitado pelos cidadãos *para além do desacordo*. Uma prática segundo a integridade garante o isolamento das questões de princípio, tanto de questões filosóficas ou metafísicas, quanto de questões de política ordinária (Cfr. Luís Pereira Coutinho, *O Estado como Representação: Do Momento Hobbesiano aos Problemas Contemporâneos*, 1.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 176-177.).

(²⁹⁷) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 320.

(²⁹⁸) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 321.

O direito enquanto integridade condena o ativismo judicial e qualquer prática da jurisdição constitucional semelhante. Enquanto um juiz ativista ignora as tradições duradouras da cultura política para impor seu próprio ponto de vista sobre a justiça, um juiz guiado pela integridade aplica a Constituição por meio da interpretação. As decisões judiciais devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-las. Uma decisão interpretativa requer juízos sobre moral política e virtudes políticas que correspondem a uma Constituição, como a equidade. A integridade é uma alternativa ao passivismo judicial que não conduz ao ativismo e, ao contrário de ambos, não dá margem à tirania²⁹⁹.

A solução íntegra que Dworkin propõe que Hércules alcance em *McLoughlin v. O'Brian* é acomodar, na interpretação geral da prática jurídica, os princípios da solidariedade e da responsabilidade. Embora a integridade não negue um em detrimento do outro, exige um solução para o conflito sobre os casos de acidentes em que a responsabilidade ilimitada seja desastrosa. A prática, até o momento, não decidiu neste sentido, mas é o que deve acontecer, como juízo pós-interpretativo³⁰⁰.

Dworkin não olvida que isso implica a declaração de decisões judiciais passadas como equívocos. Contudo, acredita que não são de natureza tão fundamental, se vistos a partir da perspectiva da prática jurídica em sua totalidade. A integridade requer, afinal de contas, que a interpretação jurídica atenda à adequação³⁰¹.

O direito enquanto integridade justifica, por exemplo, *Brown v. Board of Education of Topeka*. A Constituição é o fundamento para a criação das leis, razão pela qual sua interpretação, assim como a das normas de textura aberta, também deve ser fundamental³⁰². Hércules possui tal compreensão e deve, às vezes, acrescentar ajustes naquilo que considera ser certo enquanto «questão de princípio» – e, portanto, de direito. Assim, é possível que demais magistrados sejam convencidos e que a decisão coletiva se torne suficientemente aceitável à comunidade³⁰³.

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 452.

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 322.

⁽³⁰¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

⁽³⁰²⁾ Para Lenio Streck, a incorporação dos princípios constitucionais que expressam as «virtudes soberanas» (autoridade da tradição, a imposição da integridade, da coerência, da igualdade etc.) viabilizam um efetivo controle da interpretação (Lenio Luiz Streck, Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um Debate com Luigi Ferrajoli*, 1.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 79.). A integridade e a coerência amarram o intérprete, de modo a evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (Cfr. Lenio Luiz Streck, Decisão Jurídica, integridade, norma de decisão e concretização da Constituição, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 676.

⁽³⁰³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 454.

O investigador propõe que a Constituição limita, até certo ponto, a liberdade do Congresso e dos Estados federados. Não é que imponha uma concepção particular de igualdade a definir estratégias de bem-estar. Mas obriga o reconhecimento de determinados direitos individuais, o que restringe algumas justificações coletivas. Enquanto «questões de princípio», certos direitos individuais são «trunfos pessoais» que não podem ser atingidos por metas coletivas³⁰⁴.

Desta forma, Hércules deve desenvolver uma teoria que seria aplicada por um filósofo político sofisticado. Segundo ela, o preconceito é a fonte do tratamento desigual dispensado aos negros. Ao interpretar a Constituição de forma correta, é possível concluir que os negros são prejudicados naquilo que é estabelecido como posição de igualdade e independência em uma República. Hércules está diante de um insulto que deve ser reconhecido e chumbado, ainda que imponha a revisão de algum precedente. A segregação racial é inconstitucional porque nenhum tratamento igualitário pode ser extraído da norma da igual proteção das leis³⁰⁵.

Dworkin patrocina que o direito enquanto integridade alicerça ainda a extensão de direitos constitucionais reconhecidos a um grupo também a demais, desde que aqueles já afirmados pressuponham mais princípios gerais. Assim, confronta uma perspectiva restritiva do poder dos juízes de levantar questões morais – que limita a proteção fornecida pelo devido processo legal e pela igual proteção. O jusfilósofo defende, ao contrário, que a lógica e a coerência de princípio desempenham papéis fundamentais na identificação dos direitos constitucionais. Destarte, o reconhecimento do direito ao aborto em *Roe v. Wade* subsidiaria, por exemplo, a expansão de outras prerrogativas, tais como o direito dos homossexuais à liberdade sexual ou o controlo dos pacientes terminais em relação ao fim das próprias vidas³⁰⁶.

Os homossexuais, assim como os negros, são marginalizados política, financeira e socialmente. São vítimas de preconceito, estereótipos e ódios, suscetíveis à repressão e punição pela maioria, mesmo quando sanções não servem a nenhum interesse legítimo. É o que acontece com leis que criminalizam a sodomia consentida entre adultos: inútil a qualquer finalidade alheia à condenação moral³⁰⁷.

Em uma democracia representativa, Dworkin diferencia duas preferências dos cidadãos: (i) «pessoais», correspondentes aos desejos sobre a própria vida; e (ii) «externas»,

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 455-456.

⁽³⁰⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 459-463.

⁽³⁰⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 648.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 556-557.

referentes a como as outras pessoas devem viver. A igual proteção das leis resguarda os cidadãos da imposição de preferências «externas». O pensador nos convida a imaginar, contudo, uma lei criminalizadora da expressão de alguma posição política ou da prática de algum ato sexual excêntrico, não por privar as demais pessoas de oportunidades desejadas, mas por refletir a opinião moral maioritária. Ela seria inadmissível, uma vez que expressaria preferências «externas», ou seja, preferências das pessoas sobre o que os outros deverão fazer ou ter, em violação ao direito de tratamento como iguais³⁰⁸. Se a igualdade não é só um princípio de justiça, mas de Direito Constitucional, uma lei que proíbe a sodomia, por exemplo, deve ser anulada pela justiça constitucional³⁰⁹.

O pesquisador acredita que o controlo da constitucionalidade nos Estados Unidos propiciou um equilíbrio em que os tribunais desempenham um papel no governo, mas não de protagonismo. As cortes recolhem algumas questões da arena de disputa política de poder para o «fórum de princípio». Assim, a justiça constitucional promete que os conflitos mais profundos e essenciais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, assumir finalmente a natureza de questões de justiça³¹⁰.

Antes de expormos, em linhas gerais, a influência decisiva do pensamento de Dworkin para outros autores, cabe registar algumas reflexões a respeito da relevância da filosofia política de John Rawls para a teoria *dworkiana*. Ao lado da crítica às insuficiências e impossibilidades do positivismo jurídico, é um traço de Dworkin o duradouro apreço pelos escritos de Rawls. Passados quase trinta anos desde a publicação de *Taking Rights Seriously*, o autor manteve em *Justice in Robes* a opinião de que as pesquisas de Rawls são primordiais à Filosofia do Direito e à justiça constitucional.

Em *Justice in Robes*, Dworkin se concentra em investigar o quão importante foi para a teoria de justiça de John Rawls o facto de ter vivido e trabalhado em uma comunidade política tão governada pelo império do direito como a estadunidense³¹¹, na qual certas

⁽³⁰⁸⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, pp. 293-294.

⁽³⁰⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana*, p. 663.

⁽³¹⁰⁾ Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, p. 103.

⁽³¹¹⁾ A assunção, à partida, das particularidades do contexto das democracias liberais em que se insere a tradição estadunidense é um traço da obra *Political Liberalism* quando comparada com *A Theory of Justice*. Com efeito, em *The Law of the Peoples*, John Rawls explica que *A Theory of Justice* desponha como alternativa ao utilitarismo. Trata-se de um horizonte que pretende apresentar características estruturais de uma teoria de modo a torná-la a melhor aproximação aos nossos refletidos julgamentos de justiça e fornecer a mais adequada base moral a uma sociedade democrática. A justiça como equidade é, então, exposta como uma «doutrina abrangente» liberal (embora o termo não seja adotado em *A Theory of Justice*) compartilhada por todos os membros da comunidade política. Todavia, Rawls passa a acreditar que uma tal sociedade bem-ordenada contraria o facto do pluralismo razoável, motivo que o leva, em *Political Liberalism*, a considerar uma comunidade assim impossível. Sua análise se volta, portanto, a pesquisar a possibilidade de os adeptos de «doutrinas abrangentes», religiosas ou não, defenderem, igualmente, uma conceção política de justiça que esteie uma sociedade

questões políticas cruciais – matérias de liberdades básicas e fundamentos constitucionais – são recolhidas da política ordinária e transformadas em preocupação especial das Cortes. Sugere, então, que vislumbremos Rawls como filósofo do direito e advogado. Extrai do pensamento *rawlsiano* a tentativa de gerar alguns princípios de alcances gerais e combiná-los aos julgamentos concretos sobre o que é justo ou injusto, de modo a alterar nossas visões a respeito de princípios ou julgamentos concretos, ou ambos, conforme necessário, para obter um ajuste interpretativo³¹².

Com recurso aos escritos de Rawls, o jusfilósofo acredita ser possível tentar oferecer uma conceção adequada da legalidade, que traga nossas diversas pré-assunções analíticas acerca de proposições concretas do direito em equilíbrio com os princípios gerais de moralidade política que parecem melhor para explicar o caráter e o valor da legalidade. Podemos incorporar uma teoria sobre as condições de verdade das proposições jurídicas do direito em uma conceção mais ampla do valor que reputamos convincente. Defende ser possível reafirmar um exercício interpretativo como método de Filosofia do Direito³¹³.

Para Dworkin, uma teoria positivista do direito sempre oferece uma tese acerca das condições de verdade das proposições jurídicas, como a tese das fontes, alicerçada por uma conceção positivista da legalidade que é, por sua vez, baseada em uma apropriada teoria de justiça mais geral. Essa projeção interpretativa oferece a melhor maneira de compreender os argumentos lançados pelos principais filósofos jurídicos. A Filosofia do Direito assim concebida é, em um modo, descritiva, porque parte de algum entendimento sobre o que é um dado adquirido na comunidade à qual é endereçada, mas, de outras formas, é substantiva e normativa, porque o equilíbrio que busca é realizado com princípios, decididos por apelos independentes. O trabalho de Rawls, pontua Dworkin, é, desde o começo, uma importante contribuição à compreensão da própria Filosofia do Direito³¹⁴.

democrática constitucional. Em comum, *A Theory of Justice* e *Political Liberalism* possuem a ideia de «razão pública». Porém, enquanto na primeira esta é fornecida por uma «doutrina abrangente» liberal, na segunda corresponde a uma forma de raciocínio sobre os valores políticos partilhados por cidadãos livres e iguais, que não supera as «doutrinas abrangentes», desde que estas sejam compatíveis com uma política democrática (Cfr. John Rawls, *A Lei dos Povos*, traduzido por Luis Crasto Gome, 1.^a ed., Coimbra, Quarteto Editora, 2000, pp. 194-195.). Miguel Nogueira de Brito nos dá conta que estamos diante de uma transformação pluralista do pensamento de Rawls, que passa a levar mais em conta a pluralidade de conceções razoáveis do bem humano identificadas numa democracia liberal. A plausibilidade de uma ideia de justiça deixa de encontrar-se exclusivamente em princípios ou juízos morais justificados e se vai buscar também na cultura política das democracias ocidentais, nos seus textos constitucionais e na respetiva interpretação. A pretensão universalista da justiça, desta forma, cede espaço à pretensão de aplicação somente em comunidades organizadas já, no essencial, segundo os princípios da democracia liberal (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *As Andanças de Cândido*, p. 55.).

⁽³¹²⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, pp. 241-246.

⁽³¹³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246.

⁽³¹⁴⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 246-247.

O investigador nos convida a supor que os contratantes, na «posição original», aceitem os princípios de justiça defendidos por Rawls³¹⁵. Eles rejeitam o utilitarismo em favor dos princípios propostos por Rawls (um deles, a priorizar certas liberdades, e outro, a procurar proteger a posição daqueles que se encontram em desvantagem). Seria natural, então, que optassem também por uma visão «interpretativista» do direito em vez de positivista: seria uma aposta melhor para alcançar a justiça. Os princípios *rawlsianos* requerem implementação em sucessivos patamares de detalhamento. Exigem, primeiro, um estágio constitucional em que as instituições são projetadas para ter mais probabilidade de produzir os resultados que os dois princípios demandam. A seguir, exigem decisões mais específicas sobre leis e políticas guiadas pelos mais específicos princípios de justiça em serviço dos princípios básicos³¹⁶.

Pessoas que estabelecem uma prioridade lexical à igual liberdade, e então uma mais distante proteção em favor dos grupos que se encontram em pior posição, serão particularmente sensíveis à possibilidade de resvalamento neste estágio legislativo. Elas se preocuparão que uma legislatura dependente da aprovação maioritária estará sob grande pressão para promover os interesses de alguns grupos com sacrifício de outros. O autor aposta, então, que as pessoas se sentirão atraídas pela ideia de um Poder Judiciário com poderes e responsabilidade independentes. Serão atraídas pela revisão judicial de uma Constituição escrita e pelo horizonte de que os juízes deveriam exercer uma menos potente, porém ainda importante supervisão da aplicação e desenvolvimento do mais cotidiano direito produzido pelas legislaturas³¹⁷.

Dworkin propõe que as pessoas serão também atraídas à ideia que tal poder deve ser exercido com vistas à igualdade perante a lei, que insiste que, na medida em que permita uma doutrina razoável da supremacia legislativa, sempre que os princípios forem pressupostos pelo que a legislatura fez por alguns grupos, estejam disponíveis geralmente para todos. As pessoas terão uma forte razão em favor de uma concepção «interpretativista» do direito que considera que os cidadãos possuem prerrogativas não apenas correspondentes àquilo que as instituições legislativas explicitamente ordenaram, mas igualmente à elaboração de princípios dessas direções. Portanto, a coerência consiste na principal proteção contra a discriminação, que é, afinal de contas, a premissa da norma constitucional da igual proteção³¹⁸.

(³¹⁵) Os três princípios propostos por John Rawls em sua teoria da justiça podem ser recordados na nota de rodapé n.º 205 (seção II deste capítulo).

(³¹⁶) Cfr. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, p. 249.

(³¹⁷) Cfr. Ronald Dworkin, *ibidem*.

(³¹⁸) Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 249-250.

O pesquisador volta a dirigir sua atenção a como os juízes devem decidir casos difíceis. Ao remeter ao que a legislatura teria feito, já sabemos que considera que o juspositivismo não oferece um horizonte apropriado. Por sua vez, uma visão «interpretativista» sustenta que os juízes façam novos julgamentos de moralidade política. Instrui que realizem um equilíbrio interpretativo entre a estrutura legal como um todo e os princípios gerais que são melhor compreendidos como justificadores da referida estrutura³¹⁹.

O autor passa, então, a responder que espécie de princípios os juízes podem aludir ao desenvolver o equilíbrio interpretativo almejado, correspondente à justificação do direito em sua integralidade. Nos Estados Unidos, em virtude da proteção constitucional à liberdade de religião, argumentos religiosos são excluídos do raciocínio judicial. Mas o que dizer, por exemplo, do apelo a doutrinas filosóficas como a de Immanuel Kant ou John Stuart Mill? Ou, como muitos juízes estadunidenses de facto decidiram, com recurso aos escritos de Rawls? Poderia um juiz decidir que um princípio justifica melhor a estrutura legal como um todo porque segui-lo ajudaria a controlar a inflação ou promover poupança?³²⁰

Dworkin expõe que a doutrina da «razão pública» de Rawls é dedicada exatamente a definir as espécies de argumentos admissíveis às autoridades em uma comunidade politicamente liberal, aplicável com especial rigor aos juízes. É cético, no entanto, que a referida doutrina possa contribuir ao desenvolvimento de uma concepção da legalidade. O jusfilósofo reconhece que possui dificuldade com a distinção entre valores políticos e «doutrinas morais abrangentes». O próprio horizonte de justiça de Rawls depende criticamente do que parecem ser posições morais controversas, a exemplo da própria defesa do «princípio da diferença»³²¹.

A controvérsia relativa ao aborto serve de sustentação à crítica ao pensamento de Rawls. Dworkin acredita que, para Rawls, debater se um feto possui direitos e interesses próprios, incluindo o direito à vida, é matéria para uma doutrina moral, religiosa ou filosófica, e não uma questão resolvida por qualquer valor político de uma comunidade liberal³²².

⁽³¹⁹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, p. 251.

⁽³²⁰⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁽³²¹⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 252-253.

⁽³²²⁾ John Rawls nos provoca a refletir: a democracia constitucional e as «doutrinas abrangentes», religiosas ou não, podem ser compatíveis? Em que pese o facto de uma concepção baseada na autoridade da Bíblia ou da Igreja não ser uma doutrina abrangente liberal, acredita que possa apoiar uma sociedade democrática constitucional e reconhecer a sua «razão pública». O conteúdo da «razão pública» não ultrapassa confissões religiosas e seus preceitos, desde que eles sejam compatíveis com as liberdades constitucionais, aí inseridas a liberdade religiosa e de consciência. Não há, propõe Rawls, e tampouco precisa haver, guerra entre religião e democracia. É nesse contexto que o liberalismo político *rawlsiano*, perfeitamente ciente da limitação de um acordo por intermédio da razão pública, dirige atenção ao conflito existente entre «doutrinas abrangentes» irreconciliáveis. Embora tais doutrinas sejam incapazes de compatibilizar-se, o autor defende ser possível que os

Dworkin, todavia, indaga como seria possível firmarmos um posicionamento sobre o direito das mulheres à interrupção da gestação – como a Corte poderia ter decidido *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* – sem tomar alguma posição nesta questão abrangente?³²³

O autor advoga que a visão segundo a qual o feto não tem interesses e direitos próprios é tão delineada a partir de uma posição abrangente quanto a visão contrária. Não é possível alcançar uma posição a respeito do aborto sem a adoção de uma das duas visões³²⁴. A norma da igual proteção se aplica a todas as pessoas, e qualquer argumento no sentido de que as mulheres possuem um direito constitucional ao aborto deve negar o feto como pessoa dentro do significado da discutida norma³²⁵.

Para Dworkin, o horizonte «interpretativista» não precisa de uma doutrina separada como a da «razão pública». Os juízes não devem recorrer a convicções religiosas ou a metas em sociedades liberais porque tais posicionamentos não podem figurar em uma justificativa geral abrangente da estrutura legal de uma comunidade pluralista liberal e tolerante. Essas restrições interpretativas, porém, não podem excluir a moral enquanto distinta de convicções religiosas. Ao interpretar uma série de casos de responsabilidade civil, por exemplo, os juízes podem recorrer à teoria de justiça de Rawls a fim de negar uma leitura utilitarista das decisões do passado em favor de uma interpretação sustentada de forma mais firme na igualdade³²⁶.

cidadãos adeptos de perspectivas razoáveis partilhem razões públicas em termos de concepções políticas de justiça. Uma vez que na vida política a unanimidade raramente se encontra, a Constituição democrática deve incluir um sistema de votos da maioria ou de outra espécie de pluralidade a fim de alcançar as deliberações. Trata-se, portanto, da lei legítima que cidadãos razoáveis entendem como aplicável à estrutura geral da autoridade política (Cfr. John Rawls, *A Lei dos Povos*, pp. 191-193.).

⁽³²³⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, p. 253.

⁽³²⁴⁾ Luís Pereira Coutinho observa que a não correspondência entre o crivo da integridade e o crivo da razão pública não afeta que a intencionalidade da segunda esteja também presente na primeira. Se não há identidade, há uma forte afinidade entre os dois crivos. Afinal, a integridade limita os argumentos legítimos adotados no âmbito judicial aos «argumentos de princípio» que se possam arraigar na prática institucional passada. E se os mesmos não deixam de poder ser argumentos morais (uma vez que ter direitos é “estar direito” ou “certo”), a moralidade neles existente não é admissivelmente uma moralidade apenas importante de uma concepção de bem, de uma perspectiva filosófica da justiça ou, ainda menos, de uma mundividência religiosa. Trata-se antes, leciona o autor, de uma moralidade institucional: uma moralidade que corresponde fenomenologicamente a uma instituição pública que possui por substância específica a associação de princípios e as tradições políticas duradouras que nela perpassam. Coutinho sublinha a distinção entre decisões *correspondentes a «doutrinas morais abrangentes»* ou que com estas coincidam e decisões *meramente assentes em «doutrinas morais abrangentes»*. O crivo da integridade exclui as segundas, o que significa que uma solução jamais poderá se justificar numa «doutrina abrangente» *externa* à prática jurídica em virtude de seu valor em si e por si. Por outro lado, o que é muito diferente, é possível que uma solução *coincida* com uma «doutrina abrangente», porém somente sobreviverá contanto que seja imanente à prática jurídica, configurada à sua melhor luz (Cfr. Luís Pereira Coutinho, *O Estado como Representação*, p. 179.).

⁽³²⁵⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁽³²⁶⁾ Cfr. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 254.

A influência dos escritos de Dworkin transcendeu o constitucionalismo estadunidense. A força poderosa de suas ideias atravessou o Atlântico. Sua teoria, conforme assinala Arthur Kaufmann, foi aproveitada e até modificada por muitos³²⁷.

A insatisfação do autor com um sistema de regras para determinar o direito forneceu influxo, no quadrante europeu, a Robert Alexy, exemplificativamente. Este, explica José Lamago, ofereceu um entendimento da justiça constitucional que associa a função jurisdicional à deliberação na esfera pública, na esteira das obras de Rawls e Dworkin³²⁸.

A importância da teoria de Dworkin para diversos pesquisadores, naturalmente, não significa que inexistam divergências entre a proposta e a sua recepção. A discricionariedade judicial, exemplificativamente, que tanto angustia Dworkin, não é um problema, mas aceite por Robert Alexy, que a considera fruto da textura aberta das normas de direitos fundamentais³²⁹.

Em Portugal e no Brasil, sob influência de Dworkin, existe uma abordagem que advoga a realização jurisdicional de dispositivos vagos da Constituição. Enquanto a Suprema Corte estadunidense extraiu sentidos de normas como a que prevê o devido processo legal ou a igual proteção das leis, a justiça constitucional poderia, nos sistemas português e brasileiro, expandir o controlo da constitucionalidade com base nas normas prescritivas da “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade” etc.

Não é nosso desiderato escrutinar eventuais divergências das doutrinas que exporemos sucintamente ao pensamento de Dworkin. Nosso objetivo é evidenciar que, sob a influência direta ou indireta do jusfilósofo estadunidense, elas possibilitam a realização de normas abertas pela justiça constitucional.

O ponto de partida do horizonte de Jorge Reis Novais, por exemplo, é a metáfora dos «direitos como trunfos contra a maioria» de Dworkin. Porém, o autor não envereda pelo caminho da proteção dos princípios em relação aos argumentos políticos de metas sociais. Defende a ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do Estado e da maioria no governo enquanto restrição imposta aos poderes públicos pela observância jurídica do princípio da igual dignidade da pessoa humana³³⁰ e corolário normativo da natureza e força constitucionais dos direitos fundamentais³³¹.

⁽³²⁷⁾ Cfr. Arthur Kaufmann, *A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história*, p. 158.

⁽³²⁸⁾ Cfr. José Lamago, *Elementos de Metodologia Jurídica*, p. 191.

⁽³²⁹⁾ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 1.^a ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2008, pp. 110 ss.

⁽³³⁰⁾ Cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, reimp, p. 51. O autor relata que a dignidade humana adquire relevância jurídica com a percepção das experiências autocráticas. Tal processo acontece no pós-guerra, nomeadamente por

De acordo com Novais, é impossível resolver problemas sérios de Direito Constitucional sem a utilização de princípios como o da dignidade humana. Mesmo no caso dos Estados Unidos, país de uma Constituição mais antiga, a justiça constitucional decide da mesma maneira que em sítios dotados de Cartas constitucionais mais recentes: por intermédio do inevitável recurso aos princípios jurídicos³³².

O investigador aborda a dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento em que prevalece a autonomia da vontade e o poder de conformação da própria vida. Refuta que o titular do direito sofra ingerência das projeções da dignidade (da sociedade, do intérprete, de terceiros, da autoridade pública) pretensamente objetivas, conflitantes com as concepções segundo as quais o mesmo pretende moldar sua vida³³³. O poder ou o apelo popular das decisões maioritárias não rompem a liberdade individual, sob pena de inconstitucionalidade³³⁴.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, enquanto conceito jurídico-normativo, assim como outros de contornos vagos e abertos, impõe uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Tal tarefa seria cumprida por todos os órgãos estatais, sempre em diálogo com a sociedade. Assim, defende a imprescindibilidade de se considerar sempre o conteúdo e o significado atribuído à noção de dignidade da pessoa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a jurisdição

intermédio do estímulo dado pela Organização das Nações Unidas. A Constituição de Bona acolheu a dignidade da pessoa humana, o que sucedeu também em diversas Cartas, a exemplo da Constituição Portuguesa, que a trata como fundamento da República (Cfr. Jorge Reis Novais, *ibidem*).

Ao examinar as democracias que se formam sob o influxo da Constituição de Bona, Paulo Otero observa mecanismos da Constituição que limitam uma abertura às correntes políticas divergentes. O que está em causa, segundo o pesquisador, é a preservação da própria democracia. Há uma regra implícita em toda a Constituição que institui uma democracia: transmiti-la às futuras gerações, para que estas, por sua vez, também o façam às seguintes. A democracia e, naturalmente, toda a ordem de valores a ela inerentes, nomeadamente o respeito à dignidade humana e aos direitos do homem, surgem como autênticos fideicomissos intergeracionalmente ilimitados (Cfr. Paulo Otero, *A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: a influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, 1.^a ed., Cascais, Principia, 2001, pp. 267-272).

A respeito da influência da Constituição de Bona na Carta da República Portuguesa: Fausto de Quadros, *A influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

⁽³³¹⁾ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, p. 49.

⁽³³²⁾ Cfr. Jorge Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*, 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, reim, pp. 116-117.

⁽³³³⁾ Cfr. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 61.

⁽³³⁴⁾ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 28-29.

constitucional e para os tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos³³⁵.

Para o autor, quando a justiça constitucional é provocada a intervir na resolução de determinado litígio a versar sobre as diversas dimensões da dignidade, não há possibilidade de deixar de se manifestar. É obrigada a deliberar, o que a impossibilita de não fornecer uma compreensão jurídica da dignidade humana. É desta compreensão e à luz do caso discutido que são extraídas certas consequências jurídicas, muitas vezes fundamentais para a proteção da dignidade das pessoas consideradas concretamente³³⁶.

Para além dos problemas de ambiguidade da linguagem, Luís Roberto Barroso assinala que há, em uma sociedade pluralista e diversificada, pessoas bem intencionadas e esclarecidas que dissentem cabalmente a respeito de muitos assuntos. Normas constitucionais que versam sobre o direito à vida, à dignidade humana ou à igualdade são suscetíveis de construções hermenêuticas distintas, segundo a pré-compreensão do intérprete. Questões controvertidas como o aborto, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia e uniões homoafetivas ilustram o fenómeno. Em tais situações, o autor defende que cabe ao Estado assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças³³⁷.

Barroso aposta no recurso a conteúdos mínimos da dignidade para densificar seu sentido. Principalmente nas controvérsias judiciais que envolvem choques entre direitos ou dissensos morais, tal proceder, embora não elimine completamente a subjetividade do intérprete, pode auxiliar na estruturação e transparência do raciocínio. Desta maneira, seria possível obstruir o voluntarismo e controlar o raciocínio lógico do decisor, inclusive a fim de examinar a laicidade, a neutralidade política e a universalidade dos argumentos³³⁸.

(³³⁵) Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 945.

(³³⁶) Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.*, p. 946.

(³³⁷) Cfr. Luís Roberto Barroso, Democracia, Constituição e supremacia judicial: Direito e Política no debate contemporâneo, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 429.

(³³⁸) Cfr. Luís Roberto Barroso, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 148.

CAPÍTULO III

A teoria do controlo jurisdicional da constitucionalidade de John Hart Ely

1. O controlo referido ao devido processo legal nos casos *Roe* e *Lochner*

Expusemos no capítulo I que a teoria de John Hart Ely foi escrita ante a perceção das insuficiências e impossibilidades das vertentes «interpretativista» e «não interpretativista» para elucidar a base de decisões jurisdicionais controversas em matéria constitucional – notadamente para preencher o conteúdo de normas abertas da Constituição. Os casos *Lochner v. New York* e *Roe v. Wade*, por exemplo, provocaram uma insurgência à complementação do conteúdo de tais dispositivos pelos juízes constitucionais de forma contrária à estabelecida pelo legislador democrático.

Ely rejeita não a necessidade de introduzir conteúdo às normas abertas da Constituição, mas que tal atividade seja uma função do Poder Judiciário. É justamente a imprescindibilidade de que as normas em análise sejam preenchidas a razão principal que o conduz a inadmitir o «interpretativismo» e a se dedicar, então, a aperfeiçoar o «não interpretativismo». Com a adoção dos pontos fortes de cada vertente, o pesquisador elabora sua teoria do controlo judicial da constitucionalidade.

Para Ely, a textura aberta de alguns dispositivos da Constituição demanda uma análise mais profunda. Por exemplo, a leitura apressada da cláusula que impede o Congresso Nacional de editar qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão (“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press...”) poderia indicar, em um primeiro momento, o valor absoluto do bem jurídico constitucionalmente tutelado e uma proibição endereçada apenas ao Parlamento Nacional. Não é, todavia, o que compreende o pesquisador³³⁹.

Em seu entender, os dispositivos constitucionais abertos exigem uma abordagem diferenciada. Podem acautelar certos direitos de forma especial e prolongar o controlo jurisdicional da constitucionalidade para além das leis. No caso da cláusula que protege a liberdade de expressão, seria necessário transcender o sentido literal do texto para: (i) admitir a limitação do bem jurídico tutelado pela Constituição, porém somente excepcionalmente, diante da prossecução de um interesse legítimo do Estado; e (ii) dirigir a proteção normativa

⁽³³⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 105-106.

não apenas contra o legislador, mas também estendê-la em face do Poder Executivo³⁴⁰ e do Poder Judiciário³⁴¹.

Segundo o investigador, em que pese a ausência de menção pela Constituição, a liberdade de associação política, por exemplo, sem controvérsias significativas, sempre foi considerada integralmente protegida. E os Estados federados, embora não sejam citados pelo dispositivo protetivo da liberdade de expressão estão, sem dúvida, abrangidos pela norma. Destarte, Ely se propõe a construir uma teoria segundo a qual certos direitos, sejam ou não mencionados explicitamente pela Constituição, devem de todo modo ser especialmente tutelados, uma vez que são imprescindíveis ao funcionamento de um processo democrático aberto e eficaz³⁴².

Não é nosso intuito particular debater a distensão do controlo jurisdicional para além da legislação. Nossa atenção se dirige ao problema do eventual conflito entre o legislador democrático e a justiça constitucional, com a decorrente disputa pela última palavra sobre a validade do direito. Neste contexto, a admissão da restrição mesmo aos direitos tidos como

(³⁴⁰) Ely associa a revisão judicial à motivação dos atos, inclusive daqueles oriundos da Administração Pública. Para elucidar sua proposição, somos convidados a imaginar a seguinte situação: um sargento da guarda nacional precisa selecionar três membros de um pelotão para a realização de uma tarefa especialmente perigosa de repressão a uma rebelião civil. A Constituição não permite que a escolha seja orientada, por exemplo, em razão de um membro ser metodista, republicano ou de ascendência polonesa. Privar certas pessoas de determinados direitos por motivos de raça, religião ou política, ou meramente porque a autoridade responsável pela seleção as reprova, contrasta com a Constituição. Estamos diante de uma situação, portanto, suscetível de anulação por violação à Constituição. Outro exemplo de ato administrativo inconstitucional seria aquele que concedesse ou negasse licença, de forma sistemática, para grupos políticos realizarem comícios em um estádio municipal. Não há previsão constitucional de que o espaço esteja disponível em todas as ocasiões que um grupo político deseje utilizá-lo. Não há, com efeito, sequer previsão constitucional de que o estádio exista. É possível que o número de pedidos seja maior que a possibilidade de atendimento, de modo a ser constitucionalmente admissível escolher ao acaso quais devem ser atendidos, ainda que isso implique que certos grupos sejam selecionados com maior frequência do que outros. Mas violaria a Constituição a concessão de licenças de modo a atender ou rejeitar sistematicamente determinado grupo, ou a instituição de certo procedimento com vistas a obter esse efeito (Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 137-142.).

