

Acordos Constitucionais sem Teorias Constitucionais¹

Cass R. Sunstein²

Em muitas nações democráticas, os cidadãos precisam agir diante de conflitos e desacordos sobre os assuntos mais fundamentais. A existência de valores diferentes – resultado do pluralismo e mesmo de um multiculturalismo – parece ameaçar a própria possibilidade de uma ordem constitucional. As pessoas não concordam sobre direitos, sobre o que pode ser considerado uma vida boa, sobre igualdade e liberdade, sobre a natureza e a existência de Deus. Como pode o constitucionalismo ser colocado em prática nessas circunstâncias? Neste artigo, eu trato da elaboração e da interpretação de constituições na tentativa de obter algum progresso nessa questão fundamental.³

Minha idéia básica é que, mesmo quando não conseguem entrar em acordo quanto a teorias constitucionais, as pessoas podem freqüentemente concordar a respeito de práticas constitucionais, e até sobre direitos. Em outras palavras, ordens constitucionais em bom funcionamento procuram resolver seus problemas por meio de *acordos não completamente fundamentados*.⁴ Esses acordos, às vezes, dependem da aceitação de abstrações em meio a sérios desacordos a respeito de casos específicos. Assim, pessoas que discordam sobre os limites da incitação à

¹ Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Os tradutores gostariam de agradecer a Joaquim Falcão e Marcelo Lennertz pelas sugestões e comentários.

² *Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor of Jurisprudence*, Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

³ Eu lidei com aspectos desse problema em outras oportunidades. Ver Sunstein, 1999, 1996.

⁴ No original, *incompletely theorized agreements*. Optamos por traduzir *theorized* como *fundamentados* para tentar deixar mais claro o argumento do autor. No curso do artigo, na medida em que esse conceito é definido, percebe-se que a “incompletude teórica” dos acordos apontada por Sunstein significa a ausência de uma fundamentação completa baseada em uma teoria mais abstrata e abrangente. [N. T.]

violência e ao ódio [*hate speech*]⁵ podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão, e aqueles que têm opiniões conflitantes sobre homossexualidade e igualdade sexual podem aceitar um princípio abstrato de vedação da discriminação. Esse é um fenômeno importante no Direito e na Política constitucionais; ele torna possível a elaboração de constituições. Mas, às vezes, acordos não completamente fundamentados envolvem resultados concretos e não abstrações; as pessoas podem concordar sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada prática mesmo quando as teorias que fundamentam seus juízos estão em total divergência.

Esse fenômeno sugere que, quando as pessoas discordam ou estão incertas a respeito de uma abstração – a igualdade é mais importante do que a liberdade? Existe livre-arbítrio? –, elas muitas vezes podem fazer progressos se deslocando para um nível de maior particularidade. Realizariam, assim, uma *descida conceitual*. Tal fenômeno tem um traço especialmente digno de nota: ele promove o silêncio sobre certas questões fundamentais como um mecanismo para produzir convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites de tempo e capacidade e da heterogeneidade. Acordos não completamente fundamentados são, portanto, uma fonte importante de sucesso do constitucionalismo e de estabilidade social. Eles também fornecem um canal importante para que as pessoas demonstrem respeito mútuo.

Consideremos alguns exemplos. As pessoas podem acreditar que é importante proteger a liberdade de religião ainda que sejam adeptas de teorias diferentes para fundamentá-la. Alguns podem enfatizar a necessidade de paz social; outros podem pensar que a liberdade religiosa reflete um princípio de respeito mútuo e um reconhecimento da dignidade humana; outros podem invocar razões utilitaristas; e outros podem, ainda, pensar na liberdade religiosa como um comando de natureza teológica. De forma similar, as pessoas podem invocar muitas bases diferentes para sua crença comum de que a Constituição deve assegurar a separação de poderes. Alguns podem pensar que a separação fortalece as garantias contra a tirania; outros podem pensar que ela torna o governo mais democrático; outros podem, ainda, acreditar que ela gera maior eficiência.

O acordo no nível das particularidades não é completamente fundamentado no sentido de que os participantes em questão estão de acordo quanto a uma prática e seu resultado sem necessariamente concordarem quanto à teoria mais geral que os justifica. As pessoas podem, muitas vezes, concordar com uma fundamentação construída com princípios de curto e médio alcance. Elas podem concordar que uma determinada regra – proteger dissidentes políticos ou permitir que trabalhadores pratiquem sua religião, por exemplo – faz sentido, sem que estejam

⁵ *Hate speech* é um termo genérico utilizado para designar manifestações de pensamento ou opinião que se constituam, na prática, em ataques a um determinado grupo identificado por critérios como raça, etnia, religião ou orientação e identidade sexuais, e/ou estimulem hostilidade em relação a esse grupo. [N.T.]

inteiramente de acordo quanto aos fundamentos de suas crenças. Elas podem aceitar um determinado resultado – a afirmação do direito de se casar, talvez, ou a proteção da arte sexualmente explícita – sem se entenderem ou convergirem a respeito de uma eventual base última desta aceitação. O que fundamentaria esse resultado específico, entendido nos termos de uma teoria completa sobre o que é certo ou sobre o que é bom, é uma questão deixada sem explicação.

Existe um caso extremo de fundamentação incompleta: a *particularidade total*. Esse fenômeno ocorre quando as pessoas concordam quanto a um resultado sem concordar quanto a qualquer espécie de fundamentação. Qualquer fundamentação é, por definição, mais abstrata do que o resultado que pretende sustentar. Às vezes, as pessoas simplesmente não oferecem quaisquer justificativas para o resultado em questão – porque desconhecem as justificativas possíveis, porque não há acordo a respeito delas ou, ainda, por terem medo de que essas fundamentações se revelem inadequadas após uma análise mais detida e, portanto, sejam mal empregadas no futuro. Trata-se de um importante fenômeno no Direito anglo-americano. Os Tribunais do Júri normalmente não apresentam justificativas para seus resultados, e negociadores, às vezes, chegam à conclusão de que algo deve ser feito sem concluir por que deve acontecer. Não enfatizarei esse caso-limite neste artigo. Em vez disso, enfocarei o fenômeno dos resultados justificados por princípios de curto e médio alcance.

Minha ênfase nos acordos não completamente fundamentados pretende ser parcialmente descritiva. Tais acordos são fenômenos correntes na elaboração de constituições e no Direito Constitucional em geral. Mas também pretendo abordar alguns pontos sobre o constitucionalismo em um cenário de pluralismo. Em síntese, existem virtudes especiais em se evitarem conflitos teóricos de larga escala. Acordos não completamente fundamentados podem operar como bases tanto para regras quanto para analogias, e são especialmente adequados para as limitações de diversas instituições, incluindo tribunais.

I Como as pessoas convergem

Parece evidente que, fora do âmbito do Direito, as pessoas podem concordar a respeito da correção de um resultado mesmo sem possuírem uma fundamentação que dê conta dos seus juízos. Você pode saber que objetos caem quando jogados, que picadas de abelhas doem, que o ar quente sobe e que a neve derrete sem saber exatamente por que isso é verdade. O mesmo é verdadeiro para a moral – tanto no geral, quanto em suas aplicações específicas no Direito Constitucional. Você pode saber que a escravidão é errada, que o governo não pode impedir protestos políticos, que cada pessoa deveria ter apenas um voto e que é errado o governo tomar sua propriedade a não ser que pague por isso, sem saber exatamente ou inteiramente por que as coisas são assim. Juízos morais podem ser corretos ou verdadeiros mesmo se são formulados por pessoas que não têm uma fundamentação

completa e adequada desses juízos (entretanto, os participantes da argumentação no âmbito moral podem conseguir melhores resultados quando procuram apresentar uma fundamentação do gênero, ponto ao qual voltarei). Um juiz pode saber que, se o governo puniu uma conduta por seu caráter religioso, agiu ilegalmente, mesmo sem saber de forma plena por que esse princípio foi positivado. Podemos, então, oferecer uma tese epistemológica: as pessoas podem saber que X é verdade sem saber por que X é verdade.

Há também uma tese política a ser explicitada. Às vezes, as pessoas podem concordar sobre juízos individuais mesmo quando estão em desacordo quanto a questões teóricas mais gerais. No Direito Constitucional norte-americano, por exemplo, juízes diferentes podem concordar que o caso *Roe vs Wade* ([1973] 410 U.S. 113),⁶ que garante às mulheres o direito de escolher praticar um aborto, não deve ser anulado [*overruled*],⁷ ainda que as razões que levem cada um deles a pensar dessa forma possam estar em total divergência. Algumas pessoas acreditam que a Suprema Corte deve respeitar seus próprios precedentes; outros, que o caso foi corretamente decidido, como uma forma de proteção da igualdade para as mulheres; outros, que a decisão é reflexo de uma avaliação adequada sobre o papel social da religião; e outros, ainda, que restrições à prática do aborto não são capazes de proteger eficazmente os fetos e que, portanto, a decisão é boa por razões pragmáticas. Podemos encontrar acordos políticos não completamente fundamentados sobre resultados particulares em muitas áreas do Direito e da Política – nos dois lados das controvérsias sobre discriminação racial, nos dois lados de debates sobre o sistema penal, nos dois lados de discussões sobre separação de poderes.

2 Regras e analogias

Regras e analogias são os dois métodos mais importantes para se resolverem disputas constitucionais sem a obtenção de acordos sobre princípios básicos. Ambos os mecanismos – centrais para o Direito Público tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos – tentam promover um objetivo importante para toda sociedade heterogênea: *tornar possível a obtenção de acordo quando o acordo é necessário, e tornar desnecessária a obtenção de acordo quando o acordo é impossível.*

As pessoas podem freqüentemente (ainda que não sempre) concordar sobre o que as regras constitucionais significam, mesmo quando não concordam em mais nada ou quase nada. E, diante de desacordos e incertezas persistentes em

⁶ Sobre a recusa em anular [*overrule*] *Roe*, ver *Planned Parenthood v. Casey*; (1992) 112 S Ct 2791.

⁷ O *overrule* “ocorre quando uma corte, em um caso diferente e subsequente, toma uma decisão sobre determinada questão de direito exatamente oposta a uma decisão tomada em um caso anterior. Uma decisão só pode sofrer essa anulação pela mesma corte ou por corte superior dentro da mesma jurisdição” (GIFIS, Steven H. *Overrule*, in *Law dictionary*. New York: Barron’s Educational Series, 1991). [N. T.]

discussões sobre o que é moralmente devido, as pessoas podem argumentar em casos constitucionais específicos recorrendo a analogias. Elas apontam para casos nos quais os juízos legais são seguros. Utilizam esses juízos sólidos como pontos de partida para chegar a outros mais difíceis. É assim que as pessoas comuns tendem a raciocinar.