No quadrante europeu, Hans Kelsen propôs, como consequência da regularidade exigida pelo direito, o exame judicial dos regulamentos da Administração Pública. Tal possibilidade seria fruto da relação de correspondência entre um degrau inferior e outro superior da ordem jurídica. A Constituição autoriza, por exemplo, autoridades administrativas a decretar regulamentos, nos limites de suas competências, de modo a assegurar a execução das leis que têm a função de aplicar. Neste caso, o liame entre a inconstitucionalidade direta e a inconstitucionalidade indireta pode ser tênue. Embora a autorização ao administrador decorra da Constituição, o conteúdo dos regulamentos é determinado pela lei. A Constituição pode prescrever, por exemplo, princípios relativos ao conteúdo das leis. É o que acontece quando a Constituição estabelece que a expropriação somente deve acontecer mediante indenização plena e integral. Imaginemos uma expropriação realizada com base em uma lei perfeitamente constitucional (que também prevê a indenização plena e integral), mas que contrarie as suas disposições, ou seja, sem efetuar a indenização plena e integral. O ato administrativo em análise não viola unicamente a lei e, assim, o princípio constitucional geral da legalidade da execução. Também infringe um princípio especial expressamente consagrado pela Constituição, qual seja, que toda expropriação exige indenização plena e integral (Cfr. Hans Kelsen, *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, pp. 10-13). Outro exemplo fornecido por Kelsen é a regulação, pelo governo, através de decreto, de uma matéria que não teria votos suficientes para aprovar através de lei discutida no Parlamento (Cfr. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 21.).

(³⁴¹) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 105-106.

(³⁴²) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 105.

fundamentais (como a liberdade de expressão, ainda que apenas excepcionalmente) guarda relação com a postura em geral deferente à legislação de Ely, que passaremos a expor. Como corolário, se impõe investigar quando é lícito que um órgão judicial, com distanciamento e imparcialidade da arena política, revise as restrições impostas pela legislatura.

O diálogo entre Ely e Dworkin, expoente «não interpretativista», a respeito das decisões controversas em matéria constitucional, especialmente *Lochner v. New York* e *Roe v. Wade*, nos instiga a refletir sobre uma possível tensão entre Poder Legislativo e jurisdição constitucional. Nos referidos casos, os conflitos giraram em torno da suposta elaboração de leis incompatíveis com a Constituição, conclusão a que chegou a Suprema Corte com base em uma leitura substantiva da norma do devido processo legal – interpretada no sentido de proteger outros direitos, ainda que não expressos textualmente pela Constituição.

O debate entre os autores suscita ainda indagações sobre o papel da justiça constitucional quando provocada a decidir um litígio em que as partes aduzem em seu favor normas constitucionais de textura aberta. À questão levantada, naturalmente, se associam outras, nomeadamente: (i) a relação entre democracia e o controlo da constitucionalidade; (ii) o fundamento e os limites do poder judicial; (iii) quais direitos constitucionais são especialmente protegidos, ainda que implicitamente. Talvez seja precisamente em relação ao que deve ser considerado pressuposto ou implícito no sistema estadunidense que identifiquemos discordâncias que fazem com que Ely comprima o controlo judicial – ao contrário de Dworkin, que admite algum desenvolvimento jurisdicional segundo juízos de moralidade política.

Ely propõe que os tribunais protejam aqueles direitos que são designados com alguma especificidade no documento constitucional como prerrogativas a serem defendidas³⁴³. Discorda de Dworkin a respeito do papel do Poder Judiciário diante das disposições vagas da Constituição. Recusa que elas atribuam à justiça constitucional a função de lhes dar forma. É cético que os juízes constitucionais possam identificar e impor, por exemplo, valores fundamentais da sociedade aos poderes políticos. Acredita, por outro lado, em um controlo jurisdicional da constitucionalidade sem a realização de escolhas difíceis e reiteradas entre

⁽³⁴³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Judicial Review* (1982), in *On Constitutional Ground*, 1.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 07.

Ely se refere aos direitos de participação política, constitutivos de sua abordagem do reforço da representação democrática, que trataremos com ênfase na seção II deste capítulo ao examinarmos o amparo judicial às minorias.

valores substantivos concorrentes. A competência do Poder Judiciário não abarca a escolha de conceitos políticos, sociais e morais inelutavelmente controversos³⁴⁴.

No capítulo I tratamos as razões que conduzem Ely a não aceitar fontes como os valores próprios dos juízes, o direito natural, os princípios neutros e a tradição para complementar o conteúdo aberto da Constituição. Reservamos para este capítulo, após a exposição da teoria de Dworkin, as críticas realizadas às abordagens da razão e do consenso. Enquanto vias «não interpretativistas», é natural que elas apresentem pontos comuns com aquelas já expostas, motivo pelo qual, cumpre observar, notaremos novamente alusões cétricas àquelas já trabalhadas.

Ely recusa a via descortinada pela abordagem da razão, que atribuiria à justiça constitucional a missão de desenvolver uma filosofia moral. Não concorda que esta consista no objeto próprio do Direito Constitucional, que exista uma maneira correta de praticá-la e que os juízes são mais aptos que outras autoridades para identificá-las e aplicá-las. Duvida que, dentre as instituições do Estado, os tribunais são os mais providos para formular juízos morais e mais preparados do que os legisladores para tal tarefa³⁴⁵.

Não é possível falar em um método de filosofia moral com o qual convergem todos os especialistas, pelo menos em relação às linhas gerais. As conclusões distintas a que chegam John Rawls e Robert Nozick nos campos da filosofia moral e política³⁴⁶, por exemplo, corroboram seu pensamento. Também não existem somente dois tipos de raciocínios: um seguro, e outro, não. Enquanto alguns filósofos consideram o utilitarismo a resposta certa, outros o recusam com certeza³⁴⁷.

Desta maneira, Ely critica a proposição de Dworkin de unir o Direito Constitucional e a teoria moral. Existiria aí um claro convite aos juízes: anular as decisões dos outros dois

⁽³⁴⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 43.

⁽³⁴⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 56.

⁽³⁴⁶⁾ Ely alude às diferentes teorias da justiça apresentadas por John Rawls e Robert Nozick. Apresentamos na nota de rodapé n.º 205 (capítulo II, seção II) os três princípios de justiça formulados por Rawls para perfazer a estrutura básica de uma comunidade política. Contrário à perspectiva de Rawls, Nozick defende a propriedade e a ideia de mínima intervenção do Estado na vida das pessoas. Sua concepção, centrada nos direitos individuais de liberdade, parte da transmissão histórica da titularidade, que determina que se um bem foi adquirido legitimamente por alguém, existe aí um direito. A intervenção do Estado é considerada arbitrária, uma vez que comprime as liberdades individuais. No Estado mínimo, os tribunais, a Administração Pública e demais estruturas servem à garantia dos direitos individuais (Cfr. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1.ª ed., Oxford, Blackwell Publishing, 2006, pp. 183 ss.).

António Castanheira Neves leciona que enquanto a filosofia política de Rawls contrapõe-se ao utilitarismo, Nozick propõe uma associação político-social com o objetivo exclusivo de afirmar e tutelar os direitos individuais liberais e excluir qualquer política distributiva imperativa (Cfr. António Castanheira Neves, *Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 63.).

⁽³⁴⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 57-58.

poderes do Estado com base na literatura de bons filósofos morais contemporâneos, particularmente John Rawls³⁴⁸. A sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para sobrepor os valores dos «juristas de primeiro escalão» às deliberações populares³⁴⁹.

O autor acredita que muitos conflitos envolvem factos intrinsecamente discutíveis, para os quais não há uma resolução capaz de agradar todos os observadores. Elucida seu ponto a indagação quanto à eficácia da pena de morte para reprimir homicídios. Estamos diante de uma dúvida sobre a atuação das instituições em caso de incerteza empírica. O problema é, também, profundamente moral, e os tribunais não possuem mais direito ou capacidade de solucioná-lo do que outros poderes constituídos³⁵⁰.

Segundo Ely, princípios ou conclusões éticas que se supõem aceites pelo público subjazem aos argumentos dos filósofos morais. É o que acontece com a teoria de Dworkin. O tipo de raciocínio adotado acarreta outras conclusões ou princípios cujas associações porventura não seriam percebidas de antemão, ao menos não da forma como indicadas pelo proponente. O pesquisador chama a atenção à aceitação da hipótese ou conclusão inicial. Daí decorre que parte-se de um dever para chegar a outro³⁵¹.

Acontece que debater questões éticas não se confunde com a descoberta de uma verdade ética absoluta. A sociedade estadunidense, corretamente, não anui com a noção de um conjunto de princípios morais objetivamente válidos e suscetíveis de descoberta. Ao menos, não consente com um conjunto que anule as decisões dos representantes eleitos pelo povo³⁵².

Lawrence A. Alexander critica que abordagens como a de Dworkin habilitam que juízes recorram a um termo em uma Constituição, dotado de um significado específico para seus redatores, e, ao tratá-los como princípios ou conceitos, lhes atribuam um significado diferente do intencionado. Todavia, quando os juízes dizem o que este ou aquele conceito de facto significam, ou que determinado princípio supera outro e demanda um especial resultado, não há verdade para tais afirmações. Trata-se de uma inadequada presunção judicial. Quando assim procedem, os juízes estão a editar normas, a usurpar competências³⁵³.

⁽³⁴⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 58.

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 59.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 53.

⁽³⁵¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 53-54.

⁽³⁵²⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽³⁵³⁾ Cfr. Lawrence A. Alexander, *Judicial Activism: Clearing the Air and the Head*, in *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (eds. Luís Pereira Coutinho – Massimo La Torre – Steven D. Smith), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 44, Springer, 2015, pp. 18-19.

Para Ely, certas disposições constitucionais foram escritas em uma linguagem aberta para admitir a possibilidade de ulteriores desenvolvimentos. Todavia, o caráter evidentemente nostálgico de perspectivas como da tradição enquanto fonte de valores constitucionais salienta uma natureza não democrática que o preocupa. Acredita ser difícil conciliar com a teoria democrática de governo, por exemplo, a hipótese de que as maiorias do passado devem controlar a maioria de hoje³⁵⁴.

É proeminente no seu pensamento uma recusa a que a justiça constitucional invoque a neutralidade de valores com a justificativa de que está a buscar valores no futuro. Controlar a geração atual pelos valores de seus netos é tão inaceitável quanto controlá-la pelos valores de seus avós. O investigador afirma que quando um tribunal procura valores no futuro na verdade está a impor seus próprios valores sobre o futuro. E é evidente que ao predizer o futuro, a justiça constitucional inevitavelmente não apenas contribui para defini-lo, como também dá forma ao presente³⁵⁵.

Ely objeta a noção de que valores amplamente partilhados por toda a gente possam complementar as disposições constitucionais abertas. Não há consenso algum a ser descoberto e conhecido. Conceitos colidentes de justiça são expostos por discussões como aquelas a respeito da legitimidade da interrupção da vida por meio do aborto ou da eutanásia. O mesmo acontece quando se debate o papel legítimo da raça em algumas decisões do Estado, em matéria de segregação ou de ação afirmativa³⁵⁶.

É com tais observações em mente que as críticas ao capitalismo *laissez-faire* que culminaram na legislação protetiva das condições de labor dos padeiros no Estado de Nova Iorque despertam sua curiosidade. Tanto a produção da lei quanto a impugnação jurisdicional da sua constitucionalidade enfraquecem abordagens que buscam no consenso valorativo ou na tradição o preenchimento da Constituição³⁵⁷.

Neste sentido, Ely duvida da objetividade dos valores. Pois ainda que existisse um consenso conflitante com a deliberação dos representantes eleitos (por autocontraditória que tal suposição fosse), não seria suscetível de ser descoberto. Ao menos não pela justiça constitucional. A objetividade valorativa precisa se restringir a uns poucos ideais abstratos que admitam praticamente qualquer interpretação³⁵⁸.

⁽³⁵⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 62.

⁽³⁵⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 70.

⁽³⁵⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 66.

⁽³⁵⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 64-65.

Os tribunais são bons em muitas coisas, mas dentre elas não se encontra o julgamento da moralidade popular, aduz o constitucionalista. As legislaturas são muito melhor projetadas para tal tarefa e são muito mais suscetíveis de realizá-la do que o Poder Judiciário. Ainda que não o façam de modo exatamente certo, é algo mais próximo disso³⁵⁹.

Em defesa da preponderância da deliberação legislativa, Richard H. Fallon Jr. rejeita que as Cortes sejam melhores do que as legislaturas em identificar corretamente direitos tidos como fundamentais. Sugere que alguns casos sejam subtraídos da revisão judicial ou, pelo menos, submetidos à revisão de apenas um escopo muito restrito. É que há situações em que reivindicações de direitos fundamentais são plausivelmente afirmadas por ambos os lados. Por exemplo: uma legislatura pode concluir que proibições contra o discurso de ódio são necessárias para proporcionar a grupos minoritários vulneráveis a igual proteção das leis, enquanto oponentes reivindicam que uma proibição contra o discurso de ódio interfere no direito fundamental à liberdade de expressão³⁶⁰.

Nos casos em que o legislador se esforçou conscientemente para determinar qual das duas reivindicações concorrentes de direitos fundamentais merece prevalecer, Fallon Jr. defende – a partir da premissa de que as legislaturas são tão propensas a decidir corretamente quanto os tribunais – não haver boa razão para desejar a revisão judicial. É melhor que os tribunais apenas determinem no liminar se um caso pode razoavelmente envolver uma colisão real de direitos fundamentais. Se for este o caso, não devem ir mais longe, e certificar qualquer decisão sobre o mérito como sujeita à substituição legislativa³⁶¹.

Ely reconhece que diversas vezes o Poder Legislativo não é completamente democrático. Nada obstante, tal constatação não o leva a apostar que o Poder Judiciário o seja. Em contextos constitucionais, quando o Parlamento já emitiu um juízo, o problema é saber se uma lei que talvez só possa ser reeditada através de aditamento à Constituição pode ser anulada pela Corte. Em seu entender, em certas ocasiões é isso mesmo que a justiça

⁽³⁵⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, p. 23.

⁽³⁶⁰⁾ Cfr. Richard H. Fallon Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, *Harvard Law Review*, Vol. 121, n.º 7, 2008, pp. 1730.

⁽³⁶¹⁾ Cfr. Richard H. Fallon Jr., *op. cit.*, pp. 1730-1731. O autor ressalva, porém, que ainda que as Cortes não sejam melhores em identificar violações de direitos do que as legislaturas, possuem uma perspectiva que as fazem mais propensas a apreender sérios riscos a alguns tipos de direitos fundamentais: que erros que resultam na violação de direitos fundamentais são tipicamente mais moralmente perturbadores do que erros que resultam na sua errônea execução excessiva; e, talvez, o mais crucial, que um sistema de revisão possa ser projetado de tal maneira que os custos morais totais da superforça de direitos que a revisão provavelmente produziria sejam inferiores aos custos morais que resultariam da falta de execução que ocorreria na ausência de revisão (Cfr. Richard H. Fallon Jr., *op. cit.*, p. 1736).

constitucional deve fazer, mas não concorda que assim proceda esteada na ideia de que fala em nome dos valores do povo, enquanto o Poder Legislativo não o faz³⁶².

Ao debater *Roe v. Wade*, o investigador reconhece que se fosse um legislador votaria em um estatuto regulador do aborto muito parecido com o decidido pela Suprema Corte, o que não significa que concorde com a deliberação jurisdicional. Espera que sua opinião reflita mais do que o fenómeno psicológico que mantém são quem comete um aborto: o facto de que de alguma maneira é mais fácil findar a vida daqueles que não podemos ver. É moralmente significativo que a mãe, ao contrário do feto, começou a imaginar um futuro³⁶³.

O aborto, por um lado, se assemelha muito ao infanticídio, e, por outro, à contraceção, para deixar as pessoas confortáveis com qualquer resposta. A questão moral suscitada é tão diabólica quanto a hipotética de qualquer filósofo. Em que pese o facto de concordar politicamente com a permissão do aborto em termos semelhantes aos fixados pela Suprema Corte, o investigador e os juízes não são legisladores³⁶⁴.

Não passa despercebido a Ely que a Corte muitas vezes resolve questões morais difíceis, que produzem respostas controversas. É cético, por exemplo, que a maioria das pessoas iria concordar que deixar um traficante de drogas livre seja moralmente preferível a deixar o policial derrubar sua porta sem causa provável. A Constituição legítima e teoricamente controla a intervenção judicial. E a respeito do traficante, diferentemente do aborto, a Constituição tem algumas coisas bastante aguçadas para dizer acerca da escolha. A preocupação especial do documento com um dos valores em conflito é manifesta, ainda que surjam questões difíceis a respeito da aplicabilidade da sua linguagem a factos específicos. A respeito do aborto, contudo, a Constituição não diz nada, seja de forma clara ou vaga³⁶⁵.

Do lado de cá do Atlântico, Konrad Hesse sugere que a Constituição possui um carácter incompleto, o que porventura se deve à desnecessidade de uma norma constitucional em certos casos. A Constituição somente regula – e não codifica – aquilo que parece importante e precisa ser determinado. O faz, muitas vezes, de forma pontual e em termos gerais. Tudo o mais se dá por suposto, tacitamente, ou é deixado a conformação e concretização para o restante do ornamento jurídico. Assim, a Constituição não pretende ser livre de lacunas e não se considera um sistema fechado, deixando espaço à atuação das forças políticas. Destarte, a não regulação de diversas questões da vida política, ou assim realizada

⁽³⁶²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 68.

⁽³⁶³⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: a comment on Roe v. Wade (1973)*, in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 285.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽³⁶⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 285.

apenas em linhas gerais, não significa somente uma renúncia à regulação e um remeter desta missão ao processo de atualização e concretização. Expressa também uma atitude constitucional em favor da livre discussão e da livre decisão dessas questões³⁶⁶.

A falha da Corte no caso *Roe v. Wade*, segundo Ely, é precisamente começar a resolver o dilema moral através da associação de qualquer dos lados da balança a um valor inferível da Constituição. O pesquisador declina responder se na situação em apreço as mulheres ou os fetos constituem a minoria a ser protegida da ação política³⁶⁷.

É claro que a liberdade de uma mulher para optar pelo aborto é parte da liberdade que não deve ser restrita sem o devido processo legal. Mas a questão a ser discutida é que o devido processo legal assegura apenas que a limitação seja procedimentalmente justa e que possua alguma conexão racional com um objetivo governamental admissível. Em *Roe v. Wade* é inusitada a concessão de uma proteção mais rigorosa. Tão rigorosa a ponto de o desejo de preservar a vida do feto ser incapaz de superar o outro interesse em disputa, assevera Ely³⁶⁸.

Ely assume opinião particular favorável ao direito de realizar um aborto como uma questão política não constitucional. Seu criticismo constitucional, não obstante, é não haver nada na Constituição que remotamente sustente o direito ao aborto. Ademais, considera que a decisão não pode ser defendida como uma daquelas que protege uma minoria oprimida³⁶⁹.

O amparo ao aborto não é inferível da linguagem da Constituição, do pensamento dos constituintes acerca do problema específico em questão, de qualquer valor derivável das provisões que eles incluíram ou da estrutura governamental da nação. Tampouco é explicado em termos da incomum vulnerabilidade política do grupo judicialmente protegido quanto aos interesses que prevaleceram legislativamente³⁷⁰.

É evidente que a representação feminina no Congresso Nacional é pequena. Todavia, igualmente nenhum feto está presente no Parlamento. O autor admite que algumas vezes as

⁽³⁶⁶⁾ Cfr. Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, pp. 88-89. De acordo com Hesse, através de disposições materiais, organizativas e processuais, a Constituição busca impedir um sistema fechado, impeditivo da atuação de forças diferentes. Em tal horizonte, com prescrições materiais, que envolvem a estrutura do Estado e a regulação constitucional do processo de formação da unidade política e de atuação do Estado, a Constituição cria unidade estadual, dá forma à vida da comunidade e garante a continuidade suprapessoal, o que gera o efeito estabilizador. Ela almeja limitar o poder estadual e prevenir o abuso desse poder. A peculiaridade da Constituição, assim, reside na função de possibilitar e garantir um processo político livre, de estabilizar, de constituir, de racionalizar, de restringir o poder, e nisso tudo, de assegurar a liberdade individual (Cfr. Konrad Hesse, *ibidem*).

⁽³⁶⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, pp. 288-289.

⁽³⁶⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 289.

⁽³⁶⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Abortion for the Rich*, in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 303.

⁽³⁷⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 289.

inferências da Suprema Corte aos valores que a Constituição traça para a especial proteção foram controversos, mesmo duvidosos. Ocorre que nunca antes de *Roe v. Wade* a decisão teve o sentido de criar uma obrigação tão obviamente em falta³⁷¹.

A resolução em discussão é considerada, então, uma deliberação ruim. Não por colidir com a ideia pessoal do autor acerca de progresso, com o que a evidência sugere ser a visão da sociedade ou por enfraquecer a Corte. Trata-se de uma decisão ruim porque não é Direito Constitucional e porque não fornece quase nenhuma sensação de tentar ser³⁷². Na verdade, a Corte fez política³⁷³.

Identificar e definir os valores com os quais a Constituição está preocupada muitas vezes não fornece com clareza a consideração a ser atribuída a esses valores quando eles conflitam com outros que a sociedade reputa relevantes³⁷⁴. A identificação de uma conexão constitucional é apenas o início da análise. Para o autor, se perde de vista em *Roe v. Wade*, assim como em muitos casos, que antes da fase em que a Corte pesa os valores, ela está obrigada a traçar suas premissas à Carta da qual deriva a sua autoridade³⁷⁵.

Um princípio neutro ou durável pode ser algo de um encanto e júbilo incessante. Mas se faltar associação com qualquer valor que a Constituição assinala especial, não é um princípio constitucional e à Corte não compete a sua imposição, critica o pesquisador³⁷⁶.

Segundo Ely, a refutação da Suprema Corte à decisão legislativa debatida em *Roe v. Wade* (que permitia o aborto apenas em caso de risco à vida da gestante), obviamente não está errada. A substituição de um julgamento não racional por outro, sobre a importância da

⁽³⁷¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 289.

⁽³⁷²⁾ Cfr. John Hart, Ely, *op. cit.*, p. 296.

⁽³⁷³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Let there be Life* (1981), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 303.

⁽³⁷⁴⁾ Convém recordar que Dworkin extrai o direito ao aborto, até a viabilidade do feto, da proteção constitucional à privacidade e à liberdade. O jusfilósofo reconhece que Ely está entre os críticos de *Roe v. Wade* que não acreditam que os Estados tenham o poder de tornar o feto uma pessoa com direitos constitucionais em disputa com os direitos das mulheres. Se os Estados pudessem considerar o feto uma pessoa com direito à vida, consequentemente poderiam, sob o ponto de vista constitucional, impedir o aborto até mesmo em caso de perigo à vida da gestante, uma vez que normalmente é proibido que se mate uma pessoa inocente para salvar outra. Assim, Dworkin compreende que para Ely *Roe v. Wade* é uma decisão equivocada, apesar do facto de o feto não ser uma pessoa constitucional, já que o governo pode ter o legítimo direito de preservar os interesses das criaturas que não são fetos. Dworkin aduz que embora o governo possa proteger o interesse dos cães, por exemplo, ao vedar e sancionar a crueldade animal, não pode adotar tal poder a fim de tornar impossível o exercício de um direito constitucional fundamental. Ademais, os fetos não têm interesses até o momento em que se tornam viáveis e a decisão de *Roe v. Wade* admite a regulação dos Estados após esse momento (Cfr. Ronald Dworkin, *Domínio da Vida*, pp. 159-160.). Dworkin critica o argumento baseado na possibilidade de o Estado impedir aqueles que maltratam animais sem que isso importe em violação aos direitos dos ofensores, apesar de as criaturas não serem pessoas protegidas pela cláusula da igual proteção. Propõe que ninguém precisa matar animais para exercitar o seu direito de liberdade de expressão, enquanto uma mulher grávida necessita abortar o feto para retomar o controlo do seu papel na procriação (Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 376.).

⁽³⁷⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, pp. 296-297.

⁽³⁷⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

oportunidade de uma mãe viver a vida que ela planeou, e a oportunidade de um feto viver, não podem ser tidas nem como erradas nem corretas. O problema da decisão não é tanto estragar a pergunta que se põe, mas responder uma pergunta que a Constituição não atribuiu à Corte³⁷⁷.

Também com visão crítica à atuação da Suprema Corte, Cass Sunstein censura *Roe v. Wade*. Prefere uma visão «minimalista» do controlo judicial, que admita um espaço democrático de manobra. Os juízes devem aceitar tal espaço, uma vez que sabem que seu julgamento pode ser incorreto, ou mesmo que estejam certos, que podem ser contraproducentes. Esse argumento ajuda a explicar algumas críticas promissoras à *Roe v. Wade*³⁷⁸.

Segundo Sunstein, na primeira confrontação da Corte com a questão do aborto, foram traçadas uma série de regras que o Poder Legislativo deveria seguir sempre que o problema surgisse. Houve a decisão de muitas questões demasiado rapidamente. Teria sido mais adequado conceder mais tempo ao processo democrático dos Estados para adaptar e deliberar – e para gerar soluções que poderiam ser sensíveis, mas poderiam não ocorrer a um grupo de juízes. O argumento democrático em favor de uma postura «minimalista» invoca a necessidade de adaptação social ao longo do tempo e a humildade em face das limitadas capacidades e competências judiciais³⁷⁹.

Roe v. Wade suscita a objeção de Steven D. Smith, o qual sublinha a divisão da sociedade estadunidense a respeito da decisão. Muitos a reverenciam, ao passo que outros a insultam. O que associa quase todos, além da observação de Ely sobre a dificuldade de justificá-la em termos de raciocínios legais convencionais, é o reconhecimento do seu poderoso impacto no direito e na política norte-americana. A controvérsia deu origem a um

⁽³⁷⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 293.

⁽³⁷⁸⁾ Cfr. Cass Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 1.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 54.

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. Cass Sunstein, *ibidem*. O exame das alegações levantadas no caso *Roe v. Wade* revela, segundo o pesquisador, um aspeto potencialmente importante do caso. A própria demandante alegou ter sido estuprada, e não há dúvida de que o caso constitucional em debate seja conhecido pelo seu elaborado sistema trimestral e complexo corpo de regras e padrões. Um adepto de uma visão «minimalista» do controlo judicial teria dito de forma mais simples que o Estado não pode proibir a mulher vítima de estupro de abortar, ou que o Estado não pode banir o aborto em todas as circunstâncias. Todavia, uma decisão no citado sentido teria deixado o *status* constitucional definitivo do direito ao aborto em dúvida considerável. Teria deixado os detalhes (da regulação do aborto) em aberto, para preenchimento, pelo menos em primeira instância, pelos tribunais inferiores e julgamentos democráticos. Talvez, o resultado de *Roe v. Wade* tenha sido correto como uma questão de teoria constitucional substantiva; talvez uma investigação a respeito dos custos da decisão e dos custos do erro apoiaria a decisão. Mas parece ser razoável pensar que o processo democrático teria feito muito melhor com a questão do aborto caso a Corte tivesse procedido mais cautelosamente e de uma forma mais humilde e interativa (Cfr. Cass Sunstein, *op. cit.*, p. 37.).

grande esforço académico para fornecer tais explicações. Todavia, classificar uma decisão como ativista não implica automaticamente condená-la³⁸⁰.

A questão que se coloca, propõe Smith, é se adequadas justificativas para tal ativismo podem ser encontradas. O investigador acredita que não. Rejeita que seria bom, pelo menos algumas vezes, que os tribunais tomem decisões de impacto revisionário significativo e que não possam ser persuasivamente justificadas em termos de raciocínios legais convencionais, uma vez que seria uma forma de a razão desempenhar um papel relevante na governança³⁸¹. As Cortes operam em uma situação discursiva que acaba por transformar decisões que tentam se aterrar e se apresentar como o produto da razão em algo que é oposto à razão³⁸².

Para Lawrence A. Alexander, *Roe v. Wade* ilustra uma presunção judicial inadequada. Demonstra uma autêntica usurpação do poder de outras autoridades legais. A questão central do aborto, em termos de saber se leis proibitivas violam a Constituição, é responder se o Estado dispõe de um interesse significativo em preservar a vida do feto. Isso, por sua vez, requer indagar se a vida fetal é moralmente protegível, uma questão filosófica difícil³⁸³. Considerando as consequências de incorretamente responder que *não*, contra

(³⁸⁰) Cfr. Steven D. Smith, Judicial Activism and ‘Reason’, in *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (eds. Luís Pereira Coutinho – Massimo La Torre – Luís Pereira Coutinho – Steven D. Smith), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 44, Springer, 2015, p. 23.

(³⁸¹) Cfr. Steven D. Smith, *ibidem*.

(³⁸²) Cfr. Steven D. Smith, *op. cit.*, pp. 24-25.

(³⁸³) Com abordagem similar a respeito da problemática moral envolvida, Jeremy Waldron rechaça *Roe v. Wade*. O autor critica que a fundamentação dos tribunais envolve tentativas de construir desesperadas analogias ou desanalogias entre a presente decisão e outras anteriores (e na qual estiveram comprometidos em contorções similares). Há uma laboriosa discussão acerca do precedente, apesar de ser reconhecido que ele não resolve o assunto. Porém, a real questão em jogo, o desacordo de boa-fé sobre direitos, é deixada à margem. Na opinião de cinquenta páginas da Suprema Corte sobre *Roe v. Wade* não há mais do que um par de parágrafos a lidar com a importância moral dos direitos reprodutivos em relação à privacidade, e os poucos parágrafos destinados ao outro problema moral em jogo – o *status* dos direitos do feto – estão, na maioria das vezes, ocupados em mostrar a diversidade de opiniões sobre o problema. Os tribunais estão preocupados com a legitimidade da tomada de decisão e, então, focam sua fundamentação nos factos que tendem a mostrar que estão legalmente autorizados – pela Constituição, pela lei ou precedente – a tomar a decisão que se propõem. É algo compreensível. Entretanto, conta fortemente contra as Cortes o argumento relacionado ao resultado a respeito da preferência da revisão judicial sobre a legislação. Os tribunais focam no que as decisões do passado fizeram ou na linguagem da *Bill of Rights*, enquanto os legisladores tendem a ir diretamente ao coração da questão. O pesquisador critica a atribuição da resolução de questões sobre direitos individuais, a exemplo do aborto, à justiça constitucional nos Estados Unidos, com o fundamento de que os tribunais podem ser considerados «fóruns de princípios», para utilizar a expressão de Dworkin. O surpreende, por outro lado, a riqueza da fundamentação dos debates legislativos sobre importantes questões de direito em países não dotados de revisão judicial, a exemplo da Inglaterra. Enquanto a fundamentação judicial estadunidense está mais preocupada com a interpretação e a doutrina, o debate legislativo britânico permite focar firmemente na questão do aborto em si e em suas implicações: no *status* ético do feto, no dilema da gestante e na importância de suas escolhas, suas liberdades, sua privacidade, nos conflitos morais, nas dificuldades que todas as matérias envolvem e no papel que a lei deveria desempenhar no que diz respeito às questões morais (Cfr. Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, n.º 6, 2016, pp. 1383-1386.).

aquelas de incorretamente que *sim*, é evidente que os juízes deveriam submeter às legislaturas dizer que *sim*. Foi, precisamente, o que não fez a Suprema Corte: disse às legislaturas que seu julgamento prático a respeito da proteção do feto, ao menos para fins constitucionais, foi equivocado³⁸⁴.

À época dos calorosos debates sobre *Roe v. Wade*, inicialmente Ely propôs superá-la. Frisou que sua indignação se dirigia ao que havia sido feito com a Constituição existente, e em nada se associava aos seus sentimentos sobre o que a Constituição deveria dizer sobre o aborto. Ademais, indicou que não acreditava tratar-se de matéria federal – antes envolvia questões morais difíceis a respeito das quais as pessoas e as legislaturas podem dissentir. Desta maneira, defendeu a elaboração de um aditamento à Constituição claramente pensado para retornar ao *status quo ante* da matéria, ou seja: deixar muita discricionariedade aos diversos Estados para a regulação, e não centralizá-la na esfera federal³⁸⁵.

Com o tempo, porém, Ely deixa de patrocinar a superação de *Roe v. Wade*. Não condena *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) – caso em que, como abordamos no capítulo II, a Suprema Corte não revisou a liberalização do aborto, embora tenha alterado a formulação trimestral.

Já sabemos que Ely, em termos políticos, se revela favorável à escolha feminina de colocar término à gestação, mas considera *Roe v. Wade* constitucionalmente indefensável. Neste panorama, parece surpreendente que acredite que revê-la teria sido um equívoco igualmente tremendo. Ocorre que não está em causa a aceitação da deliberação. O criticismo do autor com a decisão da Corte de Burger em 1973 não muda uma polegada³⁸⁶, conforme o mesmo explica, mas não implica concordância com agora superá-la³⁸⁷.

⁽³⁸⁴⁾ Cfr. Lawrence A. Alexander, *Judicial Activism: Clearing the Air and the Head*, p. 19.

⁽³⁸⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Excerpts from Testimony on S. J. Res. 119 and 130 before the Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Constitutional Amendments* (1974), in *On Constitutional Ground*, 1.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 299-301.

⁽³⁸⁶⁾ A crítica de Ely à Corte de Burger é reforçada por decisões sobre o aborto no ano de 1977. Em *Beal v. Doe* (432 US 454), por exemplo, à luz do caso concreto, a Suprema Corte examinou uma lei do Estado da Pennsylvania que restringia o aborto financiado por medicamentos a mulheres indigentes a situações em que os médicos indicassem a necessidade clínica do procedimento. A Corte decidiu, por seis votos contra três, que os Estados poderiam excluir abortos não terapêuticos da proteção dos seus programas de medicamento, uma vez que não estavam obrigados a financiar todos os procedimentos médicos que poderiam lhes ser apresentados. Ely considera a decisão um verdadeiro insulto. Não há resposta à acusação de que a Corte criou um direito constitucional (ao aborto) a partir de um pano (ou de suas próprias predileções políticas) para subsequentemente limitá-lo àquelas que menos precisam. São as mulheres pobres quem menos podem sustentar filhos indesejados, os quais, por sua vez, irão enfrentar as vidas mais miseráveis. Enquanto mulheres ricas podem pagar passagem a alguma jurisdição americana ou estrangeira em que o aborto é legal, mulheres pobres foram relegadas a viver com uma criança indesejada. Para Ely, em *Roe v. Wade* a Corte assinalou um retorno à jurisprudência de *Lochner v. New York* – impositiva de seus próprios valores. A decisão sobre o aborto se preocupou se a legislatura protegeu aqueles valores considerados verdadeiramente fundamentais pela Corte, e não com o processo ou com a distribuição da proteção. Já a decisão de 1977 demonstra que a imposição dos valores da

O argumento de Ely é que a sociedade estadunidense criou expectativas com base em *Roe v. Wade*, particularmente no que diz respeito às aspirações das mulheres. Assim, propõe que cair em um modelo em que os Presidentes da República nomeiam juízes com a promessa essencial de que eles anularão casos particulares e, depois, procedem com diligência para fazê-lo, enfraqueceria imensuravelmente a autoridade da Corte³⁸⁸.

De acordo com o pesquisador, *Roe v. Wade* contribuiu fortemente para um movimento mais geral em direção à igualdade das mulheres. Trata-se de algo não apenas bom, mas também em compasso com os temas centrais da Constituição estadunidense. Rever a decisão a respeito do aborto, portanto, causaria estragos a esse movimento constitucionalmente legítimo³⁸⁹.

No que diz respeito à aprovação, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, da constitucionalidade de certas leis que afetam o aborto, a exigência de que uma mulher reflita por vinte e quatro horas antes de fazer um aborto, ou informá-la dos custos (juntamente com os benefícios), pode reduzir a probabilidade de que ela o realize. Contudo, Ely considera um resultado inteiramente apropriado, a menos que “pró-escolha” seja um mero código para “pró-aborto”. É claro que se esses períodos de espera forem abusados por profissionais “pró-vida” (de ambos os lados) e se tornarem simples janelas para propaganda exagerada, eles de facto não conduzirão à escolha e, portanto, serão adequadamente invalidados. A extensão em que são usados parece ao investigador uma questão apropriada para estudos empíricos sérios³⁹⁰.

Diante de tal contexto, Ely alerta que a imposição de valores pela justiça constitucional não é a única resposta possível diante da constatação de que a Constituição precisa ser preenchida³⁹¹. O devido processo legal não autoriza o controlo judicial acerca do mérito substantivo das decisões do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O autor prefere uma abordagem procedimental da referida norma³⁹².

Corte de Burger é considerada a atribuição do tribunal, e não a proteção das minorias. Se a imposição de valores, critica o autor, é função da Corte, não há surpresa que os interesses da classe média sejam priorizados (Cfr. John Hart Ely, *Abortion for the Rich*, p. 304.).

⁽³⁸⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, Author's comment on 'Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law' and 'The Wages of Crying Wolf: a comment on *Roe v. Wade*' (1991), in *On Constitutional Ground*, 1ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 363.

⁽³⁸⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, Letter to Justice Kennedy, O'Connor, and Souter concerning *Planned Parenthood v. Casey* (1992), in *On Constitutional Ground*, 1ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 305.

⁽³⁸⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, Letter to Justice Kennedy, O'Connor, and Souter concerning *Planned Parenthood v. Casey*, p. 305.

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 306.

⁽³⁹¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 73.

⁽³⁹²⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 15.

Considera indubitável que a Constituição delega poderes para que determinados espaços sejam preenchidos. A delegação, todavia, não é terrivelmente ampla, mas limitada. A questão em que Ely sugere que foquemos é a seguinte: responder quais procedimentos são justos e necessários para tomar certas decisões ou para tratar uma pessoa de determinada forma. Em outras palavras, a discussão se concentra em determinar qual é o processo exigido para que o Estado delibere de forma racional ou trate uma pessoa de certa maneira, e não se pode ou não deliberar – ou se pode ou não tratar a pessoa de determinado modo³⁹³.

O constitucionalista até compreende a tentação de atribuir um carácter substantivo à norma do devido processo legal. Todos nós temos preferências políticas e é natural que apresentemos inclinação para pensar naqueles que sustentamos de forma vigorosa como princípios fundamentais de justiça. Portanto, a tentação de um juiz impô-las mesmo contra o julgamento de uma legislatura deve de facto ser forte³⁹⁴.

Acontece que é inegável que falar em devido processo substancial é uma contradição em termos, segundo o pesquisador. Seria como dizer «brancura preta». Já designar devido processo como «procedimental» é redundante. De qualquer forma, a impregnação substancial do devido processo enfraquece a ideia de uma via justa a ser percorrida pelo Estado³⁹⁵. Os tribunais não precisam se apoiar em sutilezas como a tomada de decisões por princípios³⁹⁶.

A partir do momento em que a Suprema Corte passa a ler o devido processo legal sob a ótica material, temos um problema posto, alerta Ely. A norma deixa de significar a vinculação do Estado a um processo quando da imposição de um dano grave ao indivíduo. Verifica-se, na verdade, uma confusão do processo com o direito ou mérito da questão em debate. Quando isso ocorre, a proteção procedimental ao cidadão torna-se mais fraca. A questão duramente criticada é a emissão, por parte da justiça constitucional, de juízos ocultos sobre o mérito dos desacordos³⁹⁷.

A decisão de *Roe v. Wade* amparada no devido processo legal não é a única que Ely objeta cabalmente. A fornecida pela Suprema Corte à *Lochner v. New York* é considerada totalmente vergonhosa. O alento, identificado de forma sarcástica pelo autor, é ter espalhado as sementes de sua própria destruição. Ely defende que é equivocado dizer que a igualação do poder de barganha ou do amparo do movimento laboral consista em uma meta subtraída da

⁽³⁹³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 21.

⁽³⁹⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, p. 19.

⁽³⁹⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 19.

⁽³⁹⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, Excerpt from 'On Constitutional Nihilism' (1980), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 364-365.

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 19.

esfera do poder de polícia do Estado. Discorda que o citado poder seja claro o suficiente para proibir todos os contratos que a legislatura do Estado possa razoavelmente considerar contrários ao interesse público, prejudiciais ou lesivos ao bem comum³⁹⁸.

Em *Lochner v. New York*, a liberdade contratual se traduziu no direito de não pagar um salário mínimo e de exigir mais tempo de trabalho do que um máximo número de horas. Trata-se, porém, na visão do constitucionalista, de um julgamento que deveria ser deixado a cargo das autoridades eleitas³⁹⁹. Ely reputa obviamente errôneo declarar que longas jornadas de trabalho não podem ser limitadas a fim de promover a saúde e a segurança⁴⁰⁰.

O que mais incomoda Ely quanto às decisões da Suprema Corte nos casos *Roe v. Wade* e *Lochner v. New York* é a natureza do escrutínio realizado. A análise da justiça constitucional, atrelada ao devido processo legal na dimensão material, se prendeu ao quão desejável ou relevante a Corte considerou a política substantiva adotada pelo Poder Legislativo⁴⁰¹.

Embora Ely acredite que a escolha de valores da própria Corte esteja presente nitidamente tanto em *Roe v. Wade* como em *Lochner v. New York*, não aborda os casos de forma idêntica. Considera que no segundo a liberdade de contratar não foi tratada como preferida pela Constituição, mas apenas como um dentre os inúmeros aspetos da liberdade abrangidos pelo décimo quarto aditamento à Constituição (cuja primeira seção prevê o devido processo legal e a igual proteção das leis), a exigir de seus inibidores uma defesa racional. Em

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 293.

⁽³⁹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Judicial Review*, p. 07.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 293.

⁽⁴⁰¹⁾ No cenário português, José de Melo Alexandrino critica a atuação do Tribunal Constitucional durante a chamada jurisprudência da crise, em que o controlo da constitucionalidade se prendeu a fórmulas abstractas, como a da “dignidade humana”, da “justiça”, da “igualdade” ou da “tutela da confiança”. O pesquisador acredita que tenha havido censura às opções do legislador democraticamente eleito, dada a intervenção em casos em que não se verifica a violação de regras ou o desvio manifesto do programa constitucional. Ao contrário da postura jurisdicional adotada, propõe que nas situações que envolvem a liberdade de conformação do legislador o TC deve considerar-se incompetente para decidir. A justiça constitucional não deve recorrer a fórmulas abstractas. Tal compromete o equilíbrio na distribuição dos poderes do Estado, sobretudo em relação à compressão do primado da concretização política do legislador em matéria económica e social (José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 62-68.). Para o pesquisador, princípios vertidos por normas constitucionais a exemplo da que estabelece a “dignidade da pessoa humana” não oferecem diretamente um conteúdo. Em virtude de sua feição de valor e de norma base do sistema constitucional, o conteúdo da norma é dado em efeito de cascata, por uma série de princípios, subprincípios e regras, a começar pelos direitos fundamentais e por toda a engenharia constitucional do Estado de direito. Desta maneira, com exceção de situações-limite, tais normas não são dotadas de um conteúdo jurídico autónomo, sendo prudente e sensato que a justiça constitucional reconheça sua menor precisão (José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 78-82.).

Roe v. Wade, a Suprema Corte não se limitou a impor uma defesa racional da intimidade feminina, mas considerou o direito ao aborto fundamental⁴⁰².

O autor identifica diferenças nos dois casos quanto à natureza do juízo legislativo escrutinado. No geral, as refutações à *Lochner v. New York* foram de duas espécies. A primeira assumiu a forma de julgar inadmissíveis as metas escolhidas pela legislatura. A equalização do poder desigual de barganha e o fortalecimento do movimento laboral foram declarados fins que o Legislativo não tinha atribuição de perseguir. Já a segunda forma de refutação aconteceu através da rejeição da plausibilidade do juízo empírico realizado pela legislatura para promover o objetivo⁴⁰³.

Em *Roe v. Wade*, a recusa ao juízo legislativo de que os estatutos contrários ao aborto possam ser justificados em termos de proteção do feto não possuem nenhuma das formas adotadas em *Lochner v. New York*. A Suprema Corte, é claro, reconhece que a proteção ao feto é uma meta legítima e importante. Não nega que a restrição ao aborto promova tal meta, mas declara simplesmente que ela não é relevante a ponto de sustentar a restrição. Entretanto, há pouca dúvida que julgamentos desta espécie aconteceram em *Lochner v. New York*. A questão é que no último a Corte não considerou que a legislatura pesou incorretamente dois objetivos legítimos, porém conflitantes. O que fez foi decidir que a meta era inadmissível ou que a legislação não a promovia de facto⁴⁰⁴.

O pesquisador propõe que em *Lochner v. New York* a Suprema Corte empregou o devido processo legal para invalidar uma boa ação da legislação. Simplesmente produziu um direito constitucional e o adotou para sobrepor sua própria visão de política social sábia à da legislatura. Nada obstante, a Constituição pouco tem a dizer sobre contratos; e aqueles que investigam a respeito do que os constituintes estariam mais propensos a proteger podem não ficar satisfeitos com a resposta⁴⁰⁵.

Richard H. Fallon Jr. também considera *Lochner v. New York* um equívoco. Em sua perspectiva, a legislação regulatória e distributiva económica de casos como este não costuma ameaçar quaisquer direitos fundamentais, razão pela qual não se deve supor que a revisão judicial resulte na invalidação de tal legislação. Assim, reivindicações de direitos à liberdade em casos como os da era *Lochner* devem ser totalmente excluídas da revisão judicial⁴⁰⁶.

⁽⁴⁰²⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, p. 291.

⁽⁴⁰³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 292.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 293.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 291.

⁽⁴⁰⁶⁾ Cfr. Richard H. Fallon Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, pp. 1711-1729.

Causa perplexidade à Ely que a análise de procedimentos justos seja relegada a plano secundário pela Suprema Corte. Pois em uma abordagem procedimental, ainda que os juízes não possam questionar a política substantiva aplicada pelos poderes políticos, têm o poder de dificultar a implementação da política escolhida. Isto é executado através do rigor no exame das exigências procedimentais seguidas⁴⁰⁷.

À justiça constitucional não é imprescindível especialização e perícia. Ely prefere que domine questões procedimentais, o que abrange tanto uma dimensão estrita quanto, até certo ponto, uma ampla. A primeira corresponde ao processo por intermédio do qual os factos são esclarecidos e as partes em conflito podem aduzir suas pretensões. A segunda, ao processo através do qual as grandes questões políticas são determinadas de forma imparcial⁴⁰⁸.

O autor reconhece que, assim como Dworkin, aprova leis que concedem um salário mínimo e jornada máxima de trabalho – ao passo que desaprova leis que proíbem relações entre homossexuais⁴⁰⁹, a contraceção e a pornografia, por exemplo. A questão é que duvida que a investigação evolua com a suposição de que a diferença é que os primeiros são concedidos para fazer um mundo melhor, enquanto os últimos o são devido a sentimentos sobre classes de pessoas que serão afetadas⁴¹⁰.

Ely discorda que a distinção de Dworkin entre preferências «pessoais» (correspondentes aos desejos sobre a própria vida) e «externas» (referentes a como as outras pessoas devem viver) possa proporcionar um horizonte apropriado ao controlo judicial. Em seu entender, Dworkin parte da premissa de que há algo de errado com a expressão e

⁽⁴⁰⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 20.

⁽⁴⁰⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 102.

⁽⁴⁰⁹⁾ Em 1994, Ely publicou uma carta no *The New York Times* em que discutiu a tentativa do então Presidente Bill Clinton de derrubar a proibição aos homossexuais nas Forças Armadas estadunidenses. A medida foi uma promessa realizada na campanha eleitoral de 1992, segundo a premissa de que todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual, podem servir às Forças Armadas. Todavia, o Congresso agiu para aprovar em lei federal uma política que reafirmou a proibição. Diante da negativa do Parlamento, então, em 1993, Clinton, assinou uma política que ficou conhecida como “Don’t ask, don’t tell”: os recrutas não poderiam ser questionados sobre sua orientação sexual, mas também não poderiam expô-la. Assim, só poderiam servir aqueles que mantivessem a homossexualidade em sigilo, sujeitando-se à expulsão caso dela tratassem abertamente. Ely concorda com Clinton que a proibição aos homossexuais deveria ter sido abolida totalmente, mas considera burla inferir dessa preferência substantiva que a decisão é uma daquelas que a Constituição confiou ao Presidente. Pelo contrário, a competência para estabelecer regras para o governo e para a regulamentação das Forças Terrestres e Navais foi concedida explicitamente ao Congresso (nos termos da seção 8 do artigo I da Constituição). Caso, porém, a regra decretada seja inconstitucional quanto ao seu mérito – como Ely acredita ter sido o compromisso do Congresso ao proibir homossexuais nas Forças Armadas – a Suprema Corte deve invalidá-la. A crítica do autor se dirige à reivindicação de Clinton de que, entre o Congresso e o Presidente, seria ele o designado para atuar, o que comprovadamente não está de acordo com a Constituição (Cfr. John Hart Ely, Letter to the New York Times (1994), in *On Constitutional Ground*, 1.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 142-143.). Em 2010, durante o governo de Barack Obama, o Congresso aprovou lei que admitiu homossexuais nas Forças Armadas, independentemente de sigilo quanto à orientação sexual.

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, Excerpt from professor Ronald Dworkin External/Personal Preference Distinction (1983), in *On Constitutional Ground*, 1.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 317.

formação da opinião política dos eleitores em termos de preferências externas, balanças utilitárias individuais ou argumentos ideais. Ocorre que não há nada de errado com preferências externas (pelo menos aquelas de tipo altruísta) e certamente também não há com argumentos ideais (constitucionalmente aceitáveis)⁴¹¹.

Segundo Ely, ao propor que decisões com base em preferências externas sejam removidas de instituições políticas maioritárias, Dworkin, conclui que leis que proíbem a homossexualidade, a contraceção e a pornografia são inconstitucionais. É verdade que a presença de um amplo componente de preferências externas invalidará todas as possíveis justificações utilitárias para dada lei, porém a habilidade de articular um argumento ideal constitucionalmente permitido é suficiente para preservar sua constitucionalidade⁴¹².

O pesquisador não vislumbra problema com o facto de um eleitor formular suas preferências com base em uma balança utilitária ou argumento ideal. Tampouco com a decisão de funcionários do governo com plena consideração ao que mais satisfará seu eleitorado. O que viola o dever de igual representação que embasou a Constituição desde o início e inspira inegavelmente a norma da igual proteção das leis é a consideração de *uma* espécie de preferência externa, com raízes na crença de que certo grupo (racial ou outro) simplesmente merece menos das coisas boas da vida do que os demais⁴¹³.

Uma lei criminalizadora de atos homossexuais elucida a complexidade de lidar com um tema que suscita questões difíceis⁴¹⁴. Não há, na perspectiva do investigador, *a priori*, inconstitucionalidade em leis que criminalizam atos em virtude de pressentimentos confiáveis de que eles são imorais. É o que acontece com parte da legislação penal. Buscar impedir que toda uma população se comporte de uma maneira considerada imoral não é a mesma coisa que deixar um grupo em desvantagem simplesmente porque somos hostis a ele⁴¹⁵.

Ely não conclui, todavia, que o recurso à imoralidade da conduta autorize a promulgação de leis que na verdade são motivadas pelo desejo de prejudicar um grupo

⁽⁴¹¹⁾ Cfr. John Hart Ely, Cfr. John Hart Ely, Excerpt from professor Ronald Dworkin External/Personal Preference Distinction, pp. 324-325.

⁽⁴¹²⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 326.

⁽⁴¹³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 327.

⁽⁴¹⁴⁾ Richard Posner desponta como crítico do argumento de Ely da dificuldade de escrutinar objeções morais aos homossexuais. Segundo Posner, seria corolário do pensamento de Ely que os homossexuais não possuiriam direito à liberdade sexual, porque ninguém teria um direito constitucional à liberdade sexual. Causa-lhe perplexidade pensar que os estrangeiros, por exemplo, em razão da ausência de direito ao voto, estão ainda mais claramente habilitados à solicitude judicial do que os homossexuais, que possuem direito ao voto (Cfr. Richard Posner, Democracy and Distrust revisited, *Virginia Law Review*, Vol. 77, 1991, p. 645.). Com efeito, a abordagem de Ely do reforço da representação política, que será desenvolvida na seção seguinte, enfatiza o acesso e a participação no processo democrático. Daí a referência de Posner quanto à solicitude judicial aos estrangeiros atrelada à ausência do direito ao voto. A objeção fulcral de Posner à teoria de Ely será apresentada na nota de rodapé n.º 583 (capítulo III, seção III).

⁽⁴¹⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 256.

desfavorecido. O problema é que não é tão simples saber se uma lei que criminaliza atos homossexuais viola algum direito fundamental não explícito na Constituição. A conformidade da lei à Constituição depende da avaliação quanto à motivação por uma objeção moral sincera ao ato ou, ao contrário, por algo que transcenda o mero desejo de prejudicar os envolvidos⁴¹⁶.

O autor considera absolutamente possível ser verdadeiramente liberal em questões políticas e ao mesmo tempo defender que a justiça constitucional não intervenha nos juízos de valor próprios do Poder Legislativo. Tal postura revela uma deferência ao processo democrático⁴¹⁷.

Segundo Ely, a Constituição preocupa-se de forma singular com o processo. É o que evidenciam dispositivos que em um primeiro momento parecem ter sido elaborados para assegurar ou evitar certos resultados substantivos, mas cuja análise cuidadosa revela uma atenção primordial com a maneira de tomada de decisões⁴¹⁸. Até existem normas que desempenham uma função diferente – substantiva – mas não preponderam dentre os dispositivos da Constituição⁴¹⁹.

O pesquisador aposta na leitura procedimental de grande parte dos dispositivos constitucionais. Estamos diante de normas que operam como instrumentos de promoção de imparcialidade e eficiência dos processos. Não estão em causa os possíveis conteúdos da regulação do Estado, mas as maneiras com que as regulações podem ser aplicadas em face daqueles sujeitos pelo poder estatal⁴²⁰.

Para explicitar sua teoria do controlo da constitucionalidade, o autor recorre a uma analogia com um árbitro de futebol. O juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time “equivocado” faz um gol. Também elucida sua perspectiva o que seria, em termos económicos, uma orientação antitruste. Trata-se de uma orientação reguladora, e que, como tal, não determina resultados substantivos, mas intervém quando o mercado, neste caso o mercado político, está em mau funcionamento de maneira sistémica. Assim, Ely rejeita a avaliação do governo em razão da geração de resultados com os quais discordamos. Em uma democracia representativa, os juízos de valor competem aos representantes eleitos, havendo a opção de destituição através do voto caso sejam efetivamente desaprovados pela maioria⁴²¹.

⁽⁴¹⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 256.

⁽⁴¹⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 95.

⁽⁴¹⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 90.

⁽⁴¹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 92.

⁽⁴²⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁽⁴²¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 102-103.

De acordo com Ely, normas abertas substantivas não foram elaboradas para ser garantidas pelo Poder Judiciário. Ao contrário, as entende como dirigidas exclusivamente às esferas políticas, a quem cabe a criação do direito⁴²². Em uma democracia representativa, da mesma maneira que a preservação de valores fundamentais não é uma tarefa constitucional, opô-los ao legislador não é uma atribuição jurisdicional⁴²³. Em seu entendimento, o Direito Constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança⁴²⁴.

O constitucionalista não anui com a ideia de que juízes nomeados possam anular as deliberações de autoridades eleitas sob os fundamentos de que: (i) o que os legisladores fizeram foi errado ou mesmo ultrajante; ou que (ii) violaram algum direito, não mencionado em qualquer lugar da Constituição, que os juízes acham que é valioso. No final das contas, são argumentos que Ely acredita que resultam no mesmo, razão pela qual reforça a crítica à realização de opções substantivas pela justiça constitucional⁴²⁵.

No quadrante europeu, Jürgen Habermas pondera que a compreensão procedimentalista da Constituição propicia uma viragem teórico-democrática ao problema da legitimidade do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas. Aduz que o ceticismo de Ely se dirige, com razão, contra uma visão paternalista do controlo, que se alimenta de uma desconfiança amplamente propagada contra a irracionalidade de um legislador dependente das lutas de poder e de votações emocionais da maioria. A abordagem busca aliviar a jurisprudência da orientação segundo princípios jurídicos provenientes da

⁽⁴²²⁾ Em um paralelo assinalável, Hans Kelsen defende o exame da constitucionalidade das leis por parte dos órgãos de aplicação do direito, mas expressa preocupação com o recurso a princípios abstratos. Para o autor, os princípios constitucionais cuja realização ou determinação são pouco unívocos – como “igualdade”, “justiça”, “liberdade”, “equidade”, “moralidade” – não são suscetíveis de aplicação técnica. Tais princípios possuem como destinatários os órgãos de criação do direito, como o legislador, cujo poder de concretização é quase ilimitado, e a Administração Pública. Na falta da precisão do sentido dos princípios, casos as fórmulas cubram apenas a ideologia política corrente, devemos compreender que o legislador, assim como os órgãos de execução, estão autorizados a preencher de forma discricionária o conteúdo que lhes é abandonado pela Constituição e pela lei. Os princípios só poderiam delimitar o conteúdo das leis caso a Constituição prescrevesse seu sentido preciso: um critério objetivo. Segundo Kelsen, com a adoção de um termo tão impreciso e equívoco como “justiça” (ou qualquer análogo), a Constituição não pretendeu fazer a sorte de uma lei votada pelo Parlamento depender do bel-prazer de um colégio composto de forma mais ou menos arbitrária, do ponto de vista político, como o Tribunal Constitucional. Assim, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal especializado, abster-se do género de linguagem em discussão e, se pretender estabelecer princípios relativos aos conteúdos das leis, fazê-lo da forma mais precisa possível (Cfr. Hans Kelsen, *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, pp. 24-25.).

⁽⁴²³⁾ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 39, p. 88. Ely reconhece ter constatado a leitura das normas abertas como dirigidas às esferas políticas em Felix Frankfurter, juiz Associado da Suprema Corte, que em 1950 abordou a cláusula do devido processo legal desta maneira.

⁽⁴²⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 183.

⁽⁴²⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Judicial Review*, p. 07.

moral ou ética em geral. Habermas reforça que Ely objeta uma interpretação guiada por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin⁴²⁶.

A crítica de Ely à interpretação da Constituição com base em princípios nos leva a questionar se *Roe v. Wade* e *Lochner v. New York* são propriamente decisões constitucionais, pelo menos no sentido de encontrarem seu fundamento, em sentido técnico-jurídico, em qualquer norma constitucional. É contestável que consistam em decisões que deveriam ter sido tomadas pela justiça constitucional contra as deliberações dos órgãos representativos da soberania popular⁴²⁷. Podemos indagar se não evidenciam, ao contrário, desconsideração à autoridade conferida pela Constituição ao Poder Legislativo para dirimir as controvérsias existentes em uma sociedade plural, de forma aberta e participada, com deferência ao processo político e às mundividências.

Alan M. Dershowitz lamenta que Ely nunca tenha tido oportunidade de aplicar, na prática, como juiz da Suprema Corte estadunidense, a perspectiva descrita em *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Acredita seus escritos sobre *Roe v. Wade* comprometeram a chance de indicação. Ao criticar a decisão judicial, Ely teria afastado muitas feministas que encaravam *Roe v. Wade* como direito constitucional. Por outro lado, ao expressar seu forte apoio ao direito feminino de interromper a gravidez na maior parte das

⁽⁴²⁶⁾ Cfr. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, traduzido por Flávio Beno Siebeneichler, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003, pp. 326-330.

⁽⁴²⁷⁾ Böckenförde concebe a representação como uma necessidade da democracia. Considera que quando se definem e se articulam por si, a vontade do povo tem, inescapavelmente, o caráter de uma resposta. Há, por um lado, a vontade do povo de pertencer a um Estado comum, de configurar e ordenar condições sociais e políticas da vida comum. Mas para a existência de coordenação e unidade, se revela necessária a existência de um ou vários órgãos de direção, de caráter representativo, que assumam a função de unificação e organização que garantam a eficácia da referida unidade. A ação dos órgãos de direção acontece com autonomia. Tal atuação até pode ser estimulada, mas deve ser produzida como uma iniciativa concreta e determinada em seus conteúdos. Assim, dá lugar e desenvolve a unificação relativa da vontade e a unidade de seus efeitos. Estamos diante, portanto, de algo criativo, e não uma mera execução do já estabelecido. A existência dos órgãos representativos é condição para a possibilidade de uma organização democrática do exercício do poder. Não é tarefa de uma organização democrática da comunidade política desmantelar o poder diretivo dos órgãos, ou os representantes que atuam por si, nem reduzi-los ao mínimo, como forma de aproximação à democracia direta ou autêntica. Böckenförde aposta, ao contrário, na admissão da existência do poder de direção e dos representantes. Ao mesmo tempo em que se lhes confere estabilidade no que for possível, chama atenção à necessidade de submetê-los à legitimação democrática em um processo aberto de formação da vontade democrática, bem como vinculá-los à responsabilidade e a controles democráticos. O objetivo é vincular o poder de direção dos órgãos e os representantes, para que sua ação possa valer como autorizada pelo povo e em nome do povo. Trata-se, na visão do autor, de um conceito realizável da organização e do exercício democrático do poder, que acarreta na representação como elemento constitutivo da democracia, o que deve ser incorporado no conceito da democracia. A possibilidade de retirada dos representantes ou de decisão direta por parte do próprio povo (elemento plebiscitário) sobre certos assuntos ilustra um componente corretor ou de compensação da democracia, e não a forma primordial desta. A representação democrática pode ser compreendida como um processo dialético do grupo consigo mesmo. É o processo aberto de representação que possibilita a atualização e a efetividade da identidade do povo em termos institucionais e procedimentais (Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Democracia e Representação: crítica à discussão atual sobre a Democracia*, in *Estado de Direito e Democracia – 2.^a Coletânea da Democracia*, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.^a ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017, pp. 160-177.).

circunstâncias, sob o ponto de vista político, teria afastado o direito à vida eleitoral. Guiado por princípios institucionais claros, em vez de considerações restritas orientadas a resultados, o juiz Ely teria trazido a necessária credibilidade à Corte cujas decisões todas se tornaram previsíveis demais, com base nas preferências ideológicas, políticas, religiosas e partidárias dos juízes⁴²⁸.

Conforme expusemos nesta seção, Ely não admite que a justiça constitucional realize escolhas entre conceitos morais, políticos e sociais inevitavelmente controversos. Isso não implica, porém, a inexistência de proteção a determinados direitos que a própria Constituição retira da disputa política. Significa que a intervenção judicial deve acontecer apenas quando o sistema político apresenta desequilíbrio. Quando o sistema não funciona bem, as principais prejudicadas são as minorias, vulneráveis aos desígnios majoritários. É o tema que passaremos a abordar, particularmente a atividade do Poder Judiciário para corrigir distorções oriundas da assimetria de poder político entre as forças atuantes na democracia.

2. A igual proteção das leis e o amparo das minorias à luz do caso *Brown*

Ely não esgota a democracia representativa, em que os rumos da sociedade são precipuamente decididos conforme a vontade popular expressa por intermédio de representantes eleitos, à prevalência dos propósitos da maioria. A Constituição serve, entre outras coisas, para pôr freio às maiorias atuais. Estas não são livres para agir e deliberar exclusivamente em prol de seus próprios interesses.

Nem todas as decisões da maioria política, que não encontra grandes dificuldades para se ver representada no Parlamento, são constitucionalmente legítimas, segundo o autor. Não é porque a Constituição delega a resolução de muitas questões aos futuros responsáveis por decisões que o processo político tolera a disputa de absolutamente qualquer matéria⁴²⁹.

Na República estadunidense, em que o voto popular é a fonte de legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo, emerge a discussão a respeito da proteção às minorias. Observou-se, nesse contexto, que a tarefa demandava a demarcação dos limites aos poderes

⁽⁴²⁸⁾ Cfr. Alan M. Dershowitz, In *Memoriam: John Hart Ely*, pp. 1743-1745. Para o autor, o legado de Ely ao conhecimento constitucional – na verdade, à governança democrática – foi sua objetividade política e sua devoção à separação de poderes como uma proteção contra a tirania. Não é que o constitucionalista estadunidense não se tenha preocupado com questões práticas. Preocupava-se profundamente com questões políticas, porém seus horizontes eram mais amplos, sua visão mais profunda e suas preocupações mais duradouras (Cfr. Alan M. Dershowitz, In *Memoriam: John Hart Ely*, p. 1743.).

⁽⁴²⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 62.

em um documento vinculante, impossível de ser modificado pelas próprias maiorias destinatárias das limitações⁴³⁰.

Apresentamos que Dworkin oferece uma perspectiva de que os dispositivos mais vagos da Constituição, a exemplo do devido processo legal e da igual proteção das leis, reconhecem e projetam direitos morais das pessoas contra a maioria. A anulação, pela Suprema Corte, das leis que previam a segregação racial nas escolas estadunidenses explicitariam a legitimidade de decisões que confrontam «questões de princípio» impostos pela lógica do texto constitucional.

Em matéria política, Ely e Dworkin convergem em muitos pontos. Todavia, o primeiro rejeita que algumas decisões emblemáticas da Suprema Corte sejam sustentadas pela lógica dos princípios jurídicos de Dworkin, os quais refletiriam os consensos valorativos da comunidade e forneceriam integridade à prática constitucional. Tanto Ely quanto Dworkin assumem que a Constituição se preocupa com a defesa das minorias, mas compreendem e sustentam de forma divergente as decisões da justiça constitucional acerca da matéria, expressa, por exemplo, em *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Ely convida o leitor a questionar as razões que levariam uma pessoa a buscar o conteúdo das disposições abertas da Constituição nos consensos valorativos. A primeira resposta poderia ser a proteção da maioria, a fim de que a legislação realmente refletisse os valores populares. A segunda poderia ser a salvaguarda dos direitos dos indivíduos e das minorias contra a ação da maioria⁴³¹.