Nesse sentido, podemos aproveitar a análise do Ministro da Suprema Corte Norte americana Stephen Breyer sobre um dos compromissos-chave atingidos pelos sete membros da Comissão de Sentenças dos Estados Unidos [*U.S. Sentencing Commission*]⁸ (BREYER, 1998, p. 14-19). Segundo Breyer, um problema central estava em como agir diante de premissas filosóficas muito diferentes no que se refere aos objetivos últimos da punição criminal. Alguns pediram à Comissão que tratasse das punições a partir da idéia de “retribuições proporcionais” – uma abordagem que ordenaria as condutas criminosas de forma escalonada, com base num critério de severidade. Mas os diferentes integrantes da Comissão tinham visões muito distintas acerca de como deveria ser feita a ordenação desses crimes. Nessas circunstâncias, poderia ocorrer uma estranha forma de deliberação, na qual punições se tornariam cada vez mais – e mais irracionalmente – severas, porque alguns membros da Comissão insistiriam que o crime em análise seria mais grave do que os crimes previamente ordenados. Em todo caso, seria improvável que os esforços dos sete membros da Comissão em ordenar os crimes em termos de severidade levassem a um sistema racional consensual.

Outras pessoas insistiram junto à Comissão para que esta adotasse um modelo baseado na idéia de prevenção. Existiam, porém, sérios problemas nessa abordagem. Não temos evidência empírica que ligue variações detalhadas nas punições à prevenção de crimes, e dificilmente seria consenso entre os sete membros da Comissão a afirmação de que a idéia de prevenção fornece uma explicação adequada para os objetivos da punição criminal. Uma abordagem baseada na prevenção não parecia mais promissora do que aquela baseada em retribuições proporcionais.

Nesse contexto, que caminho a Comissão seguiu? Na verdade, ela abandonou todas as teorias abrangentes. Não adotou nenhuma visão geral sobre as finalidades da punição. Em vez disso, a Comissão abandonou a teoria abstrata e adotou uma regra – uma regra fundada em precedentes: “Decidiu basear as Diretrizes [para a fixação de penas] primariamente em práticas passadas típicas e regulares.” Explicações conscientemente articuladas, não baseadas em teorias abstratas, foram usadas para sustentar rupturas específicas com as práticas passadas.

⁸ “A Comissão de Sentenças dos Estados Unidos é uma agência independente ligada ao Poder Judiciário. Seus principais propósitos são: (1) estabelecer políticas e práticas penais para as cortes federais, incluindo diretrizes a serem consultadas sobre a forma e severidade apropriadas para as punições de criminosos condenados por crimes federais; (2) assistir e fazer recomendações ao Congresso e ao Poder Executivo sobre o desenvolvimento de políticas criminais efetivas e eficientes; e (3) coletar, analisar, pesquisar e distribuir uma larga gama de informações sobre assuntos relacionados a crimes federais e penas, servindo como fonte de informações para o Congresso, o Poder Executivo, as cortes, os atuantes na justiça criminal, a comunidade acadêmica e o público” (*An overview of the United States Sentencing Commission*. Disponível no site oficial da US Sentencing Commission: <http://www.uscc.gov/general/USSCoverview_2005.pdf>. Acesso em: 25 maio 2007). [N. T.]

O juiz Breyer vê este esforço da Comissão como um meio necessário para a obtenção de acordo e racionalidade dentro de um órgão colegiado encarregado de evitar variações injustificáveis na fixação de penas. Para recorrer à sua própria e mais ilustrativa apresentação oral sobre a questão:

“Por que a Comissão não se sentou e efetivamente racionalizou a coisa em vez de apenas se atrelar à história? A resposta curta é: nós não poderíamos. Não poderíamos porque existem argumentos bons por toda parte, apontando para direções opostas. [...] Tentem listar todos os crimes existentes ordenando-os a partir do crime que merece a punição maior. [...] Peguem então os resultados de seus colegas e veja se todos eles conferem. Eu lhes digo que não” (*The New Republic*, June 6, 1994, p. 12).

O exemplo sugere uma tese mais geral. Tanto por meio de analogias quanto de regras, é freqüentemente possível para os atores do Direito Constitucional convergir tanto em relação a princípios abstratos quanto em relação a resultados particulares, sem resolver questões mais ambiciosas e abrangentes sobre o que é bom ou certo. As pessoas podem decidir o que deve ser feito mesmo quando discordam sobre como exatamente se deve pensar. Na verdade, este é um fato crucial sobre o Direito que complica, e muito, a vida de argumentos mais abrangentes, baseados, por exemplo, em perspectivas utilitaristas ou neo-kantianas sobre os direitos. O Direito é freqüentemente agnóstico em relação a essas perspectivas.

3 Acordos e justiça

No ponto em que estamos, alguém poderia perguntar: por que os acordos são tão importantes, no constitucionalismo ou em qualquer outro lugar? O fato de que as pessoas podem obter um acordo desse tipo – sobre o valor e significado de um direito ou sobre a solidez de uma analogia – não garante um resultado positivo. E isso é verdadeiro qualquer que seja nosso critério para determinar se um resultado é positivo. Talvez a Comissão de Sentenças tenha incorporado decisões passadas baseadas em ignorância, confusão ou preconceito. Boa parte disso poderia ser dito a respeito das analogias. Qualquer argumento por analogia depende de algum tipo de premissas – e essas premissas podem estar erradas. Pessoas em posições de autoridade podem concordar que a proibição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente aceitável porque é análoga à proibição de casamentos entre tios e sobrinhas; mas essa analogia pode ter sido mal-concebida, porque existem diferenças relevantes entre os dois casos e porque as semelhanças estão longe de serem decisivas. O fato de as pessoas concordarem que um caso constitucional A é análogo a um caso B não significa que o caso A ou o caso B estejam corretamente resolvidos. Talvez a decisão do caso A não deva ser aceita sem maiores questionamentos. Talvez o caso A não deva ser escolhido como fundamento relevante para um raciocínio por analogia; talvez o caso Z seja

mais pertinente. Talvez o caso B não seja realmente similar ao caso A. Problemas desse tipo com analogias e raciocínios de curto alcance podem aumentar as nossas pretensões. Podemos muito bem ser levados em direção a teorias abstratas – e rumo a teses mais amplas e talvez mais controversas – precisamente porque a argumentação baseada em analogias nos fornece uma compreensão inadequada e não completamente fundamentada acerca de quais são as semelhanças e diferenças relevantes.

Tudo isso deveria ser suficiente para mostrar que as virtudes das decisões baseadas em regras ou em analogias são parciais. Mas é provável que nenhum sistema político ou jurídico possa ser justo ou eficiente se dispensar regras e analogias. Na verdade, provavelmente não chegará sequer a ser factível.

4 Constituições, casos e acordos não completamente fundamentados

Acordos não completamente fundamentados exercem um papel bastante amplo no Direito Constitucional e na sociedade em geral. De fato, é bem raro que uma pessoa ou um grupo fundamente completamente qualquer assunto, ou seja, que aceite tanto uma teoria geral, quanto uma série de passos conectando essa teoria a conclusões concretas. Então, normalmente, temos um *acordo não completamente fundamentado sobre um princípio geral* – não completamente fundamentado no sentido de que as pessoas que aceitam o princípio não precisam concordar quanto ao que a sua aplicação impõe em casos particulares. Essa é a idéia enfatizada pelo Ministro da Suprema Corte Norte-americana Oliver Wendell Holmes em seu grande aforismo: “Princípios gerais não decidem casos concretos” (*Lochner v. New York*; [1908] 198 U.S. 48, 69; J. Holmes, voto divergente). O acordo é não completamente fundamentado no sentido de que *não é completamente especificado*. Grande parte do trabalho principal deve ser feito por outros, normalmente por meio de juízos casuísticos, especificando a abstração no momento da aplicação.

Muito freqüentemente, a elaboração constitucional se torna possível por meio deste tipo de acordo não completamente fundamentado. Muitas constituições contêm *standards* não completamente especificados e evitam regras, ao menos quando se trata de descrever direitos fundamentais. Consideremos os exemplos da Europa Oriental e – particularmente notável – da África do Sul, em que as constituições incluem muitas cláusulas abstratas sobre as quais houve intensas controvérsias quando de suas especificações concretas. Disposições abstratas protegem a “liberdade de expressão”, a “liberdade religiosa” e a “igualdade perante a lei”, e os cidadãos concordam no que diz respeito à importância dessas abstrações, mesmo em meio a ferrenhas disputas sobre o que elas realmente implicam. Grande parte da elaboração de leis também só se torna possível graças a esse fenômeno. E quando o acordo sobre uma constituição escrita é difícil ou impossível – em Israel, por exemplo, e, como alguns alegam, em determinados períodos na Inglaterra – é porque é difícil obter consenso a respeito das abstrações centrais.

Vamos nos voltar agora para um segundo fenômeno. Às vezes, as pessoas concordam sobre um princípio de médio alcance, mas discordam tanto em relação às teorias mais gerais quanto em relação aos casos particulares. As pessoas podem achar, por exemplo, que o governo não pode discriminar cidadãos com base em critérios raciais, sem que adotem uma teoria mais ampla sobre igualdade, e também sem estarem de acordo quanto à questão de se o governo pode implementar programas de ações afirmativas ou segregar prisões quando as tensões raciais estiverem sérias. As pessoas podem acreditar que o governo não pode regular a manifestação do pensamento a não ser que possa mostrar um perigo real e imediato – mas, ao mesmo tempo, discordar sobre se a adoção desse princípio se fundamenta em considerações utilitaristas ou kantianas e se o princípio permite ao governo regular uma manifestação específica de membros de um partido político fascista.

Observadores do constitucionalismo democrático talvez dêem relevo a um terceiro tipo de fenômeno, de especial interesse para a prática do Direito Constitucional nos tribunais: acordos não completamente fundamentados sobre resultados particulares, acompanhados de acordos sobre os princípios de curto ou estreito alcance que os sustentam. Não há nenhum algoritmo para distinguir entre uma teoria de alto nível de abstração e uma que opera em um nível baixo ou intermediário. Pensemos no kantismo e no utilitarismo – exemplos evidentes de teorias de alto nível de abstração – e ficará aparente como muitos e notáveis esforços (acadêmicos) para racionalizar áreas como responsabilidade civil, direito dos contratos, liberdade de expressão e direito à igualdade são fundamentados em teorias altamente abstratas sobre o que é certo e o que é bom. Em contraste, podemos considerar que os princípios de curto alcance incluem a maioria dos recursos mais usuais da justificação constitucional de curto alcance ou “doutrina” constitucional – a classe geral de princípios e justificações que não derivam de nenhuma grande teoria específica acerca do que é certo e do que é bom, que mantêm relações ambíguas com teorias abrangentes e que são compatíveis com mais de uma das teorias desse tipo.