A primeira solução não faz sentido para o pesquisador. O processo legislativo claramente tem mais condições de proteger as maiorias do que o controlo jurisdicional. Afinal, o direito natural, a tradição ou qualquer outra fonte não são explorados para garantir o atendimento à vontade da maioria⁴³².

Naturalmente, o que está em causa é a proteção das minorias quanto ao exercício ilimitado da vontade maioritária. Seria um paradoxo recorrer aos valores da maioria para defender as minorias dos próprios juízos de valor maioritários. A perspectiva do consenso valorativo adquire força graças à confusão quanto ao que os tribunais podem fazer no sistema

(⁴³⁰) Cfr. Gilmar Ferreira Mendes – Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 49.

(⁴³¹) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 68-69.

(⁴³²) Cfr. John Hart, Ely, *ibidem*.

jurídico de *common law*⁴³³, mas não tem relação alguma com seu legítimo papel no âmbito da jurisdição constitucional⁴³⁴.

Lembremos que Dworkin busca o fundamento da decisão da Suprema Corte de Warren no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* nos direitos morais dos indivíduos contra a maioria e o Estado. Defende que a justiça constitucional desenvolva, através da interpretação constitucional, uma filosofia da decisão que apele aos direitos morais dos cidadãos impostos pela coerência do texto.

Ao contrário, Ely aposta na garantia do processo político para explicar a questionada decisão. Não põe em causa que a reputação da Corte de Warren como ativista ou intervencionista seja de facto merecida. Rejeita, no entanto, que a abordagem da Corte de Warren possa ser explicada pela teoria de Dworkin.

Decisões jurisdicionais a exemplo daquela que declarou a nulidade das leis que prescreviam a segregação racial não foram intervencionistas em virtude do desejo da Corte de impor valores substantivos considerados fundamentais pelos seus membros. O foram, segundo o autor, pelo desejo de assegurar um processo político aberto aos defensores de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade. É o processo político o contexto em que tais valores de efetivamente podem ser corretamente identificados⁴³⁵.

Ao estudar a norma que prevê a igualdade de proteção fornecida pela lei, Ely observa que é claro que a preocupação genérica com a igualdade é inquestionável. Todavia, assim como ocorre com outros dispositivos abertos, não é possível preencher o seu conteúdo com recurso à linguagem consignada no documento ou à intenção dos redatores. Segundo a Constituição, o Poder Legislativo é o responsável pela tomada de decisões substantivas, o que não implica, porém, a validade indistinta de suas deliberações⁴³⁶.

(⁴³³) Carlos Blanco de Moraes adverte que nos Estados Unidos da América o papel dos tribunais e, sobretudo, da Suprema Corte, na inovação criadora do direito através da jurisprudência, ocasiona problemas delicados na delimitação das fronteiras entre as funções legislativa e jurisdicional. O poder inventivo do Poder Judiciário, todavia, está longe de ser um problema exclusivo da experiência estadunidense ou dos países pertencentes ao sistema de *common law*. No Brasil, em que, diferentemente, vigora um sistema codicista, o ativismo do Supremo Tribunal Federal desde o ano 2000 gera dificuldades semelhantes (Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, p. 52.). A experiência brasileira, segundo Maria Benedita Urbano, evidencia a crise de instituições políticas tradicionais, nomeadamente o Parlamento. O imobilismo institucional e o frenesim corruptor do Poder Legislativo no Brasil a afligem. Duvida, porém, que um voluntarismo judicial que parece não conhecer limites, nem sequer constitucionais, ao ponto de, por vezes, sermos tentados a falar de um “golpe de Estado judicial em curso”, seja uma alternativa à resolução das questões (Cfr. Maria Benedita Urbano, *Retoques para uma futura revisão*, in *Nos 40 anos da Constituição* (org. Jorge Miranda), Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 230.).

(⁴³⁴) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 68-69.

(⁴³⁵) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 73-74.

(⁴³⁶) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 31.

Em seus escritos sobre a discriminação racial, o autor parte do exame de uma célebre nota de rodapé do juiz Harlan Stone apresentada no julgamento do caso *United States v. Carolene Products Company*⁴³⁷. No litígio, a Suprema Corte não foi provocada a discutir o preconceito de raça, mas a se manifestar a respeito da constitucionalidade de uma lei federal que vedava que o leite recheado fosse colocado no comércio interestadual. Decidiu, afinal, pela constitucionalidade da lei em revisão incidental e salientou uma visão deferente à legislação. Em nota de rodapé, o juiz Stone registou algo importante para discutir o escrutínio judicial do tratamento dispensado pela maioria às minorias:

(...) prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.⁴³⁸

Ely propõe que a nota pode de facto indicar um caminho aceitável entre um intrincado literalismo na interpretação constitucional e uma delegação errante para corrigir problemas sociais⁴³⁹. Depreende da decisão que os interesses aos quais a Suprema Corte pode responsabilmente atribuir proteção constitucionalmente extraordinária não se restringem àqueles expressos no texto da Constituição. Envolvem também aqueles que provavelmente não receberão a consideração adequada no processo político, especialmente os interesses das minorias fracas e isoladas, incapazes de formar alianças⁴⁴⁰.

Uma legislação que adota uma discriminação implausível pode ser *suspeita*. No caso da discriminação racial a fim de impor segregação, assim é considerada porque obstrui o processo político. Ely rejeita, contudo, que as considerações traçadas pelo juiz Stone sejam baseadas em princípios⁴⁴¹.

O autor esclarece que a sua teoria não fornece um remédio constitucional que defina como adotar as premissas de *United States v. Carolene Products Company*. Sua preocupação se dirige a dois problemas: de que maneira fornecer proteção às minorias contra o sistemático tratamento discriminatório e defender os direitos de expressão política, questões que, se

⁽⁴³⁷⁾ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁽⁴³⁸⁾ “O preconceito contra as minorias fracas e isoladas pode ser uma condição especial, que tende seriamente a restringir o funcionamento dos processos políticos que normalmente são invocados para proteger as minorias, e que podem exigir um escrutínio judicial correspondentemente mais investigativo.” (tradução nossa).

⁽⁴³⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination* (1974), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 270.

⁽⁴⁴⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 288.

⁽⁴⁴¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, p. 288.

levadas a sério, demandam um longo caminho corretivo⁴⁴². A análise é delimitada às leis classificatórias com base no autoengrandecimento ou generalizações depreciativas efetuadas pelas classes políticas dominantes⁴⁴³.

As decisões emblemáticas da Corte de Warren e o julgamento de *United States v. Carolene Products Company*⁴⁴⁴ possuem em comum temas relacionados à participação política. Segundo o investigador, não há alusão a valor excepcionalmente fundamental. A discussão diz respeito à oportunidade de participação: *i*) nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados; e *ii*) nos benefícios concretos atingidos por meio desses processos⁴⁴⁵.

A igualdade de tratamento devida àqueles que habitualmente não são considerados de maneira isonômica pela sociedade é o que desperta a atenção do constitucionalista na decisão da Corte de Warren. A Suprema Corte aludiu, é claro, às minorias raciais assoladas pela segregação escolar. Mas o pesquisador propõe que tal proteção pode ser ampliada também a outros grupos, a exemplo dos estrangeiros, dos filhos concebidos fora do casamento e da população empobrecida⁴⁴⁶.

Ely é favorável a dois campos de atuação da justiça constitucional. Que: *i*) desobstruam os canais de mudança política; e *ii*) corrijam certos tipos de discriminação contra as minorias. Almeja responder se há compatibilidade ou não entre eles para a construção de uma teoria coerente do governo representativo. O que considera certo é que a atuação da Corte é marcada não pelo fornecimento de bens ou valores substantivos

⁽⁴⁴²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and the Right to be Different*, p. 311.

⁽⁴⁴³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 306-311.

⁽⁴⁴⁴⁾ É importante pontuar que Ely reconhece que sua abordagem da nota de rodapé de *Carolene Products* é bem projetada para amparar minorias de tratamentos discriminatórios, mas não faz nenhum movimento na direção de proteger, por exemplo, o direito de não enquadrar-se, ou seja, o direito de ser diferente. Fora da esfera da liberdade política e religiosa, os vários dispositivos da Constituição evidenciam pouca preocupação com essa espécie de interesse. Assim, sua própria teoria não fornece solução para qual variedade de direitos não políticos e não religiosos proteger constitucionalmente. Embora Ely assuma que isso o frustra, rechaça uma reação mais crítica. O alcance do pensamento político e o comportamento foi historicamente limitado nos Estados Unidos, o que sempre foi reforçado pela lei, para não mencionar o tratamento vergonhoso dispensado com frequência às minorias. O direito de não se enquadrar em formas que não sejam políticas nunca foi um problema especial no país, pelo menos não no sentido de que a conformidade fora da arena política foi habitualmente obrigada por lei. O direito de ser diferente é fundamentalmente, ainda que obviamente não inevitavelmente, um direito da classe média alta. O autor explicita ser o direito, por exemplo, de seu próprio filho usar o cabelo com o comprimento que desejar. Por outro lado, as classes desfavorecidas – pobres, negros, latinos etc. – em geral, não poderiam se preocupar menos com o “direito” de vestir roupas esfarrapadas: com a ajuda da lei, Ely critica que a sociedade os manteve em um estado de diferença tão longo que eles gostariam, pelo menos em alguns aspetos importantes, de ter a opção de se tornar mais do mesmo. Trata-se de aspiração que continuará a precisar de proteção, diferentemente daquelas da classe média alta, que não carece de particular amparo no processo político (Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 307-311.).

⁽⁴⁴⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 77.

⁽⁴⁴⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 74-75.

fundamentais, mas pela busca de metas participativas de amplo acesso aos processos e benefícios do governo representativo⁴⁴⁷.

Em uma democracia representativa, a simples mudança dos representantes pode não bastar à proteção das minorias. Ely evidencia a dificuldade de defender efetivamente as minorias cujos interesses contrastam com os da maior parte da população. A correção do problema é complexa e a ela dirige, então, especial atenção⁴⁴⁸.

O pesquisador concebe a República como um sistema em que os representantes governam em nome de todo o povo. Discorda, no entanto, do pressuposto de uma teoria simples segundo a qual o povo seria um grupo essencialmente homogêneo cujos interesses não variam de modo significativo⁴⁴⁹.

O processo político envolve primeiramente o alargamento dos participantes. Embora a Constituição estadunidense indique que os Estados devem manter uma forma republicana de governo, Ely acredita que não expressa algumas coisas – pelo menos não textualmente. A Constituição admite certa liberdade de desenvolvimento interpretativo. Com o tempo, os aditamentos expandiram o direito ao voto para pessoas anteriormente excluídas, o que reflete um compromisso constitucional cada vez mais forte com a ideia de que todos os cidadãos qualificados para tal devem tomar parte nas decisões públicas⁴⁵⁰.

A negação do direito ao voto é a mais significativa obstrução ao sistema da qual deve se ocupar o controlo da constitucionalidade. Segundo Ely, o direito ao voto não apenas é essencial ao processo democrático, como o julgamento a respeito de suas restrições deve ser subtraído da competência dos representantes eleitos, dado o interesse óbvio no *status quo*⁴⁵¹.

Não faz sentido permitir que os incluídos no sistema decidam aqueles que devem ficar de fora. Já os tribunais, além de possuírem a obrigação de garantir que não seja negado a ninguém o direito ao voto sem motivo, só devem aceitar uma restrição quando ela seja muito convincente. Por exemplo: no caso *Carrington v. Rash*⁴⁵², a Suprema Corte invalidou uma lei do Texas que negava o direito ao voto àqueles que residiam no Estado em razão do serviço militar. Em *Harper v. Virginia Board of Elections*⁴⁵³, a Corte anulou o imposto criado sobre o

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 75.

⁽⁴⁴⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 78-79.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁴⁵⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 123.

⁽⁴⁵¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 116-117.

⁽⁴⁵²⁾ *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965).

⁽⁴⁵³⁾ *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

voto no Estado da Virgínia. Em ambos os casos, as limitações foram classificadas oficialmente como irracionais⁴⁵⁴.

Sem dúvida, o pesquisador acredita que as decisões jurisdicionais foram acertadas. Discorda, nada obstante, do fundamento quanto à irracionalidade das leis julgadas inválidas. Os militares, por exemplo, além de morarem durante menos tempo em um determinado local, podem, conforme argumentou o Estado do Texas, dominar a política local. Também é possível pensar que os cidadãos dotados de alguma riqueza tendem a ser mais responsáveis ou que a disposição a pagar um tributo indique um interesse sério na eleição. Portanto, Ely considera equivocado tratar as restrições em debate como irracionais. Propõe justificar as decisões judiciais com o argumento de que pessoas foram deixadas à margem do processo político sem uma razão suficientemente convincente⁴⁵⁵.

Para o autor, o mesmo ato do Estado pode ser constitucional ou inconstitucional, a depender dos motivos pelos quais foi efetuado. A privação de certo direito por motivos de raça, religião ou política, ou meramente porque a autoridade que realizou a classificação legislativa as deprecia, contrasta com as normas constitucionais. Quando isso acontece, o sistema funciona mal e a seleção viola o devido processo legal. Ainda que o mesmo resultado pudesse ter sido atingido em um sistema em normal funcionamento, a negação do devido processo reflete uma falha no sistema, e a solução é a rejeição do ato produzido⁴⁵⁶.

No quadrante europeu, Ernst-Wolfgang Böckenförde objeta a formação da vontade política em situações em que o exercício do poder impede gravemente, ou exclui, a possibilidade do acesso e da participação igualitária. Em seu entender, a democracia significa igualdade na liberdade e depende da equidade dos direitos políticos. Como todos os cidadãos devem possuir os mesmos direitos políticos de participação para que tenham igual chance de influir politicamente, toda opinião política deve ser considerada igualmente. Desta maneira, a participação igualitária das pessoas na formação da vontade política impõe, por exemplo, que os votos dos eleitores, em uma perspectiva jurídica, apenas possam ser contados, e não dotados de valores distintos⁴⁵⁷.

Alexandre Sousa Pinheiro e Pedro Lomba lecionam que a legitimação maioritária não é ilimitada. Ao reconhecer estatutos institucionais próprios e direitos de participação no processo de deliberação, a Constituição assegura *ab initio* a proteção dos direitos das minorias

⁽⁴⁵⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 119-120.

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 120-121.

⁽⁴⁵⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 137.

⁽⁴⁵⁷⁾ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, A Democracia como Princípio Constitucional, in *Estado de Direito e Democracia – 2.ª Coletânea da Democracia*, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.ª ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017, pp. 92-94.

no processo político. Os diversos mecanismos de controlo, responsabilidade e prestação de contas que possibilitam à minoria um amplo direito de intervenção no exercício de poder da maioria compensam a legitimação maioritária. Destarte, a legitimidade da maioria não implica a liquidação do pluralismo de opções, posicionamentos políticos e concepções⁴⁵⁸.

Ely propugna que a estratégia mais fundamental da Constituição é dirigida ao pluralismo. Este exprime a estrutura do governo, e até certo ponto, da sociedade de modo geral, com garantia de palavra às vozes mais diversas e com proibição ao predomínio de uma coalizão maioritária qualquer⁴⁵⁹. A minoria não pode deixar de ser representada pelo governo da maioria, ou como salienta o constitucionalista, não pode ser tratada sem aquilo que Dworkin⁴⁶⁰ chama de «igual consideração e respeito» na criação e administração das instituições políticas⁴⁶¹.

De acordo com Konrad Hesse, a Constituição prescreve, de forma clara e com força vinculante, aquilo que não deve permanecer aberto: os fundamentos da ordem da comunidade. Tratam-se, em suma, dos princípios que regem a formação da unidade política e da fixação das tarefas estaduais, bem como das bases do conjunto do ordenamento jurídico. Eles devem ser subtraídos à luta constante dos grupos e tendências. Deve existir um núcleo estável do que já não é discutível, razão pela qual não carece de novo acordo e nova deliberação⁴⁶².

Embora possuam direito ao voto, Ely adverte que certos grupos podem não conseguir proteger a si próprios do tratamento discriminatório⁴⁶³. Admite, então, a intervenção da justiça constitucional quando o processo convencional de representação não promove suficientemente os interesses minoritários. A igual proteção das leis a que se refere a Constituição exige um dever de representação virtual que pode dar fundamento a uma pretensão judicial. Destarte, é do único e mesmo dever de representação que o pesquisador

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro – Pedro Lomba, *Comentário à Constituição Portuguesa*, Vol. III, Tomo 1, p. 20.

⁽⁴⁵⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 80.

⁽⁴⁶⁰⁾ Conforme expusemos no Capítulo II, Dworkin relaciona Ely entre os defensores de uma visão passiva da Constituição, e, portanto, do controlo da constitucionalidade. Segundo Dworkin, os adeptos do horizonte deferente à legislação precisam recorrer à distinção entre dispositivos constitucionais que protegem a equidade do processo político daqueles que tem como finalidade garantir a justiça de seus resultados. Para os passivistas, o direito à liberdade de expressão ou aqueles direitos que asseguram um tratamento igualitário aos grupos minoritários seriam mais bem interpretados enquanto protetores da equidade da democracia estadunidense, de modo a não haver razão para adotar a opinião das autoridades eleitas a respeito de quando há ou não sua violação. Acontece que essa ressalva, segundo Dworkin, não elimina o perigo da abordagem passiva, visto que não abrange direitos que não são adequadamente compreendidos desse modo, como os supostos direitos ao aborto ou contra a pena de morte. Assim, um juiz constitucional passivo considera esses direitos apenas bem fundados na justiça, mais do que na equidade, de modo a deixar que as autoridades eleitas pelo povo decidam se a Constituição os alcança ou não (Cfr. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 442.).

⁽⁴⁶¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 82.

⁽⁴⁶²⁾ Cfr. Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, p. 89.

⁽⁴⁶³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 84.

extrai elementos para combinar ideais às vezes considerados aparentemente opostos: a proteção do governo popular e a defesa das minorias a ter em vista que não lhes seja negada a igual consideração e respeito⁴⁶⁴.

Ao aprofundar a investigação do caso *Brown v. Board of Education ok Topeka*, Ely aduz que em todo litígio judicial, em certo sentido, o demandante fala em nome de alguma minoria fraca e isolada. Uma minoria é fraca por encontrar-se do lado desfavorecido pela legislação. É isolada por não ter obtido o número suficiente de aliados para derrotar a lei. Não seria necessário recorrer à justiça constitucional se a classificação realizada pelo Poder Legislativo não colocasse um grupo, pelo menos uma vez, como uma minoria política vencida na disputa⁴⁶⁵.

O autor chama atenção à necessidade de uma análise política prática a respeito da razão pela qual uma minoria é fraca e isolada. Defende que a justiça constitucional identifique os grupos da comunidade política cujos interesses e necessidades são negados pelas autoridades eleitas. Em outras palavras: aos juízes compete detectar minorias que os representantes eleitos manifestamente não almejam atender. A complexidade da questão é indubitável, e o investigador não vislumbra outra instituição com mais condições de executar a tarefa do que o Poder Judiciário. A dificuldade do escrutínio é um facto, mas não o inviabiliza. Significa apenas que a interferência jurisdicional deve limitar-se aos casos razoavelmente nítidos⁴⁶⁶.

Os argumentos que procuram determinar quais grupos são ou não protegidos nunca satisfazem toda a gente. Ainda que a ideia geral de que os tribunais devem proteger aqueles incapazes de se resguardar politicamente seja clara, sua justificativa não é. De certa maneira, segundo Ely, é da essência da democracia admitir que distintas pessoas e grupos que compõem a comunidade política decidam com quais outros preferem se unir para dar forma à legislação. As pessoas não são idênticas em todos os aspetos, e em determinados temas, dissentem substancialmente⁴⁶⁷. Assim, não há como excluir *a priori* a possibilidade da

⁽⁴⁶⁴⁾ Cfr. John Hart Ely *Democracy and Distrust*, pp. 86-87.

⁽⁴⁶⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 150-151.

⁽⁴⁶⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁴⁶⁷⁾ Com abordagem natural das divergências existentes entre as pessoas em democracias constitucionais, Jeremy Waldron se dedica a recuperar e evidenciar maneiras de pensar a legislatura de modo a retratá-la como um modo digno de governança e uma fonte de direito respeitável. Para tanto, propõe que vislumbremos a união dos representantes da sociedade com o objetivo de estabelecer, de forma solene e explícita, esquemas e medidas comuns, que possam ser sustentadas em nome de todos os membros da comunidade política. Defende ser necessário que tal aconteça de maneira a reconhecer e respeitar, e não esconder, as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre as pessoas (Cfr. Jeremy Waldron, *A Dignidade da Legislação*, pp. 03 ss.).

existência de grupos ou interesses com os quais as pessoas possam se opor a fazer alianças políticas. E tal ocorre devido a razões totalmente compreensíveis⁴⁶⁸.

Ely patrocina um controlo judicial não a promover a descoberta de valores fundamentais, mas a representação política. Adverte que a sua abordagem não é incompatível com os pressupostos implícitos do sistema estadunidense de democracia representativa, mas que na verdade os apóia. Uma vez que os tribunais são especialistas em questões de processo e se situam à margem do jogo político, são mais qualificados do que as autoridades políticas para tanto⁴⁶⁹.

Ainda que a linguagem da norma que estabelece a igual proteção legal não forneça muitos detalhes, é exposta pelo pesquisador como a afirmação mais clara da Constituição que nem sempre o acesso formal aos processos políticos é isoladamente capaz de garantir a representação⁴⁷⁰. A extensão do direito ao voto à população negra (realizada pelo décimo quarto aditamento constitucional) marcou o início de uma preocupação com grupos anteriormente relegados. Explicita o objetivo de garantir um processo políticos aberto a todos, em condições de igualdade, e a consequente imposição aos representantes do dever de dedicar a mesma consideração e respeito tanto à maioria quanto às minorias⁴⁷¹.

A Constituição, aduz Ely, na maioria dos casos parte do pressuposto de que a garantia de acesso efetivo ao processo decisório é a melhor maneira de assegurar que os interesses de um indivíduo sejam considerados. Para acautelar que a maioria não trate as minorias sistematicamente de forma discriminatória, a Constituição estrutura o processo de deliberação em todos os níveis a fim de assegurar que os interesses de todos sejam representados no momento da tomada da decisão substantiva⁴⁷². A Constituição não tolera, por exemplo, que os

⁽⁴⁶⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 152.

⁽⁴⁶⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁽⁴⁷⁰⁾ Cfr. John Hart Ely *op. cit.*, p. 98.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁽⁴⁷²⁾ Jeremy Waldron considera que mesmo que adotemos a visão de que o respeito pelos direitos das pessoas é o respeito pelo seu senso de justiça e, portanto, o respeito pela sua capacidade política, não se segue que o povo tenha confiança nas questões processuais do desenho constitucional. Não se pode esperar que a competência política comum se estenda à construção e ao cuidado da estrutura dentro da qual a competência comum deve ser exercida. Para Waldron, por trás do pensamento de Ely em *Democracy and Distrust* há algo semelhante à ideia de que mesmo que haja uma afronta à democracia quando questões substantivas são tiradas das pessoas, não há violação quando questões processuais são subtraídas. O autor, porém, duvida que isso sirva. Prefere uma conexão teórica entre o respeito pelos direitos das pessoas e o respeito pela sua capacidade como participantes políticos. Objeta a existência de razão para supor que as capacidades morais respeitadas na ideia de direitos são apenas capacidades para pensar substantivamente, em oposição às capacidades para pensar refletivamente a respeito de processos. Ao contrário, aposta na teoria de direitos associada não exclusivamente à autoconfiança substantiva da razão individual, mas também com certa autoconfiança epistemológica, que corresponde à confiança na habilidade dos indivíduos para pensar sobre os processos que o conhecimento e a deliberação racional envolvem. Em sua visão, não podemos avançar com recurso a qualquer argumento que limite o poder do autogoverno a questões de substância e seja restrito logo na entrada do processo político, com

processos de aplicação da lei aos casos concretos sejam manipulados de forma a reinserir na prática uma discriminação que já não é mais permitida⁴⁷³.

Ao contrário da abordagem da descoberta dos valores fundamentais da sociedade, o horizonte que destaca a representatividade confia à justiça constitucional um papel que Ely acredita que ela é plenamente capaz de desempenhar. Não seria plausível recorrer aos próprios representantes eleitos para identificar as situações de falha no processo representativo. Já o Poder Judiciário, em virtude de não se situar no centro da arena política, é capaz de realizar a tarefa. Seus membros, por exemplo, só preocupam-se indiretamente com a permanência nos cargos⁴⁷⁴.

Para o autor, os juízes sabem intuitivamente como assegurar que todos tenham voz. Mesmo que possam tomar decisões arbitrárias, possuem condições de escrutinar objetivamente reclamações de que os representantes eleitos não estão a representar aqueles que os elegeram para esse fim⁴⁷⁵.

Ely avança no desenvolvimento da ideia de situações em que há mal funcionamento do sistema, no sentido de desequilíbrio e falta de confiança em relação ao processo decisório. Consoante exposto, o primeiro acontece quando aqueles que estão incluídos obstruem os canais de mudança política para fazer com que os excluídos permaneçam à margem. Já o segundo ocorre quando apesar de direito à voz e voto, em virtude da mera hostilidade ou da recusa preconceituosa ao reconhecimento de uma comunhão de interesses, os representantes da maioria negam à minoria a proteção que o sistema emprega a outros grupos⁴⁷⁶.

Os casos constitucionais *Brown v. Board of Education of Topeka* e *United States v. Carolene Products Company* são os melhores exemplos da preocupação de Ely com o processo político e com a objetividade da análise que deve ser realizada pela justiça

atribuição de questões a respeito de formas de governo a um corpo de espécie completamente diferente (Poder Judiciário). A democracia diz respeito, em parte, à própria democracia, isto é, uma das primeiras coisas sobre as quais as pessoas exigem voz e reivindicam competência é o caráter processual de seus próprios arranjos políticos (Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, 1.^a ed., Nova Iorque, Oxford University Press, 1999, pp. 295-296.). Segundo Waldron, os defensores da revisão judicial acreditam na justificação da prática como uma forma adicional de acesso dos cidadãos ao sistema político. O pesquisador não olvida ser um bom argumento. Mas rejeita que firmar a revisão judicial como uma forma mais ampla de participação dos cidadãos altere o facto de que consista em um modo não regido pelo princípio da igualdade política, geralmente considerado crucial à democracia. As pessoas tendem a olhar para a revisão quando desejam um peso maior às suas opiniões do que a política eleitoral iria atribuir. Talvez esse modo de acesso possa ser realizado para parecer respeitável quando outros canais de mudança política estejam bloqueados. Contudo, a atitude em relação aos concidadãos que a revisão judicial transmite não é respeitável quando o Poder Legislativo e o arranjo eleitoral estão em razoavelmente boa forma no que diz respeito aos valores democráticos (Cfr. Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, pp. 1394-1395.).

⁽⁴⁷³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 100-101.

⁽⁴⁷⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 102-103.

⁽⁴⁷⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁴⁷⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

constitucional⁴⁷⁷. O investigador defende que o Poder Judiciário invalide uma lei aprovada pelo Poder Legislativo quando a maioria obstrui canais de mudança ou não trata as minorias com igual consideração e respeito⁴⁷⁸.

Ely compreende que a norma constitucional que prescreve a igual proteção, assim como outras de natureza vaga, foi redigida para fornecer um ideal cujas aplicações específicas seriam estabelecidas pela posterioridade. Não era intenção exclusiva dos redatores aplicá-la às leis contrárias à miscigenação ou às escolas segregacionistas. As discriminações injustificadas ao voto, exemplificativamente, enquadram-se na linguagem da igual proteção das leis, em violação ao ideal previsto por ela e pela forma republicana de governo⁴⁷⁹.

O alargamento dos direitos políticos da população negra nos Estados Unidos da América não sanou as deficiências do sistema. A maioria continuou a dispensar aos negros um tratamento inferior em consideração e respeito. Acontece que o princípio da representação que se encontra no cerne do sistema e permeia toda a Constituição impõe mais do que o mero direito à voz e ao voto. A Suprema Corte agiu, destarte, para além da remoção das barreiras impeditivas à participação da minoria negra⁴⁸⁰.

(⁴⁷⁷) Cass Sunstein igualmente se interessa pelo estudo da nota de rodapé de *Carolone Products* como alicerce da decisão de *Brown*, mas sua leitura se afasta da realizada por Ely. Sunstein aduz que a nota investigada consiste em base para um dos horizontes que busca responder qual a relação entre a Suprema Corte, a Constituição e aqueles atos sujeitos a ataques constitucionais. O autor objeta uma caracterização teórica assente no entendimento do então Presidente Earl Warren: de uma Corte que continua a lançar sombras sobre o debate público, na medida em que a justiça constitucional deve agir para melhorar o caráter democrático do próprio processo político. Para Sunstein, a conceção do papel judicial no sentido de proteger direitos que são condição prévia do bom funcionamento democrático, defendida de forma mais proeminente por Ely, é baseada na noção de reforço da representação. Embora seja importante tomarmos posição sobre o legítimo papel da Suprema Corte na ordem constitucional, a noção de reforço da representação é uma perspectiva demasiadamente aberta. Talvez uma revisão judicial ativa da regulação política da economia, por exemplo, possa ser justificada por tal noção, mas Sunstein prefere uma «visão minimalista» do poder judicial. Defende que os juízes evitem regras gerais e teorias abstratas, e se concentrem apenas no que é necessário para resolver disputas particulares. O «minimalismo», aduz Sunstein, não gosta de operar de forma dedutiva: não encara os resultados como reflexo de regras ou teorias estabelecidas previamente, mas com atenção às particularidades dos casos individuais. Em questões constitucionais de elevada complexidade, a respeito das quais a nação está dividida, por exemplo, na esfera moral, faz sentido adotarmos o «minimalismo» não apenas porque as Cortes podem resolver de forma incorreta as questões, mas também porque podem criar sérios problemas mesmo ao fornecer respostas corretas. Assim, os tribunais tentam economizar em desacordo moral, recusando-se a assumir compromissos morais profundamente proferidos por outras pessoas quando não é necessário que eles o façam para decidir um caso. Sunstein considera que os tribunais devem geralmente tentar emitir decisões que deixem as coisas indecisas e que, se possível, sejam catalíticas, e não preclusivas. Eles devem conceder uma presunção em favor do «minimalismo». É possível, em certos casos, que as Cortes adotem formas de «minimalismo» que possam melhorar e fortalecer o processo democrático. Muitas regras de Direito Constitucional tentam promover a responsabilidade e a deliberação políticas. Mas o «minimalismo» não promove a democracia por sua natureza; e é mais interessante quando se promove a democracia desta maneira (Cfr. Cass Sunstein, *One Case at a Time*, pp. 05-10.).

(⁴⁷⁸) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and the Right to be Different*, p. 310.

(⁴⁷⁹) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 118-119.

(⁴⁸⁰) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 135-136.

Para o autor, o preconceito é sempre uma lente que distorce a realidade. As minorias compõem a comunidade, razão pela qual o sistema depende da capacidade e da disposição dos diferentes grupos para compreenderem os interesses coincidentes que podem uni-los na formação de uma maioria a respeito de determinada matéria. O preconceito, entretanto, pode nos tornar cegos aos interesses convergentes que realmente existem⁴⁸¹.

O investigador rejeita a desigualdade pela desigualdade, assim descrita como o tratamento de um grupo de maneira pior não para atingir uma meta social prioritária, mas apenas para deixar seus membros em desvantagem⁴⁸². Assim, considera suspeitas as classificações que colocam em situação desfavorável grupos que são objeto de depreciação generalizada, possíveis alvos de dano, em especial por parte daqueles que controlam as deliberações legislativas⁴⁸³. Deixar um grupo em desvantagem fundamentalmente porque não gostamos dele equivale a negar a seus membros a igual consideração e respeito, puramente por atribuir um valor negativo ao seu bem-estar⁴⁸⁴.

Do lado de cá do Atlântico, Ernst-Wolfgang Böckenförde entende que o direito da maioria de tomar decisões juridicamente vinculantes está assente em uma relação de contínua

⁽⁴⁸¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 153.