Com a expressão *princípios de curto alcance* me refiro a algo relativo, não absoluto; quero fazer o mesmo com os termos *teorias* e *abstrações* (que utilizo de forma intercambiável). Nesse contexto, as noções de “curto alcance”, “alto nível de abstração” e “abstrato” são mais bem compreendidas em termos comparativos, como os termos *grande*, *velho* e *incomum*. Assim, o critério do “perigo real e imediato” na regulação da manifestação do pensamento no Direito norte-americano é relativamente uma abstração quando comparado com a alegação de que o governo não pode impedir a divulgação pela Internet do discurso de um membro de um culto recomendando práticas violentas, ou a de que membros do Partido Nazista podem fazer passeatas na cidade de Skokie, em Illinois. Mas a idéia de “perigo real e imediato” é relativamente particular quando comparada com a alegação de que as nações deveriam adotar a abstração constitucional da “liberdade de expressão”. O termo *liberdade de expressão* é uma abstração relativa quando medido contra a

alegação de que leis sobre o financiamento de campanhas são aceitáveis, mas o mesmo termo é menos abstrato que os fundamentos que justificam a liberdade de expressão, como, por exemplo, o princípio da autonomia individual. O que estou enfatizando aqui é que, quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) abstrata, elas podem ser capazes de entrar em acordo ao realizarem uma descida conceitual e reduzirem o nível de abstração.

No raciocínio analógico, esse fenômeno ocorre a todo momento. As pessoas podem pensar que A é como B e, como tal, abrangido pelo mesmo princípio de curto alcance, sem concordar quanto a uma teoria mais profunda que explique por que esse princípio é consistente. Elas concordam quanto à similaridade, sem estarem de acordo quanto a uma explicação de larga escala sobre o que torna as duas coisas similares. No campo da legislação sobre discriminação, por exemplo, muitas pessoas acreditam que a discriminação sexual é similar à discriminação racial e, portanto, deve ser tratada similarmente, mesmo se não possuem ou não podem concordar em relação a uma teoria geral estabelecendo quando a discriminação é inaceitável. No campo da liberdade de expressão, muitas pessoas podem concordar que a proibição de uma manifestação de um comunista é similar à proibição de uma manifestação de um membro de um partido político fascista e, como tal, deve ser tratada de forma semelhante – mesmo se elas não conseguem chegar a um acordo a respeito de uma teoria geral relativa às fundações do princípio da liberdade de expressão.

5 Fundamentação incompleta e os usos construtivos do silêncio

O que pode ser dito em favor de acordos não completamente fundamentados quanto ao conteúdo de uma constituição, ou de juízos não completamente fundamentados sobre casos constitucionais particulares? Alguns consideram a fundamentação incompleta como um fenômeno infeliz – no sentido de ser algo constrangedor, ou reflexo de algum problema importante, ou até mesmo uma prática pouco civilizada. Quando as pessoas teorizam, elevando o nível de abstração da discussão, o fazem para revelar algum viés, confusão ou inconsistência. É certo que os participantes do Direito e da Política constitucionais não devem deixar de se empenhar nesse sentido.

Há verdades importantes nessas considerações; de fato, não seria sensato celebrar a modéstia teórica em todo e qualquer momento e contexto. Às vezes, os agentes envolvidos no Direito e na Política constitucionais possuem sintonia de pensamento e informação suficientes para serem muito ambiciosos. Mas juízos não completamente fundamentados são uma parte importante e valiosa tanto da vida pública quanto da privada. Eles ajudam a tornar as constituições e o Direito Constitucional possíveis; ajudam até mesmo a tornar a vida em sociedade possível. Muitas de suas virtudes envolvem os *usos construtivos do silêncio*, um fenômeno social e jurídico extremamente importante. O silêncio – sobre algo que possa se

mostrar falso, estúpido ou excessivamente controvertido – pode ajudar a minimizar conflitos, permitir que o alcance das decisões do presente seja revelado pelo futuro e economizar uma grande quantidade de tempo e despesas. O que é dito e resolvido é tão importante quanto o que é deixado de fora.

O primeiro e mais óbvio ponto é que acordos não completamente fundamentados sobre princípios e casos constitucionais são adequados a um mundo – especialmente um mundo jurídico – marcado por desacordo social em assuntos de larga escala. Por definição, esses acordos têm a grande vantagem de permitir a convergência, quanto a resultados particulares, entre pessoas incapazes de alcançar qualquer coisa próxima de um acordo sobre princípios gerais. Essa vantagem está ligada não apenas à pura e simples necessidade de decidir casos, mas também à estabilidade social, que não poderia existir se desacordos fundamentais aparecessem em todo caso de disputa pública ou privada.

Em segundo lugar, acordos não completamente fundamentados podem ajudar a promover dois objetivos de uma democracia constitucional e de um sistema jurídico liberal: permitir que as pessoas vivam juntas e permitir que mostrem umas às outras algum grau de reciprocidade e respeito mútuo. O uso de princípios ou regras de curto alcance permite que juízes em órgãos colegiados, e cidadãos em geral, descubram um terreno em comum e, assim, um modo de vida comum, sem produzir antagonismo desnecessário. Regras e princípios de curto alcance tornam desnecessário adentrar áreas nas quais o desacordo é a nota essencial.