⁽⁴⁸²⁾ Não são suspeitas, por outro lado, as «ações afirmativas» ou «discriminações inversas», realizadas pela legislação a fim de, com base na etnia ou raça das pessoas, atribuir preferências na admissão em faculdades e escolas profissionalizantes estadunidenses. Para Ely, é necessário que um número muito maior de membros de grupos minoritários tenha acesso às profissões liberais e às camadas superiores da sociedade. E acredita que isso não acontecerá em um futuro próximo a menos que o *status* de minoria seja levado em conta e a ele atribuído um peso positivo na distribuição de oportunidades. Reconhece, é claro, que se trata de uma questão ética bastante complexa. É que o fornecimento de tal preferência faz com que outras pessoas tenham suas oportunidades negadas em virtude de não pertencerem aos grupos minoritários. No entanto, uma questão moral difícil não gera inelutavelmente uma questão constitucional difícil. Não há risco de que a coalizão majoritária de brancos negue aos brancos em geral seu direito à igual consideração e respeito. Os brancos não irão, por exemplo, discriminar a si mesmos por motivos de preconceito racial, assim como não tenderão a subestimar suas necessidades e os seus méritos em relação aos dos negros. A função elementar da cláusula da igual proteção é impedir os mais escandalosos danos substantivos, a impor que aqueles que possam prejudicar os outros sejam ao mesmo tempo obrigados a prejudicar a si mesmos, ou pelo menos, a prejudicar grande parcela dos eleitores dos quais dependem para a reeleição. Em situação contrária, porém, o mesmo raciocínio não esteia a insistência de que nossos representantes não possam prejudicar a si próprios ou à maioria de cujo apoio prescindem sem ao mesmo tempo prejudicar os outros. Não há, portanto, nada de constitucionalmente suspeito quando uma maioria discrimina a si mesma (Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 170-171.).

O autor propõe que não permitiríamos que uma universidade pública beneficiasse candidatos porque são brancos. Porém, a «discriminação inversa» pode ser constitucional, o que acontece por razões bem diferentes daquelas de consideração convencional. Um escrutínio estrito não é apropriado quando pessoas brancas decidiram a favor de pessoas negras com sacrifício de pessoas brancas. Os brancos podem fazer coisas a si próprios que não podem fazer aos negros. Independentemente de ser sábio ou imprudente, não é suspeito no senso constitucional da maioria, de qualquer maioria, discriminar a si mesma. É possível questionarmos se os eventuais efeitos educativos negativos de adotar a discriminação racial para superar séculos de preconceito são tão inevitáveis e ameaçadores que superam o bom desempenho que esses programas podem alcançar. É uma pergunta difícil, mas a base para uma resposta afirmativa dificilmente pode ser segura o suficiente para apoiar uma declaração absoluta de inadmissibilidade constitucional. Assim, medidas que favorecem as minorias raciais colocam uma questão moral difícil que o autor defende que sejam deixadas aos Estados (Cfr. John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, pp. 267-269.).

⁽⁴⁸³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 154.

⁽⁴⁸⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 157.

concorrência com as minorias pela liderança política, em que ambas devem possuir as mesmas oportunidades de se converter em maioria. Se a democracia se caracteriza pela unidade de domínio e dominados – pela ausência de diferença qualitativa entre governante e governado – quem é hoje governante amanhã pode ser governado, e em as ambas as condições se encontram sob o marco da igualdade política democrática. Todavia, a maioria não pode fazer uso das vantagens que a detenção do poder lhe atribui e fechar atrás de si a porta através da qual ela mesma entrou. Se a maioria coloca em xeque as condições para que a minoria seja uma maioria potencial, viola o *fair play* democrático e coloca em questão o princípio democrático. Daí resulta a necessidade de proteger o processo de formação da opinião e da vontade políticas frente a excessos de poder e monopólios que prejudiquem seu caráter de processo livre e aberto⁴⁸⁵.

Ely reflete que determinadas generalizações são bem aceites por grupos cuja demografia é idêntica àquela do típico Parlamento. Como exemplos, cita as ideias de que, em geral: *i*) os brancos são mais inteligentes ou mais trabalhadores do que os negros; *ii*) os homens são emocionalmente mais estáveis do que as mulheres; e *iii*) os cidadãos natos são mais patriotas do que os naturalizados. É evidente que não se negam exceções às classificações. Porém, as ressalvas não comprometem a validade global das generalizações comumente aceites⁴⁸⁶.

O autor sublinha, então, a distorção da capacidade de generalização dos representantes em virtude do seu ponto de vista pessoal. A maioria dos legisladores, por exemplo, nunca foi pobre, mulher ou estrangeiro. Por outro lado, todos já foram jovens, facto capaz de expandir a objetividade acerca do que a diferença de idade pode ocasionar às pessoas⁴⁸⁷.

Ely não nega ser possível apresentar empatia por alguém ainda que não se tenha estado em suas condições. Insiste, no entanto, que ainda que o acesso político seja importante, não é apto, por si só, a proteger um grupo da absoluta hostilidade. Sozinho, o acesso não supera o domínio maioritário⁴⁸⁸. Na defesa exclusiva do direito à voz e ao voto, facilmente os

⁽⁴⁸⁵⁾ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *A Democracia como Princípio Constitucional*, pp. 92-105.

⁽⁴⁸⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 159.

⁽⁴⁸⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 160.

⁽⁴⁸⁸⁾ Confortável com a resolução de conflitos através do método maioritário, Jeremy Waldron questiona se não é paradoxal considerarmos arbitrária a decisão maioritária de um corpo legislativo, mas não aquela do Poder Judiciário. Segundo o autor, a objeção à decisão legislativa maioritária é uma maneira de evidenciar a legitimidade das cartas de direitos e do controlo da constitucionalidade. O ponto que mais chama sua atenção é que os próprios tribunais são corpos de membros que, invariavelmente, divergem entre si. E a discordância nos tribunais é também resolvida pela votação e adoção do princípio da maioria. Conflitos podem ser dirimidos no âmbito da Suprema Corte estadunidense, por exemplo, pela votação de cinco contra quatro de seus membros. Não há diferença de método na resolução maioritária que acontece nos poderes Legislativo ou Judiciário. Com isso, se considerarmos, portanto, que o voto maioritário produz resultados arbitrários (como

preconceitos podem persistir. É possível, por exemplo, que as minorias simplesmente continuem a perder no voto⁴⁸⁹.

O constitucionalista propõe, diante de tal preocupação, uma abordagem que procure identificar a existência de obstáculos oficiais ou não oficiais para as oportunidades que as pessoas desprivilegiadas pela lei possuem para combater, por meio do argumento ou do exemplo, os estereótipos que refletem a demografia dos membros do Poder Legislativo. Legisladores e juízes, em geral, pertencem às mesmas categorias. A maioria deles, por exemplo, são brancos, heterossexuais e se encontram confortavelmente acima da definição oficial da pobreza⁴⁹⁰.

Quando o grupo afetado não dispõe de acesso efetivo à representação na época da elaboração da lei, e permanece sem possuí-la, a única solução apropriada consiste em anular a legislação e insistir – caso o Legislativo queira continuar a fazer uma classificação – em um critério diferente de qualificação, em geral mais apurado⁴⁹¹.

Destarte, é possível que a jurisdição constitucional anule normas aprovadas pelo Poder Legislativo, como aconteceu nos Estados Unidos em *Brown v. Board of Education of Topeka* com a legislação que prescrevia a segregação racial nas escolas. Porém, a igual proteção das leis não se esgota na vedação ao preconceito racial. De acordo com Ely, a decisão dos redatores de não restringir o texto à discriminação com base na raça, e assim deixar em aberto uma possibilidade de desenvolvimento, teria sido evidentemente consciente⁴⁹². Compete,

aconteceria com o “contar cabeças” das legislaturas, suscetível do risco de oprimir ou tratar injustamente direitos individuais), boa parte do direito constitucional estadunidense é igualmente arbitrário (Cfr. Jeremy Waldron, *A Dignidade da Legislação*, pp. 155-156.).

⁽⁴⁸⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁽⁴⁹⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 168-169.

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. John Hart Ely, Excerpt from Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law (1970), in *On constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 136-137.

⁽⁴⁹²⁾ Cass Sunstein propõe que *Brown* seja compreendida à luz do «minimalismo judicial», apesar de poder parecer o mais forte exemplo contrário ao horizonte de que o «minimalismo judicial» constitua geralmente o curso apropriado para questões morais e políticas em relação às quais a nação se encontra dividida. E, de facto, é razoável pensar que a decisão em análise requer teses políticas e morais para ser qualificada, talvez para os mais convincentes casos em que o julgamento subjacente (constitucionalmente relevante) de moralidade política é insistente. A escolha entre o «minimalismo» e alternativas depende de uma série de considerações contextuais, e seria exorbitante afirmar que o «minimalismo» é sempre melhor. Acontece que a decisão de *Brown* não surgiu como um raio do céu. É totalmente diferente de *Roe v. Wade*. Seu resultado foi previsto por uma extensa série de casos que testaram a proposição de que “separado” era “igual”, e testar a proposição de tal maneira era praticamente levar inevitavelmente à sugestão de que “separado” não poderia ser “igual”. Ademais, *Brown*, em si, não foi autoimplementação. Nada estabeleceu a respeito do remédio a ser adotado, mas tornou claro que a concretização imediata não seria exigida. *Brown* exigiu julgamentos gerenciais para os quais os tribunais são inadequados. A Corte não forçou seu princípio de uma só vez – mas permitiu que outros ramos discutissem o princípio e se adaptassem a ele. Assim, o autor propõe que seja compreendida como uma forma de «minimalismo» de promoção da democracia (Cfr. Cass Sunstein, *One Case at a Time*, pp. 37-39.).

então, à justiça constitucional identificar se razões inconstitucionais basearam a elaboração da legislação⁴⁹³.

Richard H. Fallon Jr. extrai do argumento de Ely que uma função vital da revisão judicial enraizada pode ser promover a legitimidade democrática, de modo a assegurar que os representantes eleitos adiram às normas democráticas. Certamente, os executivos podem ter incentivos para adotar medidas tendentes a desabilitar a oposição política. Com esse risco em vista, o fortalecimento da revisão judicial para proteger as normas constitutivas da democracia política poderia servir como uma salvaguarda, e não uma ameaça da legitimidade democrática do governo constitucional⁴⁹⁴.

Para Richard Posner, Ely fez mais do que encontrar na Constituição os próprios valores cuja implantação vigorosa pela Suprema Corte, no auge da presidência de Earl Warren, despertou acusações de elitismo. Segundo Posner, o artifício adotado por Ely é argumentar que o tribunal, longe de agir de maneira elitista, com ou sem a permissão dos redatores da Constituição, ao promover os princípios democráticos fundamentais de participação e representação, estava a tornar os Estados Unidos mais democrático. Destarte, observa que para Ely o propósito básico da Constituição, assim como da *Bill of Rights*, é criar um sistema de governo no qual cada representante eleito faz um trabalho sincero e eficaz de representar os interesses de todas as pessoas⁴⁹⁵.

William J. Brennan Jr., juiz da Suprema Corte estadunidense entre 1956 e 1990, concebe uma *Bill of Rights*, ou mais genericamente, uma Constituição, como um documento vivo e em transformação, que deve ser continuamente reinterpretado a cada nova mudança, a cada novo tempo. E se a legislação não é só tratada como o produto da barganha de votos para promover interesses faccionais, mas, pelo menos em parte, uma tentativa de estimular uma visão particular do bem coletivo, um Poder Judiciário ativo não é uma barreira à execução dos sentimentos majoritários. O Judiciário pode ser um parceiro mais calmo, mais equilibrado, de um diálogo que beneficia a comunidade no transcurso do tempo. Neste sentido, o maior objetivo de uma revisão judicial assente em uma *Bill of Rights* é remover certos direitos da arena diária da política: proteger minorias – à qual todos nós poderemos ocasionalmente pertencer – das paixões e temores das majorias políticas⁴⁹⁶.

Apresentada a ponderação, Brennan Jr. questiona: é contrário ao princípio da maioria e, portanto, ilegítimo, erigir juízes como os árbitros finais de questões de direito individual

⁽⁴⁹³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 145.

⁽⁴⁹⁴⁾ Cfr. Richard H. Fallon Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, p. 1726.

⁽⁴⁹⁵⁾ Cfr. Richard Posner, *Democracy and Distrust revisited*, p. 643.

⁽⁴⁹⁶⁾ Cfr. William J. Brennan Jr., *Por que ter uma Carta de Direitos*, pp. 65-66.

numa sociedade democrática? Em seu horizonte, não é porque uma *Bill of Rights* impede às maiorias de impor imediatamente sua vontade que ofende o princípio da maioria ou que afronte os ideais democráticos. É possível desejar que uma lei seja aprovada ou certa decisão seja tomada e, num plano mais elevado, que existam limites à liberdade da maioria de transformar seus desígnios em lei ou em ação oficial. Não há contradição em estabelecer limites à ação legislativa ou executiva na forma de direitos protegidos de forma especial e em atribuir então a algum órgão fora do Executivo ou Legislativo a tarefa de determinar se esses limites foram ultrapassados⁴⁹⁷.

Ely aduz que vencer o preconceito que impede a cooperação envolve a intensificação das relações sociais. É viável, assim, enfraquecer a hostilidade, que em muitas situações caminha ao lado da falta de familiaridade. À medida que passamos a conhecer as pessoas que possuem algo de diferente, mais passamos a prezar o que temos em comum. Esse é o ponto de partida da cooperação política, propõe o autor⁴⁹⁸. Todavia, a proteção jurisdicional das minorias em face de generalizações egoístas não o conduz a assentir que a identificação de princípios constitucionalmente implícitos de justiça substantiva fundamental seja uma tarefa que possa ser realizada pelo Poder Judiciário assente na abordagem principiológica⁴⁹⁹.

Embora a Corte de Warren tenha sido intervencionista⁵⁰⁰, o foi, segundo Ely, de uma forma substancialmente legítima – diferente, por exemplo, da Corte de Burger. Não impôs seus próprios valores aos poderes eleitos, mas se concentrou em questões de processo e distribuição. Procurou assegurar, primeiro: o voto de todos e a chance de debater livremente questões de políticas públicas. Segundo: que quaisquer valores que as legislaturas decidissem proteger após tais debates, fossem protegidos de forma idêntica para todos: branco e negros,

⁽⁴⁹⁷⁾ Cfr. William J. Brennan Jr., *ibidem*.

⁽⁴⁹⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 161.

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, p. 24.

⁽⁵⁰⁰⁾ Para Jeremy Waldron, institucionalmente, a solicitude judicial pode piorar certas situações, ou, pelo menos, deixar de torná-las muito melhores. Como os Estados Unidos descobriram nas décadas de 1950 e 1960, apesar de toda a empolgação dos ataques judiciais à segregação em *Brown* e outros casos, o que era necessário, afinal, era uma forte intervenção legislativa (na forma da *Civil Rights Act*). O autor propõe que a nota de rodapé da *Carolene Products* ou qualquer outra doutrina não seja lida como uma maneira de “alavancar” uma prática mais geral de revisão judicial. A problemática das minorias fracas e isoladas não deve ser tratada como uma espécie de cavalo de Tróia para a revisão judicial ou como base para constringer argumentos contrários. Waldron reconhece que em certas circunstâncias – como patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – os custos da privação de direitos (garantidos, em sua visão, por procedimentos que garantam vozes e opiniões divergentes) e ofuscações sejam suportados. Mas sugere que os defensores da revisão judicial realizem suas alegações favoráveis à prática com franqueza nessa base – com certo grau de humildade e vergonha em relação às circunstâncias que a provocam – em vez de pregá-la como epítome do respeito pelos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da democracia constitucional moderna (Cfr. Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, pp. 1405-1406.).

ricos e pobres etc. Tratou-se de um intervencionismo totalmente oposta ao da Corte de Burger – no qual a imposição de valores fundamentais foi função da Suprema Corte, e não a prevenção da discriminação de minorias oprimidas⁵⁰¹.

Na linha de raciocínio de Ely, Gonçalo de Almeida Ribeiro, também atento à nota de rodapé do caso *United States v. Carolene Products Company*, enfrenta o desafio de responder como uma Constituição democrática pode subtrair o poder de decisão de uma maioria parlamentar, que representa e responde perante os eleitores, em favor de uma maioria judicial que não faz nenhuma das duas coisas. Parte da resposta se associa à distinção entre regras e princípios constitucionais, sugere⁵⁰².

As decisões judiciais constitucionais enfrentam o problema da ponderação e determinação de valores. Porém, o conteúdo e o alcance dos princípios, para além de um mínimo incontroverso, gera extensa e interminável discussão em uma sociedade aberta e pluralista. Soluções legislativas arbitrárias ou irracionais podem ser controladas pelo Poder Judiciário através da aplicação de princípios⁵⁰³.

Os princípios constitucionais dão forma, precipuamente, a normas de ação políticas destinadas ao legislador: o dever de respeitar a igualdade ao estabelecer distinções nos regimes legais, o dever de observar a proporcionalidade nas ponderações de interesses envolvidos, o dever de proteger a confiança legítima dos destinatários das normas etc. A título secundário, contudo, os princípios consubstanciam normas de controlo judicial que se limitam à vedação de desigualdades, ponderações, lesões da confiança e outras decisões *ab initio* arbitrárias⁵⁰⁴.

A hipotética anulação judicial da sanção de prisão ao condutor que não pagar a taxa de estacionamento ilustra a resolução de um conflito com recurso a um princípio, ainda que implícito. Por outro lado, o grande dissenso que marca certas questões prejudica a determinação, por exemplo, da proporcionalidade da incriminação do aborto ou da violação da igualdade pela proibição da adoção por casais do mesmo sexo. Em seu horizonte, em questões como essas, a justiça constitucional deve comportar-se com deferência ao legislador democrático. Uma leitura mais vasta do controlo jurisdicional acarretaria a privação do poder democrático, sujeito à tutela de uma aristocracia de toga. Anuir com tal proceder seria

⁽⁵⁰¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Abortion for the Rich*, p. 304.

⁽⁵⁰²⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O Constitucionalismo dos Princípios*, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 96.

⁽⁵⁰³⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *op. cit.*, pp. 95-97.

⁽⁵⁰⁴⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *op. cit.*, p. 97.

deformar a democracia constitucional e instituir um governo de juízes: uma verdadeira juristocracia⁵⁰⁵.

Para Ribeiro, é possível à justiça constitucional censurar a legislação quando a congruência entre a igualdade política corporizada pelo sufrágio universal e o igual respeito aos cidadãos encontra-se ameaçada. Há episódios em que o poder democrático se pode transformar em uma tirania da maioria direcionada a excluir ou aviltar os interesses ou as opções de vida pacíficas de uma minoria. Segregação racial, perseguição religiosa, recriminação moralista e histeria ideológica ilustram lamentáveis incidentes da história da democracia. São situações como essas, em que há fundado receio de que a decisão da maioria popular se esteie em motivos impregnados pela falta de respeito pelo outro, que justificam a mão forte de um poder independente como é o judicial⁵⁰⁶.

Destarte, a legitimidade da interferência da jurisdição não reside na superior ilustração dos magistrados para determinar o que é justo, proporcional ou igual. A ingerência é legítima porque a função judicial dá maiores garantias de proteção quanto ao material tóxico – como o machismo, a misoginia, o racismo, a homofobia, a xenofobia, o fundamentalismo e o histerismo – que pode impregnar a atmosfera de respeito mútuo vital para a democracia. É o que fez a Suprema Corte estadunidense ao diferenciar um filtro geral de racionalidade pelo qual toda lei tem de passar de um filtro mais apertado de escrutínio em caso de classificações suspeitas baseadas na raça, religião ou orientação sexual⁵⁰⁷.

Vital Moreira, assim como Ely, refuta que a maioria possa agir de forma totalmente desimpedida. Por essa razão, todos os poderes, inclusive o Legislativo, se subordinam à Constituição. A tarefa da justiça constitucional de fazer prevalecer a Constituição contra a maioria legiferante conjuga, então, o conflito entre duas legitimidades: daquela prioritária da Lei Fundamental, por um lado, e da legitimidade derivada conferida ao legislador ordinário, por outro⁵⁰⁸.

Para Moreira, o juiz constitucional deve se limitar a avaliar a compatibilidade das leis à Constituição, mas não substituir o legislador na elaboração de soluções constitucionais. A formulação das leis é atribuição da maioria democraticamente legitimada a governar, e não dos juízes, mesmo que constitucionais. Ao juiz constitucional compete apenas verificar se o

⁽⁵⁰⁵⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁽⁵⁰⁶⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *op. cit.*, p. 98.

⁽⁵⁰⁷⁾ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *ibidem*.

⁽⁵⁰⁸⁾ Cfr. Vital Moreira, *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade*, p. 192.

legislador atuou contra a Constituição. É, portanto, um «contralegislador»⁵⁰⁹, não legislador. Não deve assumir as vestes do legislador e, ao não se restringir a declarar a inconstitucionalidade das leis, admitir-se a criar normas⁵¹⁰.

Conforme tratamos nesta seção, Ely não concebe que a Constituição forneça uma carta em branco às maiorias, com maior facilidade de representação política, para que disponham da maneira que lhes aprouver a respeito de qualquer matéria. Mas se pressupostos constitucionais, explícitos ou implícitos, por um lado subsidiam o controlo jurisdicional do produto das vontades maioritárias quando há ameaça às minorias, por outro lado não legitimam uma postura judicial criativa do direito. Assim, resta-nos evoluir quanto à via procedimental do controlo da constitucionalidade e à crítica à imposição de valores pelos juízes.

3. O processo político plural e participado aberto pela Constituição

Na abordagem de Ely, a Constituição, e em especial a norma da igual proteção, não é uma garantia de tratamento igualitário por parte de toda legislação. Dispensar um tratamento diferenciado a determinadas pessoas, na verdade, é exatamente o objetivo de muitas leis. O pesquisador não concebe que a Constituição defina padrões de distribuição de vantagens ou desvantagens⁵¹¹, e assim, é cético quanto a adotá-la para resolver a constitucionalidade da divisão concreta dos benefícios ou prejuízos em disputa⁵¹².

⁽⁵⁰⁹⁾ De acordo com Hans Kelsen, anular uma lei é criar uma norma geral, haja vista que o ato se reveste do mesmo caráter de generalidade presente em sua elaboração: trata-se de uma elaboração com sinal negativo. Ao passo que o legislador encontra-se vinculado à Constituição essencialmente quanto ao processo, e, apenas excecionalmente ao conteúdo das leis que deve elaborar e tão só por princípios e orientações gerais, o «legislador negativo», isto é, a jurisdição constitucional, é inteiramente delineada pela Constituição. No último caso, a tarefa é preponderantemente de aplicação, e apenas em medida reduzida, de criação do direito (Cfr. Hans Kelsen, *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, pp. 19-20.).

⁽⁵¹⁰⁾ Cfr. Vital Moreira, *op. cit.*, pp. 196-198.

⁽⁵¹¹⁾ Maria Benedita Urbano discorda de um panorama de «panconstitucionalismo» ou «panjusfundamentalismo», em que tudo é Direito Constitucional e este não passa de um longo catálogo de direitos fundamentais devidos às pessoas em virtude da dignidade humana. Em tal cenário, a pressão explícita e ostensiva de partidos de oposição, sindicatos, organizações profissionais etc. vestem com facilidade as suas diferentes opiniões ideológicas e políticas e reivindicações setoriais com roupagens de uma questão de inconstitucionalidade. A autora, porém, aposta na liberdade de conformação política do legislador ordinário e rejeita que a justiça constitucional interfira nas escolhas das melhores opções de governação. Não se resigna que a Constituição seja aquilo que os juízes desejam que ela seja. O reconhecimento da liberdade de conformação do legislador se opõe à ideia do Parlamento e do governo (os decisores políticos) como simples executores das normas constitucionais; de que são a “bouche de la constitution” como um dia os juízes foram a “bouche de la loi”. A preferência dos juízes pelos direitos fundamentais pode significar que a constitucionalidade, como outrora a legalidade (expressão acabada da ideologia liberal burguesa), pode estar a desenvolver uma dimensão ideológica ao serviço de certos valores e grupos, o que coloca em risco a ordem e unidade do sistema. A consolidação do dogma segundo o qual o Poder Executivo é inimigo dos direitos fundamentais e os juízes constitucionais os guardiões exclusivos da Constituição elucida sua inquietação (Cfr. Maria Benedita Urbano, *A*

Steven D. Smith adverte que a Suprema Corte estadunidense tem definido, mais recentemente – sob a doutrina da igual proteção – que impactos desiguais, isoladamente, com base na raça ou no sexo, por exemplo, não invalidam uma lei. Afinal, se impactos desiguais fossem, sozinhos, suficientes para invalidar uma lei, um grande número delas cairia por terra. Considerando disparidades demográficas, o pesquisador advoga que muitas leis que definem crimes ou regulam a taxaçoão ou a educaçoão, exemplificativamente, são suscetíveis a afetar diferentes grupos de maneira distinta⁵¹³.

Para Ely, o arranjo de vantagens – bens, direitos, isençoões – que não são imprescindíveis à participaçoão política e nem asseguradas explicitamente pela linguagem constitucional, não podem ser examinados pelo resultado. São considerados constitucionalmente “gratuitos” e somente o processo de distribuçoão que é suscetível de escrutínio judicial. É a razão pela qual sua teoria do controlo da constitucionalidade possui nítido viés procedimental. É de se observar, contudo, que se o resultado final da legislaçoão não pode ser analisado por si só, é capaz de fornecer indícios poderosos a respeito do processo realizado⁵¹⁴.

O investigador compreende a cláusula de imunidades ou privilégios, assim como a norma que prescreve que a enumeraçoão de certos direitos na Constituiçoão não deve ser interpretada de modo a negar ou limitar outros retidos pelo povo⁵¹⁵, como dispositivos de proteçoão ao direito de participaçoão nos processos e produtos do governo representativo. Porém, aposta em uma combinaçoão com instintos libertários. A questão é que todo caso envolve uma reivindicaçoão potencial de liberdade. É necessário, portanto, definir alguma

jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: Bipolaridade?, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 12, p. 23, p. 47.).

Miguel Nogueira de Brito, ao discutir a problemática de uma ideia de «constitucionalizaçoão total do direito», alerta para o risco de se perder a autonomia da política em face do direito, o que poria em causa o pluralismo político e democrático, um dos fundamentos do próprio Estado Constitucional (Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Liçoões de Introduçoão à Teoria da Constituiçoão*, p. 186.).

Ernst-Wolfgang Böckenförde avalia que na atual discussão científica sobre a democracia, faz falta menos discurso enfático a respeito dos direitos humanos, menos tentativas de enquadrar tudo sob sua temática, e mais análise pura e simples, mais adaptaçoão à realidade e a uma perspectiva analítica e teórica (Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Democracia e Representaçoão*, p. 158.).

⁽⁵¹²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 136.

⁽⁵¹³⁾ Cfr. Steven D. Smith, *Judicial Activism and ‘Reason’*, p. 28.

⁽⁵¹⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 136.

⁽⁵¹⁵⁾ Para recordar o texto do dispositivo constitucional que prevê as imunidades e privilégios dos cidadãos remetemos à leitura da nota de rodapé n.º 120 (capítulo I, seção III). Por sua vez, o nono aditamento à Constituiçoão dos Estados Unidos (1791) estabelece: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” – Em traduçoão nossa: “A enumeraçoão, na Constituiçoão, de certos direitos, não será interpretada para negar ou limitar outros retidos pelo povo.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

maneira de dizer quais liberdades não declaradas constitucionalmente devem receber proteção constitucional e quais não⁵¹⁶.

O problema recorrente da regulação é quando os efeitos se tornam significativos o suficiente para justificar a sensibilidade do Estado. A não ser que exista alguma justificativa excepcional para desconfiar dos representantes eleitos para deliberar determinada questão, Ely não vislumbra razão para lhes subtrair a função. Não há princípio que não seja vago a ponto de ser inútil para decidir quais variedades de liberdades não políticas e não religiosas amparar constitucionalmente⁵¹⁷.

O autor discorda que seja adequado a uma teoria do controlo judicial recorrer à racionalidade de uma classificação legislativa, argumento adotado pela Suprema Corte. Além das situações descritas na seção anterior, em que decisões judiciais aludiram à irracionalidade de classificações que bloquearam o acesso de cidadãos ao processo político, Ely cita o caso *Wyman v. Upgraf*⁵¹⁸.

Neste, se discutiu a lealdade como qualificação para ocupar cargos públicos ou ser empregado pelo Estado de Oklahoma. A citada unidade federativa exigiu que os servidores garantissem que não tivessem, nos cinco anos imediatamente precedentes à prestação do juramento (de posse), sido membros de qualquer grupo listado pelo Procurador Geral como uma organização de frente comunista ou subversiva. A Suprema Corte considerou, entre outros argumentos, que um membro de tais organizações poderia ser inocente, ou mesmo que a própria organização poderia ser inocente ao tempo da associação, vindo a possuir um propósito ilegítimo posteriormente. Assim, reputou o juramento irracional e o derrubou⁵¹⁹.

Ely rechaça o juízo de racionalidade como parâmetro da constitucionalidade, mesmo ao cogitar duas possíveis compreensões de tal juízo. Segundo a primeira, se alguém pode votar favoravelmente a uma lei, ela é constitucional. Conforme a segunda, se alguém bem informado e racional *poderia pensar que uma lei é constitucional*, ela é constitucional. Em teoria, as leituras não se confundem. Por exemplo: uma pessoa pode muito racionalmente ser favorável a uma lei que estabeleça que os membros da Câmara dos Representantes devam servir por um mandato de três anos, mas não pode racionalmente crer que a lei seja

⁽⁵¹⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 151 ss.

⁽⁵¹⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and the Right to be Different*, p. 310.

⁽⁵¹⁸⁾ *Wyman v. Updegraff*, 344 US 183 (1952)

⁽⁵¹⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Rule of Clear Mistake: 'A Great and Stately Jurisdiction'?* (1993), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 27-28.

constitucional (a seção II do artigo I da Constituição americana prescreve um mandato de dois anos)⁵²⁰.

O autor afasta a primeira leitura primeiramente com o raciocínio de que o Congresso, assim como nós, está sujeito a conflitos de interesses. Há certas matérias em que não devemos confiar nele, mais obviamente naquelas relativas à segurança do seu próprio emprego. Além disso, poderia simplesmente ser racional, por exemplo, no interesse da estabilidade, operar uma classificação legislativa a limitar a organização e o discurso político a um âmbito restrito. É claro, entretanto, que o ato seria inconstitucional e deveria ser anulado rapidamente⁵²¹.

A segunda concepção do juízo da racionalidade é refutada por Ely inicialmente porque a questão referente ao que uma disposição constitucional significa é exatamente da espécie que a Corte não deve adiar para outros. Porventura em relação a julgamentos factuais, conexões entre factos e política, mesmo o significado de um estatuto especializado – mas não quanto ao significado da Constituição⁵²².

Ademais, o pesquisador pontua que em relação a qualquer disposição constitucional, ou pelo menos quanto a mais destacada em pareceres judiciais, é provável que haja uma série de interpretações racionais, das quais pelo menos uma acabará por sustentar qualquer lei real que possa ser citada. É o que elucidam as normas do devido processo legal e das imunidades e privilégios⁵²³. Elas comportam inúmeras interpretações, igualmente racionais. Para citar

⁽⁵²⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Rule of Clear Mistake*, p. 26.

⁽⁵²¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 28.

⁽⁵²²⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁵²³⁾ No campo da teoria estadunidense do conflito de leis, há questionamentos sobre o interesse dos Estados federados em proteger seus próprios cidadãos ou residentes de forma especial. Investigadores divergem se o tratamento diferenciado com relação a pessoas de outros Estados é compatível com a cláusula de imunidades e privilégios. Brainerd Currie e Herma Schreter propõem que é possível que benefícios de uma lei estadual sejam projetados não para a população geral, mas para grupos de pessoas consideradas em necessidade de proteção especial. Nesta situação, pode ser razoável a adoção de uma classificação que exclua cidadãos de outros Estados caso a mesma proteção não seja conferida pelo Estado de origem. Não se trata de adotar uma postura hostil ou provincial em relação aos demais, mas diferenciar as pessoas que são consideradas pelos seus devidos Estados como carentes de proteção. Assim, as pessoas de outros Estados recebem os benefícios das políticas de proteção que seu próprio Estado considerou adequadas. Tais classificações legais podem ser feitas pelos Estados sem violar a cláusula de imunidades e privilégios. Por outro lado, quando os benefícios de uma lei estão potencialmente disponíveis para a população em geral, e não para grupos específicos, e quando a extensão a cidadãos de outros Estados promove interesses mútuos de todos os Estados, evitando o ciclo de retaliação e promovendo a reciprocidade, a Constituição exige tal extensão (Cfr. Brainerd Currie – Herma Schreter, *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities*, *The Yale Law Journal*, Vol. 69, n.º 8, 1960, pp. 1389-1391.). Ely, contudo, rechaça que os Estados promovam o benefício dos seus cidadãos em relação aos demais. Lê a cláusula de imunidades e privilégios como uma declaração inicial da preocupação central da Constituição: a representação daqueles sem representação. A discriminação contra cidadãos de outros Estados possivelmente não foi destacada como proibição na Lei Fundamental porque os constituintes presumiram que teria sido uma forma de discriminação unicamente odiosa. O autor teme a impotência daqueles sem voz no processo político local. Destarte, se o objetivo central da cláusula de imunidades e privilégios é amparar as pessoas do prejuízo ocasionado por leis em que não possuem qualquer voz no processo político, a questão é resolvida quando os indivíduos recebem quaisquer proteções que a legislatura local considerar

apenas três a que o autor alude sobre a cláusula de imunidades e privilégios: (i) constituem um mandado aberto para se fazer a coisa correta; (ii) incorporam a *Bill of Rights* e nada mais; e (iii) incorporam a *Bill of Rights* e constituem um mandado para fazer a coisa certa⁵²⁴.