Além disso, e talvez ainda mais importante, os acordos não completamente fundamentados permitem que as pessoas mostrem umas às outras um alto grau de respeito mútuo, civilidade ou reciprocidade. Com frequência, pessoas comuns discordam profundamente acerca de determinadas questões – como a pornografia, os casamentos homossexuais ou a situação no Oriente Médio – e, às vezes, elas concordam em não discutir muito a respeito, como uma maneira de demonstrar reverência às convicções alheias e mostrar um certo grau de reciprocidade e respeito (mesmo se elas não respeitam de forma alguma as outras convicções específicas em questão). Se reciprocidade e respeito mútuo são desejáveis, então juízes ou agentes públicos em geral, talvez até mais do que os cidadãos comuns, não deveriam questionar os compromissos mais profundos e fundamentais de seus compatriotas, ao menos se esses compromissos são razoáveis e se não há motivo para questioná-los.

É certo que alguns compromissos podem ser apropriadamente questionados no âmbito do sistema jurídico ou de outras instituições. Alguns desses compromissos são colocados fora do alcance da discussão pela própria Constituição. Muitos dispositivos ligados a direitos fundamentais têm essa função. É claro que nem sempre é sinal de desrespeito manifestar uma discordância profunda em relação a alguém; ao contrário, desacordos do gênero podem, às vezes, refletir um profundo respeito. Quando compromissos fundamentais são baseados em erros fáticos ou lógicos demonstráveis, é apropriado contestá-los. Assim como quando tais

compromissos se fundam em uma rejeição da dignidade básica de todos os seres humanos, ou quando é necessário levar a contestação adiante para resolver um problema importante. Mas muitos casos podem ser resolvidos de uma forma não completamente fundamentada, e este é o habitual no Direito Constitucional; é isso que estou enfatizando aqui.

Para árbitros de controvérsias sociais, acordos não completamente fundamentados têm a crucial função de reduzir o custo político de desacordos persistentes. Se os participantes das decisões constitucionais recusam o emprego de teorias de larga escala, então os perdedores em casos particulares perdem muito menos. Eles perdem uma decisão, mas não o mundo. Pode ser que ganhem em outra ocasião. Suas teorias não foram rejeitadas ou julgadas inadmissíveis. Quando a justificativa oficial para o resultado é desconectada de teorias abstratas sobre o que é certo ou bom, os perdedores podem se submeter às suas obrigações legais, mesmo que de maneira relutante, sem serem forçados a renunciar a seus ideais maiores.

No âmbito do Direito Constitucional, acordos não completamente fundamentados são especialmente valiosos quando uma sociedade busca evolução moral e até mesmo progresso com o passar do tempo. Consideremos o terreno da igualdade, no qual mudanças consideráveis ocorreram no passado e inevitavelmente ocorrerão no futuro. Um julgamento completamente fundamentado seria incapaz de acomodar mudanças nos fatos ou nos valores. Se uma cultura realmente atingisse um suposto estágio final, se tornaria muito rígida e calcificada; nós saberíamos o que pensamos sobre tudo. Isso seria um desserviço à posteridade. Assim, acordos não completamente fundamentados são uma chave para debates acerca da igualdade tanto no Direito quanto na Política, quando questões são levantadas sobre se certas discriminações com base em sexo, orientação sexual, idade, deficiência e outras são análogas à discriminação racial; esses acordos têm a vantagem importante de permitir um alto grau de abertura para novos fatos e perspectivas. Em um dado momento, podemos pensar que relações homossexuais são similares ao incesto; em outro, podemos achar essa analogia bizarra. É claro que um juízo completamente fundamentado teria muitas virtudes se estivesse correto. Mas essa é uma perspectiva improvável para os seres humanos, inclusive para juízes em controvérsias constitucionais e para aqueles aos quais é confiada a tarefa de criar dispositivos constitucionais.

Façamos uma comparação com o raciocínio prático da vida cotidiana. Em certo momento, você pode se recusar a tomar decisões que parecem ser de caráter fundamental – por exemplo, casar-se ou não no ano que vem; ter dois, três ou quatro filhos; ou morar em San Francisco ou New York. Parte da razão para essa recusa está no fato de que você sabe que a sua percepção sobre fatos e valores pode perfeitamente mudar. De fato, sua própria identidade pode mudar de maneiras importantes e relevantes e, por essa razão, assumir um conjunto de compromissos antecipadamente – algo como uma concepção inteiramente fundamentada de todo o curso da vida – não faria sentido. O que ocorre com sistemas jurídicos e nações não é muito diferente.

6 Escaladas conceituais para o Direito Constitucional?

Recorrendo aos escritos de Henry Sidgwick sobre o método da ética (SIDGWICK, 1966, p. 96-104), um crítico pode responder que o Direito Constitucional deve frequentemente empregar teorias ambiciosas.⁹ Por exemplo, é frequente que pessoas interessadas em direitos fundamentais tenham boas razões para elevar o nível de abstração e, em última instância, recorrer a teorias de larga escala. Em termos práticos, juízos concretos sobre casos particulares podem se provar inadequados tanto para a moral quanto para o Direito Constitucional. Suponha, por exemplo, que existe uma controvérsia sobre o direito de fazer determinada manifestação ou discurso na Internet. Às vezes, as pessoas não têm intuições claras sobre como os casos devem ser decididos. Em algumas ocasiões, casos aparentemente similares provocam reações diferentes e é necessário aumentar o nível de ambição teórica para que se possa explicar se essas diferentes reações são justificadas, ou para mostrar que aqueles casos são, afinal, diferentes. Às vezes, as pessoas simplesmente discordam. Olhando para princípios mais abrangentes, nós podemos mediar o desacordo. Em qualquer caso, existe o problema de explicar nossos juízos sobre casos particulares, para verificar se eles não são apenas resultados acidentais. Quando nosso juiz modesto adere a um voto não completamente fundamentado, ele tem que se sustentar em um argumento ou em um princípio, justificando um determinado resultado em vez de outro. A própria decisão deve se referir a um argumento ou princípio; não pode simplesmente anunciar um vencedor. Talvez o princípio de curto alcance esteja errado porque falha em se adequar a outros casos, ou porque não é defensável em termos de moralidade política (legalmente relevante).