Ademais, pela segunda leitura – que leis são constitucionais a não ser acima de uma dúvida razoável – a invalidação deveria ser unânime. Deveria ser por “nove contra zero” dos votos em uma teoria segundo a qual se um juiz da Suprema Corte vota de forma divergente, a disposição pode ser racionalmente construída para não invalidar a lei⁵²⁵.

Para Ely, não importa muito a adoção da primeira ou segunda leitura a respeito da racionalidade como parâmetro da constitucionalidade. Há momentos em que podemos confiar no Congresso Nacional e há momento em que não. No último caso, exigimos uma Constituição e uma prática da revisão judicial que: (i) imponha que uma lei seja mais do que racional – porque todas as leis, mesmo aquelas elaboradas em matérias que deveríamos desconfiar do Congresso – são racionais; e (ii) exija mais do que uma leitura racional da Constituição persuadida de que a lei é constitucional (porque, como em qualquer lei real, haverá uma leitura racional da Constituição que a sustentará)⁵²⁶.

O autor prefere enveredar por uma via em que o Poder Judiciário analisa os *motivos* de um ato legislativo. Propõe que caso uma *motivação inconstitucional* pareça ter influenciado significativamente a escolha dos parlamentares, o processo foi ilegítimo. A consequência da negação do devido processo legislativo é declarar a nulidade do seu resultado. É verdade, como reconhece Ely, que pode ser muito árduo definir se uma motivação ilegítima influenciou certa deliberação. Mas isso não significa que o exame não deva ser realizado. Há situações, e não raras, em que não há alternativa legítima para o ato em análise. Nessa circunstância, é possível deduzir, seguramente, a motivação inconstitucional do ato⁵²⁷.

Ely explica que o raciocínio que veda a motivação inconstitucional não se exaure nas questões relativas à discriminação racial. O caso *Epperson v. Arcansas*⁵²⁸ ilustra seu ponto de vista. Neste, em 1968, a Suprema Corte considerou nula uma lei proibitiva do ensino da teoria da evolução nas escolas do referido Estado parte do litígio. Declarou que a legislação infringiu o dispositivo constitucional que veda o estabelecimento ou a preferência à dada religião (primeiro aditamento).

adequadas proporcionar (Cfr. John Hart Ely, *Choice of Law and State's Interest in Protecting it's Own* (1981), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 61-72.).

⁽⁵²⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *The Rule of Clear Mistake*, p. 29.

⁽⁵²⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁵²⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 30.

⁽⁵²⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 138.

⁽⁵²⁸⁾ *Epperson v. Arcansas*, 393 U.S. 97 (1968).

O tribunal considerou que a norma instituía uma religião, uma vez que foi aprovada com o objetivo de promover o cristianismo fundamentalista. Para o autor, o exame do motivo foi imprescindível, porque a decisão não poderia ser justificada apenas em virtude do impacto final da lei⁵²⁹. A biologia poderia ser abolida do currículo escolar sem configurar violação da Constituição. Ocorre que a importância da teoria da evolução dentre as estudadas no século XX atesta a robustez da conclusão da Corte a respeito da motivação religiosa da norma⁵³⁰. A exclusão da evolução e somente da evolução do currículo escolar resultou claramente de mais do que uma reação arbitrária à percepção de que o currículo tinha que ser fechado em algum ponto⁵³¹.

Para progredir seu raciocínio a respeito das *motivações inconstitucionais*, Ely recorre também ao caso *Oestereich v. Selective Service System Local Board*⁵³². No litígio, a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a seleção de um jovem para o serviço militar após este ter devolvido seu certificado, como expressão de contrariedade à guerra do Vietnã. Com o ato de Oestereich, o conselho de convocação o considerou delinquente e o disponibilizou para o serviço militar.

Na deliberação jurisdicional, a Corte não aludiu aos motivos do conselho. Limitou-se a aduzir que não havia lei que autorizasse o conselho a declarar Oestereich infrator e a

(⁵²⁹) Ao investigar classificações legislativas referentes à religião, Ely se interessa pela questão da concessão de isenção tributária para propriedades de organizações religiosas. Até compreende a tentação de lidar com a questão simplesmente com a afirmação de haver uma distinção que não comporta nenhuma defesa, mas propõe que isso é demasiado simplificado. Decisões sobre quais grupos ou atividades favorecer ou desfavorecer por uma cadeia de distinções que formam um código tributário não podem ser submetidas a um teste de racionalidade e, portanto, qualquer alegação de que cada distinção desse tipo deve ser apoiada por uma diferença racionalmente defensável é uma ilusão. Todavia, quando a motivação que gerou uma distinção tributária é constitucionalmente inadmissível, essa distinção é proibida. E quando a isenção beneficia apenas organizações religiosas, a motivação não pode ser outra que não a promoção da religião em relação à não religião, o que é vedado pela cláusula do primeiro aditamento à Constituição que impede o estabelecimento de religião.

Ely recorre ao caso *Walz v. Tax Commission of the City of New York* (397 U.S. 664, 1970) para desenvolver seu horizonte. Frederick Walz, que era proprietário de imóveis em Nova Iorque, ajuizou a devida ação na origem para impedir que a Comissão Fiscal local concedesse isenção tributária a instituições religiosas. Argumentou que, indiretamente, a isenção exigia que ele fornecesse uma contribuição, o que violava a cláusula do primeiro aditamento constitucional. Porém, seu pedido foi julgado improcedente e a sentença mantida pelas instâncias recursais. Quando o caso chegou à Suprema Corte, esta pontuou que a concessão abrangia uma vasta classe de propriedades não religiosas, aí inseridas: corporações e associações com fins exclusivamente de promoção da evolução mental de homens e mulheres; hospitais; bibliotecas; grupos científicos, profissionais, históricos e patrióticos etc. O objetivo legislativo, assim, não era patrocinar ou apoiar a religião, e a isenção tributária a organizações religiosas não violava a norma constitucional. Ely endossa a decisão. Acredita que seus termos são consideravelmente mais consistentes com o desejo de excluir da base tributária propriedades em geral utilizadas para boas ações e não em benefício econômico, do que com o desejo de promover a religião em relação à não religião. O autor propõe que o Judiciário intervenha somente em caso de prova de uma intenção de favorecer a religião em relação à não religião, ou a uma religião em relação a outras (Cfr. John Hart Ely, Excerpt from *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, pp. 195-196.).

(⁵³⁰) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 141.

(⁵³¹) Cfr. John Hart Ely, Excerpt from *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, pp. 192-193.

(⁵³²) *Oestereich v. Selective Service System Local Board*, 393 U.S. 233 (1968).

reclassificá-lo. Concluiu que ao conselho de alistamento é proibido constitucionalmente recorrer à crença ou à forma de expressão como critério para filtrar pessoas dentre aquelas legalmente alistáveis⁵³³.

Embora anua com a decisão, Ely acredita que não se sustenta sem a referência à motivação do ato. Não haveria afronta constitucional caso fosse demonstrado que os alistados eram, em sua maioria ou mesmo exclusivamente, pessoas opostas à guerra, e que, além disso, a seleção ocorrera de forma aleatória, ou realizada com algum critério legítimo, a exemplo do estado de saúde ou idade. Entretanto, quando uma pessoa prova que foi selecionada com base em um critério não permitido pela Constituição, tem direito à reparação legal⁵³⁴.

A análise da motivação de uma classificação vem ao caso unicamente diante da alegação de que um benefício não assegurado pela Constituição foi negado de maneira indevida. Quando a uma pessoa é rejeitado algo a que tem direito constitucionalmente, seja por lhe ser concedido explicitamente pelo texto constitucional ou ser primordial ao funcionamento de um Estado democrático (ou ambos), as razões da negativa não vem ao caso. Por outro lado, a recusa de um benefício não garantido pela Constituição não impede que a distribuição aconteça de modo a violá-la, explicitamente ou não⁵³⁵.

A justiça constitucional não deve intervir em uma classificação que objetive diretamente uma meta social não consistente em meramente desfavorecer aqueles que se encontram em uma situação pior. A validade das leis que tipificam crimes exemplifica o raciocínio adotado por Ely. Em que pese o facto de os ladrões serem alvo de hostilidade generalizada, a meta substancial de proteção social se coaduna perfeitamente à classificação realizada⁵³⁶.

Segundo o constitucionalista, a legislação é elaborada tendo em vista generalizações, ou seja, com base em classificações habitualmente válidas em termos estáticos. E assim deve acontecer na maioria dos casos, sem deixar margem para especificidades individuais. Exemplifica sua perspectiva uma lei que possibilita apenas aos oftalmologistas, e não aos oculistas, a confecção de lentes de óculos. Mesmo que um oculista demonstre ser tão ou mais qualificado para fabricar lentes, prevalece a classificação legislativa baseada em «generalizações imperfeitas» (a maioria dos oftalmologistas é mais qualificada que a maioria

⁽⁵³³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 142-143.

⁽⁵³⁴⁾ John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁵³⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 145.

⁽⁵³⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 154.

dos oculistas para tal tarefa). É que caso o Estado fosse obrigado a criar procedimentos para decidir cada caso com base em méritos individuais, os custos seriam excessivos⁵³⁷.

Ely progride na exposição de sua proposta acerca das classificações suspeitas com recurso às características dos indivíduos tidas como imutáveis, assim compreendidas como aquelas que não podem ser alteradas por eles. Não reputa a imutabilidade um vetor absoluto de análise, mas também não a ignora. Uma lei que tipifica o furto de residências não é suspeita, visto que a meta de tornar a vida dos infratores mais árdua se traduz prontamente no objetivo de desestimular as pessoas a arrambar lares. Por outro lado, uma lei que deixa os negros em desvantagem com base no argumento de desencorajar as pessoas a serem negras é indefensável. A capacidade de indicar o objetivo de uma classificação que beneficia ou prejudica certo grupo em termos de um propósito de desestimulá-lo a se juntar ou encorajá-lo a se unir depende da imutabilidade da característica que fundamenta a classificação⁵³⁸.

O autor não considera as classificações realizadas com base em «características imutáveis» sempre suspeitas. Tal só seria admissível caso o único objetivo legítimo do Estado fosse o de aumentar ou reduzir a incidência da característica classificatória. Uma lei que proíbe pessoas cegas de pilotar aviões não serve para estimular a boa visão. Destarte, a legislação é válida, uma vez que a classificação se harmoniza completamente com outra meta⁵³⁹.

No caso da lei que impede aos oculistas a produção de lentes de óculos, é possível argumentar a injustiça ocasionada para certas pessoas, a despeito da admissibilidade das classificações baseadas em generalizações. Ely nos instiga a cogitar que a injustiça em questão se revele tão significativa a ponto de não ser justificada pelo bem que a classificação produz. Contudo, a identificação de uma compatibilidade mais perfeita envolve custos, a exemplo da permissão para que pessoas não qualificadas exerçam a atividade ou da criação de um teste de qualificação para cada caso. Destarte, defende que a Suprema Corte acerta ao geralmente recusar-se a pôr em causa a ponderação do custo-benefício realizada pela legislação⁵⁴⁰.

O pesquisador propõe que a tomada de decisões com base em uma regra geral, e não através de uma determinação *ad hoc*, reduz a discricionariedade de quem a toma. Desta maneira, os indivíduos e grupos minoritários são protegidos contra discriminações injustas⁵⁴¹.

⁽⁵³⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 155-156.

⁽⁵³⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁽⁵³⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁵⁴⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁽⁵⁴¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 155.

Os estereótipos são considerados elementos inelutáveis da legislação por Ely. Sua busca, então, é distinguir aqueles aceitáveis dos já inaceitáveis. Sugere que se desconfie de casos que envolvam uma generalização cuja incidência de contraexemplos é significativamente mais alta do que a autoridade legislativa avaliou. Uma previsão errada quanto à incidência de contraexemplos (ou dos custos da determinação individualizada) poderá alterar toda a decisão. A porcentagem considerável de pessoas aptas a pilotar aviões, apesar de enquadradas dentre as suscetíveis a ataques cardíacos (como as obesas, por exemplo), ilustra a problemática.

O estereótipo em análise não é igual ao preconceito dirigido à população negra, mas implica, igualmente, elementos da igual proteção. Imaginemos, por exemplo, que mil pessoas são deixadas em desvantagem, em nome de uma suposta meta social iminente. Suponhamos que tais indivíduos poderiam ser excluídos do prejuízo através de um procedimento ou critério mais individualizado. Conjeturemos, por fim, que a eliminação em debate sucede em virtude da impressão de que apenas quinhentas pessoas se enquadram na descrição. Tal postura, para Ely, significa a negação do direito à igual consideração e respeito a quinhentos indivíduos, cuja existência desconhecemos, de forma a ignorar seu bem-estar⁵⁴².

A questão a que se dedica a responder, portanto, é como a justiça constitucional deve proceder para identificar tais situações. Refuta, desde o princípio, que se admita um poder discricionário à jurisdição, visto que equivaleria a conceder à Suprema Corte um poder irrestrito de controlo substantivo. Patrocina, por outro lado, que a Corte se atente não somente ao produto legislativo, mas ao processo que o originou. Neste, podem ser constatados fatores indicativos de que o legislador tenha se equivocado em sua suposição⁵⁴³.

Propõe que sejam escrutinadas generalizações legislativas que tenhamos bons motivos para supor errôneas. A busca deve incidir sobre elementos objetivos, que transcendam a simples controvérsia substantiva. Assim como na vida cotidiana, no exame da constitucionalidade se deve considerar quem criou a generalização e se serve aos interesses de seus próprios instituidores⁵⁴⁴.

Se por um lado uma maior individualização acarreta um incremento de justiça, por outro impõe custos adicionais (como tempo e recursos), o que deve ser ponderado. Quando a generalização serve aos interesses dos que decidem, determinados perigos inerentes ao

⁽⁵⁴²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 157.

⁽⁵⁴³⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

⁽⁵⁴⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 158.

processo ponderativo aumentam significativamente. Em situações nas quais há melhora clara da condição daqueles que deliberam, os perigos atingem patamares evidentes⁵⁴⁵.

A lei que permite apenas aos oftalmologistas a fabricação de lentes é elaborada segundo uma generalização. A abstração atribui uma inferioridade comparativa a todos que não são oftalmologistas – inclusive aos membros do Poder Legislativo – e não apenas aos oculistas. A maioria das classificações legislativas segue esse exemplo, isto é, não possui como objeto da distinção os próprios parlamentares. No caso em discussão, Ely não enxerga razão para invalidar a lei. Não estamos diante dos perigos típicos de generalizações egocêntricas, razão pela qual não é tida como suspeita em termos constitucionais⁵⁴⁶.

Portanto, a justiça constitucional deve intervir caso uma classificação seja gerada pelo mero desejo de deixar em desvantagem os que ela desqualifica. Se as generalizações são acompanhadas de uma mentalidade de autoengrandecimento, o perigo extraordinário de ocorrência de distorções também parece exigir que arquem com os custos maiores de uma justiça individualizada⁵⁴⁷.

Caso seja demonstrado que uma lei que nega proteção em uma determinada categoria de casos é resultado de um desejo da maioria dos que votam em negar aos cidadãos a proteção de certo direito constitucional, o tribunal deve insistir na defesa da escolha em termos que a relacionem racionalmente a um objetivo aceitável e não tenha associação com a inibição do direito em questão. Não é possível inferir essa motivação proibida a partir do estabelecimento de um valor jurisdicional aplicável a todos os tipos de casos. Além disso, uma inferência de motivação inconstitucional pode, em raras ocasiões, ser refutada, mostrando que existem meios alternativos adequados para garantir a proteção dos direitos, e o Parlamento sabia disso. Mas quando a inferência da intenção de reduzir a aplicação de um direito constitucionalmente garantido é sólida, e nenhuma justificativa legítima alternativa se sugere, o tribunal deve invalidar a lei⁵⁴⁸.

Desenvolvemos nosso estudo de modo a refletir a respeito do significado de dois dispositivos constitucionais de natureza vaga aos quais a instância jurisdicional máxima dos Estados Unidos recorreu para decidir casos controversos: aquele que prevê o devido processo legal e o que estabelece a igual proteção das leis. Na perspectiva de Ely, a generalidade das normas abertas invocadas pela Suprema Corte não assinalam valores substantivos protegidos

⁽⁵⁴⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 158.

⁽⁵⁴⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁽⁵⁴⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁽⁵⁴⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, Excerpt from *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, pp. 136-137.

do processo político. O investigador duvida de forma enfática que dispositivos abertos forneçam critérios precisos para auferirmos a constitucionalidade de uma classificação legislativa⁵⁴⁹.

Duvida mesmo que valores substantivos da Constituição possam ser prescritos. Em seu entender, embora poucas, as tentativas dos constituintes de fixá-los restaram frustradas. Os valores registados no documento como suscetíveis de proteção especial acabaram negados, quer de modo oficial (revogação através da elaboração de um aditamento), quer por intermédio de um disfarce de interpretação. Tal gera a conclusão, quanto ao preenchimento das disposições mais abertas do documento, que preservar valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do Direito Constitucional⁵⁵⁰.

A revogação da norma constitucional que proibia o consumo de álcool nos Estados Unidos elucida a angústia de Ely. A abstinência do álcool foi protegida como um valor situado fora da arena política pelo décimo oitavo aditamento à Constituição em 1919⁵⁵¹. Nada obstante, quatorze anos mais tarde, em 1933, o vigésimo primeiro aditamento revogou a norma constitucional anterior⁵⁵². Tal processo demonstra que a tentativa de fixar valores

⁽⁵⁴⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 98.

⁽⁵⁵⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁽⁵⁵¹⁾ O décimo oitavo aditamento à Constituição estadunidense (1919) assim dispunha: “Section 1. After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited. Section 2. The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation. Section 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.” – Em tradução nossa: “Seção 1. Após um ano da ratificação deste artigo, serão proibidas a fabricação, a venda ou o transporte de bebidas alcoólicas, bem como a importação e a exportação, nos Estados Unidos e em todos os territórios sujeitos à sua jurisdição. Seção 2. O Congresso e os diversos Estados terão competência concorrente para reforçar este artigo por intermédio de legislação adequada. Seção 3. Este artigo será inoperante caso não seja ratificado como um aditamento à Constituição pelas legislaturas dos diversos Estados, como previsto na Constituição, dentro de sete anos a partir da data de sua submissão aos Estados pelo Congresso.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽⁵⁵²⁾ O vigésimo primeiro aditamento à Constituição (1933) assim estabelece: “Section 1. The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed. Section 2. The transportation or importation into any State, Territory, or possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited. Section 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.” – Em tradução nossa: “Seção 1. Fica revogado o décimo oitavo aditamento à Constituição dos Estados Unidos. Seção 2. Fica proibido o transporte ou importação, por qualquer Estado, Território ou posse dos Estados Unidos, de bebidas alcoólicas, para entrega ou uso, violando suas leis. Seção 3. Este artigo será inoperante caso não seja ratificado como um aditamento à Constituição por convenções nos diversos Estados, como previsto na Constituição, dentro de sete anos a partir da data de sua submissão aos Estados pelo Congresso.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

substantivos não tem lugar em uma Constituição, segundo o autor. Enquanto em 1919 a abstinência alcoólica era tida como um valor fundamental, em 1933 é certo que não⁵⁵³.

Há trechos, os quais Ely considera raras exceções à regra do texto constitucional, em que os constituintes e ratificadores aparentemente optaram por não deixar a atribuição de propósitos para o futuro. Os redatores decidiram, em vez disso, declarar explicitamente o objetivo em razão do qual a disposição deveria ser interpretada. Tal exclui algum direito reputado importante do controlo do Parlamento, como aconteceu, por exemplo, com a escravatura, a abstinência do álcool e o porte de armas⁵⁵⁴.

Através de revogação, a escravatura⁵⁵⁵ e a lei seca foram exemplos de valores inicialmente subtraídos do processo político que, todavia, não sobreviveram ao tempo. Já o direito dos cidadãos de portar armas havia sido revisto, à época dos escritos de Ely, pela Suprema Corte no caso *United States v. Miller*⁵⁵⁶, por intermédio de interpretação judicial⁵⁵⁷. A questão central apontada é que mesmo se considerarmos que os redatores não quiseram fornecer tanta proteção aos valores envolvidos, a sua eliminação da Constituição pela Corte é um indicativo das expectativas do povo sobre o que deve ser a Carta Constitucional⁵⁵⁸.

A separação entre Estado e religião, assim como o livre exercício desta, são valores constitucionais ressaltados pelo investigador. Eles persistem em virtude do papel que desempenham. De forma semelhante à igual proteção, acolhem distintas visões e exaltam a liberdade, e assim, se tornam apropriados para uma Constituição⁵⁵⁹. É o que acontece com os valores relativos à liberdade em geral, a exemplo da liberdade de expressão, que embora não

⁽⁵⁵³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 132.

⁽⁵⁵⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁽⁵⁵⁵⁾ Vide nota de rodapé n.º 105 (capítulo I, seção III).

⁽⁵⁵⁶⁾ *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

⁽⁵⁵⁷⁾ O segundo aditamento à Constituição dos Estados Unidos (1791) prescreve: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.” – Em tradução nossa: “Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser violado.” Acessível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

O texto desperta dúvida se o direito a possuir e usar armas é coletivo (sendo assim regulado pelos Estados, para a defesa da população, através de milícias) ou individual (insuscetível de interferência do legislador). No caso *United States v. Miller* (1939) a que se refere Ely, a Suprema Corte expressou entendimento no sentido de que a finalidade da norma seria fortalecer o exército, e não estabelecer um direito individual. Em 2008, em *District of Columbia v. Heller* (554 U.S. 570), entretanto, a instância máxima da justiça norte-americana alterou sua posição ao afirmar que o segundo aditamento estabeleceria o direito individual de qualquer cidadão estadunidense à posse de armas (Cfr. Lawrence Rosenthal, *The Limits of Second Amendment Originalism and the Constitutional Case for Gun Control*, *Washington University Law Review*, Vol. 92, 2015, pp. 1187-1188.). A controvérsia divide a sociedade estadunidense e a Suprema Corte. Esta não possui, até o momento, posicionamento unívoco sobre a interpretação do segundo aditamento.

⁽⁵⁵⁸⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁽⁵⁵⁹⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 100.

goze do absolutismo que a leitura precipitada da norma insinua, só pode ser restrita para a promoção de um interesse legítimo do Estado⁵⁶⁰.

Já se outras normas que prescrevem valores sobrevivem, propõe Ely, é porque estão vinculadas a questões de ordem procedimental que parecem adequadas à Constituição ou porque não geram controvérsia. Dispositivos como aqueles que vedam a autoincriminação do acusado e a dupla penalização⁵⁶¹ exemplificam o seu horizonte⁵⁶².

O texto da Constituição original aborda quase exclusivamente a estrutura do Estado, disciplina como seus agentes devem ser escolhidos e conduzir suas tarefas. Assim, se analisadas com desvelo, mesmo normas que parecem ter sido editadas para assegurar ou evitar determinados resultados substantivos, revelam uma preocupação vital com o processo⁵⁶³.

A natureza da Constituição estadunidense é complexa demais para se encaixar confortavelmente em caracterizações superficiais, adverte o pensador. É por esta razão que recusa uma ideia que parece unir o «interpretativismo» e o «não interpretativismo»: com o fito de preencher as normas de textura mais aberta da Constituição⁵⁶⁴, buscar por elementos interpretativos na essência do restante do documento⁵⁶⁵.

O autor não concorda com a imposição judicial de valores fundamentais. Reputa inaceitável a afirmação de que juízes com cargos vitalícios refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos pelo povo. Em vez disso, prefere enfatizar o policiamento dos mecanismos pelos quais o sistema busca garantir que os representantes do

⁽⁵⁶⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 105-106.

⁽⁵⁶¹⁾ As normas encontram-se previstas no quinto aditamento (1971) à Constituição norte-americana. Acessíveis em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

⁽⁵⁶²⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 99.

⁽⁵⁶³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 90.

⁽⁵⁶⁴⁾ É interessante enfatizar uma das principais críticas de Dworkin à proposta de Ely para preencher o conteúdo vago da Constituição. Para Dworkin, há um paradoxal contraste entre a prática constitucional nos Estados Unidos, que depende fortemente da leitura moral da Constituição, e a teoria convencional, que rejeita inteiramente essa leitura. Segundo Dworkin, os políticos conservadores tentam convencer as pessoas de que os principais casos constitucionais não se associam a profundas questões de princípio político, mas a uma questão mais simples: se os juízes devem modificar a Constituição por decreto ou esquecê-la. Por algum tempo, essa visão do argumento constitucional foi inclusive aceite por alguns liberais. Seus adeptos se referiram à Constituição como um documento vivo e que deveria ser atualizado para enquadrar novas circunstâncias e sensibilidades. Disseram que abordaram a Constituição de forma ativa, o que pareceu lembrar reformas, e aceitaram a caracterização de Ely das suas posições como uma visão «não interpretativista», o que pareceu sugerir a invenção de um novo documento no lugar de interpretar o antigo. Todavia, não se trata de uma análise precisa do argumento. De acordo com Dworkin, o debate teórico nunca foi a respeito de se os juízes deveriam interpretar a Constituição ou alterá-la, mas sobre como a Constituição deve ser interpretada (Cfr. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 04.).

⁽⁵⁶⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 101-102.

povo irão de facto representar os representados. Considera sua abordagem mais compatível com a democracia representativa, já que foi mesmo planeada com tal escopo⁵⁶⁶.

Segundo Ely, os documentos constitucionais norte-americanos mais importantes expressam a ideia de que a melhor garantia de justiça e felicidade não reside na tentativa de defini-las para todo o sempre, mas sim na postulação de processos governamentais pelos quais suas dimensões possam ser especificadas no decurso do tempo⁵⁶⁷. O grande objetivo substancial da Constituição estadunidense sempre foi preservar a liberdade. Esta é alcançada por intermédio de um processo que tem como finalidade assegurar que as deliberações substanciais sejam abertas a todos e que os responsáveis por elas não ignorem os interesses dos envolvidos⁵⁶⁸.

No quadrante europeu, um paralelo assinalável se encontra presente em Böckenförde, que aduz que a liberdade concretiza-se através de conteúdos que afetam as condições procedimentais de formação da vontade política. A liberdade dirige-se rumo a um método na tomada de decisões políticas, certificado por garantias formais e procedimentais: liberdade de participação democrática de todos os cidadãos e as respetivas garantias complementares da liberdade de opinião, de imprensa, informação, reunião e associação. Aí reside a garantia da abertura duradoura do processo político, com decisões a favor de certo conteúdo tomadas em um sentido ou outro e passíveis de revisão, de modo que possam ser novamente discutidas, e, assim, modificadas ou confirmadas. A democracia, então, não pode ser considerada invalidada pela mera tomada de decisões injustas por seu conteúdo, mas quando é esvaziada das garantias formais e procedimentais da formação da vontade política⁵⁶⁹.

Alexandre Sousa Pinheiro e Pedro Lomba igualmente salientam a relevância da legitimação procedimental das deliberações. A Constituição, lecionam os autores, procedimentaliza as decisões e os atos dos órgãos políticos. Assim, as decisões mais importantes e portadoras de consequências institucionais são subordinadas a um quadro de equilíbrio e interdependência entre os órgãos de soberania⁵⁷⁰.

Konrad Hesse propõe que o Direito Constitucional cria regras de ação e de decisão políticas. Fornece diretrizes e pontos de orientação para a política, mas sem poder substituí-la. Regula a estrutura do Estado e estabelece os procedimentos que devem ser adotados para possibilitar a resolução de controvérsias. É através de tais procedimentos que há de se

⁽⁵⁶⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 102.

⁽⁵⁶⁷⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 89.

⁽⁵⁶⁸⁾ John Hart Ely, *op. cit.*, p. 100.

⁽⁵⁶⁹⁾ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *A Democracia como Princípio Constitucional*, pp. 91-92.

⁽⁵⁷⁰⁾ Alexandre Sousa Pinheiro – Pedro Lomba, *Comentário à Constituição Portuguesa*, Vol. III, p. 21.

desenvolver o processo de formação de unidade política e por meio do qual as questões em aberto se sujeitam a regras claras, compreensíveis e, na medida do possível, asseguradoras de um resultado adequado⁵⁷¹.

Para dirimir situações em que os indivíduos apresentam visões conflitantes, Jeremy Waldron defende a adoção do princípio maioritário. Não está em causa discutir se a decisão maioritária é certa, mas legítima e adequada. Não há, com efeito, um repositório sobre-humano a que possamos recorrer para fornecer respostas necessariamente certas, sábias e justas. Em situações de discordâncias, o que importa é que é preciso que uma escolha coletiva seja feita, entre um conjunto de opções, apesar das diferenças existentes. Para dirimir conflitos, não há nada a que possamos recorrer que não sejam as opiniões dos indivíduos, através das discussões e deliberações⁵⁷². Nesse sentido, a voz da maioria corresponde à voz do todo, que pressupõe a coesão, a influência dos diversos interesses e o consentimento do corpo social. O consentimento não significa uma força física, mas uma força moral aos fins para os quais é exigido. Retrata uma força de autorização e legitimação⁵⁷³.

De acordo com Ely, as falhas no processo político (discutidas na seção II deste capítulo) não são corrigidas por intermédio de um catálogo de direitos substanciais protegidos de maneira permanente. A Constituição estadunidense é e sempre foi uma constituição propriamente dita, cuja preocupação central são questões *constitutivas*. O que a distingue é um processo de governo, não uma ideologia dominante⁵⁷⁴. Destarte, o controlo procedimental da constitucionalidade não fornece aos juízes acesso aos verdadeiros valores do povo, mas bloqueia esse acesso⁵⁷⁵.

⁽⁵⁷¹⁾ Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, p. 90.

⁽⁵⁷²⁾ Waldron defende o caráter procedimental da vontade política em um horizonte que retrata a «dignidade da legislação» – a exprimir o produto da lei sob uma melhor luz. Trata-se de uma proposta para confrontar o argumento de que a decisão legislativa seria arbitrária, na medida em que se basearia em mais nada do que na autoridade da aglutinação do número de votantes. O autor busca desfazer a má-reputação da legislação. Propõe que seja encarada como uma fonte dignificada de direito. (Cfr. Jeremy Waldron, *A Dignidade da Legislação*, pp. 153-158.). Waldron, contudo, não considera a revisão judicial inapropriada em qualquer circunstância. Acredita que o controlo baseado em direitos é inadequado em sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é a disfuncionalidade das instituições legislativas, mas sim a discordância de seus membros sobre os direitos. Mesmo ao levar os direitos a sério, é possível que as pessoas discordem a seu respeito. Nessas situações, é necessário adotar um procedimento para resolver as divergências que respeite as vozes e opiniões das pessoas, cujos direitos são a base da divergência, e tratar a todos como iguais no processo. O processo legislativo ordinário é idóneo para tanto, e uma fase adicional de revisão pelos tribunais pouco acrescenta ao processo, exceto uma forma muito ofensiva de privação de direitos e ofuscação legalista das questões morais em jogo no nosso desacordo sobre direitos (Cfr. Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, p. 1406.).

⁽⁵⁷³⁾ Cfr. Jeremy Waldron, *A Dignidade da Legislação*, pp. 176-18.

⁽⁵⁷⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 10.

⁽⁵⁷⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 103.

A principal crítica formulada à teoria de Ely diz respeito à independência do horizonte procedimental do controlo da constitucionalidade de qualquer substância. É o principal sentido da objeção de Dworkin, mas também de pensadores como Habermas.

Habermas denuncia o que considera ser uma aporia no pensamento de Ely. Trata-se da necessidade de pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito de procedimento democrático, por exemplo, se sustenta em um princípio de justiça: o igual respeito por todos. Segundo o crítico, os discursos jurídicos podem pretender para si próprios uma elevada suposição de racionalidade, uma vez que discursos de aplicação são especializados em matérias de aplicação de normas, razão pela qual são institucionalizados no panorama da clássica divisão de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, todavia, eles não são capazes de substituir discursos políticos, que são estabelecidos para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, o que exige a inserção de todos os atingidos. A racionalidade inerente ao processo político, portanto, carece de esclarecimento. Se o conceito fundamental de uma justiça procedimental da formação política da opinião e da vontade demanda uma teoria da democracia, que se encontra implícita no pensamento de Ely, suas feições, entretanto, se mostram cada vez mais convencionais⁵⁷⁶.

Miguel Nogueira de Brito assevera que faz pouco sentido contrapor procedimento e substância ao nível da própria Constituição. O autor alude à crítica de Dworkin ao pensamento de Ely para reforçar que este intencionou caracterizar a Constituição estadunidense como um documento concernente, por um lado, à justiça procedimental na resolução de conflitos individuais e, por outro, à abertura da participação política. Acredita, porém, que Ely reservou quase exclusivamente ao processo político a escolha e acomodação de valores substantivos⁵⁷⁷.