Em suma, o acordo não completamente fundamentado pode não ser motivo para celebrar. Pode ser errôneo ou pouco confiável. Se um juiz está raciocinando de forma consistente, deve ter diante dele uma gama de outros casos, de C a Z, nos quais o princípio é testado contra outros e refinado. Ao menos, se ele for um juiz sofisticado, irá experimentar um tipo de “escalada conceitual”, na qual o princípio de curto alcance, mais ou menos isolado e diminuto, é finalmente integrado a uma teoria mais geral. Talvez essa seja uma tarefa paralisante; talvez nosso juiz não precise se lançar a ela regularmente. Mas é um modelo apropriado para entender o Direito e um ideal apropriado para avaliar decisões políticas e judiciais. Juízes que insistem em permanecer em um nível baixo de ambição teórica são incultos. Comportam-se como avestruzes.

Existe alguma dose de verdade nessa resposta. Ao menos quando possuem tempo, participantes da argumentação moral que estejam pensando em direitos fundamentais deveriam tentar alcançar consistência vertical e horizontal, e não

⁹ Essa é a tendência em Dworkin, 1985.

apenas os bolsões pontuais de coerência fornecidos pelos acordos não completamente fundamentados. Em processos democráticos, é apropriado, e às vezes indispensável, desafiar a prática existente em um nível abstrato. Mas essa objeção aos acordos não completamente fundamentados não deveria ser supervalorizada, já que qualquer interesse em escaladas conceituais deve considerar as características próprias da arena na qual os juízes e elaboradores de constituições de carne e osso devem realizar seu trabalho.

Como já foi observado, acordos não completamente fundamentados têm muitas virtudes, incluindo a facilitação da convergência, a redução dos custos do desacordo e a demonstração de humildade e respeito mútuo. Tudo isso pode ser determinante para o sucesso da elaboração de uma constituição numa sociedade pluralista. Tais virtudes valem também para casos constitucionais. Em uma democracia constitucional que funcione bem, os juízes ficam particularmente relutantes em invocar abstrações filosóficas como base para invalidar resultados de processos democráticos. Ficam relutantes porque sabem que podem entender mal os argumentos filosóficos relevantes e porque buscam mostrar respeito aos diferentes cidadãos de sua nação.¹⁰

Existem ainda muitas outras questões à espreita. Como sabemos quando juízos morais ou políticos estão corretos? Como juízos morais e políticos influem no conteúdo do Direito? Qual é a relação entre os juízos sobre particularidades – sejam eles provisórios ou definitivos, fruto de reflexão mais detida – e os juízos sobre as abstrações correspondentes? Muitas vezes, as pessoas interessadas em Direito Constitucional escrevem como se juízos teóricos abstratos, ou teorias abstratas, possuíssem um tipo de “realidade” que falta aos juízos particulares, ou como se teorias abstratas proovessem as respostas para questões que os juízos particulares, frágeis como são, podem deixar passar ou responder errado. Nessa visão, teorias funcionam como holofotes que iluminam juízos particulares e mostram a eles para que realmente servem. Mas podemos, por outro lado, pensar que não existe qualquer mágica especial em teorias ou abstrações, e que teorias são simplesmente os meios (construídos pelo homem) através dos quais as pessoas atribuem sentido aos juízos que constituem seus mundos ético, legal e político. O abstrato não merece prioridade sobre o particular; tampouco deveria ser tratado como fundacional. Uma teoria abstrata pobre ou crua pode simplesmente ser um modo confuso de dar sentido aos nossos juízos refletidos sobre casos constitucionais particulares, que podem ser bem melhores do que qualquer teoria. Na verdade, é possível que juízos morais, incluindo os que resultam no Direito Constitucional, sejam mais bem descritos não como emanção de uma teoria abrangente, mas como o resultado de reflexão sobre casos prototípicos, ou “precedentes”, a partir dos quais os agentes morais – cidadãos ordinários e especialistas – operam.

¹⁰ Esse ponto é expandido e qualificado de maneiras importantes em Sunstein, 1999.

7 Acordos e desacordos não completamente fundamentados

Acordos não completamente fundamentados têm muitas virtudes. Mas essas virtudes são parciais. Eles trazem estabilidade, por exemplo, e estabilidade é normalmente algo desejável; mas um sistema constitucional que é estável e injusto provavelmente deveria ser tornado menos estável. Nesta seção, faço algumas qualificações ao que foi dito até agora. Alguns casos não podem ser decididos de forma alguma sem a introdução de uma quantidade significativa de teoria. Mais ainda, alguns casos constitucionais não podem ser bem decididos sem a introdução de teoria. Se uma boa teoria (envolvendo, por exemplo, o direito à liberdade de expressão) está disponível, e se os juízes podem ser persuadidos de que a teoria é boa, não deve haver tabu quanto à sua aceitação pelo Judiciário. As alegações em nome de acordos não completamente fundamentados são como presunções, e não conclusões definitivas.