A questão levantada por Brito é que muitas disposições da Constituição americana revelam um compromisso substantivo inegável, a exemplo dos dez primeiros aditamentos (*Bill of Rights*). Em seu horizonte, é incoerente diferenciar questões reguladas pela Constituição com viés procedimental (como as relativas ao processo político) daquelas com caráter substantivo (a exemplo das garantias do processo criminal) sem uma teoria substantiva que permita determinar qual a forma de participação adequada em um certo caso⁵⁷⁸.

⁽⁵⁷⁶⁾ Cfr. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, pp. 326-330.

⁽⁵⁷⁷⁾ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte*, p. 223.

⁽⁵⁷⁸⁾ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *ibidem*.

Segundo Aviam Soifer, para Ely, os meios se tornam os fins. Ely se dispõe a sacrificar um resultado que ele prefere muito por um princípio estrutural sobre o qual pensa minuciosamente e acredita que deva abraçar. Assim, vai além das dicotomias amplamente aceites para descrever um cenário moral que, uma vez articulado, parece ter estado em nós por muito tempo. No entanto, Ely transgride sua busca particular por princípios objetivos. O argumento transformador em favor da estrutura democrática está ancorado, firme, mas um tanto paradoxalmente, na perspectiva de um individualista confiante, altamente autoconsciente de sua própria peculiaridade⁵⁷⁹.

Patrick O. Gudridge considera que há um óbvio paradoxo no pensamento de Ely. A participação democrática, pela menos como empreendida em *Democracy and Distrust* – acessível, argumento incisivo voltado à influência generalizada – demanda primeiro autonomia, uma obrigação com julgar por si, para colocar em causa, rejeitar e consertar os termos de tal participação antes da realidade⁵⁸⁰.

Dois anos após a publicação de *Democracy and Distrust*, o investigador responde àqueles que refutam sua teoria. Segundo o constitucionalista, os críticos questionam: por que não podemos proclamar que a preservação de certos direitos que os juízes ou filósofos reputam importantes flui do verdadeiro significado e lógica da democracia? Que direito teria Ely de afirmar que sua perspectiva do controlo da constitucionalidade seria mais consistente com a democracia? Para reafirmar sua teoria, o autor explora as razões plausíveis pelas quais a sociedade estadunidense é uma democracia, associando-as ao legítimo papel do Poder Judiciário⁵⁸¹.

Em uma primeira visão, a democracia pode ser concebida como um sistema de governo suscetível de gerar leis do tipo “x”, que são boas. Em tal horizonte, a justiça constitucional também deveria buscar a meta “x” e corrigir o produto da legislatura quando ela falhar nessa tarefa ou fizê-lo com menos eficiência do que as Cortes considerarem adequado. Acontece que se a ideia é produzir decisões políticas de determinado tipo, não é provável que se selecione a democracia como o sistema governamental preferido. Muito mais eficiente seria algum tipo de ditadura ou oligarquia que pudesse perseguir de maneira direta e eficiente o objetivo em questão. A democracia é uma forma de governo inadequada para a

⁽⁵⁷⁹⁾ Cfr. Aviam Soifer, In Memoriam: John Hart Ely – Ely the Transgressor, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 6, 2004, pp. 1755-1757.

⁽⁵⁸⁰⁾ Cfr. Patrick O. Gudridge, In Memoriam: John Hart Ely, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 07, 2004, p. 1747.

⁽⁵⁸¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Judicial Review*, p. 09.

geração eficiente de leis de certo tipo; as pessoas diferem e, portanto, os produtos das democracias também diferem⁵⁸².

Ely prefere uma abordagem distinta da democracia. Acredita que todas as pessoas devem ter uma opinião a respeito de como somos governados, uma vez que ninguém pode ter certeza de que sabe o que é certo (e mesmo que alguém o faça, não tem o direito de impor sua noção do que é certo aos que pensam diferente). Ainda que não sejamos iguais em todos os aspectos, o somos no que diz respeito ao direito de decidir qual é a política correta para o nosso governo perseguir. Nessa visão de democracia, não compete à justiça constitucional impor preferências através de decisões de juízes sem responsabilidade política⁵⁸³. Com efeito, a atividade dos tribunais não deve ser impregnada por julgamentos substantivos⁵⁸⁴.

O pesquisador indica que o criticismo central de Dworkin ao seu trabalho é que teria “contrabandeado” para sua teoria constitucional uma visão não declarada de democracia e, depois, inferido várias conclusões de pressupostos escondidos. Ely reconhece os pressupostos, mas afirma ter presumido que eram muito evidentes, e que tinha feito o que era pelo menos um esforço de boa-fé para derivá-los das disposições específicas e de certos temas gerais da Constituição. Assim, é claro que as várias conclusões a que chegou em *Democracy and Distrust* não poderiam ter sido alcançadas sem fortes pressupostos em favor da livre discussão pública e associação. Talvez sejam pressupostos controvertidos mesmo no contexto constitucional estadunidense, pondera o autor, mas são inofensivos comparados à inflexível

⁽⁵⁸²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Judicial Review*, p. 10.

⁽⁵⁸³⁾ Richard Posner sugere fraquezas na análise de Ely internas ao seu argumento. Acredita que lhe falta teoria política e social. O horizonte até pode ser interpretativo, aduz Posner, no sentido de estar conectado a um documento que criou uma forma representativa de governo. Em muitas matérias, porém, precisamos de uma maçaneta no texto constitucional para sermos capazes de dizermos que estamos a interpretá-lo. É verdade que se você corre do lado da liberdade, encontra o argumento de que os tribunais são elitistas. Há mais terreno aberto no lado da representação. Todavia, para funcionar bem, é preciso de mais ciências sociais do que Ely emprega em *Democracy and Distrust*. O crítico reconhece que a teoria pode ser refinada, na medida em que prioriza a representação à liberdade por achar que juízes e advogados são mais preparados para lidar com questões de processo do que de substância. O autor anuiria com a proposição caso estivéssemos a falar de provas e audiências. Ocorre que Ely se refere à projeção das instituições políticas. A dinâmica política da ação afirmativa, as condições para uma política eficaz das minorias, a importância de interesses conflitantes dentro de um grupo (donas de casa e mulheres trabalhadoras, por exemplo, têm interesses econômicos bastante diferentes), a força da inércia no processo político – essas e outras questões centrais para a construção e avaliação de uma jurisprudência que reforce a representação orientada para a participação – são questões de ciências sociais. Não são questões de processo, e sim de substância em qualquer sentido relevante para as capacidades das profissões jurídicas e judiciais. Posner atribui a falha de Ely à análise da natureza do Direito Constitucional e do estudo do direito. A soma da documentação constitucional não constitui uma diretiva, mas recurso a outros empreendimentos interpretativos. Portanto, a interpretação deve ser compreendida como criação, não restrição. É necessário escolher com base no que parecer melhor, em um sentido que inclui, mas também transcende considerações de fidelidade a um texto e a uma tradição, que tornam a questão interpretativa, em última análise, política, econômica ou social, à qual as ciências sociais podem ter mais para contribuir do que a lei (Richard Posner, *Democracy and Distrust Revisited*, pp. 648-650.).

⁽⁵⁸⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 10-11.

teoria utilitarista atomista da escolha pública sob a qual Dworkin constrói sua versão do constitucionalismo norte-americano⁵⁸⁵.

Böckenförde preconiza que ninguém pode aspirar a que sua própria concepção e objetivos sejam os únicos válidos, de modo a que refute atribuir à concepção do oponente político a dignidade da discussão ou mesmo seu direito à vida democrática. Em sua perspectiva, é indispensável que se renuncie atribuir às próprias concepções políticas e às próprias propostas uma pretensão de validade objetiva que exclua a discussão e o compromisso. Adotar outra conduta implica a negação ao mesmo tempo da liberdade e da igualdade política daqueles que pensam de forma diferente, e em extremo final, a negação ao seu reconhecimento como sujeito no processo político. Eis a razão pela qual a democracia vai unida ao relativismo. Cidadãos que se sabem iguais não consideram a experiência e a vivência de seus concidadãos como algo existencialmente distinto ou alheio, mas se dispõem a aceitar de forma leal as decisões da maioria⁵⁸⁶.

À incredulidade de Ely quanto à imposição de valores controversos pela justiça constitucional, podemos somar outras preocupações. Na atualidade, ao questionarem a possibilidade de extração, no plano do pluralismo constitucional, de sentidos partilhados pelas sociedades contemporâneas, Steven D. Smith e Luís Pereira Coutinho contribuem ao progresso da investigação. Consistiriam os tribunais nos fóruns adequados à procura de tais sentidos, ou, sendo impossível a sua identificação unívoca, os mais aptos à resolução entre conceitos inelutavelmente colidentes?

Smith observa que uma característica crucial e notável do discurso normativo atual é seu fundamental pluralismo. As pessoas discordam a respeito de questões essenciais de políticas públicas, a exemplo do aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, distribuição de riquezas e oportunidades, concessão de preferências com base na raça ou etnia etc. Enfim, as pessoas dissentem significativamente em suas conclusões, mas a discordância não se exaure nesse plano: envolve também as premissas normativas e suas abordagens⁵⁸⁷.

(⁵⁸⁵) Cfr. John Hart Ely, Excerpt from Professor Ronald Dworkin External/Personal Preference Distinction, p. 324.

(⁵⁸⁶) Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, A Democracia como Princípio Constitucional, pp. 97-106.

(⁵⁸⁷) Cfr. Steven D. Smith, Judicial Activism and 'Reason', pp. 25-27. Com efeito, o autor chama atenção ao desacordo acerca de valores como a "igualdade" e a "liberdade" em sociedades plurais. No entanto, seu ceticismo vai mais longe. Acredita que pessoas de virtualmente todas as posições morais possam endossar que é errado agir com ódio, malevolência ou má vontade para com os outros. Kantianos podem afirmar que devemos tratar as pessoas como fins, não meios. Liberais políticos podem aduzir que deveríamos dispensar a todos igual consideração e respeito, ou que devemos reconhecer a dignidade humana de todos. Utilitários, que todos têm direito a ser contabilizados igualmente no cálculo utilitário. Cristãos, que devemos amar a todos, tanto vizinhos como inimigos. Judeus, que toda pessoa é filha de Deus, e conseqüentemente, de infinito valor. Todavia, o efeito desse conselho completamente sensível no discurso público pode ser contraproducente. Uma

Em uma situação discursiva radicalmente pluralista, as pessoas podem ter poucas alternativas que não sejam recorrer aos seus próprios compromissos em termos que impliquem conceitos como “igualdade”, ou então acusar que seus oponentes estão a violar umas das poucas normas éticas com as quais praticamente todos concordam. Trata-se da premissa de que é errado agir de acordo com o ódio ou o desejo de prejudicar os demais. E assim, provoca Smith, o discurso judicial, uma vez separado das convenções mundanas de ler textos e precedentes de acordo com seus significados naturais ou senso comum, aspira a ser a realização da razão, mas acaba degenerado em um discurso de denigração mesquinho⁵⁸⁸.

Luís Pereira Coutinho é cético quanto à legitimidade da justiça constitucional para apor conceções controversas às cláusulas constitucionais abertas. Quando são reportadas à Constituição distintas pretensões de absoluto, ou seja, às mesmas fórmulas ou palavras são reportados sentidos morais fortes distintos (a exemplo de “dignidade humana” e “igualdade”⁵⁸⁹), o autor rejeita a autoridade da decisão jurisdicional⁵⁹⁰.

Favorável à passividade judicial, o pesquisador chama a atenção para a aceitação do direito político como elemento presente no constitucionalismo⁵⁹¹. Na ausência de sentidos partilhados dos quais os juízes constitucionais possam retirar sua “força”, é possível, caso decidam, que sejam vistos como um corpo ao serviço das pretensões de absoluto e das pretensões simbólicas de um setor da comunidade contra o outro. Assim, critica que a tirania das maiorias⁵⁹² seria substituída pela tirania da jurisdição constitucional⁵⁹³.

proposição normativa com a qual virtualmente todos concordam é que é errado agir com ódio ou má-vontade: então, no debate sobre questões públicas, uma forma potencialmente efetiva de retórica será arguir que seus oponentes estão a agir assim. Por outro lado, argumentos com base na utilidade, universalidade ou conceções religiosas da virtude da bondade falharão em engajar as visões e premissas de vastas seções do público. Porém, praticamente todos anuirão na rejeição de uma posição ou partido que é considerado motivado pelo ódio ou má-vontade. Smith não acredita que as Cortes sejam imunes a tal espécie de argumentação demonizante. Sua capacidade institucional de verificar maus motivos ou propósitos seria facilmente vista a exceder a aptidão de realizar outros tipos de tarefas, por vezes atribuídas a elas (Steven D. Smith, *ibidem*).

⁽⁵⁸⁸⁾ Cfr. Steven D. Smith, *op. cit.*, p. 30.

⁽⁵⁸⁹⁾ Cfr. Luís Pereira Coutinho, O Facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial de Constitucionalidade, in *Atas do I Colóquio Luso Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 69. Cumpre recordar que em Portugal e no Brasil se expande um controlo judicial especialmente com base nas prescrições constitucionais da “dignidade humana”, “igualdade” e “liberdade”. A respeito da crítica ao horizonte da dignidade humana não como filosofia, mas direito positivo: Luís Pereira Coutinho, Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2010, pp. 187-212. Sobre a pluralidade de raízes históricas e filosóficas, ou seja, sobre a arqueologia do conceito de dignidade da pessoa humana e os problemas daí decorrentes: José de Melo Alexandrino, *O Discurso dos Direitos*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

⁽⁵⁹⁰⁾ Cfr. Luís Pereira Coutinho, O Facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial de Constitucionalidade, p. 73.

⁽⁵⁹¹⁾ Cfr. Luís Pereira Coutinho, A Soberania Passiva do Juiz Constitucional: Um Estudo de Teoria do Estado, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 191.

⁽⁵⁹²⁾ O autor não concorda que a justiça constitucional invalide, com base em fórmulas abstratas, opções políticas realizadas pelo legislador. Tal exclui do jogo democrático alternativas defensáveis por participantes de boa-fé no contexto de seus pressupostos e mundividências próprias. Preocupa-o que seja reportado à

Ely não anui com a ideia de que as vicissitudes do sistema representativo habilitem os juízes constitucionais a desenvolverem cursos de ação política. Não são eles, mas os representantes do povo, os legitimados para tanto. Se a garantia da livre e eficaz escolha dos representantes pode ser insuficiente, o investigador indica como alternativa que o povo saiba o que seus mandatários estão a fazer⁵⁹⁴.

Não lhe escapa que o problema da imprecisão do Parlamento, ao tratar de determinadas questões sensíveis, não é acidental. Sugere que os membros do Poder Legislativo, para fugir da responsabilização pelos seus atos, declinam da formulação de distinções legalmente operativas. E o fazem de modo a delegar tal tarefa a outras autoridades, as quais, todavia, não respondem politicamente pelo que fazem. Para que os representantes sejam mais transparentes nas formulações legislativas, Ely propõe que sejam levados a de facto legislarem⁵⁹⁵.

Paulo Otero constata que a produção legislativa é cada vez mais imperfeita, contraditória, lacunosa e dotada de conceitos vagos e indeterminados. Como resultado, o aplicador jurisdicional ou administrativo do direito é chamado, para além da inevitável interpretação, a realizar delicadas tarefas de harmonização, concretização ou integração. Desta maneira, os tribunais são provocados ao exercício de um papel metodologicamente hiperativo na concretização do direito, o que ocasiona um reforço do seu natural protagonismo na concretização da justiça e possibilita um maior número de erros, atrasos e contradições⁵⁹⁶.

Segundo Otero, princípios contraditórios e inconciliáveis foram vertidos por textos constitucionais compromissórios⁵⁹⁷. Eles determinam a vagueza, imprecisão e ambiguidade

Constituição um pleno mandato de controlo do legislador (Luís Pereira Coutinho, *Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional, in O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 249-250). Na Europa, ao evidenciar, entre outros traços, o pluralismo limitado e o elemento contramaioritário, o autor caracteriza as democracias constitucionais que se formam a partir da Constituição de Bona ou segundo seu exemplo como democracias contramaioritárias (Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos*, p. 129). A indispensabilidade de garantir os direitos fundamentais e as minorias contra possíveis ataques da maioria originaram um sistema de fiscalização jurisdicional das leis. Todavia, inquieta-o uma atuação judicial a operar a exclusão de escolhas que cidadãos democraticamente empenhados e prosseguidores do bem comum em boa-fé poderiam realizar, definindo e redefinindo o seu destino coletivo (Luís Pereira Coutinho, *op. cit.*, pp. 134-140.).

(⁵⁹³) Cfr. Luís Pereira Coutinho, *O Facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial de Constitucionalidade*, p. 76.

(⁵⁹⁴) Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 125-126.

(⁵⁹⁵) Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 130-131.

(⁵⁹⁶) Cfr. Paulo Otero, *A Crise na Concretização Jurisdicional da Justiça*, in *O Debate da Justiça: Estudos sobre a Crise da Justiça em Portugal* (orgs. António Pedro Barbas Homem – Jorge Bacelar Gouveia), 1.ª ed., Lisboa, Vislis Editores, 2001, p. 12, p. 23, p. 164.

(⁵⁹⁷) Carlos Blanco de Moraes adverte que Constituições compromissórias transmitem a influência de uma diversidade de correntes axiológicas e ideológicas, ainda que algumas destas assumam um pendor objetivamente dominante. A norma constitucional integra o produto de acordos entre as distintas vertentes protagonizadas pelos constituintes. A maioria das Constituições democráticas possui natureza compromissória.

das leis, sob pena de inconstitucionalidade, em muitos dos seus preceitos. Ao aplicador do direito é então remetida, no caso concreto, a escolha da decisão sobre a harmonia possível entre distintos princípios constitucionais⁵⁹⁸.

Destarte, os tribunais são provocados com maior frequência a resolver litígios referidos a princípios constitucionais. Tal produz, concomitantemente, uma ampliação da dimensão constitucional dos conflitos sobre quase todas as matérias e uma aceleração da função do controlo da constitucionalidade. Por via incidental, os tribunais acabam a julgar questões de justiça constitucional com maior intensidade⁵⁹⁹.

Ao analisar a atuação dos Legislativos, Ely provoca que é bem mais fácil para um parlamentar atuar como um “garoto de recados” do que desempenhar seu papel adequado em um verdadeiro processo legislativo. É cómodo meramente aprovar uma lei que proíbe a discriminação, regula os equipamentos de segurança nos veículos e estabelece metas de ar puro, mas deixar para outros a tarefa de recheiar seus conteúdos. É mais seguro para o legislador agir assim: gera menos prejuízo eleitoral. Na maioria das questões difíceis, os representantes preferem, de maneira bastante perspicaz, não ter de se responsabilizar por seus atos, mas deixar que algum burocrata de um órgão qualquer do Poder Executivo o faça⁶⁰⁰.

Desta forma, boa parte da legislação é deixada nas mãos de legiões de membros não eleitos do Executivo, cuja tarefa passa a ser dar significado operativo às amplas delegações legislativas. O problema não é que os delegatários trabalham mal como legisladores efetivos, mas que não são eleitos nem reeleitos, e apenas ocasionalmente são controlados pelas autoridades executivas eleitas e reeleitas⁶⁰¹.

O Congresso Nacional, segundo Ely, perdeu essencialmente a habilidade de funcionar como formulador alternativo de políticas ao Poder Executivo. Os seus membros apelam às preferências partidárias ou de seus líderes apenas como uma forma de desempate, consultados somente quando o eleitorado particular do representante ou outros interesses paroquiais não ditam um curso de ação. Os congressistas atuais seguem uma receita bastante padrão para a sobrevivência, consistente em serviços pessoais para eleitores (“trabalhos de casa”) e um

Mas quanto mais fragmentadas em relação às ideologias políticas representadas nos processos constituintes, mais acentuado será o caráter compromissório de uma Constituição. As Constituições excessivamente compromissórias têm a tendência de serem contraditórias, carentes de identidade e inaptas para garantirem a estabilidade governativa e a unidade de ação do poder político (Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Vol. 2, p. 66.).

⁽⁵⁹⁸⁾ Cfr. Paulo Otero, *op. cit.*, p. 165.

⁽⁵⁹⁹⁾ Cfr. Paulo Otero, *ibidem*.

⁽⁶⁰⁰⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 131-132.

⁽⁶⁰¹⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

mínimo de atividade programática ou legislativa. Todavia, critica o pesquisador, nenhuma análise fundamentada sustenta esse método: apenas o interesse eleitoral dos parlamentares⁶⁰².

Algumas vezes, o terceiro que recebe o poder de tomar decisões pode ser um burocrata do Poder Executivo. Mas outras vezes pode igualmente ser um tribunal. Nada obstante, causa particular perplexidade à Ely o frequente tratamento da Suprema Corte como autoridade final sobre o conteúdo das leis federais a respeito de direitos civis. É verdade que seria possível ao Congresso Nacional anular uma interpretação através do aditamento da Constituição. Acontece que qualquer que seja o modo com que o tribunal julgue, são baixas as probabilidades de que o Congresso anule a decisão. O mais provável é que as Cortes tenham a última palavra juridicamente eficaz⁶⁰³.

Ely não põe em causa que em determinadas situações se opere uma inversão de papéis entre as instituições. Seu pensamento se harmoniza com o sistema de *check and balances*, em que não há uma divisão mecânica na distribuição de funções públicas, mas uma harmonia e colaboração entre os poderes no desempenho de complexas atribuições. Com efeito, o que o constitucionalista reputa antidemocrático é que os parlamentares declinem da responsabilidade pelos seus atos quando se recusam a legislar⁶⁰⁴.

A admissão de uma dimensão para além da separação estreita de poderes não implica que se aceite que o órgão responsável precipuamente por determinada função a perca em favor de outro poder, naturalmente responsável por outras atividades próprias⁶⁰⁵. Para Ely, a assunção da responsabilidade legislativa pela resolução de controvérsias é vital ao funcionamento perceptível de uma República democrática⁶⁰⁶.

⁽⁶⁰²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts are no Different from Legislatures*, p. 351.

⁽⁶⁰³⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 352-353.

⁽⁶⁰⁴⁾ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 132.

⁽⁶⁰⁵⁾ Carlos Blanco de Moraes leciona que a partilha do poder político por uma pluralidade de titulares é uma forma de limitá-lo. Impede a concentração do poder em uma única instituição, mas envolve também a vedação da interferência de certos órgãos no objeto nuclear das competências alheias. Uma dimensão indissociável das características originais e imanentes da função jurídico-pública desempenhada pelos tribunais diz respeito ao exercício da função jurisdicional em regime de quase exclusividade e em um estatuto de independência e imparcialidade que não lhes admite a emissão de juízos inovatórios de otimização política. Já os Parlamentos são os titulares da função legislativa que incide nas matérias mais relevantes, enquanto os Executivos são os órgãos superiores da Administração Pública. Assim, se uma Constituição permitisse aos Tribunais Constitucionais o exercício de poderes de suplência quanto ao legislador, emitindo medidas substancialmente legislativas com eficácia geral, violaria a separação de poderes. A independência e imparcialidade necessárias para que a justiça constitucional controle a validade das normas e interprete a Constituição são inconciliáveis com a atividade que envolve a criação inovadora de normas, a instrumentalização da interpretação para alterar seu sentido objetivo e a formulação de juízos políticos de inovação. Em certos sistemas, o Poder Judiciário é tentado a imiscuir-se em atividades legislativas e administrativas a pretexto de interpretar e aplicar o direito, mas indevidamente invade o conteúdo medular de poderes alheios (Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, 2012, pp. 53-55.).

⁽⁶⁰⁶⁾ Cfr. John Hart Ely, *ibidem*.

O investigador reflete que não faz sentido a preocupação com o sufrágio e outros direitos políticos se as decisões políticas importantes não são tomadas pelas autoridades eleitas. Não basta que os tribunais garantam que os administradores sigam as orientações vigentes da política. É essencial que tais orientações sejam realmente prescritas pelo Poder Legislativo⁶⁰⁷.

O argumento de que o mundo é complexo e instável, de modo a ser impossível que uma lei forneça instruções detalhadas sobre algum assunto não sensibiliza Ely. O autor defende que a maioria das Assembleias Legislativas, e certamente o Congresso Nacional, pode dispor de especialistas tão bons quanto os que estão à disposição da Administração Pública. Expõe que não se espera do legislador uma especificação detalhadamente intangível, mas orientações para decisões políticas, precisamente o que falta em boa parte da legislação contemporânea⁶⁰⁸.

Diante de tal panorama, Luigi Ferrajoli advoga a necessidade de refundação da legalidade ordinária a fim de restabelecer a «dignidade da legislação». Sua proposição, que pode até parecer tautológica, nos instiga a enfrentar as questões do criativismo judicial e da imprecisão legislativa. O pesquisador propõe a sujeição da própria legislação a uma metanorma: o princípio da legalidade estrita, a vincular o legislador à máxima clareza e simplicidade na redação normativa⁶⁰⁹.

O problema indicado por Ferrajoli é que atualmente os vícios da linguagem legal chegaram ao ponto patológico de tornar necessário pensar na introdução de uma metanorma a respeito da determinação semântica da linguagem legal contra disfunções. A legalidade é mais vinculante à medida que ela própria é vinculada. Assim, o autor acredita na possibilidade de vinculação legal dos juízos sobre a aplicação dos conteúdos normativos, desde que a legislação opere com máxima precisão e determinação⁶¹⁰. Embora reconheça que o criativismo judicial é uma consequência inegável da vagueza, ambiguidade e, às vezes, contradição dos princípios constitucionais, Ferrajoli defende a redução do espaço aberto à interpretação através da formulação mais taxativa das *fattispecies* normativas pelo legislador democrático⁶¹¹.

⁽⁶⁰⁷⁾ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, pp. 133-134.

⁽⁶⁰⁸⁾ John Hart Ely, *op. cit.*, p. 133.

⁽⁶⁰⁹⁾ Luigi Ferrajoli, *A Democracia Através dos Direitos*, p. 207.

⁽⁶¹⁰⁾ Cfr. Luigi Ferrajoli, *ibidem*.

⁽⁶¹¹⁾ Cfr. Luigi Ferrajoli, O Constitucionalismo e o Estado de Direito, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um Debate com Luigi Ferrajoli*, 1.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 247-248.

Ely pondera que as amplas delegações realizadas pelo Poder Legislativo, ao expressarem quase nada, fornecem pouco em termos de conteúdo substantivo que possam medir a aptidão de um congressista para permanecer no cargo. Se por um lado colocam a salvo os votos dos representantes do povo, por outro são calculadas para acrescentar pouco a uma decisão política coerente. Delegações representam uma série de intervenções *ad hoc* de pessoas amplamente diferentes, nem sempre a serviço das percepções do interesse público⁶¹². Rejeitar delegações não serve apenas para garantir o caráter democrático da tomada de decisões, mas também para diminuir a propabilidade de que, na prática, uma série de regras diferentes seja aplicada aos oprimidos⁶¹³.

Para o autor, as legislaturas são constituídas sobre uma base ampla porque se espera a formação de certo consenso para que só então o Estado possa agir. Entretanto, frustra-o a postura legislativa tendente a não tomar decisões politicamente controversas, mas deixá-las à mercê de pessoas não eleitas e nem controladas. Caso os parlamentares cumpram o dever de efetivamente legislarem, é possível obtermos uma compreensão clara de seus objetivos. E arremata: “I’m not saying we may not still end up with a fair number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve.”⁶¹⁴

Ely sugere que a solução do problema demanda que o Congresso Nacional “estique suas meias” e retome a função de elaborar políticas. Neste contexto, a justiça constitucional pode exercer o papel útil de obrigá-lo a realizar suas funções constitucionalmente estabelecidas. Segundo o pesquisador, ajudar a formular doutrinas judiciais que estimulem o Congresso é o uso mais produtivo que atualmente pode ser feito do tempo de um estudioso do Direito Constitucional. Acredita que a sua proposta será, em última análise, mais útil para revigorar a separação de poderes do que o impulso contemporâneo mais comum de fazer com que os próprios tribunais legislem⁶¹⁵.

⁽⁶¹²⁾ Cfr. John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts are no Different from Legislatures*, pp. 351-352.

⁽⁶¹³⁾ Cfr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, p. 177.

⁽⁶¹⁴⁾ Cfr. John Hart Ely, *op. cit.*, p. 134. Em tradução nossa: “Não estou a dizer que nós não poderemos ainda acabar com um bom número de palhaços como representantes, mas pelo menos será então porque palhaços é o que merecemos.”

⁽⁶¹⁵⁾ Cfr. John Hart Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts are no Different from Legislatures*, pp. 360-361.

CONCLUSÕES

Em um contexto marcado por notória politização de decisões e indicações dos juízes constitucionais dos Estados Unidos da América, a teoria de John Hart Ely defende uma atuação moderada do Poder Judiciário no controlo da constitucionalidade das normas. A recorrente adoção de cláusulas constitucionais abertas pela Suprema Corte estadunidense, a revelar criativismos que parecem refletir a disputa natural entre distintas correntes ideológicas, causa profunda angústia ao autor. Foi com base em dispositivos vagos do texto constitucional, ou na textura aberta da Constituição, se assim preferirmos, que a Corte máxima da justiça do país anglo-saxónico decidiu casos como *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade*

Ely acredita que a verdadeira natureza da Constituição estadunidense e o sistema representativo por ela delineado preocupam-se de forma primordial com um processo de governo, e não com uma ideologia principal. Daí a ênfase a questões *constitutivas* e o recurso a um controlo procedimental da constitucionalidade a não fornecer aos juízes acesso aos valores genuínos do povo, mas a vedar tal acesso. Por isso a justificativa de *Brown v. Board of Education of Topeka* não depende de «questões de princípios» morais impostos pela lógica do texto constitucional, como pretende Dworkin, mas da garantia de acesso e palavra às vozes mais diversas e da proibição do predomínio de uma coalizão maioritária qualquer como estratégias voltadas ao pluralismo político.

Lochner v. New York é um exemplo de decisão que Ely considera absolutamente equivocada. Discorda que seja atribuição dos juízes constitucionais julgar inadmissíveis as metas escolhidas pela legislatura (igualação do poder de barganha entre patrões e empregados, além do fortalecimento do movimento laboral, *in casu*) ou rejeitar a plausibilidade do juízo empírico do legislador para promover o objetivo selecionado. O emprego do devido processo legal pela Suprema Corte para invalidar uma boa ação da legislação causa perplexidade ao pesquisador. Trata-se da produção jurisdicional de um direito constitucional, adotado para sobrepor a própria visão de política social sábia do tribunal ao juízo do Legislativo.

A crítica mais contundente de Ely às decisões da Suprema Corte reside em *Roe v. Wade*. Não se trata, em seu entender, de direito constitucional, e tampouco parece se preocupar em oferecer tal impressão. Da norma prescritiva do devido processo legal (ou de qualquer parte da Constituição) não se extrai nem vagamente um direito constitucional fundamental ao aborto, conforme afirmou a Corte de Burger. Apesar de expressar opinião favorável ao direito feminino de realizar um aborto como uma questão política não

constitucional, Ely rechaça que os tribunais substituam as legislaturas. Portanto, *Roe v. Wade* é uma decisão ruim, em que a Suprema Corte, ao impor os valores fundamentais dos seus membros, fez política.

O pesquisador defende um controlo da constitucionalidade das normas baseado em uma orientação reguladora, que independe da produção de resultados substantivos. A intervenção jurisdicional no processo político deve acontecer tão somente quando seu funcionamento esteja comprometido de forma sistémica.

É o que sucede, por exemplo, quando as minorias são depreciadas pelo simples desprezo dos titulares do poder, que agem como representantes exclusivamente de seus próprios interesses. Em casos como *Brown v. Board of Education of Topeka*, o fundamento da anulação de uma norma aprovada pela representatividade política não reside na atribuição de poder à justiça constitucional para que formule juízos valorativos em nome da comunidade, mas na proteção constitucional conferida aos direitos de acesso e representação no processo político. Segundo Ely, a função básica da norma constitucional da igual proteção é proibir os mais vergonhosos danos substantivos, de modo a exigir daqueles que possam prejudicar os outros que sejam ao mesmo tempo compelidos a prejudicar a si mesmos.

As normas constitucionais de textura aberta a que os juízes constitucionais recorreram na decisão de *Lochner v. New York*, *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade* não são compreendidas por Ely como suscetíveis de concretização pelo Poder Judiciário. São concebidas como direcionadas apenas às esferas políticas, responsáveis pela criação do direito. É nesse ponto que a teoria se mostra particularmente instigante para refletirmos sobre a finalidade do próprio Direito Constitucional: oferecer proteção nas situações em que o governo representativo se torna suspeito, e não intervir quando sabemos que ele merece confiança, segundo Ely. Em uma democracia representativa, assim como preservar valores fundamentais não é uma função constitucional, opô-los ao legislador não é uma atribuição jurisdicional.

Verificamos em Ely, portanto, uma deferência ao processo político. É a razão pela qual a disputa entre as correntes «interpretativista» e «não interpretativista» não reproduz a preferência por visões conservadoras ou liberais, respetivamente, no campo político. As visões pessoais dos juízes não lhes permite intervir nos juízos próprios do Poder Legislativo.

De acordo com a teoria pesquisada, os representantes eleitos devem efetuar decisões valorativas. Os legisladores, ao contrário dos juízes, podem ser depositos através do voto caso sejam desaprovados pela maioria. Destarte, o respeito ao processo político admite que uma

pessoa seja genuinamente liberal em questões políticas, mas ao mesmo tempo defenda que a justiça constitucional não se imiscua nos juízos de valor próprios do Legislativo. É o que Ely sugere ser seu próprio caso: revela-se particularmente contrário, por exemplo, a leis restritivas do aborto e proibitivas de relações homossexuais, enquanto concorda com aquelas que limitam jornadas de trabalho e instituem «ações afirmativas». Nada obstante, não admite que a justiça constitucional atue no processo de formação das decisões públicas de modo a selecionar os valores que devem prevalecer.

A crítica mais recorrente ao pensamento de Ely, representada de forma vigorosa pela formulação de Dworkin, mas também abordada sucintamente através da referência às observações de demais teóricos, é a cisão entre processo e substância à nível da Constituição. Dworkin relata que Ely diferencia dispositivos constitucionais que protegem a equidade do processo político daqueles que tem como finalidade garantir a justiça de seus resultados. Aduz, todavia, que entregar à maioria as questões importantes de princípio político contradiz a própria teoria de Ely, uma vez que é impossível para a justiça constitucional anular, por exemplo, leis raciais discriminatórias através da análise do processo político dissociado da substância.

A prática constitucional, propõe Dworkin, depende da leitura moral da Constituição. Os casos constitucionais mais importantes se associam a profundas «questões de princípios» políticos. Eis a razão pela qual quando incorpora exatamente os juízos substantivos que afirma que devem ser deixados à escolha popular, o argumento de Ely se autodestrói. A fuga da substância, provoca Dworkin, termina na própria substância.

Dworkin relaciona o controlo da constitucionalidade aos direitos que as pessoas possuem enquanto «trunfos sobre a vontade da maioria». Sugere que lancemos um olhar além da recomendação geral de alguma forma de democracia que se exaure na justa alocação do poder político. Não se contenta com a exortação vaga e abstrata da democracia, mas busca fornecer razões que sustentem a opção de uma conceção democrática.

Para o jusfilósofo, os direitos que devem ser respeitados pela legislação, correspondentes às respostas corretas de questões de moralidade política, compromete a avaliação a respeito de *quando* o processo é igualitário. Os juízes responsáveis pela identificação e defesa da melhor conceção de democracia não podem evitar decisões de moralidade política acerca de direitos substantivos individuais. É o motivo pelo qual é cético quanto a julgamentos sobre o processo sem a emissão de juízos a respeito da substância.

Dworkin aposta no controlo da constitucionalidade associado a uma visão de democracia apta a incentivar a participação das minorias, proteger liberdades que estimulem a ação moral na política e viabilizar um fórum político em que os cidadãos possam debater de modo mais articulado a sua vida moral que ao voto. Defende a garantia de exposição e debates das questões mais essenciais de moralidade política como matérias de princípio, e não exclusivamente de poder político.

Para o investigador, a democracia preocupa-se com o processo não para evitar questões políticas substantivas – como os direitos que as pessoas possuem – mas para produzir as respostas corretas exigidas por essas questões. Ao resguardar algumas questões da arena de disputa política de poder para o «fórum de princípio», a justiça constitucional exerce um papel no governo, porém sem protagonismo. Por exemplo: se a igualdade não é só um princípio de justiça, mas de Direito Constitucional, uma lei que proíbe a sodomia deve ser anulada pelos tribunais. Também elucida uma decisão legítima dos juízes constitucionais aquela favorável ao aborto, com base no devido processo legal e na liberdade.

Dworkin se revela sereno com o facto de um tribunal composto por membros nomeados deliberar, em nome da sociedade, algumas questões de moralidade política. Na verdade, acredita que uma Suprema Corte deve realizar deliberações políticas importantes, uma vez que os melhores princípios de moralidade política não demandam que a maioria seja sempre acatada.

Segundo o pensador, as normas constitucionais abertas inseridas pela *Bill of Rights* são redigidas nos termos mais abstratos possíveis de moralidade política. Embora a linguagem de seus dispositivos possa parecer, em certos contextos, apenas preocupada com o processo, sem vedar as leis que o governo possa elaborar, o autor defende que as pessoas possuem direitos além daqueles abrangidos explicitamente pelas normas. Dworkin concebe a Constituição como um pacto com ideais abstratos de moralidades política, os quais devem ser reinterpretados a cada nova geração de cidadãos, juízes e juristas.

A solução de casos difíceis no direito exige uma interpretação da prática constitucional em que o direito é vivenciado por uma comunidade de princípios. A interpretação oferece a melhor resposta ao que o direito é, ao que de facto requerem, por exemplo, o devido processo legal e a igual proteção das leis.

Em que pesem a pertinência e a potência da teoria de Dworkin, nos parece mais adequada a abordagem de Ely. A nosso ver, este lida com maior naturalidade e clareza com a textura aberta da Constituição, sem, contudo, fornecer às maiorias uma carta em branco para

que atuem de forma inteiramente livre. Preferimos sua concepção dos direitos especialmente protegidos à luz da expressão política, corporificada através do reforço da representação.

É especialmente marcante na teoria de Ely o argumento de que decisões valorativas, seja pela mutabilidade no tempo ou pela ausência de respostas objetivamente corretas em uma comunidade política plural, devem ser alcançadas pela via legislativa ordinária. É verdade que o autor não nega que a Constituição norte-americana por vezes imponha certos valores não associados à representação e ao processo político, mas discorda que seja o documento jurídico adequado para estabelecê-los, assim como o parâmetro para auferir a constitucionalidade de questões políticas. O que aconteceu no país anglo-saxónico com a abstinência do álcool e o porte de armas elucidam a crítica de Ely à decisão de impor certos valores na própria Constituição.

De facto, a Constituição estadunidense nos parece essencialmente preocupada com questões *constitutivas*. Sua compreensão como instrumento que assegura a atualização de opções políticas plurais ao longo do tempo envolve a capacidade de buscar a unidade viável em matérias difíceis – que demandam soluções mais consensuais e maduras, de modo a evitar disputas nas quais as partes buscam na Constituição não apenas o fundamento para o seu direito, mas também para retratar a oponente como inimiga da própria democracia constitucional.

Ao escrever à luz do federalismo estadunidense, Ely propõe que questões como o aborto e as «ações afirmativas», por exemplo, sejam deixadas aos Estados federados, para que suas legislaturas as decidam com discricionariedade. Enquanto questões políticas não constitucionais, compete ao Poder Legislativo regulá-las (no caso do aborto) ou decidir se devem ser instituídas (no caso das ações afirmativas).

Em uma de suas principais críticas à Ely, porém, Dworkin aduz que um juiz constitucional passivo, ao ser confrontado com questões não relacionadas ao processo político – o aborto e a pena de morte, por exemplo – deixaria que as autoridades eleitas pelo povo decidissem se a Constituição os alcança ou não. Trata-se, a nosso ver, de compreensão equivocada da teoria objeto do nosso estudo. Ely deixa claro que os dispositivos constitucionais abertos precisam receber uma injeção de outra fonte que não o próprio documento. Assim, a decisão sobre o aborto, exemplificativamente, é uma questão política não constitucional. Os legisladores não decidem se a Constituição alcança ou não o direito, mas possuem discricionariedade, enquanto representantes populares, na realização de juízos de valor.

Enquanto Dworkin subtrai das instituições representativas maioritárias a decisão a respeito de determinadas questões sociais, morais e políticas difíceis – transferindo-as aos tribunais, «fóruns de princípio» – Ely prefere que sejam dirimidas pelos representantes eleitos no processo político. Dworkin defende que a natureza das decisões é constitucional e que, portanto, é função dos tribunais resolvê-las. Ely assevera que a maior parte das decisões possui característica política e que a dimensão constitucional é apenas processual – o que significa que a Constituição não indica resultados, mas através de formas, os deixam a cargo do processo político ordinário.

Concordamos com o argumento de Ely de que a vigorosa proteção de direitos que são condições de funcionamento de um processo democrático aberto e eficaz não consubstancia um controlo da constitucionalidade em que o Poder Judiciário efetue opções inovatórias na ordem jurídica em detrimento dos representantes do povo. As lacunas no direito não devem ser preenchidas pela jurisdição constitucional. É muito duvidoso que a generalidade das normas de textura aberta possa ser densificada pelos juízes constitucionais, sob o argumento de que são autoridades dotadas de maior ilustração para resolver questões morais complexas.

Central no horizonte de Ely a respeito da atuação da justiça constitucional é, sobretudo, a descrença de que seja atribuição do Poder Judiciário desenvolver juízos valorativos em nome do povo. Há outro poder constituído a quem a Constituição atribuiu essa tarefa: o Poder Legislativo. Em uma democracia representativa, o poder de formular cursos de ação política é reservado às instituições representativas.

Brown v. Board of Education of Topeka e demais decisões contra as classificações efetuadas pelas majorias no poder com desprezo a grupos relegados demonstram o papel do Poder Judiciário diante da constatação do desequilíbrio do sistema político. Não ilustram, no horizonte de Ely, atuações dos juízes constitucionais baseadas em catálogos de direitos substanciais tutelados de forma duradoura. Sua preocupação com decisões principiológicas é que elas distorçam e expandam a função da justiça constitucional, que não deve assumir a função própria do Legislativo de desenvolver cursos de ação política.

O objetivo principal da Constituição estadunidense, de acordo com Ely, é preservar a liberdade. A melhor estratégia para assegurar a justiça e a felicidade não se relaciona à tentativa de defini-las para todo o sempre, mas em exigir processos governamentais através dos quais suas dimensões possam ser determinadas ao longo do tempo. A liberdade é alcançada por intermédio de um processo que garanta que as decisões substanciais sejam abertas a todos e que os responsáveis por elas não ignorem os interesses dos envolvidos.

Apesar de considerar a Corte de Warren de facto intervencionista, Ely justifica sua atuação, retratada de forma vital em *Brown v. Board of Education of Topeka*, em termos de compromisso com o reforço da representação democrática. Em seu entender, após a garantia da livre discussão de questões políticas e do conseguinte direito ao voto, quaisquer valores protegidos pelas legislaturas devem ser estendidos a todos. A decisão elucida preocupações com o processo e a distribuição, nos quais a minoria, mesmo vencida, não pode ser objeto de depreciação generalizada. Diferente, critica Ely, é a atuação da Corte de Burger, meramente impositiva dos valores fundamentais do próprio tribunal, como em *Roe v. Wade*, que não trata da discriminação de minorias.

Recordemos que em resposta à Dworkin, o qual imputa à teoria de Ely a adoção não declarada de uma visão de democracia para depois inferir diversas conclusões de pressupostos escondidos, Ely de facto reconhece os pressupostos utilizados. É verdade, segundo o pesquisador, que as conclusões a que chegou em *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* não teriam se concretizado na ausência de fortes pressupostos em favor da livre discussão pública e associação. Consistem, contudo, em pressupostos que Ely reputa claros, derivados das disposições específicas e de certos temas gerais da Constituição norte-americana.

É evidente que tanto Ely quanto Dworkin recorrem a pressupostos próprios para a compreensão da natureza da Constituição dos Estados Unidos e para a proposição das respetivas teorias do controlo da constitucionalidade. Embora com horizontes contrastantes, se encontram unidos pelo desiderato de proteção do pluralismo político por intermédio da resposta a como preencher os dispositivos mais abertos da Constituição. A própria comunidade de princípios proposta por Dworkin a que corresponde a integridade assume a feição de uma integração política. Assim, a integridade é uma solução ao pluralismo.

O pluralismo político nos parece melhor protegido pela proposta de Ely. Lembremos que ao debater a questão do aborto suscitada por *Roe v. Wade*, Dworkin considera totalitário um governo que nega o direito à consciência, considerado como centro da dignidade humana, que é prezada, por sua vez, porque insistimos na liberdade. Desta maneira, acusa uma Constituição que admita a negação da liberdade de consciência pela maioria de inimiga da democracia, nunca sua criadora. E apenas uma Constituição de facto centrada em princípios, que possa garantir a todos o direito de decidir por si controvérsias como a relativa ao aborto, consubstancia uma democracia de verdade.

Vislumbramos, destarte, um perigoso e limitado pluralismo, condicionado à produção de certos resultados. E tal adquire contornos angustiantes com o fenómeno de constitucionalização a que assistimos, conforme nos advertem Luís Pereira Coutinho e Maria Bendita Urbano, em que todos os direitos são constitucionais, fruto da dignidade da pessoa humana. Cada vez mais, com base em textos constitucionais axiologicamente densos, as pessoas e segmentos da sociedade se referem à Constituição para aduzirem suas pretensões. E tal acontece com a acusação de que as partes ou segmentos contrários são inimigos da Constituição, da democracia, dos direitos humanos etc. É duvidoso, todavia, que o empobrecimento da política por meio de uma assunção ativista e paternalista da justiça constitucional consista na estratégia mais hábil para resolver conflitos complexos.

Em democracias constitucionais fundadas no pluralismo político, preferimos apostar no reconhecimento da liberdade de conformação do legislador democrático e na preponderância do direito político, aberto e participado. Especialmente em questões morais altamente divisivas da comunidade política, para as quais não há respostas certas ou erradas, é imperioso que a justiça constitucional adote postura passiva. Não acreditamos que a Constituição forneça respostas para as questões morais de facto mais difíceis e que, portanto, seja o parâmetro para aferir a validade das opções realizadas pelos representantes do povo. Os legisladores são os legitimados pela Constituição para a operação de juízos inovatórios na ordem jurídica, e não os juízes constitucionais.

Concordamos com Ely no sentido de que como as pessoas diferem, os resultados considerados democráticos também diferem. Não é possível, assim, conceber a democracia como um sistema de governo que gera leis de tipo “x”, que são boas, e que devam ser anulados os produtos da legislatura que dela se desviam ou não o façam a contento. Preferimos um fundamento democrático desprovido de pretensão de absoluto, em que não há certezas sobre o que é certo e tampouco imposições de quaisquer visões. Em tal horizonte, questões realmente difíceis, que ensejam grandes questionamentos, não devem ser resolvidas com recurso à leitura principialista da Constituição, mas através da busca por um processo político plural, amplo, participado, transparente e maduro.

É nesse contexto que as explanações de Gonçalo de Almeida Ribeiro nos fornecem valioso subsídio. Uma Constituição democrática, segundo o autor, pode subtrair o poder de decisão de uma maioria parlamentar, que representa e responde perante os leitores, em favor de uma maioria judicial que não faz nenhuma das duas coisas, quando o material tóxico –

como o machismo, a misoginia, o racismo, a homofobia, a xenofobia, o fundamentalismo e o histerismo – ameaçar impregnar a atmosfera de respeito mútuo vital para a democracia.

Por outro lado, o grande desacordo característico de certas questões, como a proporcionalidade da incriminação do aborto e violação da igualdade pela proibição da adoção por casais do mesmo sexo, afeta a definição da solução. Em questões como essas, propõe Ribeiro, o comportamento da justiça constitucional deve ser deferente ao legislador democrático. Expandir o controlo jurisdicional implicaria privar o poder democrático, de modo a instaurar um governo de juízes.

Também na doutrina portuguesa, recordamos a lição de Vital Moreira, que rejeita que a maioria possa agir de forma totalmente desimpedida. Todos os poderes, inclusive o Legislativo, se sujeitam à Constituição. O conflito da tarefa da justiça constitucional de fazer prevalecer a Constituição contra a maioria legiferante diz respeito a duas legitimidades: daquela prioritária da Lei Fundamental, por um lado, e da legitimidade derivada delegada ao legislador ordinário, por outro.

Endossamos o posicionamento de Moreira no sentido de que o juiz constitucional deve se limitar ao exame da compatibilidade das leis à Constituição, mas não substituir o legislador na formulação de soluções constitucionais. A elaboração das leis é atribuição da maioria democraticamente legitimada a governar, e não dos juízes, ainda que constitucionais. Enquanto «contralegislador», e não legislador, o juiz constitucional não deve assumir o lugar do legislador e, ao ir além da declaração da inconstitucionalidade das leis, admitir-se a criar normas.

Em conjunturas como a portuguesa e a brasileira nos parece relevante salientar a inquietação de Paulo Otero com o facto de juízes constitucionais cada vez mais decidirem conflitos referidos a princípios constitucionais, muitos deles colidentes entre si e vertidos pelas próprias Constituições. Não raro, explica o autor, são mesmo os textos constitucionais, em muitos de seus dispositivos, que determinam a vagueza e ambiguidade das leis, sob pena de inconstitucionalidade. Ao aplicador do direito, então, é remetida a solução, no caso concreto, da escolha mais harmónica entre diferentes princípios constitucionais. A justiça constitucional, assim, assume a centralidade das discussões políticas e morais e acaba a julgar quase todas as matérias, inclusive por via incidental.

A teoria de Ely pode ser profícua em países como Portugal e Brasil. Apesar das especificidades no tocante ao sistema jurídico e ao controlo da constitucionalidade adotados, se tratam também de democracias representativas que vivenciam premente preocupação com

a densificação de normas abertas pela justiça constitucional. Se o devido processo legal e a igual proteção das leis foram os repositórios preferidos do criativismo estadunidense, em Portugal e no Brasil são conceitos também significativamente abertos, tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade” e “liberdade” que provocam problemas semelhantes. Uma atuação mais comedida da justiça constitucional, conforme defendida por Ely, pode colocar um freio ao desenvolvimento judicial das normas abertas das respectivas Constituições.

Ely sublinha ainda o problema de que, por conveniências eleitorais, em muitas ocasiões, os legisladores preferem não legislar. O autor critica o envolvimento dos legisladores em interesses paroquiais e eleitorais em detrimento de atividades programáticas e parlamentares. Causa-lhe perplexidade que os representantes do povo declinem da tarefa essencial de deliberar a respeito de questões verdadeiramente difíceis, seja em favor do Poder Executivo, seja em favor do Poder Judiciário. Apenas a deliberação através do processo legislativo é especialmente aberta, controlada e participada.

Juízes obviamente não são controlados nem responsáveis perante o povo. Os delegatários da tomada de decisão no âmbito do Poder Executivo apenas ocasionalmente são controlados pelas autoridades executivas eleitas e reeleitas. No último caso, em geral, não há discussão da decisão delegada de forma transparente e participada, como acontece no processo legislativo.

Ely recusa com veemência a delegação realizada em favor da Suprema Corte dos Estados Unidos à palavra final a respeito do conteúdo das leis federais que versam sobre direitos civis. Em uma democracia representativa, defende que o legislador se encarregue de efetivamente legislar. Diante de questões controversas, é necessário que o Poder Legislativo atinja um consenso possível que viabilize a formação de uma decisão, e não que transfira a responsabilidade para terceiros.

Nesse contexto, nos parece mais adequado que os juízes constitucionais não atuem como protagonistas ou legisladores paralelos, mas impulsionem o Poder Legislativo a atingir decisões políticas transparentes, maduras e participadas. Já a ciência jurídica, sem pôr em causa a coordenação que reflete uma cooperação funcional e harmônica entre os poderes, ou um sistema de *check and balances*, pode denunciar os perigos da assunção, pelo Poder Judiciário, da atividade precípua do Poder Legislativo. A centralidade das discussões e deliberações controvertidas na justiça constitucional, com o enfraquecimento da vida política, não é a única resposta ao preenchimento da textura aberta da Constituição.

A inovação jurídica deve acontecer, via de regra, através do legislador (não podemos esquecer-nos da possibilidade de o próprio povo exercer o poder de forma direta, nos termos estabelecidos pela Constituição). Em uma democracia representativa, o legitimado para responder questões inelutavelmente difíceis é o legislador, responsável perante o povo por seus atos e votos. Acreditamos na garantia da democracia por intermédio da ampla participação dos indivíduos em processos formalizados, claros e responsáveis. A produção de soluções refletidas e estáveis depende da capacidade de pensarmos a respeito do que nos une, para além do que nos divide, e não de uma concepção de democracia que exclua opções lícitas dos participantes do processo político.

A Constituição não torna inexoráveis os resultados da legislação, mas garante o constante diálogo entre as multidões de cidadãos livres e iguais que atuam no processo democrático. O encontro ou reencontro da comunidade política consigo mesma não deve ser solapado por uma justiça constitucional que assuma o protagonismo nos debates. Tal encontro ou reencontro apenas é viável com participação, discussões e vocalização de ideias. Sem entregar as minorias à própria sorte, a teoria de Ely permite o encontro com o outro, com o eventualmente discordante; a construção de convergências possíveis dentro dos dissensos naturalmente presentes em uma comunidade política plural.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Lawrence A., Judicial Activism: Clearing the Air and the Head, in *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (eds. Luís Pereira Coutinho – Massimo La Torre – Luís Pereira Coutinho – Steven D. Smith), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 44, Springer, 2015.
- ALEXANDRINO, José de Melo, *O Discurso dos Direitos*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- _____, Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- _____, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, 3.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2018.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 1.^a ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2008.
- AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- ARENDT, Hanna, *Sobre a Revolução*, traduzido por I. Morais, 1.^a ed., Lisboa, Relógio D'Água Editores, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 6.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012.
- _____, Democracia, Constituição e Supremacia Judicial: Direito e Política no Debate Contemporâneo, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- _____, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- BICKEL, Alexander, *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1.^a ed., Nova Iorque, The Bobbs Merrill, 1962.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Democracia e Representação: Crítica à Discussão Atual sobre a Democracia, in *Estado de Direito e Democracia – 2.^a Coletânea da*

Democracia, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.^a ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017.

_____, Notas sobre o conceito de ‘Mudança Constitucional’, in *Estado de Direito e Democracia – 2.^a Coletânea da Democracia*, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.^a ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017.

_____, A Democracia como Princípio Constitucional, in *Estado de Direito e Democracia – 2.^a Coletânea da Democracia*, traduzido por Marcelo Oliveira da Silva, 1.^a ed., Curitiba, Instituto Atuação, 2017.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 26.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa – MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu, Taxas: Equivalência e Igualdade, *Observatório da Jurisdição Constitucional - Instituto Brasileiro de Direito Público*, Ano 7, n.º 2, 2014.

BRENNAN JUNIOR, William J., Por Que ter uma Carta de Direitos, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 189, 1992.

BRITO, Miguel Nogueira de, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

_____, *As Andanças de Cândido: Introdução ao Pensamento Político do Século XX*, 1.^a ed., Lisboa, Edições 70, 2009.

_____, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, 2.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003.

CASTRO RANGEL, Paulo, A Separação de Poderes Segundo Montesquieu, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Regério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

COUTINHO, Luís Pereira, Do que a República é: uma República Baseada na Dignidade Humana, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2010.

- _____, O Facto do Pluralismo e a Fiscalização Judicial de Constitucionalidade, in *Atas do I Colóquio Luso Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, 1.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2014.
- _____, Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- _____, *Teoria dos Regimes Políticos: Lições de Ciência Política*, 1.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, reimp, 2015.
- _____, A Soberania Passiva do Juiz Constitucional: Um Estudo de Teoria do Estado, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. 2, Coimbra, Edições Almedina, 2016.
- _____, *O Estado como Representação: Do Momento Hobbesiano aos Problemas Contemporâneos*, 1.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2019.
- CURRIE, Brainerd – SCHRETE, Herma, Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities, *The Yale Law Journal*, Vol. 69, n.º 8, 1960.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 30.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.
- DERSHOWITZ, Alan M., In Memoriam: John Hart Ely, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 6, 2004.
- DWORKIN, Ronald, Enumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n.º 1, 1992.
- _____, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 1996.
- _____, *O Império do Direito*, traduzido por Jefferson Luiz Camargo, 1.^a ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 1999.
- _____, *Uma Questão de Princípio*, traduzido por Luís Carlos Borges, 1.^a ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 2001.
- _____, *Levando os Direitos a Sério*, traduzido por Nelson Boeira, 1.^a ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002.
- _____, *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, traduzido por Jefferson Luiz Camargo, 1.^a ed., Editora Martins Fontes, 2003.
- _____, *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, traduzido por Jussara Simões, 1.^a ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 2005.

- _____, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new Political Debate*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 2006.
- _____, *Justice in Robes*, 1.^a ed., Cambridge, The Belknap Press, 2006.
- ELSTER, Jon, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, 1.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1984.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- _____, Excerpt from Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law (1970), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade (1973), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, The Constitutionality of Reverse Discrimination (1974), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Excerpts from Testimony on S. J. Res. 119 and 130 before the Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Constitutional Amendments (1974), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Excerpt from 'On Constitutional Nihilism' (1980), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Choice of Law and State's Interest in Protecting it's Own (1981), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Democracy and the Right to be Different (1981), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Let there be Life (1981), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Democracy and Judicial Review (1982), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Excerpt from Professor Ronald Dworkin External/Personal Preference Distinction (1983), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions (1986), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.

- _____, Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts are no Different from Legislatures (1991), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Author's comment on 'Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law' and 'The Wages of Crying Wolf: a comment on Roe v. Wade' (1991), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Letter to Justice Kennedy, O'Connor, and Souter Concerning Planned Parenthood v. Casey (1992), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, The Rule of Clear Mistake: 'A Great and Stately Jurisdiction'? (1993), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- _____, Letter to the New York Times (1994), in *On Constitutional Ground*, 1.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.
- FALLON JR., Richard H., The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, *Harvard Law Review*, Vol. 121, n.º 7, 2008, p. 1726.
- MENDES, Gilmar Ferreira – BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 9.^a ed., São Paulo, Saraiva Editora, 2014.
- FRADA, Manuel Carneiro da, Equidade (ou a "Justiça com Coração"), in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, O Constitucionalismo e o Estado de Direito, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- _____, *A Democracia Através dos Direitos: O Constitucionalismo Garantista como Modelo Teórico e como Projeto Político*, traduzido por Alexandre Araujo de Souza et al., 1.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GOMES, Fábio Guedes, Conflito Social e 'Welfare State': Estado e Desenvolvimento Social no Brasil, *Revista de Administração Pública*, Vol. 40, n.º 2, 2006.
- GUDRIDGE, Patrick O., In Memoriam: John Hart Ely, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 07, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, traduzido por Flávio Beno Siebeneichler, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003.

- HAMILTON, Alexander, A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behavior (Federalist Paper No. 78), in *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*, traduzido por de A. Ribeiro Mendes, 6.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, Edições Almedina, reimp, 2019.
- HESSE, Konrad, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, traduzido por Carlos dos Santos Almeida – Inocêncio Mártires Coelho – Gilmar Ferreira Mendes, 1.^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.
- HOMEM, António Pedro Barbas, A Crise da Justiça, a Cidadania e a Sociedade, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- HOLMES, Stephen, Precommitment and the Paradox of Democracy, in *Constitutionalism and Democracy* (coords. Jon Elster – Rune Slagstad), 1.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- KAUFMANN, Arthur, A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História, traduzido por Marcos Keel, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas* (orgs. Winfried Hassemer – Arthur Kaufmann), 3.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- KELSEN, Hans, A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional – 1928), traduzido por Ana Bela Cabral, *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, Vol. 20/21, 2001.
- LAMEGO, José, *Elementos de Metodologia Jurídica*, 1.^a ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *As Origens da Constituição Norte-Americana: Uma Lição para a Europa*, 1.^a ed., Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1994.
- MIRANDA, Jorge, Os Problemas Políticos Fundamentais e as Formas de Governo Modernas, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes* (org. Jorge Miranda), Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- _____, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *The Spirit of Laws*, Kitchener, Batoche Books, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamento Sobre os Passos de uma Evolução Subjectivista*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (orgs. António Menezes Cordeiro – Luís Menezes Leitão – Januário da Costa Gomes), Vol. V, Coimbra, Almedina, 2003.

_____, *Justiça Constitucional*, Tomo I: A Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006

_____, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Vol. 2: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MORAIS, Alexandre de, *As Súmulas Vinculantes no Brasil e a Necessidade de Limites ao Ativismo Judicial*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Vital, *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

NEVES, António Castanheira, *Dworkin e a Interpretação Jurídica – Ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____, *Fontes do Direito: Contributo para a Revisão do seu Problema*, in *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. 2, 1.^a ed., Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

_____, *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função, e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdiccional do Direito*, in *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. III, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

_____, *Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*, in *Digesta – Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Vol. III, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, 1.^a ed., Oxford, Blackwell Publishing, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

- _____, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, reimp, 2014.
- _____, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, 1.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, reimp, 2014.
- _____, *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade: Avaliação Crítica*, 1.^a ed., Lisboa, AAFDL Editora, reimp, 2017.
- _____, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, 1.^a ed., Lisboa, AADFL Editora, 2017.
- OTERO, Paulo, A Crise na Concretização Jurisdicional da Justiça, in *O Debate da Justiça: Estudos sobre a Crise da Justiça em Portugal* (orgs. António Pedro Barbas Homem – Jorge Bacelar Gouveia), 1.^a ed., Lisboa, Vislis Editores, 2001.
- _____, *A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, 1.^a ed., Cascais, Principia, 2001.
- PALMA, Maria Fernanda, O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição, in *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 12, Madrid, 2008.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa – LOMBA, Pedro, *Comentário à Constituição Portuguesa*, Vol. III, Tomo 1, 1.^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2008.
- POSNER, Richard A., Democracy and Distrust Revisited, *Virginia Law Review*, Vol. 77, 1991.
- QUADROS, Fausto de, A Influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, traduzido por Carlos Pinto Correia, 1.^a ed., Lisboa, Editora Fundamento, 1993.
- _____, *O Liberalismo Político*, traduzido por João Sedas Nunes, 1.^a ed., Lisboa, Editorial Presença, 1997.
- _____, *A Lei dos Povos*, traduzido por Luis Crasto Gome, 1.^a ed., Coimbra, Quarteto Editora, 2000.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, O Constitucionalismo dos Princípios, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014.

- ROSENTHAL, Lawrence, The Limits of Second Amendment Originalism and the Constitutional Case for Gun Control, *Washington University Law Review*, Vol. 92, Washington, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Paulo Otero – Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz, A Revolução Copernicana do Direito e a Preservação de sua Autonomia diante do Panprincipiologismo, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coords. Marcelo Rebelo de Sousa – Fausto de Quadros – Paulo Otero), Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- _____, Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-positivismo, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um Debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- _____, Decisão Jurídica, Integridade, Norma de Decisão e Concretização da Constituição, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* (coords. Fernando Alves Correia – Jónatas M. Machado – João Carlos Loureiro), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SMITH, Steven, Judicial Activism and ‘Reason’, in *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (eds. Luís Pereira Coutinho – Massimo La Torre – Luís Pereira Coutinho – Steven D. Smith), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 44, Springer, 2015.
- SOIFER, Aviam, In Memoriam: John Hart Ely – Ely the Transgressor, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n.º 6, 2004.
- SUNSTEIN, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*, 1.ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- TEIXEIRA, António Braz, Realismo, Personalismo e Jusnaturalismo no Debate Jurídico Contemporâneo, in *Direito e Justiça: Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica - Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão* (orgs. Maria João Matias Fernandes – Joana Liberal Arnaut), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.
- URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 1.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2012.

_____, A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos* (orgs. Luís Pereira Coutinho – Gonçalo de Almeida Ribeiro), 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

_____, Retoques para uma Futura Revisão, in *Nos 40 anos da Constituição* (org. Jorge Miranda), Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, 1.ª ed., Nova Iorque, Oxford University Press, 1999.

_____, *A Dignidade da Legislação*, traduzido por Luís Carlos Borges, 1.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____, The Core of the Case against Judicial Review, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, n.º 6, 2016.

ÍNDICE

Introdução.....	05
------------------------	-----------

CAPÍTULO I

As inquietações de John Hart Ely com decisões constitucionais controversas

1. A justiça constitucional nas tradições jurídicas e processos constitucionais de limitação de poder europeu continental e estadunidense.....	11
2. Os juízes constitucionais diante dos casos <i>Lochner</i> , <i>Brown</i> e <i>Roe</i>	22
3. Fontes «não interpretativistas» das decisões e normas constitucionais abertas.....	35

CAPÍTULO II

A resolução jurisdicional de casos difíceis ou controversos em Ronald Dworkin

1. Da crítica à discricionariedade judicial de Hart à teoria dos princípios jurídicos.....	42
2. O desenvolvimento das normas constitucionais abertas pelos juízes.....	54
3. A integridade no direito: o ideal político da comunidade de princípios.....	67

CAPÍTULO III

A teoria do controlo jurisdicional da constitucionalidade de John Hart Ely

1. O controlo referido ao devido processo legal nos casos <i>Roe</i> e <i>Lochner</i>	87
2. A igual proteção das leis e o amparo das minorias à luz do caso <i>Brown</i>	109
3. O processo político plural e participado aberto pela Constituição.....	128
Conclusões.....	153