E quanto ao desacordo? Até aqui, a discussão focou a necessidade de convergência. Essa necessidade de fato existe, mas é apenas parte do cenário maior. No Direito, como na Política, o desacordo pode ser uma força produtiva e criativa, revelando erros, mostrando lacunas, fazendo a discussão e os resultados caminhar em direções promissoras. O ordenamento constitucional norte-americano atribuiu alto valor à idéia de “governo por discussão” e, quando o processo está trabalhando bem, isso se torna verdade tanto para o Judiciário quanto para outras instituições. Acordos podem ser produto de coerção, sutil ou não, ou de imaginação fracassada.

Desacordos constitucionais têm muitas fontes legítimas. Duas delas são especialmente importantes. Primeiro, as pessoas podem compartilhar compromissos gerais mas discordar sobre resultados específicos. Segundo, o desacordo sobre princípios gerais também pode levar ao desacordo sobre resultados particulares e proposições de curto alcance. Pessoas que acham que a liberdade de expressão é sustentada por um princípio de autonomia individual também podem pensar que o governo não pode regular propagandas comerciais verdadeiras e não enganosas – enquanto pessoas que acreditam que a liberdade de expressão é basicamente uma idéia democrática, e se aplica apenas ao campo do discurso político, podem não ter qualquer interesse em proteger propaganda comercial. A teorização acadêmica pode ter uma função salutar, em parte porque testa princípios de curto alcance em relação a alegações mais ambiciosas. O desacordo pode ser produtivo em virtude desse processo de teste.

Certamente, se todos os que têm uma visão geral razoável convergem a respeito de um juízo particular (hipoteticamente razoável), não existe erro. Mas se um acordo é não completamente fundamentado, há um risco de que todos os participantes do acordo estejam errados e, portanto, que o próprio resultado também esteja errado. Existe também um risco de que alguém com opiniões razoáveis não

tenha participado e, se fosse incluído, o acordo seria desfeito. No decorrer do tempo, acordos não completamente fundamentados devem ser objeto de escrutínio e crítica. Esse processo pode resultar em raciocínios mais ambiciosos do que os ordinariamente abarcados pelo Direito Constitucional.

O consenso social tampouco é uma consideração mais importante do que todo o resto. Normalmente, seria muito melhor obter um resultado justo rejeitado por muitos do que um resultado injusto sobre o qual todos, ou quase todos, concordam. Uma constituição justa é mais importante do que uma constituição consensual. Consenso ou acordo são importantes em grande parte devido à sua conexão com a estabilidade – um objetivo social valioso, mas longe de ser dominante. Como escreveu Thomas Jefferson, algum grau de turbulência é produtivo numa democracia.¹¹ Isso pode muito bem ser adequado se quisermos tornar uma ordem constitucional injusta bem menos estável. Nós vimos que acordos não completamente fundamentados, mesmo se estáveis e amplamente apoiados, podem esconder ou refletir injustiça. É certo que os acordos deveriam ser mais completamente fundamentados quando a teoria relevante para o caso é inteiramente correta e é possível mostrar isso às pessoas, ou quando a invocação da teoria é necessária para decidir determinados casos. Nada disso é inconsistente com as alegações que fiz até aqui.

Seria tolice dizer que nenhuma teoria geral sobre o Direito Constitucional ou direitos fundamentais pode produzir acordo, mais tolo ainda negar que algumas teorias gerais merecem apoio e, mais tolo do que tudo, dizer que acordos não completamente fundamentados garantem respeito qualquer que seja seu conteúdo. O que parece plausível é algo não menos importante, ainda que modesto. Exceto em situações incomuns, e por múltiplas razões, teorias gerais fornecem bases improváveis para a elaboração de constituições e para o Direito Constitucional, e cautela e humildade a respeito de teorias abrangentes são apropriadas ao menos quando múltiplas teorias podem levar à mesma direção. Esse conjunto de alegações mais modesto nos ajuda a caracterizar os acordos não completamente fundamentados como fenômenos importantes, com virtudes especiais próprias. Esses acordos ajudam a tornar constituições e o Direito Constitucional possíveis, mesmo dentro de nações nas quais os cidadãos discordam em relação a muitos dos assuntos mais fundamentais. Acordos não completamente fundamentados, então, ajudam a lançar luz sobre um problema constitucional e social duradouro: como é possível que membros de sociedades diversificadas consigam trabalhar juntos, em condições de respeito mútuo, em meio a fortes desacordos tanto sobre o que é certo quanto sobre o que é bom. Se existir uma solução para esse problema, acordos não completamente fundamentados são um bom lugar para começar a procurar.

¹¹ Jefferson (1975) afirmou que a turbulência “produz coisas boas. Previne contra a degeneração do governo, e nutre uma atenção geral para [...] questões públicas. Sustento [...] que um pouco de rebelião agora e depois é uma coisa boa”.

Referências bibliográficas

BREYER, Stephen. The Federal Sentencing guidelines and the key compromises upon which they rest. *Hofstra Law Review*, n^o 17, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

JEFFERSON, Thomas. Letter to Madison (January 30, 1798). In: PETERSON, Merrill D. (Ed.). *The portable Thomas Jefferson*. New York: Viking, 1975.

SIDGWICK, Henry. *The methods of ethics*. 7. ed. New York: Dover, 1966.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.